



UNIVERSIDAD
SURCOLOMBIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA UNA MIRADA DESDE LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Libro de memorias
del Primer Congreso
Internacional de la
Maestría en Derecho
Privado de la
Universidad
Surcolombiana



Grupo de Investigación
CYNERGIA

LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA

UNA MIRADA DESDE
LA PERSPECTIVA
INTERNACIONAL

LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA

UNA MIRADA DESDE
LA PERSPECTIVA
INTERNACIONAL

Edición No. 1. diciembre de 2020

© **Diana Marcela Ortíz Tovar**
dmortizo@yahoo.com

Editora

© **Diana Marcela Ortíz Tovar**
dmortizo@yahoo.com
Av. Pastrana Borrero Carrera 1.
Neiva - Huila - Colombia
Teléfono: 8754753

Autores:

Ana Belén Campuzano
Edgardo Daniel Truffat
Marcelo Barreiro
Diana Marcela Ortíz Tovar
Ma. Susana Dávalos Torres

ISBN: 978-958-49-1356-2

Diseño e Impresión.
Grafiplast del Huila
Calle 24 No. 5bis-19 Neiva
Tel: 8747485

Se prohíbe la reproducción parcial o total
por cualquier medio sin autorización de los autores.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
CAPÍTULO I. Las Clases de Acuerdo de Refinanciación en el Derecho Español de Insolvencia. Autora: Ana Belén Campuzano	9
CAPÍTULO II. Agenda Concursal Post Pandemia. Autor: Edgardo Daniel Truffat	86
CAPÍTULO III. Procesos de Insolvencia en la Pandemia La Agenda Imprescindible Autor: Marcelo Barreiro	107
CAPÍTULO IV. Principio de Solidaridad: Aplicabilidad en los Procesos de Insolvencia - Caso Colombiano. Autora: Diana Marcela Ortiz Tovar	137
CAPÍTULO V. Insolvencia y Derecho en Tiempos del COVID -19 Autora: Ma. Susana Dávalos Torres	163

PRESENTACIÓN

El Grupo CYNERGIA, clasificado en categoría C por el Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación colombiano, fue fundado en el año 2005 como una organización científica vinculada a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana. Una de las motivaciones que impulsó la creación de CYNERGIA, fue la necesidad de adelantar procesos de investigación científica, encaminados a comprender y solucionar las problemáticas contemporáneas que se presentan en el campo del derecho privado.

En ese mismo sentido, Joaquín Mario Murillo (2008) afirma que "el abordaje del Derecho Privado, hoy día, debe hacerse de conformidad con el contexto de las realidades socioeconómicas, generadas a partir del fenómeno de la globalización económica, con el surgimiento de nuevas fuentes y agentes de regulación, con una fuerte incidencia de aquellas que tienen un origen contractual, transnacional y empresarial, como también con las propuestas que han empezado a surgir sobre la necesidad de descodificación y unificación del Derecho Privado" (p.8).

En consonancia con lo anterior, uno de los objetivos propuestos en CYNERGIA fue la promoción y desarrollo de la ciencia a través de la formación de investigadores a nivel de posgrado. Conforme a esto, se dio apertura a la Maestría en Derecho Privado en el año 2019, como un programa vinculado a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana, coordinado desde el grupo de investigación.

Desde el programa de posgrado, se destaca la importancia de problematizar en torno a los diferentes aspectos del derecho privado, que han adquirido gran protagonismo en el contexto internacional, nacional y regional, debido a fenómenos como la globalización y la integración económica.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Maestría en Derecho Privado organizó y llevó a cabo, durante los días 27 y 28 de agosto del año 2020, el Primer Congreso Internacional en Derecho Privado, como un importante paso para avanzar en la consolidación del grupo de investigación y el programa de posgrado; además de contribuir al posicionamiento institucional de la Universidad Surcolombiana en el escenario académico internacional.

La primera versión del Congreso tuvo como tema central: "Los procesos de Insolvencia", en diferentes escenarios (persona natural no comerciante, personas jurídicas, insolvencia transnacional, entre otros), considerando la relevancia que ha venido cobrando, y el papel

protagónico que juega con ocasión a la crisis económica mundial gestada en el escenario de pandemia.

Este año, se contó con la participación de destacados ponentes internacionales provenientes de Argentina, Chile, México, España y Colombia. Sobre los asistentes se resalta la inscripción de cerca de 300 personas, entre las que se encuentran abogados profesionales, estudiantes de posgrado, investigadores, empresarios y servidores públicos.

Uno de los resultados obtenidos con el desarrollo del Primer Congreso Internacional, es el libro de memorias titulado: Los procesos de insolvencia. Una mirada desde la perspectiva internacional, que se presenta a continuación a los lectores. En este documento podrá encontrar de manera detallada cada uno de los aspectos abordados por los ponentes durante sus intervenciones magistrales.

Diana Marcela Ortiz Tovar

Coordinador de la Maestría en Derecho Privado

Líder del Grupo de Investigación CYNERGIA

Universidad Surcolombiana

CAPÍTULO I.

LAS CLASES DE ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE INSOLVENCIA*

Ana Belén Campuzano¹

I. LAS CLASES DE ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.

El cuerpo central que recoge la normativa en materia concursal en el Derecho español es, desde el 1 de septiembre de 2020, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR)². La aprobación de este

* El presente trabajo se ha elaborado en el seno del Proyecto de Investigación "Estructuras societarias y financiación empresarial. Internacionalización y políticas de empresa". RTI2018-099471-B-I00 (MCIU/AEI/FEDER, UE).

¹Catedrática de Derecho Mercantil Universidad San Pablo CEU.

²Junto a dicha norma existe un cuerpo legislativo de desarrollo a tomar en consideración. Así, el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que establece el arancel de derechos de los administradores concursales; el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, que desarrolla el régimen de difusión y publicidad de las resoluciones concursales; el Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, que regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía de los administradores concursales; el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, que regula el Registro Público Concursal; y la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, que aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que existen aspectos de la normativa concursal que se encuentran aún pendientes de desarrollo reglamentario. En este sentido, hay que tener en cuenta la Disposición Transitoria Única del texto refundido de la Ley Concursal, respecto a aquellos preceptos que no pueden entrar en vigor por encontrarse pendiente su desarrollo reglamentario. Dicha disposición transitoria establece que: "1. El contenido

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, se produce, fundamentalmente, por las numerosas reformas llevadas a cabo en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC). Esta sucesión de modificaciones legales había ido alterando aspectos esenciales de la normativa de insolvencia y la deficiente técnica utilizada en varias de esas reformas había generado dificultades sistemáticas e interpretativas, que aconsejaban la refundición de la normativa concursal.

Con carácter general, el análisis del texto refundido pone de manifiesto un decidido propósito de regularizar, aclarar y armonizar unas normas legales que, como las que son objeto de refundición, han nacido en momentos distintos y obedecen a concepciones igualmente diversas. El objetivo fundamental del texto refundido es,

de los artículos 57 a 63, 84 a 89, 560 a 566 y 574.1 todos ellos inclusive, de este texto refundido, que corresponda a las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, entrarán en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de dicha ley. Entre tanto permanecerán en vigor los artículos 27, 34 y 198 de la Ley Concursal en la redacción anterior a la entrada en vigor de dicha Ley 17/2014, de 30 de septiembre. 2. El contenido de los artículos 91 a 93, ambos inclusive, de este texto refundido, correspondientes a los artículos 34 bis a 34 quáter de la Ley 22/2003, de 9 de julio, introducidos por Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, entrarán en vigor cuando se apruebe el desarrollo reglamentario de la cuenta de garantía arancelaria" (Real Decreto Legislativo 1/2020, Disposición transitoria única). Además, el texto refundido de la Ley Concursal contempla la remuneración del mediador concursal en los procedimientos de acuerdos extrajudiciales de pagos (art. 645 TRLC), aunque señala que reglamentariamente se determinarán las reglas para el cálculo de la retribución del mediador concursal (precisando que, en todo caso, la retribución a percibir dependerá del tipo de deudor, de su pasivo y activo y del éxito alcanzado en la mediación).

por tanto, aportar seguridad jurídica, ordenando y aclarando la legislación concursal, que tan afectada había quedado por las sucesivas y fragmentarias reformas legislativas. Así lo destaca el Real Decreto Legislativo que aprueba el texto refundido de la Ley Concursal en su parte expositiva, al señalar que

los amplios términos con que ha sido configurada la delegación al Gobierno para la elaboración del texto refundido permiten así solucionar un buen número de problemas sin alterar el sistema legal vigente. De ahí que, al redactar el texto refundido, el Gobierno no se haya limitado a reproducir, con mejor orden, las normas legales objeto de la refundición, sino que haya debido incidir en esa normativa en una muy delicada labor para cumplir fielmente la encomienda recibida. Ordenar un texto que las sucesivas reformas habían desordenado; redactar las proposiciones normativas de modo que sean fáciles de comprender y, por ende, de aplicar, y eliminar contradicciones -o incluso normas duplicadas o innecesarias- han sido pautas esenciales que han guiado la encomienda recibida (Real Decreto Legislativo 1/2020, párr. 11).

Obviamente, el texto refundido no supone la reforma de la Ley Concursal. La mera refundición, por muy amplios que sean los términos de la encomienda, no puede suponer modificación del Derecho en vigor. Los límites de la refundición se encuentran en los términos del encargo realizado. Ahora bien, dentro de los límites fijados, como se resalta en la parte expositiva del Real Decreto Legislativo que aprueba el texto refundido:

La tarea exigía, como en ocasiones similares ha señalado el Consejo de Estado, actuar "con buen sentido" pues la refundición no puede ser una tarea meramente mecánica, sino que requiere, a veces, ajustes importantes para mantener la unidad de las concepciones; para convertir en norma expresa principios implícitos; para completar las soluciones legales colmando lagunas cuando sea imprescindible; y, en fin, para rectificar las incongruencias, sean originarias, sean consecuencia de las sucesivas reformas, que se aprecien en las normas legales contenidas dentro de la misma Ley. Por estas razones, la labor técnica que supone la elaboración de un texto refundido, cuando la delegación es tan amplia, implica no solo interpretación, sino también integración -es decir, un "contenido innovador", sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa-, pudiendo incluso llegar a la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de refundición (sentencias del Tribunal Constitucional números 122/1992, de 28 de septiembre, y 166/2007, de 4 de julio). De ahí la relevancia, como también se señala, de las normas complementarias: en el texto refundido que ahora aprueba el Gobierno, el aplicador del derecho comprobará a cada paso la importancia que ha tenido este criterio orientador, el tesón por la coherencia con los principios, esa preocupación por explicitar lo implícito o esa frecuencia de normas complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2020, párr.21).

Cuestión distinta es la de si, con independencia de la refundición de la legislación concursal española, debe afrontarse una reforma sustancial de este sector del ordenamiento jurídico. La propia Exposición de Motivos del texto refundido destaca que

La imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado. España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el Derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma reviste extraordinaria dificultad (Real Decreto Legislativo 1/2020, párr. 22).

El texto refundido de la Ley Concursal es un texto muy extenso - más de 700 artículos- como consecuencia de haber seguido como principio de política legislativa el de dedicar un artículo a cada materia, en contraste con el articulado originario y, sobre todo, con el reformado de la Ley Concursal. El texto refundido se divide en tres Libros que, a su vez, se subdividen en Títulos, Capítulos, Secciones y, a veces, en Subsecciones, con el propósito de racionalizar la localización de la materia por aquellos que estén llamados a la aplicación de la Ley. El primero de los Libros está dedicado al concurso de acreedores; el segundo al Derecho preconcursal y el tercero a las normas de Derecho internacional privado.

En efecto, en el Derecho español la normativa reguladora de los supuestos preconcursales se ha introducido en la propia legislación concursal, en concreto, en el Libro Segundo del texto refundido de la Ley Concursal. Este Libro Segundo está dedicado a ese otro derecho de la crisis que, expresamente, se considera que es alternativo -y, en ocasiones, previo- al derecho tradicional de la insolvencia. Son numerosas las alteraciones y cambios sistemáticos y los ajustes en la literalidad y aclaración de redacciones llevados a cabo en este Libro. La parte expositiva del Real Decreto Legislativo que aprueba el texto refundido de la Ley Concursal destaca que la elaboración de este Libro Segundo ha sido, probablemente, la de mayor dificultad técnica: dificultad por las reconocidas deficiencias, incluso terminológicas, del régimen de estos "expedientes" o "procedimientos".

Por ello, se señala, que quizás sea aquí donde los límites de la refundición resultan más patentes: no faltarán quienes consideren que el Gobierno hubiera debido aprovechar la ocasión para clarificar más el régimen jurídico aplicable a esos institutos y, en especial, del régimen aplicable a los acuerdos de refinanciación -un régimen más preocupado por la consecución de determinados objetivos que por la tipificación institucional-, solventando las muchas dudas que la aplicación de las normas legales ha permitido identificar. Sin embargo, en la refundición de esas normas se ha procedido con especial prudencia para evitar franquear los límites de la encomienda, pues la delegación para aclarar no es delegación para reconstruir sobre nuevas bases las instituciones. Pues bien, entre los instrumentos

previstos en este Derecho preconcursal se encuentran los acuerdos de refinanciación.

1.1. La categorización de los acuerdos de refinanciación.

Dentro del Libro Segundo del texto refundido de la Ley Concursal, dedicado al Derecho preconcursal, el Título II regula los acuerdos de refinanciación³. El Capítulo I de este Título II considera en la sección 1ª clases de acuerdos de refinanciación los acuerdos colectivos y los acuerdos singulares (art. 596 TRLC), dedicando a continuación la sección 2ª a los acuerdos colectivos de refinanciación (arts. 697 a 603 TRLC) y la sección 3ª a los acuerdos singulares de refinanciación (art. 604 TRLC).

³En la elaboración del texto refundido de la Ley Concursal se ha considerado que fue anterior en el tiempo la regulación de los acuerdos de refinanciación y dada la "vis atractiva" que dichos acuerdos de refinanciación han ejercido respecto de los acuerdos extrajudiciales de pagos, se ha optado por regularlos de forma diferenciada, situándose, en primer lugar, el régimen de los acuerdos de refinanciación y, a continuación, los acuerdos extrajudiciales de pagos.

En todo caso, se ha optado por mantener la terminología de estos instrumentos legales por ser la incorporada al Anejo A del Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia. Como destaca la Exposición de Motivos del texto refundido de la Ley Concursal, a diferencia del Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, es de aplicación no solo a los concursos de acreedores, sino también a los "procedimientos" que el texto refundido agrupa en el Libro Segundo. Existen normas de Derecho internacional privado de la insolvencia, hasta ahora circunscritas al concurso de acreedores, que deberán aplicarse a los acuerdos de refinanciación -y a los acuerdos extrajudiciales de pagos-.

Los acuerdos de refinanciación no se contemplaron en la redacción original de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sino que fue en las sucesivas reformas posteriores a la misma cuando se introdujeron verdaderas medidas preconcursales en la legislación concursal, que en nuestro Derecho se han configurado como alternativas al concurso de acreedores, sin perjuicio de que su "fracaso" pueda conducir a un concurso consecutivo. Como señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid de 12 de febrero de 2015:

nuestro derecho de la insolvencia ha venido evolucionando desde la entrada en vigor de la (...) Ley Concursal en septiembre de 2004, de un sistema en el que los mecanismos pre concursales o para concursales de tratamiento y prevención de la insolvencia eran inexistentes, a otro en el que esos mecanismos se han potenciado con la finalidad de constituir una alternativa viable al concurso de acreedores, paliando, en alguna medida, las limitaciones que la situación de concurso producía en la posibilidad de refinanciación del deudor. Esta línea se inicia con el Real Decreto-Ley 3/2009, se acentúa tras la Ley 38/2011 y se culmina con la Ley 17/2014 que ha introducido un nuevo sistema de acuerdos de refinanciación (...), que sitúan nuestro sistema en el ámbito de sistemas de Derecho comparado como los schemes of arrangement del Derecho inglés.

En efecto, aunque el origen de los acuerdos de refinanciación en la normativa concursal lo podemos encontrar en el Real Decreto-

ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, el contenido esencial de la regulación de estos acuerdos se introdujo en la Ley Concursal a través del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Seguía en la mayoría de los supuestos la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE). La norma se dirigía a sanear empresas desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente fuera soportable, permitiendo así que la empresa siguiera atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo. Se trataba de adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera o "desapalancamiento" y procurar la "reestructuración viable de la deuda empresarial".

En efecto, un primer paso en la incorporación de instrumentos preconcursales lo constituyó el reconocimiento de los acuerdos de refinanciación por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de reformas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, aunque su entrada en la Ley se limitó a excluirlos, si cumplían determinadas condiciones, de la rescindibilidad en un procedimiento concursal posterior. Así, con la finalidad directa de excluir del ámbito de la rescindibilidad determinados acuerdos anteriores a la declaración judicial de concurso del deudor común y los actos de ejecución de

esos acuerdos, se estableció un mecanismo preconcursal, especialmente apto para la crisis de las grandes empresas y con pasivo concentrado. La Ley no regulaba el procedimiento para la negociación, y en su caso, para la estipulación del acuerdo de refinanciación, sino que perseguía únicamente evitar, en caso de declaración de concurso posterior, que pudiera ser declarado ineficaz un acuerdo de refinanciación estipulado con los requisitos expresamente previstos (mayoría cualificada del pasivo, informe de experto independiente y escritura pública) dentro de los dos años anteriores⁴. A los acuerdos de refinanciación se vinculó, no legalmente, sino en la práctica, la previsión del aplazamiento de la exigibilidad del deber del deudor de solicitar la declaración de concurso. De esta manera, aunque la Ley exclusivamente planteaba un aplazamiento de ese deber del deudor vinculado a la obtención de una propuesta anticipada de convenio, sin amparar, simultáneamente, una búsqueda de refinanciación, de hecho, si el deudor lograba su pretensión de refinanciación, el concurso no se solicitaría posteriormente.

Las insuficiencias de estas previsiones condujeron a una regulación más elaborada de este instrumento preconcursal, que se introdujo en la Ley Concursal tras la reforma de ésta por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, avanzando en las alternativas al concurso o los denominados institutos preconcursales, a través de acuerdos de

⁴Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 15 de febrero de 2017.

refinanciación. La reforma vino a permitir la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación cuando reunieran todos los requisitos de los acuerdos de refinanciación ordinarios (mayoría cualificada del pasivo, informe de experto independiente y escritura pública) y hubieran sido suscritos por un determinado porcentaje de acreedores financieros. Por la homologación judicial del acuerdo los efectos de la espera o aplazamiento pactado con las entidades financieras que lo hubieran suscrito se extendían a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estuvieran dotados de garantía real (v. gr. hipotecarios y pignoratícios). Aunque no puede considerarse que este régimen constituyera aún un sistema completo preconcursal, ciertamente sí se introdujo un régimen más elaborado cuyo fin último, eso sí, continuaba siendo, fundamentalmente, la protección de los acuerdos alcanzados por esta vía frente a una posterior declaración de concurso de acreedores.

La regulación de los acuerdos de refinanciación incorporada a la Ley Concursal en el año 2011 se reformó, nuevamente, en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, con un doble propósito. De una parte, para regular de una manera más completa y a la par más flexible el procedimiento registral de designación de los expertos independientes que debían informar el acuerdo de refinanciación, de suerte que podía solicitarse del Registrador su nombramiento y seguirse el procedimiento sin necesidad de que el acuerdo estuviera concluido o el plan de viabilidad cerrado. De otra parte, para incluir una regla más clara del

cómputo de la mayoría del pasivo que suscribía el acuerdo y que constituía el requisito legal mínimo para su potestativa homologación judicial.

El régimen de los acuerdos de refinanciación previsto en la Ley Concursal volvió a reformarse por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, con la finalidad de contribuir al saneamiento de las empresas que, no obstante, su elevado endeudamiento, seguían siendo productivas. La reforma se centró en la mejora del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación, si bien modificó no sólo un importante número de normas concursales, sino también otras disposiciones de diferentes ámbitos. Por medio de este Real Decreto-Ley de extraordinaria y urgente necesidad se pretendía dotar a las empresas de mayores facilidades para poder alcanzar acuerdos que eviten el concurso de acreedores a través de medidas de refinanciación y entrada de "fresh money" y de medidas favorecedoras de la capitalización de la compañía. Tras el correspondiente proceso de convalidación, este Real Decreto-Ley, se convirtió en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. En este ámbito, el legislador aprovechó el trámite parlamentario para introducir mejoras en la regulación, esencialmente de carácter técnico. En todo caso, el Preámbulo de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre destacaba que

(...) la presente reforma se centra en la mejora del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación, por constituir una de las áreas estratégicamente más relevantes en la medida en que, fruto del consenso entre el deudor y sus acreedores, pretenden la maximización del valor de los activos, evitando el concurso de la entidad, y la reducción o aplazamiento de los pasivos (Ley 17/2014, párr. 11).

En fin, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (como anteriormente el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre), supuso una nueva reforma de la legislación concursal. En el ámbito que nos ocupa, los acuerdos de refinanciación, se incluyeron una serie de modificaciones concretas, cuyo objeto era aclarar determinadas dudas que se habían planteado en su aplicación práctica⁵.

Esta sucesión de reformas derivó en que los acuerdos de refinanciación estuvieran regulados de forma fragmentaria y asistemática en la Ley Concursal ("episódico régimen" y "un régimen más preocupado por la consecución de determinados objetivos que por la tipificación institucional", conforman algunas de las

⁵En particular, para establecer que, en caso de controversia, fuera el juez del concurso quien ostentara la competencia para determinar si un bien era o no necesario para la continuidad de la actividad económica del concursado. Y para introducir una serie de modificaciones en el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados, precisando, además, a efectos de determinar el valor razonable de los bienes dados en garantía, que éste no podría exceder del valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado.

consideraciones que respecto a los acuerdos de refinanciación incluye la parte expositiva del Real Decreto Legislativo que aprueba el texto refundido de la Ley Concursal). De ahí que la refundición de la legislación concursal suponga la sistematización de su régimen jurídico, optando por iniciarlo con la tipificación de los acuerdos de refinanciación. Así, el artículo 596 del texto refundido de la Ley Concursal supone una evidente mejora en la clasificación y ordenación de los acuerdos de refinanciación. El precepto considera acuerdos de refinanciación los acuerdos colectivos y los acuerdos singulares, admitiéndose solo la posible homologación judicial respecto de los primeros, lo que implica superar las evidentes dificultades que existían para su categorización⁶. A partir de ahí, la clasificación de los acuerdos

⁶ Frente a la clasificación de los acuerdos de refinanciación que permitía la reforma global de la Ley Concursal acometida por la Ley 38/2011, que diferenciaba entre acuerdos ordinarios - limitados a los firmantes- y acuerdos homologados judicialmente - extensibles a los no firmantes-, la reforma de 2014 no admitía una clasificación de los acuerdos preconcursales que hubiera sido aceptada de forma pacífica, ya que las deficiencias técnicas de la regulación mantenían el debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la naturaleza, contenido, alcance y eficacia de los acuerdos. Entre las diversas clasificaciones ensayadas puede señalarse que, en principio, parecía claro que la regulación albergaba una pluralidad de acuerdos de diferente contenido dirigidos no solo a la refinanciación sino también a la reestructuración empresarial, aunque el enunciado de las normas aludía literalmente a acuerdos de refinanciación y no se hablaba de reestructuración (arts. 71 bis y disp. ad. 4ª LC). Al mismo tiempo, dentro de los acuerdos de refinanciación ordinarios (art. 71 bis LC), se diferenciaban los llamados colectivos (art. 71 bis.1 LC) y los no colectivos o singulares (art. 71 bis.2 LC), y dentro de los homologados podían realizarse diversas clasificaciones a partir de las distintas mayorías exigidas para la extensión de los efectos del acuerdo a determinadas categorías de acreedores. Así, podían existir acuerdos preconcursales de refinanciación y/o de reestructuración ordinarios colectivos o no colectivos restringidos al acreedor o acreedores firmantes del acuerdo; y acuerdos preconcursales de refinanciación y/o reestructuración homologados judicialmente cuyos efectos se extenderían a determinadas categorías de acreedores disidentes. Vid. Beltrán, E. & García-Cruce, J. (2012). Acuerdos de refinanciación; Campuzano, A. & Sanjuán, E. (2020) GPS Concursal; León, F. (2015). La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales; Navarro. M. (2018). Los acuerdos de refinanciación colectivos; Rodríguez, A. (2015). Tipología de los acuerdos de refinanciación; Sánchez, S. (2018). Los acuerdos singulares de refinanciación; Valencia, F. (2014). La tipología de los acuerdos de refinanciación.

de refinanciación permite que en los preceptos posteriores se lleve a cabo una construcción estructurada de su contenido y requisitos, vinculados a cada una de estas categorías de acuerdos (arts. 597 a 604 TRLC). De esta manera, la tipificación y caracterización de los acuerdos de refinanciación que se lleva a cabo en las tres secciones que integran el Capítulo I del Título II, Libro Segundo, del texto refundido de la Ley Concursal (arts. 596 a 604 TRLC), supone la previsión ordenada y sistemática de las clases, presupuestos y requisitos de los acuerdos de refinanciación -colectivos y singulares- que de forma mucho menos precisa contemplaba el artículo 71 bis de la Ley Concursal. Así, las previsiones del referido precepto -régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación- se incorporan ahora como clases de acuerdos de refinanciación, con sus correspondientes presupuestos y requisitos. No obstante, no todas las previsiones de dicho precepto pasan a este capítulo; las referidas a su impugnación y, sobre todo, el alcance de su irrevocabilidad (en un posible concurso consecutivo posterior) se ubican en otras partes del texto refundido de la Ley Concursal (Cárdenas, 2020).

1.2. Los acuerdos colectivos y los acuerdos singulares de refinanciación.

Los acuerdos que se tipifican en el texto refundido son los acuerdos colectivos y los acuerdos singulares. Ambos, para tener tal consideración, han de reunir una serie de presupuestos y requisitos.

Cualquier otro acuerdo de refinanciación deberá ser considerado posible -en virtud del principio de autonomía de la voluntad- aunque atípico⁷.

Los acuerdos colectivos de refinanciación se definen como los estipulados por el deudor con sus acreedores, con o sin homologación judicial. Ciertamente, las únicas notas que se infieren de la definición legal de estos acuerdos son, de un lado, que se estipulan con los acreedores, es decir, que están dirigidos a los acreedores del deudor, de ahí su calificación como colectivos. De otro lado, que son acuerdos que pueden o no homologarse judicialmente⁸. Obviamente, aunque no se deduzca del concepto, los acuerdos colectivos de refinanciación requieren, además, de una serie de presupuestos y del cumplimiento de una serie de requisitos en cuanto a su contenido, suscripción y formalización.

⁷Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 9 de julio de 2014, que señala que "ante todo, hemos de señalar que el Real Decreto Ley 3/2009 fue una norma que pretendía proporcionar una seguridad jurídica a las partes a determinadas operaciones de reestructuración y de financiación, o ambas, con el fin de que, si se daban ciertos requisitos, fueran irrevocables frente a las acciones de reintegración. En modo alguno puede pensarse que la norma supuso que todos los acuerdos de refinanciación o de reestructuración debían ajustarse a los requisitos que en la misma se establecen, so pena de poder ser rescindidos inevitablemente. Las mismas razones que llevaron y llevan a la jurisprudencia, en cada caso particular, tras su análisis y ponderación, a apreciar o no un sacrificio patrimonial injustificado por las operaciones descritas, también ahora, nada impide que pueda probarse que no ha existido perjuicio, destruyendo la presunción iuris tantum, que es lo que ha ocurrido en el presente caso y que la sentencia recurrida ha ponderado detenidamente. Por tanto, ni la norma que introduce los acuerdos de refinanciación (la DA 4ª del RDL 3/2009), ni las posteriores reformas concursales que los han modificado (Ley 38/2011 y el RDL 4/2014) impiden que para los acuerdos de refinanciación que no se acojan a la protección específica prescrita recientemente en la disposición adicional 4ª y en el artículo 71.bis, deba seguir examinándose, caso por caso, si existe o no sacrificio patrimonial injustificado como

Por su parte, los acuerdos singulares de refinanciación se definen como los estipulados por el deudor bien con uno, bien con varios acreedores, siempre que reúnan los requisitos establecidos en la sección 3ª de este capítulo, y que, en ningún caso, podrán ser homologados por el juez. En efecto, a diferencia de los acuerdos colectivos, los acuerdos singulares pueden estipularse con uno o varios acreedores, siempre que reúnan los presupuestos y los requisitos establecidos (art. 604 TRLC). Y, además, los acuerdos singulares de refinanciación no podrán ser, en ningún caso, homologados judicialmente.

venía haciéndose hasta ahora, pues aunque los acuerdos no se ajusten a los requisitos exigidos por las nuevas normas pueden ser igualmente inmunes si no comportan perjuicio concursal en el sentido del artículo 71 de la Ley Concursal"

⁸ El Auto de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, de 22 de marzo de 2019, destaca que "para eliminar incertidumbres legales se introdujeron en España los acuerdos colectivos de refinanciación, así como su homologación judicial. Estos mecanismos otorgan protección legal a los acuerdos alcanzados por una mayoría suficiente de acreedores de modo que, en el eventual supuesto de un concurso, las operaciones en él incorporadas no estén sujetas a rescisión y, en su caso, puedan extender determinados efectos a acreedores disidentes o no partícipes. En este punto, se han detectado una serie de limitaciones en el potencial contenido de los acuerdos de refinanciación, las cuales están cercenando la eficacia y seguridad jurídica necesarias para acometer reestructuraciones financieras en las empresas. Por ello, resultan pertinentes medidas que contribuyan a garantizar el mantenimiento de estos valores. Antes de entrar en el detalle de las modificaciones que se introducen, conviene precisar que todas ellas buscan en definitiva la finalidad de mejora de la posición patrimonial del deudor, medida al fin y a la postre en la proporción que representan sus activos sobre sus pasivos exigibles, y dentro de ellos en la parte apta para atender el cumplimiento de sus obligaciones más inmediatas. De este modo se asegura que todas estas acciones no perjudican un eventual concurso de acreedores, ya sea porque el peligro de dicho concurso se aleja definitivamente (lo cual es lo más deseable), ya sea porque las actuaciones previas al concurso no han perjudicado la situación patrimonial del deudor".

II. LOS ACUERDOS COLECTIVOS DE REFINANCIACIÓN

2.1. Deudor persona natural o jurídica.

El deudor, persona natural o jurídica, puede alcanzar en cualquier momento un acuerdo de refinanciación con sus acreedores. En consecuencia, la iniciativa de los acuerdos colectivos de refinanciación se atribuye a la persona del deudor, que puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica. La condición de persona, por tanto, conforma el presupuesto subjetivo para alcanzar esta clase de acuerdos (al igual que el presupuesto subjetivo para la declaración de concurso de acreedores es la condición de persona).

El deudor persona natural puede alcanzar un acuerdo de refinanciación con sus acreedores. Aunque el deudor subyacente y presente en la mens legislatoris es el que ejercita una actividad profesional o empresarial, el deudor persona natural puede alcanzar un acuerdo de refinanciación. Nada se precisa respecto a la condición de empresario o no de la persona del deudor, aunque hay que tener en cuenta que, posteriormente, se exige que los acuerdos colectivos de refinanciación respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo (art. 598.1-1º TRLC), por lo que ha de considerarse que el deudor ha de llevar a cabo una actividad profesional o empresarial, cuya continuidad debe permitir el acuerdo de refinanciación. Aunque, ello no solventa totalmente las cuestiones

que podrían plantearse respecto a la atribución o no al deudor de la condición de empresario, dado que el concepto "amplio" de empresario solo lo recoge el texto refundido para el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 638.4 TRLC)⁹, mientras que en el ámbito del concurso de acreedores se consideran empresarios las personas naturales que tengan esa condición conforme a la legislación mercantil que, sin entrar en el detalle de las dudas y discusiones sobre su alcance, no consagra un concepto tan amplio (art. 44.3 TRLC)¹⁰.

También el deudor persona jurídica -cualquier persona jurídica- puede alcanzar un acuerdo de refinanciación con sus acreedores. La

⁹ El referido precepto, que se ubica en el Título III -Del acuerdo extrajudicial de pagos- establece que "a los efectos de lo establecido en este título, serán consideradas empresarios no solamente las personas naturales que tengan tal condición, sea conforme a la legislación mercantil, sea conforme a la legislación de la seguridad social, sino también aquellas que ejerzan actividades profesionales, así como los trabajadores autónomos" (Real Decreto Legislativo 1/2020, Art. 638).

¹⁰ No hay que olvidar que los jueces de primera instancia son competentes para declarar y tramitar el concurso de acreedores de una persona natural que no sea empresario (art. 44.2 TRLC) -lo que conlleva numerosas referencias específicas en el texto refundido a los deudores persona natural no empresario- y que el fracaso del acuerdo de refinanciación puede conducir a un concurso consecutivo. En efecto, la Ley Concursal supuso la creación (re-creación en términos históricos) de la especialidad mercantil. No obstante, la especialización judicial se rompe -con todos los problemas que ello puede acarrear en una disciplina tan compleja- con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de mayo, que atribuye la competencia a los juzgados de primera instancia en los casos de concurso de persona natural no empresario (arts. 85 y 86 ter LOPJ), si bien la unidad de competencia se reestablece en la segunda instancia, donde el conocimiento se mantiene en las secciones especializadas de las Audiencias Provinciales (art. 82.2 LOPJ). La única circunstancia manifestada expresamente para dicha modificación fue disminuir el número de asuntos a resolver por los Juzgados de lo Mercantil, saturados y en riesgo de colapso. En este contexto, el criterio legal de distribución de la competencia objetiva entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil para conocer de los concursos de los deudores personas naturales es subjetivo: es la condición de empresario del deudor, o su ausencia, la que determina la competencia objetiva para conocer del concurso de acreedores.

exigencia debe limitarse a requerir personalidad jurídica, de manera que la inexistencia de personalidad jurídica impide acudir a esta vía (v. gr.: las uniones temporales de empresas)¹¹

2.2. Deudor en estado de insolvencia inminente o actual.

El deudor, persona natural o jurídica, puede alcanzar en cualquier momento un acuerdo colectivo de refinanciación con sus acreedores, tanto si se encuentra en estado de insolvencia inminente como si su insolvencia es actual. Aunque, terminológicamente hablando, la consideración de instrumentos de Derecho preconcursal de los acuerdos de refinanciación podría tener por objeto la prevención de la insolvencia del deudor (tratando de evitar que las dificultades económicas y financieras del deudor se agraven hasta constituir insolvencia, presupuesto objetivo del concurso de acreedores), la legislación concursal acoge estos instrumentos no solo para prevenir la insolvencia, sino también articulados como verdaderas alternativas al concurso de acreedores. No se trata tanto de que el deudor reaccione antes de que su situación se agrave y deba acudir al

¹¹En el ámbito del concurso de acreedores, en el que el presupuesto subjetivo es la condición de persona, natural o jurídica -la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica (art. 1.1. TRLC)- señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 5ª, de 4 de abril de 2014 que "una unión temporal de empresas (UTE) no puede ser declarada en concurso ya que no concurre el presupuesto subjetivo de su personalidad, recogido en el artículo 1.1 de la Ley Concursal, pero ello no implica que la declaración del concurso de una de las sociedades integrantes de la misma no pueda desplegar sus efectos".

concurso, cuanto de que pueda dar solución al estado de insolvencia -inminente o actual- a través de un procedimiento distinto al concurso de acreedores. Esta previsión de que el deudor, persona natural o jurídica, en situación de insolvencia actual o inminente, pueda alcanzar en cualquier momento un acuerdo de refinanciación con sus acreedores no se establecía expresamente en el artículo 71 bis de la Ley Concursal. Así lo expresa, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017, al señalar que:

"sentado lo anterior, y aun cuando la Ley Concursal no exige que el deudor se encuentre en situación de insolvencia, no solo para iniciar las negociaciones tendentes a alcanzar un acuerdo de refinanciación sino tan siquiera para solicitar y lograr su homologación, lo cierto es que en el caso de autos las deudoras admiten, y no niegan las impugnantes, que no podían cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (esencialmente laborales y comerciales), siendo esto lo que hace que, atendiendo al tenor del artículo 2.2 de la Ley Concursal, pueda considerarse que las deudoras se encontraban en situación de insolvencia cuando efectuaron la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal.

La insolvencia es un estado; "ser" insolvente es "estar" en insolvencia; y estar en insolvencia exige cierto grado de continuidad¹².

¹² Indica el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 11 de junio de 2007, que la expresión "estado de insolvencia" se entiende en un sentido flexible, que se identifica con la situación de incapacidad actual o inminente para el cumplimiento regular de las obligaciones, aunque la imposibilidad se deba a una situación de iliquidez, pero con activo superior al pasivo exigible.

El artículo 597 del texto refundido se refiere al deudor, persona natural o jurídica, en situación de insolvencia actual o inminente, aunque es el artículo 2.3 del mismo texto (el presupuesto objetivo del concurso de acreedores) el que delimita el estado de insolvencia actual y de insolvencia inminente.

Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art.2.3 TRLC). En estado de insolvencia inminente el deudor podría (es una facultad) solicitar su declaración en concurso y puede, igualmente, alcanzar un acuerdo de refinanciación con sus acreedores. El concepto de insolvencia inminente gira en torno a la previsión de la imposibilidad de cumplir. El adjetivo inminente significa "que amenaza o está para suceder prontamente". Insolvencia inminente equivale a insolvencia amenazante. Los elementos del concepto de insolvencia inminente son, en primer lugar, la objetiva previsibilidad de la insolvencia y, en segundo lugar, la inminencia de ese estado. De un lado, la insolvencia inminente exige una previsión de la imposibilidad de cumplir de modo regular y puntual las obligaciones existentes a medida que sean exigibles. Al tratarse de una previsión, la insolvencia inminente es un estado objetivamente probable, y no un estado absolutamente seguro. De otro lado, el juicio que contenga esa previsión debe ser un "juicio de probabilidad", y no un "juicio de posibilidad". Insolvencia inminente no equivale a insolvencia en potencia, y tampoco equivale a insolvencia posible. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea la imposibilidad

de cumplir como objetivamente probable a corto plazo, y no el que prevea simplemente como posible que se encontrará en ese estado. El objeto de esa previsión es que el deudor prevea que no va a poder cumplir y, además, que esa situación de imposibilidad se va a prolongar en el tiempo. El objeto de la previsión no es la dificultad para cumplir, sino la imposibilidad para hacerlo¹³.

Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.3 TRLC)¹⁴
La insolvencia actual es, pues, la imposibilidad de cumplir de modo

¹³ Como señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 8 de septiembre de 2008, la insolvencia inminente que sigue el modelo alemán de la Insolvenzordnung alemana de 1994, se configura en torno a la puntualidad en el pago, presentándose, así como una situación de futuro, dado que el deudor todavía no ha incumplido puntualmente sus obligaciones exigibles, pero es previsible que ello se produzca en un plazo más o menos próximo, no delimitado legalmente. Concurrirá la insolvencia inminente no solo cuando el deudor prevea que no puede cumplir sus obligaciones en el futuro, sino también cuando las puede cumplir, pero con retraso o puede cumplirlas de forma irregular. También el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 17 de febrero de 2006, al indicar que la insolvencia inminente se configura como un estado de pronóstico cierto de la insolvencia todavía no actual (el deudor que prevea que no podrá cumplir), pero referido no sólo a la regularidad, como en el modelo de insolvencia actual, sino también referido a la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones.

¹⁴ Señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 25 de marzo de 2015 que "la Ley Concursal únicamente define la insolvencia (...) como aquel estado en que el deudor no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. Se entiende que esa definición está referida a la insolvencia actual. Debe colegirse que la insolvencia inminente es aquella condición en que el deudor se enfrenta a una futura imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles, sin que la Ley Concursal establezca ninguna exigencia respecto al tiempo máximo al que debe referirse esa predicción. Como ha explicado la Sentencia de la Sección 28 especializada mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 18 de noviembre de 2008, la situación de insolvencia es absolutamente compatible con la existencia de un balance saneado si, al propio tiempo, la sociedad carece de liquidez para atender regularmente sus obligaciones. Por otra parte, la causa de la imposibilidad de cumplir es indiferente: es insolvente tanto quien no puede cumplir por carecer de bienes suficientes con los que hacer frente a las deudas como quien no puede hacerlo, a pesar de tener patrimonio, por falta de liquidez y/o de crédito"

normal las obligaciones a medida que venzan y sean exigibles por los acreedores. En estado de insolvencia actual el deudor debe (es una carga) solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual (art. 5.1 TRLC) y puede, igualmente, alcanzar un acuerdo de refinanciación con sus acreedores. Ahora bien, en la medida en que en estado de insolvencia actual el deudor debe solicitar la declaración de concurso de acreedores, salvo que antes del vencimiento del plazo de dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia ponga en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación¹⁵, esta comunicación para tratar de alcanzar un acuerdo colectivo de refinanciación resultará esencial en los supuestos en que el deudor se encuentre en insolvencia actual.

En cualquier caso, la insolvencia actual consiste en la imposibilidad de cumplimiento o, si se prefiere, en la incapacidad de pagar. Es indiferente la causa de la imposibilidad o incapacidad de cumplir. Es insolvente tanto quien no puede cumplir por carecer de bienes suficientes con los que hacer frente a las deudas como quien no puede hacerlo, a pesar de tener patrimonio suficiente, por falta de

¹⁵ O para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o bien, en el caso de que se hubiera solicitado el nombramiento de un mediador concursal para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, lo comuniquen el Registrador mercantil, el Notario o la Cámara Oficial de Comercio (art. 583 TRLC).

liquidez y, en definitiva, por falta de crédito. La insolvencia incluye situaciones de desbalance o déficit patrimonial en las que el pasivo es superior al activo -las más frecuentes- y situaciones de superávit patrimonial en las que, por el contrario, ese pasivo es inferior al activo. Se prescinde de la que podríamos denominar "concepción patrimonial" de la insolvencia funcional" en la que el centro de gravedad se sitúa en el hecho objetivo de la imposibilidad de cumplir, cualquiera que sea la causa de esa imposibilidad.

Hay insolvencia actual si el deudor puede cumplir algunas obligaciones y no otras. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir todas las obligaciones exigibles, sean de dar, sean de hacer. Si el deudor puede cumplir todas las obligaciones menos una es insolvente. Y es que no es el número de obligaciones que se cumplen ni la cuantía de estas lo que debe ser tenido en cuenta, sino el hecho de que el deudor no pueda cumplir regularmente todas las que sean exigibles. El deudor que no puede cumplir las obligaciones en el momento en el que las contrae no es insolvente. La insolvencia no se puede determinar por el momento en que la obligación se contrae o en el que se genera.

En tanto no devenga exigible, al menos, una obligación el deudor no es insolvente actual. Por muy grave y por muy desesperada que sea la situación de ese deudor, sin exigibilidad no puede hablarse de insolvencia. Además, es indiferente la clase de las obligaciones que el deudor no pueda cumplir. Por lo general el deudor no podrá cumplir

las obligaciones contraídas, es decir, las obligaciones de origen contractual sean civiles, mercantiles o laborales. Pero, en ocasiones, la imposibilidad de cumplir hará referencia a obligaciones de distinto origen (v. gr.: obligaciones frente a la Hacienda pública o frente a la Tesorería General de la Seguridad Social, obligaciones extracontractuales, etc.). En fin, existe insolvencia actual si el deudor puede cumplir, pero no de modo regular. En efecto, es insolvente el que no puede cumplir regularmente las obligaciones. Cumplimiento regular sólo puede significar cumplimiento por medios normales. Teniendo en cuenta que la imposibilidad de cumplimiento ha de referirse a las obligaciones exigibles (Beltrán, 2007) (Beltrán, 2008).

2.3. Deudor no declarado en concurso.

El deudor, persona natural o jurídica, puede alcanzar en cualquier momento un acuerdo colectivo de refinanciación con sus acreedores, tanto si se encuentra en estado de insolvencia inminente como si su insolvencia es actual, siempre que no hubiera sido declarado en concurso. En este sentido, se requiere que el deudor que pretenda alcanzar un acuerdo de refinanciación no haya sido declarado en concurso. De esta manera, también se confirma que los acuerdos colectivos de refinanciación conforman una alternativa al concurso de acreedores, sin perjuicio de que su "fracaso" pueda conducir a un concurso consecutivo (art. 695 TRLC). En efecto, la exigencia de que el deudor no hubiera sido declarado en concurso se incorpora expresamente en los acuerdos colectivos de refinanciación,

rechazando con ello aquellas interpretaciones que apoyaban su admisión tras la declaración de concurso¹⁶. En esa medida, en términos de diseño legal los acuerdos colectivos de refinanciación no resultan posibles tras la declaración de concurso del deudor, configurándose, exclusivamente, como alternativos y, en ocasiones, previos al concurso de acreedores.

¹⁶En sede de acuerdos de refinanciación se había planteado la posibilidad -que ahora queda descartada- de homologar judicialmente un acuerdo de refinanciación presentado tras la declaración de concurso. Así, el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid, de 18 de diciembre de 2018, homologa judicialmente un acuerdo de refinanciación presentado tras la declaración de concurso, cuyo objeto es exclusivamente la refinanciación de créditos contra la masa tras el concurso. El referido Auto homologa el acuerdo, elevado a público ante Notario, y declara en aplicación del régimen especial aplicable a los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, previsto en el párrafo cuarto del apartado 1 de la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal, a la totalidad de los titulares de los pasivos financieros afectados por el precedente acuerdo de refinanciación como adheridos al mismo. En los Fundamentos Jurídicos del Auto cabe destacar la cuestión relativa a la propia admisibilidad de la suscripción y homologación judicial de un acuerdo de refinanciación con posterioridad a la declaración de concurso. En este punto, la resolución judicial parte de la evolución legislativa de los acuerdos de refinanciación, reseñando los cambios introducidos en las distintas reformas de la legislación concursal, para destacar que ninguna de estas modificaciones ha contemplado de forma expresa la posibilidad de que pueda suscribirse un acuerdo de refinanciación y homologarse judicialmente con posterioridad a la declaración de concurso. Sobre esta base, considera el Auto que contrariamente a las previsiones que podrían apuntar a la opción legislativa de rechazo a esta opción -ubicando los acuerdos de refinanciación en el estricto ámbito del llamado Derecho preconcursal- cabe entender que la escueta e incompleta regulación de los acuerdos de refinanciación contenida en la Ley Concursal no recoge ninguna expresa prohibición que impida que un acuerdo de refinanciación pueda ser suscrito y homologado tras la declaración de concurso. A ello añade, que los escenarios en que cabe imaginar la posibilidad y utilidad de la homologación de un acuerdo de refinanciación tras la apertura del concurso de acreedores son múltiples y variados. Más aún en la homologación judicial de un acuerdo cuyo objeto sea exclusivamente la refinanciación de créditos contra la masa tras el concurso, que es justamente el caso que se plantea en este supuesto. En este sentido, el régimen de los créditos contra la masa se ha planteado en la legislación y en la doctrina del Tribunal Supremo totalmente contrapuesto al de los créditos concursales. Así, por ejemplo, se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2017, que destaca que "En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos anteriores frente al deudor común formen parte de la masa pasiva y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados,

2.4. La comunicación de inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo colectivo de refinanciación

Además de los presupuestos -subjeto y objetivos- que se establecen para poder alcanzar en cualquier momento un acuerdo de refinanciación con los acreedores, se añade que si -el deudor- hubiera efectuado comunicación al juzgado competente del inicio de negociaciones con los acreedores, el acuerdo de refinanciación deberá alcanzarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de esa comunicación. La literalidad legal indica que es posible que un acuerdo colectivo de refinanciación se trate de alcanzar sin haber

estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum (...). Pero si el crédito no es concursal, sino contra la masa, no se integra en la masa pasiva del concurso, no está sujeto a las reglas de la par condicio creditorum, y puede ser pagado al margen de la solución concursal alcanzada, sea la de convenio o la de liquidación". Esta absoluta separación entre créditos contra la masa y créditos concursales entiende la resolución judicial que permite considerar y defender la idea de que, con relación a su pago, los acreedores y el deudor (debidamente intervenido por la administración concursal) puedan alcanzar, incluso tras el concurso, acuerdos en los que pueda articularse una modificación o extinción de las obligaciones que de ellos nazcan, bien sea mediante prórroga de su plazo de vencimiento, o bien mediante el reconocimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. En definitiva, la interpretación de conjunto deriva en la decisión judicial de aceptar que sean los propios acreedores financieros contra la masa y el deudor en concurso (con la intervención de la administración concursal), los que colectivamente suscriban un acuerdo de refinanciación, con posibilidad de homologarlo si concurren los requisitos formales y materiales, y sin que sea obstáculo para ello que el proceso de concurso de acreedores haya sido ya declarado. Esta homologación, como se destaca, no incidirá en aspectos tales como la irrevocabilidad del pacto (por su posterioridad respecto de la situación de concurso), pero se considera que permitirá obtener otras ventajas legales, como la extensión de efectos a los acreedores contra la masa disidentes o la consideración de adheridos para los disconformes en el seno de un acuerdo de sindicación, impidiéndose de ese modo ejecuciones singulares de créditos contra la masa, que podrían resultar distorsionadores de todo el proceso y comprometer su correcto desarrollo y viabilidad.

efectuado comunicación al juzgado competente del inicio de negociaciones con los acreedores. Evidentemente, ello supondrá que ninguno de los efectos derivados de la comunicación de la apertura de estas negociaciones resultará aplicable (arts. 586 y ss TRLC). Además, debe tenerse en cuenta que si el deudor se encuentra en estado de insolvencia actual debe solicitar la declaración de concurso de acreedores, salvo que antes del vencimiento del plazo de dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia ponga en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la apertura de negociaciones con los acreedores, entre otras opciones, para tratar de alcanzar un acuerdo de refinanciación.

Precisamente por estas razones lo habitual será que el deudor, persona natural o jurídica en situación de insolvencia actual o inminente que no hubiera sido declarado en concurso, ponga en conocimiento del juzgado competente para la declaración del propio concurso la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación¹⁷. En este caso, el deudor está facultado (podrá) realizar la comunicación de negociaciones al juzgado (art. 583.1 TRLC). El contenido de la comunicación está limitado a las negociaciones dirigidas a alcanzar un acuerdo colectivo de refinanciación, con o sin homologación judicial. Quedan, por tanto, fuera del ámbito de protección desplegado por la comunicación de

¹⁷En relación con la naturaleza de esta comunicación, entre otros, Auto del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, de 15 de septiembre de 2020.

negociaciones los acuerdos singulares de refinanciación. Así se indica expresamente, al establecer que el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración del propio concurso la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación que reúna los requisitos establecidos en esta ley, siempre que no sea singular (art. 583.1 TRLC).

Pues bien, si el deudor hubiera efectuado comunicación al juzgado competente del inicio de negociaciones con los acreedores, se establece expresamente que el acuerdo de refinanciación deberá alcanzarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de esa comunicación. La previsión se relaciona con la denominada en el texto refundido exigibilidad del deber legal, que dispone que el deudor que, dentro de los tres meses a contar desde la comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones con los acreedores o dos meses si fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario, no hubiera alcanzado un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones suficientes a la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente si se encontrara en estado de insolvencia actual, a menos que ya la hubiera solicitado el mediador concursal (art. 595 TRLC). Claramente, en el caso de los acuerdos de refinanciación se ha partido de que el deudor va a ser empresario y, de ahí, que la remisión se haya realizado al plazo de tres meses. No obstante, como ya se indicó, el deudor que puede intentar alcanzar un

acuerdo de refinanciación con sus acreedores puede ser una persona jurídica, pero también una persona natural, y el concepto "amplio" de empresario solo lo recoge el texto refundido para el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 638.4 TRLC), mientras que en el ámbito del concurso de acreedores se consideran empresarios las personas naturales que tengan esa condición conforme a la legislación mercantil que no consagra un concepto tan amplio (art. 44.3 TRLC).

III. LOS REQUISITOS DE LOS ACUERDOS COLECTIVOS DE REFINANCIACIÓN.

3.1. El contenido de los acuerdos colectivos de refinanciación.

El acuerdo colectivo de refinanciación que el deudor, persona natural o jurídica en situación de insolvencia actual o inminente y que no haya sido declarado en concurso, puede alcanzar en cualquier momento con sus acreedores ha de reunir una serie de requisitos determinados legalmente. Así, en cuanto a su contenido, para que los acuerdos colectivos de refinanciación queden sujetos a las previsiones concursales deben responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo y tener como objeto, al menos, la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o la extinción de las obligaciones del deudor, bien mediante la prórroga de la fecha de vencimiento, bien mediante el establecimiento de nuevas obligaciones en sustitución de aquellas que se extingan.

De un lado, el acuerdo ha de responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017 plantea respecto a este requisito (en la formulación del mismo ya prevista en el art. 71 bis 1.a) LC), ¿qué es lo que tiene que ser viable?, ¿qué grado de certidumbre ha de concurrir?, ¿hasta qué momento debe abarcar dicho grado de certidumbre? y ¿de quién ha de predicarse la viabilidad? Respecto a ¿qué es lo que tiene que ser viable? señala que lo relevante no es que la sociedad pueda seguir viva, sino que la actividad profesional o empresarial del deudor continúe a corto y medio plazo.

Así, destaca la referida resolución judicial que la primera pregunta debe responderse afirmando que la viabilidad no hace referencia a la idea de sociedad, como conjunto organizado de personas para la consecución de un fin común, sino a la idea de empresa, como unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos. Y ello porque el centro de atención lo constituye la actividad empresarial, siendo a ella a la que se refieren, no solo los Considerandos 15, 16 y 23 de la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sino también la Ley Concursal tanto en el apartado cuarto del artículo 5 bis como en la letra a) del apartado primero de su artículo 71 bis, al que se remite la Disposición Adicional Cuarta. Por otra parte, y como manifesté en el Auto de 8 de noviembre de 2016, tanto el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, como la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, expresan que la finalidad

de las mismas es "adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera o "desapalancamiento", optando, frente a la liquidación de una empresa viable desde un punto de vista operativo pero inviable desde un punto de vista financiero, por "sanearla desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente sea soportable, permitiendo así que la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo". Igualmente, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, identifica expresamente en su Preámbulo como la primera premisa básica de la citada Ley 17/2014, "considerar que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo". Y, en la misma línea, el Considerando 1 de la Recomendación de la Comisión señala que "el objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía". Por tanto, lo relevante no es que la sociedad pueda seguir viva, es decir, que no se disuelva, sino que la actividad empresarial continúe puesto que, como hemos visto, es esta circunstancia la que justifica excepcionar tanto el régimen normal de rescindibilidad concursal como el principio de relatividad contractual. Y ello con independencia de que la falta de continuidad empresarial pueda fundarse, no solo desde puntos de vista económicos o industriales sino también jurídicos, por ejemplo, a través de la

alegación de que la sociedad no saldría de una causa de disolución en la que pudiera encontrarse y con ello se imposibilitaría la continuidad de su actividad. No obstante, en el caso de autos no se alegó esta circunstancia en las demandas de impugnación sino en el acto de la vista, por lo que no cabe su análisis al haberse planteado en un momento en el que había precluido tal posibilidad, de conformidad con los artículos 136 y 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La segunda de las cuestiones planteadas ¿qué grado de certidumbre ha de concurrir?, se entronca en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017 con la idea de que no basta con que sea posible la continuidad de la actividad empresarial, sino que lo relevante será que la probabilidad de que ello suceda sea mayor que la de que no suceda; que sea razonable entender que se producirá, sin llegar a pretender una certeza absoluta y sin obviarse que el análisis de razonabilidad acerca de la continuidad exigirá un examen previo del carácter realizable del plan, es decir, si las bases sobre las que se sustenta son de plausible cumplimiento. En este sentido, destaca la sentencia que

siguiendo con el planteamiento inicial y despejada la primera incógnita, la siguiente cuestión a tratar es el grado de certidumbre que debe existir respecto de la continuidad de la actividad empresarial, para lo cual hemos de hacer una aproximación a los conceptos de posibilidad y probabilidad, bastando con señalar que la posibilidad hace referencia a la potencialidad frente a la actualidad, es decir, a la capacidad

de algo para llegar a ser o a producirse, mientras que la probabilidad alude a la razonabilidad de que algo suceda y, por tanto, a diferencia de la posibilidad, admite graduación. De forma que algo será posible o imposible y, en el primer caso, más o menos probable. Sobre estas premisas, parece lógico entender que no basta con que sea posible la continuidad de la actividad empresarial, sino que lo relevante será que la probabilidad de que ello suceda sea mayor que la de que no suceda. Así, cuando la Ley Concursal, en su artículo 71 bis, exige que el plan de viabilidad al que debe responder el acuerdo de refinanciación "permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial", no está pretendiendo decir que ello sea posible (es decir, que no sea imposible), sino que sea razonable entender que se producirá. Lo que, además entronca con la valoración que ha de hacer el experto independiente para el caso de ser designado, ya que el mismo ha de informar sobre "el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad". Por tanto, la Ley Concursal parecería alejarse de los postulados de la Recomendación de la Comisión de 2014, ya que, cuando propugna el rechazo de los planes que "claramente no ofrezcan ninguna perspectiva de (...) garantizar la viabilidad" (Considerando 23), podría dar a entender que bastaría con lo contrario para su aprobación, es decir, con que ofrezcan alguna perspectiva de garantizar la viabilidad. Sin embargo, no podemos llegar a una conclusión de tal calado ya que, anteriormente, el Considerando 15 se había encargado de exigir que el plan contuviera una descripción detallada de "las posibilidades de que el plan (...) garantice la viabilidad", lo que necesariamente (por la utilización del plural) alude a la realización de juicio de probabilidad o, si se quiere, de razonabilidad. Lo contrario supondría vaciar de contenido el

requisito analizado, puesto que bastaría con indicar en el plan de viabilidad que todo depende de que un tercero asuma, sin contraprestación, la totalidad de la deuda de la compañía, pues ello es posible y, por tanto, realizable, y de cumplirse es razonable pensar que la compañía podría continuar con su actividad. Sin embargo, no es probable que ello suceda. En cualquier caso, la exigencia de razonabilidad no puede ser llevada hasta el extremo de pretender una certeza absoluta, como se desprende del propio artículo 71 bis de la Ley Concursal puesto que el mismo, al negar la posibilidad de rescindir en sede concursal los acuerdos de refinanciación que cumplan determinados requisitos, incluye entre los mismos precisamente el examinado, es decir, que el acuerdo de refinanciación "permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial". Por tanto, es posible entender que un acuerdo de refinanciación alcanzado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso permitía la continuidad a pesar de que, finalmente, la sociedad acabara entrando en concurso. En conclusión, el análisis ha de limitarse a valorar si es razonable pensar que, si el deudor actúa tal y como prevé el plan de viabilidad, la probabilidad de que pueda continuar su actividad empresarial supera a la probabilidad de que no pueda hacerlo, por lo que será desproporcionado exigirle un sacrificio si es más probable que, a pesar del mismo, no se produzca tal continuidad. Pero no puede obviarse que dicho análisis de razonabilidad acerca de la continuidad exigirá un examen previo del carácter realizable del plan, es decir, si las bases sobre las que se sustenta son de plausible cumplimiento. Y ello en contra de lo que sostienen los solicitantes, que afirman en el párrafo 220 de su oposición que "un acreedor únicamente podrá denunciar la existencia de un sacrificio

desproporcionado en relación con la viabilidad de las sociedades deudoras si prueba: (i) que aun cuando se extendieran los efectos del acuerdo de refinanciación y se cumpliesen todas las previsiones contenidas en el plan de viabilidad, no se permitiría la continuidad de las deudoras en el corto y medio plazo; o (ii) que la referida continuidad se habría alcanzado igualmente sin la extensión de efectos, porque el examen que respecto del plan de viabilidad se efectúa en el auto de homologación tiene un carácter cuasi formal, en el sentido de que, como es obvio, carece el juzgador de los necesarios conocimientos técnicos y económicos como para poder realizar una evaluación que vaya más allá de la razonabilidad aparente de las conclusiones de aquél, de modo que, si bien esto no puede ser nuevamente discutido, es decir, la razonabilidad aparente de las conclusiones, no puede vedarse la posibilidad al análisis de algo más profundo, es decir, por una parte, del carácter realizable de las bases sobre las que se apoyan tales conclusiones y, por otra, de la razonabilidad real y no aparente de tales conclusiones".

La tercera pregunta que se plantea en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017, ¿hasta qué momento debe abarcar dicho grado de certidumbre?, se relaciona con la finalidad legislativa de que no se utilice el mecanismo de la refinanciación para un fin distinto del previsto, teniendo en cuenta que expresamente el tiempo sobre el que se proyecta el juicio de probabilidad se sitúa en el corto y medio plazo, lo que le permite entender que la viabilidad no se refiere a términos actuales, sino que se proyecta a partir del corto y medio plazo. El deudor mantiene la

actividad profesional o empresarial y el acuerdo de refinanciación ha de responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor a corto y a medio plazo.

La resolución judicial resalta que la tercera pregunta alude al tiempo sobre el que ha de proyectarse el anterior juicio de probabilidad y, en atención a las alegaciones de las impugnantes, a si el marco temporal analizado ha de guardar relación con el momento en el que el acuerdo prevé el pago de los impugnantes. Sin embargo, nos encontramos ante cuestiones distintas, por cuanto que lo que el legislador pretende con el establecimiento de un requisito temporal es asegurarse de que no se utiliza el mecanismo de la refinanciación para un fin distinto del previsto y que puede aglutinarse en los términos del Considerando I de la Recomendación de la Comisión, en el que se expone que "el objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía". Cuestión distinta será que la falta de garantía en el cobro pueda suponer un empeoramiento de la situación del acreedor al que se extienden los efectos, lo que será analizado posteriormente. Por tanto, y atendiendo al tenor del artículo 71 bis de la Ley Concursal, el tiempo sobre el que se proyecta el juicio de probabilidad se sitúa en el corto y medio plazo. Dualidad que tiene su importancia porque implica la necesidad de efectuar un doble análisis, ya que no bastará con que en el

corto plazo sea probable la continuidad, sino que ha de serlo también en el medio plazo. Y ello porque, no es suficiente con que la continuidad se limite al plazo de un año (que se identifica en el Plan General de Contabilidad de 2007 con el corto plazo) ni es exigible al acreedor que tenga que esperar hasta pasado ese plazo para ver reanudada la actividad. En cualquier caso, a nivel Comunitario parece apuntarse tanto a la unificación del plazo como a su extensión, al proponerse que en el artículo 8.1 de la Directiva que se aporte "un dictamen o declaración motivada por la persona responsable de proponer el plan de reestructuración que explique por qué la empresa es viable, cómo la aplicación del plan propuesto puede evitar la insolvencia del deudor y restablecer su viabilidad a largo plazo, y en el que se expongan asimismo las condiciones sine qua non para su éxito" (...). Por otra parte, también cabe plantearse si es precisa la viabilidad actual de la sociedad o si es suficiente que se proyecte a partir del corto plazo. Es decir, si puede acudir al mecanismo ofrecido por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal un deudor que, no solo tenga dificultades financieras, sino que en el momento de la solicitud tampoco sea viable desde un punto de vista operativo y que no vaya a serlo hasta pasado un año, al tomarse como referencia el corto plazo. La cuestión es de notable importancia puesto que de lo que se trata es de determinar si puede acceder a la homologación el deudor que precise, no solo de una reestructuración financiera sino también empresarial, es decir, que exija para alcanzar una viabilidad operativa, por ejemplo, reducción de costes de funcionamiento o cambio en el modelo de negocio (...). Si atendiéramos exclusivamente a la Recomendación de la Comisión, podríamos llegar a pensar que solo se confiere tal posibilidad a las empresas actualmente

viabiles, puesto que constantemente se refiere a las "empresas viables con dificultades financieras" (Considerandos 1, 11, 12 y 14 y artículos 1 y 16), pero lo cierto es que el legislador nacional ha optado por no establecer limitación alguna ni en el artículo 71 bis ni en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, por lo que considero que la falta de viabilidad presente del deudor no es obstáculo para la homologación de un acuerdo de refinanciación que responda a un plan de viabilidad que no solo se sustente en una reestructuración financiera. Y es que solo parece desprenderse la necesidad de actividad actual, con independencia de su viabilidad presente, al exigirse que el plan permita su continuidad en el artículo 71 bis. Éste, además, parece ser el camino que podría seguirse a nivel comunitario de aceptarse la Propuesta de Directiva ya citada, pues en la misma se habla del restablecimiento de la viabilidad (artículos 4.1, 8.1.g y 12.1), lo que implica su inexistencia actual, así como de la reestructuración, no solo de las deudas sino también de la empresa (artículo 4.1).

La última de las cuestiones que formula la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017, es ¿de quién ha de predicarse la viabilidad? La literalidad legal señala que la viabilidad que permita la continuidad ha de predicarse de la actividad profesional o empresarial del deudor. En el supuesto analizado en dicha resolución la dificultad deriva del hecho de que se trata de la refinanciación de un grupo de sociedades. En este caso, entiende que la respuesta ha de ser que debe procurarse la continuidad de la actividad empresarial de cada sociedad, individualmente

considerada, esencialmente, por la falta de personalidad jurídica propia e independiente del grupo de sociedades. A ello se añade que, careciendo de una regulación sustantiva del grupo de sociedades, no parece que pueda exigirse al acreedor un sacrificio que no lleve aparejada la continuidad de la actividad empresarial de su deudor, lo que no comporta que sea precisa la elaboración de tantos planes de viabilidad como sociedades haya, ya que será suficiente con que del plan o de los planes que se presenten se desprenda la viabilidad de cada sociedad individualmente considerada. Así, señala la sentencia que:

finalmente, es fundamental analizar si, en un supuesto como el presente de refinanciación de un grupo de sociedades, la continuidad de la actividad empresarial que ha de producirse con la implantación del plan de viabilidad al que responde el acuerdo de refinanciación debe predicarse del grupo en general o de todas y cada una de las sociedades deudoras firmantes de dicho acuerdo en particular. Y la respuesta es clara. Debe procurarse la continuidad de la actividad empresarial de cada sociedad, individualmente considerada. Esencialmente, por un motivo, la falta de personalidad jurídica propia e independiente del grupo de sociedades, que provoca que las relaciones jurídicas que mantengan las sociedades con terceros no produzcan efectos directos respecto de las restantes, de modo que quien es acreedor de una sociedad, por el principio de limitación de la responsabilidad, lo es de ésta y de ninguna otra (sin perjuicio de la extensión de responsabilidad, por ejemplo, en el ámbito laboral en el caso de los denominados grupos patológicos de sociedades, pues

en este caso no es por la existencia del grupo sino por el modo de actuación concreto de las sociedades por el que se solidariza la responsabilidad). El grupo de sociedades, como tal y no como conjunto de sociedades, no tiene activo ni pasivo. No es sujeto de relación jurídica alguna que determine que haya de cumplir una obligación o que pueda exigir su cumplimiento, sino que serán las sociedades que forman entre si el grupo de sociedades las que, individualmente, sean titulares de derechos y obligaciones. Por tanto, no puede exigirse al acreedor de una sociedad (que solo puede ver satisfecho su crédito con los activos de la misma, pues no puede dirigirse contra las restantes sociedades del grupo con las que no mantenga relaciones jurídicas), que se sacrifique para que otras sociedades del grupo puedan continuar con su actividad. Criterio que resulta conforme con la jurisprudencia sentada en materia de rescisión concursal por la Sala Primera del Tribunal Supremo (esencialmente, en la Sentencia 100/2014, de 30 de abril, citada por otras muchas, entre cuyas más recientes se encuentra la número 407/2017, de 27 de junio), ya que, si bien se admite que la onerosidad del acto constitutivo de la garantía establecida sobre el bien de una sociedad venga dada por la concesión de un crédito a otra sociedad del mismo grupo, a la hora de determinar el carácter perjudicial del acto, habrá de valorarse "si ha existido alguna atribución o beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía", sin perjuicio de que "no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto". Y ello porque el sacrificio exigido al acreedor no tendría beneficio correlativo alguno al cesar la actividad

empresarial de la sociedad deudora. No puede obviarse que se hace precisa una regulación no meramente contable o procesal del grupo de sociedades, sino sustantiva, pero hasta que ello no se produzca considero que no puede exigirse al acreedor un sacrificio que no lleve aparejada la continuidad de la actividad empresarial de su deudor. En cualquier caso, esta conclusión no comporta que sea precisa la elaboración de tantos planes de viabilidad como sociedades haya, ya que será suficiente con que del plan o de los planes que se presenten se desprenda la viabilidad de cada sociedad individualmente considerada.

De otro lado, el acuerdo colectivo de refinanciación ha de tener como objeto, al menos, la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o la extinción de las obligaciones del deudor, bien mediante la prórroga de la fecha de vencimiento, bien mediante el establecimiento de nuevas obligaciones en sustitución de aquellas que se extingan. En este sentido, se construye como un contenido mínimo y alternativo, en la medida en que su objeto, al menos, suponga la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o la extinción de las obligaciones del deudor, en este último caso, bien mediante la prórroga de la fecha de vencimiento, bien mediante el establecimiento de nuevas obligaciones en sustitución de aquellas que se extingan. Respecto al contenido -con frecuencia, ciertamente complejo- de los acuerdos colectivos de refinanciación, indica el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 6 de abril de 2016:

"que una interpretación meramente literal determina entender que el acuerdo habrá cumplido el primero de los requisitos materiales cuando, como consecuencia del mismo, se aprecie, cuanto menos, una cualquiera de las siguientes situaciones: la ampliación significativa del crédito disponible; la prórroga del vencimiento de las obligaciones; la novación extintiva de las obligaciones; o la extinción de las obligaciones. A primera vista, destaca que únicamente se introduzca un elemento valorativo de carácter cuantitativo en el primero de los supuestos, es decir, en la ampliación del crédito disponible, por lo que sería lícito plantearse si es extrapolable a los restantes. No obstante, la conclusión no solo ha de ser negativa si se atiende a la dicción del precepto, sino que, incluso, entiendo que es innecesaria y superflua la exigencia de ese carácter significativo de la ampliación, pues la atención ha de centrarse en el hecho de que el acuerdo responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial. Y ello porque, de otro modo, se sanciona y discrimina al deudor al que le basta con una ampliación no significativa de su crédito disponible para salir de la situación de insolvencia actual o inminente (...)"¹⁸ .

¹⁸ Añade el indicado Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 6 de abril de 2016 que "en el caso que nos ocupa, la cuestión principal radica en determinar si lo que se pretende es que los acreedores financieros se comprometan a no reclamar una deuda cuyo vencimiento no se prorroga, es decir, el deudor sigue estando obligado al pago pero el acreedor no ejercitará acciones durante siete meses, o si lo que se está pactando es la prórroga del vencimiento de las obligaciones, de modo que, hasta el 29 de octubre de 2016 (o el cumplimiento de alguna de las condiciones resolutorias) la deuda no es exigible. En el primer caso, el incumplimiento por los acreedores de la obligación de no reclamar la deuda vencida habría de ser analizada en sede de incumplimiento contractual, pudiendo generar responsabilidad, pero no afectando a la deuda que fuere transmitida, mientras que, en el segundo, la reclamación de la deuda que se hiciera antes de tiempo estaría abocada al fracaso por no estar vencida a pesar de su transmisión. Si se concluye que el efecto final y global del acuerdo es la prórroga del vencimiento de las obligaciones, no habría problema alguno en considerar superado

La relación entre los requisitos referidos del contenido del acuerdo colectivo de refinanciación es clara. En el supuesto del Auto del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid de 12 de febrero de 2015, en el que se solicita la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación, se destaca que el

el requisito relativo al contenido del referido acuerdo, mientras que en el caso contrario, es decir, si lo que se produce con el acuerdo no es la modificación ni extinción de obligaciones del deudor, sino el nacimiento de obligaciones para los acreedores firmantes consistentes, básicamente, en el compromiso de no reclamar una deuda cuyo vencimiento no se prorroga, el acuerdo no sería homologable. Una postura contraria a la que sostengo y, por tanto, favorable a la homologación del compromiso de no ejercitar acciones, podría basarse: Primero, en el hecho de que la norma lo que viene a recoger son dos posibles caminos para alcanzar la viabilidad y que se reducen a que, como consecuencia del acuerdo el deudor disponga de más dinero (ya sea incrementando el crédito disponible o reduciendo la deuda exigible) o de mejores condiciones para devolverlo, y que ello puede suceder no solo afectando sus obligaciones, sino mediante la constitución por parte de los acreedores de nuevas obligaciones no necesariamente consistentes en la aportación de capital. Segundo, en la vocación favorecedora de la homologación mostrada por el legislador que, con carácter constante, alude a la flexibilidad del proceso en las sucesivas reformas legislativas efectuadas en la materia, llegando, incluso, el Real Decreto-ley 4/2014 a justificar la utilización de la vía del artículo 86 de la Constitución, en la "importancia de garantizar sin dilación la eliminación de los obstáculos identificados en nuestro ordenamiento jurídico que están impidiendo, en la práctica, el éxito de operaciones de reestructuración y refinanciación de empresas que ya estén en marcha, o que deben acometerse de manera inmediata, y garantizar, con ello, la continuidad de su actividad, esencial para el mantenimiento del tejido productivo de nuestro país". Sin embargo, puesto que la homologación comporta la irrevocabilidad del acuerdo sin intervención de los acreedores no financieros, con independencia de que el fundamento de tal efecto sea que el acuerdo que permite la continuidad de la empresa no puede ser considerado perjudicial para la masa activa, ha de entenderse que la norma es restrictiva de los derechos de los acreedores, lo que impide una interpretación extensiva de la misma. Prueba de ello, es que cuando el legislador ha detectado un obstáculo concreto para el favorecimiento de la suscripción de acuerdos de refinanciación se ha visto obligado a realizar una modificación legislativa, introduciendo, incluso, la mención a la extinción de las obligaciones del deudor como contenido mínimo que podría alcanzar el acuerdo para ser homologado. Si hubiera sido posible realizar una interpretación extensiva y correctora, no hubiera sido precisa la referida inclusión en el artículo 71 bis".

"acuerdo alcanzado supone una ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas por cuanto tal y como se infiere de su contenido en el que expresamente se indica que la obligación que vencía en fecha y, en consecuencia, debía amortizarse íntegramente el 31 de enero de 2015 lo va a ser el 31 de enero de 2018, sin pago de cuotas de amortización previas o intermedias, lo que constituye mejora sustancial de las condiciones del préstamo mediante la prórroga de su vencimiento"

Añade, que estas medidas responden a un plan de viabilidad que permite la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor en el corto o medio plazo, aunque se detiene, respecto de esta cuestión, en que, dada la actividad de la deudora, que se limita a la mera tenencia de participaciones sociales, podría argumentarse que no realiza actividad profesional o empresarial alguna, lo que incide en que no serviría a los fines pretendidos por el legislador. No obstante, la referida resolución judicial señala que:

Sin embargo, no debe olvidarse que la deudora forma parte de un importante grupo empresarial encabezado por (...) S.A., sociedad que cotiza en el IBEX 35, con una capitalización bursátil aproximada de 1600 millones de euros y con capital flotante o "free-float", esto es, con un porcentaje susceptible de ser negociado habitualmente en bolsa y no controlado por accionistas de control de forma estable, de, aproximadamente,

el 60%. El Grupo (...), como se hace constar en su solicitud, cuenta con cinco ramas de negocio: construcción, concesión, patrimonio, servicios e industrial, que desarrolla a través de las siguientes sociedades cabecera (...), respectivamente, tanto en España, como en otros países del extranjero, entre los que destacan, Italia, Portugal, Angola, Panamá y Chile. El Grupo factura más de 3000 millones de euros anuales, de los cuales aproximadamente el 50% se facturan en España y proporciona empleo directo a 29.000 trabajadores, de los cuales 18.000 se encuentran en España. Por otra parte, la cartera de acciones cuya tenencia ostenta la deudora y para cuya adquisición se concertó el préstamo sindicado que ahora se pretende refinanciar constituye una participación significativa, de alrededor de un 9% de la sociedad cotizada (...), lo que supone una participación significativa de control minoritario de dicha entidad. La tenencia de dicha participación es esencial para el funcionamiento del grupo en su conjunto pues conlleva una serie de consecuencias contables, fiscales y societarias diferentes a la que otorga una mera participación financiera, que hacen que el valor de dicho porcentaje sea superior al que aritméticamente corresponde a la cotización del número de acciones de las que (...), S.L.U. es titular. Además, el Grupo (...), por razón de la integración de la solicitante (...), se beneficia de su participación significativa (...), tal como, a título meramente de ejemplo, la construcción de la sede social (...), mediante la realización de obras para la citada sociedad, lo que constituye desarrollo de una de las actividades prioritarias del Grupo (...). A la vista de ello, puede concluirse que la ejecución de la garantía, constituida por las acciones pignoradas comporta un riesgo sistémico significativo, no solo para la deudora y el grupo del que forma parte, con el

consiguiente riesgo de desempleo para miles trabajadores, sino para la propia entidad (...), ya que la ejecución incidiría la cotización de sus acciones, y de modo reflejo en otras empresas del sector. Por otra, parte, según se infiere del plan de viabilidad aportado (...) la viabilidad de la acreditada pasa necesariamente por la prórroga de la fecha de vencimiento final de la deuda, dado que la acreditada no tiene liquidez suficiente para satisfacer el saldo vivo bajo del Contrato de Crédito, ni siquiera con la venta de las acciones (...), lo que provocaría su concurso y posterior liquidación, así como la ejecución del resto de Garantías Reales otorgadas por el Grupo (...), lo cual, como ya se ha indicado anteriormente, tendría unos efectos extraordinariamente negativos, no solo para las diferentes ramas de actividad del grupo, sino para el propio Grupo (...), así como para (...). Por el contrario, el acuerdo de refinanciación permite ir amortizando los intereses de la deuda sin dificultades y posibilita la reducción de la deuda, como, de hecho, ha sucedido desde 2006, al haberse reducido la deuda a menos de la mitad, dado que el importe inicial del crédito alcanzó la cifra de 5.175.000.0000 euros, de los cuales quedan pendientes de pago 2.264.748.971,06 euros.

3.2. La suscripción de los acuerdos colectivos de refinanciación.

Los acuerdos colectivos de refinanciación que tengan el contenido indicado, además, han de ser suscritos por el deudor y por acreedores cuyos créditos representen al menos los tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo, mayoría que habrá de computarse conforme a las reglas establecidas en el artículo

599 del texto refundido de la Ley Concursal. De ahí que se hable de acuerdos de refinanciación colectivos, ya que vienen referidos a una pluralidad de acreedores.

Se requiere certificación del auditor de cuentas del deudor en relación a la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. En caso de que el deudor o las sociedades del grupo no estuvieran obligadas a auditar las cuentas anuales, el auditor que emita la certificación será el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, en los supuestos de acuerdos de grupo o de subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante. En todo caso, es relevante incidir en que la certificación del auditor de cuentas solo deberá verificar la suficiencia del pasivo adherido al acuerdo.

Teniendo en cuenta las reglas de mayoría de pasivo y el propio alcance que puede tener un acuerdo colectivo de refinanciación (sin perjuicio de que si, posteriormente, se homologa judicialmente deban de resultar aplicables las disposiciones establecidas en el ámbito de la homologación), el contenido del acuerdo colectivo de refinanciación vinculará al deudor, a los acreedores que lo hayan suscrito y, en caso de pasivo sujeto a un régimen o pacto de sindicación, a todos los acreedores sindicados cuando quienes suscriban el acuerdo representen el porcentaje del pasivo sindicado que resulta exigible.

3.3. La formalización de los acuerdos colectivos de refinanciación

Por último, los acuerdos colectivos de refinanciación han de formalizarse en instrumento público por todos los que lo hubieran suscrito. A este instrumento público han de unirse todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos del acuerdo. Así, ha de incorporarse como anejo el plan de viabilidad, la certificación del auditor y cuantos documentos justifiquen la concurrencia a la fecha del acuerdo de los requisitos exigidos para el acuerdo de que se trate. Y si el plan de viabilidad hubiera sido sometido a informe de experto independiente -posibilidad que se contempla en el artículo 600- el informe se incorporará también como anejo a la escritura.

El instrumento público en que se formalice el acuerdo colectivo de refinanciación tiene la consideración de documento sin cuantía a los efectos de determinación de los honorarios del notario que lo autorice (número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios). Los folios de la matriz y de las primeras copias que se expidan no devengarán cantidad alguna a partir del décimo folio inclusive.

El acuerdo adquirirá eficacia desde la fecha del instrumento público en que se hubiera formalizado, salvo que en el propio acuerdo colectivo de refinanciación se establezca otra cosa.

IV. LAS REGLAS DE CÁMPUTO DE LA MAYORÍA EN LOS ACUERDOS COLECTIVOS DE REFINANCIACIÓN.

4.1. La deducción de los pasivos titularidad de acreedores que sean personas especialmente relacionadas con el deudor

La primera de las reglas de cómputo de la mayoría -del porcentaje del pasivo (art. 598-3º TRLC)- en los acuerdos colectivos de refinanciación, es la deducción del total de los pasivos titularidad de acreedores que fueran personas especialmente relacionadas con el deudor, expresión que reenvía al ámbito de las personas especialmente relacionadas con el concursado (arts. 282 y 283 TRLC). La determinación de las personas especialmente relacionadas con el concursado se realiza de forma imperativa por la Ley atendiendo a si el concursado es persona natural o persona jurídica. En caso de persona natural la delimitación es particularmente amplia; así, puede tener la consideración de persona especialmente relacionada alguien que ni siquiera sea conocido por el deudor. Por un lado, son personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural, el cónyuge del concursado, la persona que conviva con él con análoga relación de afectividad y quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; los ascendientes, descendientes y hermanos tanto del concursado como de su cónyuge o asimilado, y los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado. Por otro lado,

también se consideran especialmente relacionadas las personas jurídicas controladas por el concursado o por su cónyuge, pareja, ascendientes, descendientes o hermanos y los cónyuges de estos, o sus administradores de hecho o de derecho, las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que los sujetos descritos (cónyuges, parejas de hecho, ascendientes, descendientes, hermanos del concursado, y los cónyuges de aquellos) y las personas jurídicas de las que esos sujetos sean administradores de hecho o de derecho (art. 282 TRLC).

En caso de persona jurídica, merecen esa calificación los socios y, cuando éstos sean personas naturales, las personas especialmente relacionadas con ellos, que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales; los socios que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de un cinco o de un diez por ciento del capital social, según que la sociedad cotice o no en bolsa; los administradores, liquidadores y directores generales, actuales o que lo hubieran sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso; y las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, el mismo porcentaje de capital que la Ley exige para considerar personas especialmente relacionadas a los socios del propio concursado (art. 283 TRLC)¹⁹.

¹⁹ A la delimitación legal de personas especialmente relacionadas con el deudor se añade el supuesto de presunción de especial relación con el concursado, conforme a la

En el ámbito que nos ocupa la delimitación legal de las personas especialmente relacionadas tiene relevancia a efectos de que en el cómputo del porcentaje del pasivo de los acuerdos colectivos de refinanciación se deducirán del total los pasivos titularidad de acreedores que fueran personas especialmente relacionadas con el deudor. No obstante, cabe recordar que en dicha delimitación legal se precisa que no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley Concursal, a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el concursado como consecuencia de la refinanciación otorgada en virtud de dicho acuerdo y aunque hubieran asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización. Y tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que

cual, se presume que serán personas especialmente relacionadas con el concursado, salvo prueba en contrario, los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas referidas como especialmente relacionadas, siempre que la adquisición se hubiera producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 284 TRLC). El fundamento de esta extensión de efectos es claro: se trata de evitar que, ante la amenaza de insolvencia de su deudor, la persona especialmente relacionada pueda evitar la subordinación de su crédito mediante la interposición de un tercero que carezca de esa relación especial con el concursado. La presunción es *iuris tantum*: el adquirente del crédito podrá demostrar que no tenía conocimiento de que la persona a la que adquirió el crédito era una persona especialmente relacionada con el deudor. Además, deben quedar fuera de la presunción las transmisiones *mortis causa* y las derivadas de fusión o por escisión.

se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición (art. 283.2 TRLC).

4.2. Los pasivos sujetos a un régimen o pacto de sindicación

En caso de pasivo sujeto a un régimen o pacto de sindicación, se entiende que acepta el acuerdo colectivo de refinanciación la totalidad de los acreedores sindicados cuando quienes suscriban el acuerdo representen, al menos, el setenta y cinco por ciento del pasivo sindicado. Aunque, si en el régimen o en el pacto de sindicación se hubiera establecido una mayoría inferior, será de aplicación esta última²⁰.

²⁰ La previsión legal se incorpora ahora con modificaciones terminológicas respecto a lo dispuesto en el artículo 71 bis 1.b-1º de la Ley Concursal: "A los efectos del cómputo de esa mayoría de pasivo se entenderá que, en los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última" (Ley 22/2003, Art. 71 bis). En este sentido, señalaba la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017 que, "en concreto establece el cuarto párrafo del apartado primero de la citada Disposición Adicional que "(e)n caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última". Esta previsión fue introducida por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, haciéndose definitiva la modificación por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, explicándose en el párrafo 17 del punto IV de su Preámbulo (en los mismos términos que hacía el Real Decreto-ley), que "se establece una medida destinada a evitar la sobreponderación artificiosa de determinadas participaciones minoritarias en acuerdos sindicados de financiación que hasta la fecha estaban dificultando enormemente la homologación de algunos acuerdos. De este modo se establece un límite al porcentaje de votos favorables en el sindicato cuando se trata de un acuerdo

4.3. Los pasivos en caso de acuerdo colectivo de refinanciación de grupo o subgrupo

En los acuerdos colectivos se contemplan expresamente los supuestos de refinanciación de grupo o de subgrupo, señalando que las referencias que en su régimen jurídico se contienen al deudor, se entiendan realizadas a aquellas sociedades del mismo grupo que estipulen el acuerdo. En el ámbito concursal, se entiende por grupo de sociedades el definido en el artículo 42.1 del Código de Comercio

global de refinanciación del deudor. Se evitan de este modo ciertos comportamientos oportunistas que no buscaban otro beneficio que el ligado a la sobrevaloración de un pasivo por parte del resto de acreedores que veían de este modo incrementado su propio sacrificio". Por otra parte, también como consecuencia de las reformas introducidas por las citadas normas, se incluyen previsiones similares, por una parte, en el artículo 71 bis (ordinal primero de la letra b de su primer apartado) también en materia de acuerdos de refinanciación y, por otra parte, en el artículo 121 (párrafo tercero del apartado cuarto) en sede de convenio. Pues bien, un análisis tanto de la justificación de la reforma (en los términos expuestos) como del tenor literal de tales preceptos evidencia que, en sede de acuerdo de refinanciación, existe una diferencia entre la suscripción del acuerdo y la votación para decidir colectivamente sobre tal suscripción. Así, se entiende que todos los acreedores sindicados "suscriben el acuerdo (...) cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento", lo que me conduce a pensar que, puesto que el acuerdo de refinanciación no se vota, sino que se suscribe, dicho voto debe tener un marco distinto, es decir, debe producirse en otro lugar. Y ello concuerda con el hecho de que el Preámbulo argumente el sentido de la reforma diciendo que "(d)e este modo se establece un límite al porcentaje de votos favorables en el sindicato cuando se trata de un acuerdo global de refinanciación del deudor" (...), puesto que se utiliza la preposición "en", que hace referencia al sindicato como lugar en el que se emite el voto o como modo de canalización del mismo, en lugar de utilizar la preposición "de", que denotaría posesión o pertenencia. En consecuencia, considero que la Disposición Adicional Cuarta está modificando el porcentaje necesario de los votos que, en el órgano establecido en el pacto de sindicación, han de obtenerse para que se produzca una vinculación plena de sus integrantes y no el régimen de adopción de dichos acuerdos. Lo que concuerda con la diferente naturaleza del arrastre del acreedor sindicado y de la extensión de efectos del acreedor disidente, ya que la primera se desenvuelve en un plano contractual mientras que la segunda lo hace en un plano legal, siendo prueba de ello que el arrastre puede producirse con independencia de la homologación, por mandato del artículo 71 bis de la Ley Concursal".

(disposición adicional primera TRLC), que considera que existe grupo cuando una sociedad ostenta o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Y, en particular, presume que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentra en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: poseer la mayoría de los derechos de voto; tener la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; poder disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; y haber designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

Esta última circunstancia se presume cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta, supuesto que no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en los casos en que se posean la mayoría de los derechos de voto o se tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. En este sentido, la evolución del concepto de grupo en la legislación concursal, desde las disposiciones originarias -que podían conducir a plantearse la posible existencia de un concepto concursal de grupo- ha derivado en la opción remisoria al concepto

recogido en el Código de Comercio. En efecto, la configuración de grupo de sociedades se establece acudiendo al artículo 42 del Código de Comercio (también la Ley Concursal acogía esta remisión, disposición adicional sexta), si bien, se han perfilado jurisprudencialmente sus requisitos, de manera sucesiva²¹.

En el caso de acuerdos de refinanciación en el seno de un grupo -o subgrupo- de empresas, el porcentaje del pasivo se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos

²¹Como sintetiza la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid de 30 de octubre de 2019 "así el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de marzo de 2016 determinaba ya que la noción de grupo venía marcada por la existencia de situación de control, conforme al artículo 42 del Código de Comercio, después de la reforma de la Ley 16/2007, de 4 de julio. Es decir, que se supera la conceptualización como dirección unitaria para abarcar la unidad de decisión. Posteriormente en Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 y 22 de noviembre de 2018 se establece que lo relevante para que opere la subordinación crediticia es la existencia de control -directo o indirecto- presente al tiempo de nacimiento del derecho de crédito. 5.17 En este mismo sentido podemos destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de 4 de mayo de 2015 en el que se amplía la situación de grupo de control orgánico a otros escenarios indirectos, como mediante la legislación societaria, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 11 de diciembre de 2013 que determina que el dominio no se hace derivar de la participación directa e inmediata en otra sociedad, exclusivamente (...). 5.19 Pero es que si se ahonda más aun en la delimitación jurisprudencial de grupo de sociedades, debemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2019, que a propósito del grupo de sociedades determina que "3. Tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que unificó, a los efectos de la Ley Concursal, lo que debía entenderse por grupo de sociedades mediante su remisión al artículo 42.1 del Código de Comercio, no hay duda de que el grupo de sociedades viene caracterizado por el control que ostenta, directa o indirectamente, una sobre otra u otras (sentencias 738/2012, de 13 de diciembre, y 431/2018, de 10 de julio). Sin perjuicio de que conforme a la jurisprudencia de esta sala este criterio de la situación de control ya resultaba de aplicación desde la promulgación de la Ley Concursal para apreciar la existencia de grupo a los efectos del artículo 93.2-3ª de la Ley Concursal (sentencias 134/2016, de 4 de marzo, y 431/2018, de 10 de julio)"

del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo. En este sentido, en presencia de un acuerdo colectivo de refinanciación de grupo o subgrupo se exige que el porcentaje de pasivo se supere tanto en base individual como consolidada²².

Como señala la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017 (en relación con la previsión recogida previamente en el párrafo segundo del ordinal primero de la letra b) del primer apartado del artículo 71 bis de la Ley Concursal) que

²² La previsión ya se recogía en el artículo 71 bis 1.b-1º, último párrafo, de la Ley Concursal y se había utilizado como argumento para aplicar los mismos criterios y principios a los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. Así, el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona de 25 de julio de 2018, señala que "cierto es que la Disposición Adicional Cuarta, a diferencia de los artículos 25 y siguientes de la Ley Concursal o inclusive, artículo 71 bis del citado cuerpo legal, no recoge la posibilidad de solicitar de manera conjunta la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación por las empresas que configuran un grupo empresarial. Al contrario, el precepto habla de "deudor" en singular, pero qué duda cabe que debe hacerse una interpretación integradora del mismo con los citados preceptos, así como la Disposición Adicional Sexta y artículo 42 del Código de Comercio. De lo contrario, esto es, si se obligara a cada sociedad del grupo a tener que presentar una solicitud de homologación judicial distinta e individual ante el juez de su respectivo domicilio social, el riesgo de incurrir en resoluciones judiciales contradictorias sobre el mismo acuerdo de refinanciación, es más que evidente sin qué decir tiene que estamos ante un negocio jurídico complejo y cuya finalidad es dotar de viabilidad a todo el grupo empresarial, y no sólo a una de las empresas en particular por lo que desgranar la solicitud en un haz de solicitudes individuales, carece de sentido. Además, si se permite dicha acumulación en los acuerdos de refinanciación extrajudiciales del artículo 71 bis de la Ley Concursal, no veo impedimento alguno para aplicar los mismos criterios y principios a los acuerdos de refinanciación de la Disposición Adicional Cuarta cuando el afectado es el pasivo financiero, de hecho, tal diferencia de trato tampoco estaría justificada. Ahora bien, al igual que dispone el citado precepto (art. 71 bis LC), cuando estamos ante un grupo empresarial, debe exigirse que los porcentajes que la Disposición Adicional Cuarta exige para su homologación se superen tanto en base consolidada como individual (...)"

en todo caso, el legislador, consciente de la posible reiteración de obligaciones, establece como cautela (,,,) que "en el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo", con lo que se evita que la superposición de pasivos adultere la idea final de aprobación por la mayoría de los acreedores financieros.

V. EL EXPERTO INDEPENDIENTE EN LOS ACUERDOS COLECTIVOS DE REFINANCIACIÓN.

5.1. El nombramiento de experto independiente

La inclusión entre los requisitos del acuerdo colectivo de refinanciación de la certificación del auditor de cuentas que verifica la suficiencia del pasivo adherido al acuerdo no impide el nombramiento de experto independiente²³. En efecto, tanto el deudor como los acreedores pueden solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el plan de viabilidad.

²³ La exigencia de informe de experto independiente entre los requisitos de los acuerdos de refinanciación -que había sido incorporada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre- fue sustituida por el requisito de certificación del auditor de cuentas tras la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo. En este sentido, el indicado Real Decreto-ley elimina la necesidad de informe de experto independiente, sustituyéndolo por certificación del auditor de cuentas acreditativa de la concurrencia de las mayorías exigidas para su adopción.

El régimen previsto para el experto independiente, que podrá intervenir a instancias del deudor o de los acreedores, prevé que el nombramiento del experto se realice por el Registrador mercantil del domicilio del deudor. Y cuando el acuerdo de refinanciación afecte a varias sociedades de un mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el Registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo.

Por otro lado, el nombramiento del experto independiente se hará entre profesionales que resulten idóneos para la función²⁴. Los expertos quedarán sometidos a las incompatibilidades y prohibiciones

²⁴ El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define al experto como persona "práctica o experimentada en algo y como especializada o con grandes conocimientos en una materia" (Real Academia Española, 2014, diccionario en línea). Sea cual sea la acepción a la que se recurra, en ambas, una persona experta posee experiencia y/o conocimientos especializados, que la convierten en sujeto idóneo para actuar o pronunciarse en relación con una disciplina o materia. La misma fuente define el término independiente, dicho de una persona, como la "que sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena" (Real Academia Española, 2014, diccionario en línea). En esta línea, necesariamente, debe moverse el concepto de experto independiente. Por ello, la Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España, al referirse al Registro de Expertos Independientes, indica que "el experto independiente, como su nombre indica, es una persona conocedora de aspectos contables y de valoración a la que el legislador acude en determinadas ocasiones en beneficio de los socios y de los acreedores, precisamente, por su carácter independiente, sin compromisos con la sociedad, sus administradores, los socios o terceros". Al añadirle la exigencia de competencia profesional, se reafirma la concurrencia en dicha persona conocedora e independiente, de "pericia, aptitud o idoneidad para hacer algo o intervenir en un asunto determinado, con capacidad y aplicación relevantes" (Real Academia Española, 2014, diccionario en línea). No es suficiente, por tanto, que el sujeto reúna la cualidad de experto y que lo sea de forma independiente, sino que, además, dichos conocimientos deben ponerse en práctica en el ejercicio de su función profesional de forma idónea y eficaz.

previstas para la administración concursal (arts. 64 y 65 TRLC) y a las causas de incompatibilidad establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas (arts. 16 y ss Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas).

Cabe resaltar que la actuación del experto independiente en sede de Derecho preconcursal se ha planteado, también, recientemente en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona de 29 de julio de 2020, al resolver la petición de medida cautelar solicitando el nombramiento de un experto independiente (que en el futuro podría ser el propio administrador concursal) que supervise el proceso de venta de unidad productiva, para que dicha venta pueda llevarse a cabo de forma simultánea o inmediata a la declaración de concurso, medida que ha de coordinarse con el precurso que se tramita ante otro Juzgado Mercantil. En el supuesto, se opta por formular la solicitud dentro de la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores²⁵, entendiéndose que:

²⁵ La indicada petición se incardina en el marco de la Ley Concursal y de la Ley de Enjuiciamiento Civil al regular las medidas cautelares (arts. 721 y ss LEC). A este respecto, el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona de 29 de julio de 2020 señala que "la ubicación procedimental de la solicitud que se hace (nombramiento de un experto economista que, a modo de administración concursal y en el periodo preconcursal supervise el proceso de venta de unidad productiva previo a la solicitud concursal del art. 191 ter), no parece que deba situarse en el marco de las medidas cautelares de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la medida solicitada ni asegura una eventual resolución judicial de fondo estimatoria, ni se dirige de manera contenciosa frente a nadie. Precisamente por la ausencia de un cariz contencioso de un proceso contradictorio de esta petición, una vía procedimental para formular solicitudes como la presente, que incluso podrían escapar del marco temporal y material de (...) la Ley Concursal (...), puede ser el ámbito de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 que contempla el nombramiento de interventor de una entidad mercantil (arts. 120 y ss)".

no se puede considerar ajeno a su finalidad el tratar de efectuar las gestiones necesarias para entrar en el procedimiento concursal de la mejor de las maneras posibles, aunque sea previendo la venta de unidades productivas, que, por otra parte, no deja de ser una de las posibilidades de contenido de un convenio concursal (...)

Por lo que respecta al fondo de la petición, la resolución judicial indica que:

lo que se solicita, en esencia, en este procedimiento, es anticipar la designación del futuro administrador concursal cuya función sería simplemente de acompañamiento, sin suspender ni intervenir las facultades de administración y disposición del deudor, a efectos de supervisar las negociaciones (...) y, en su caso, un posible acuerdo de venta de unidad productiva a incorporar junto con la posterior solicitud de concurso. El mecanismo anteriormente indicado, previo a la declaración de concurso y denominado pre-pack o pre-packaged concursal, se viene utilizando en el Derecho comparado con mayores o menores diferencias en atención al país de referencia. La medida que ahora se propone se asemeja a la del "silent trustee", figura de creación jurisprudencial en el Derecho holandés cuya función es facilitar al futuro administrador obtener la mayor información posible acerca de la compañía en cuestión con carácter previo a su designación formal como administrador concursal, y ello para que pueda examinar todas las circunstancias económico-financieras y prever posibles soluciones, de modo que de resultar la alternativa más beneficiosa, pueda implementarse el "pre-pack" de forma

inmediata a la declaración judicial de insolvencia por el juez competente. La petición mencionada, no regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, no resulta totalmente desconocida en la experiencia práctica concursal en España, pues el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, mediante Auto de 9 de enero de 2012 en el concurso (...) y tras reconocer que no se trataba de una posibilidad directamente prevista en la Ley Concursal pero tampoco prohibida, procedió a designar a un órgano interino de administración concursal con el objetivo de tutelar alguna de las actuaciones del deudor bajo comunicación del artículo 5 bis y de supervisar la preparación del posible procedimiento concursal. Más concretamente se estableció que dicha tutela suponía "anticipar algunas de las tareas de administración concursal, aquellas que no supongan facultades de decisión directa ni supongan la sustitución o intervención de las actuaciones del deudor". Los razonamientos que llevaron a dicho Juzgado de lo Mercantil a acordar esta medida fueron en términos generales los siguientes: permitir que el administrador concursal interino supervise las decisiones que toma el deudor durante esta fase y que pueda adquirir conocimiento acerca del negocio, con el fin de que declarado el concurso este se trámite con la rapidez exigida para este tipo de operaciones; hacer posible una continuidad entre las decisiones pre y post concursales y, no debe tratarse de una medida justificada para todos los supuestos, sino que hay valorar caso por caso y ver las circunstancias concurrentes ("esta situación de tutela interina es especialmente importante cuando se trata de empresas en funcionamiento que tengan actividad industrial y que den empleo directo o indirecto a un número importante de trabajadores"). Además de lo expuesto,

la Directiva (UE) 2019/1023 incluye entre sus objetivos conseguir que los estados implementen nuevas medidas tendentes a garantizar un más ordenado y eficiente procedimiento de liquidación, reduciéndose la excesiva duración de los procedimientos de insolvencia en beneficio de unos mayores porcentajes de recuperación. Por tanto, en una situación de "distressed" donde se plantee un escenario liquidatorio o incluso de concurso con activo insuficiente para el pago de créditos contra la masa, sin duda que la opción apuntada podría ser de interés con el fin de maximizar el activo. A esta fase de preparación de las operaciones sobre los activos de la empresa podrá serle de aplicación el carácter reservado propio de la comunicación de (...) la Ley Concursal (art. 583 TRLC), si así se hubiere solicitado.

Acogiendo esta argumentación, en el caso concreto resuelto en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona de 29 de julio de 2020 se considera adecuada la concesión de la petición realizada respecto al experto independiente, especificando su estatuto y funciones. Y dispone en el estatuto jurídico del experto independiente que "el experto nombrado en esta fase pre-concursal será también el administrador concursal, una vez declarado el concurso, en su caso, y salvo causa justificada. En consecuencia, para su nombramiento y durante su gestión resultarán de aplicación las normas establecidas por la Ley Concursal sobre nombramiento (...) de la administración concursal"

5.2. El Informe del experto independiente

El informe del experto independiente ha de pronunciarse sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo y las demás menciones del plan de viabilidad que, en su caso, prevea la normativa. Como ya se ha indicado al tratar el plan de viabilidad (art. 598.1-1º TRLC), el informe del experto se ciñe al plan de viabilidad y, lógicamente, su pronunciamiento se limita en términos cualitativos (carácter razonable y realizable, proporcionalidad) y temporales (condiciones normales de mercado a la fecha del acuerdo).

Además, cuando el informe emitido por el experto independiente contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, la incidencia que las mismas pudieran tener en el plan de viabilidad deberá ser expresamente evaluada por las partes del acuerdo en el instrumento público en que se formalice el acuerdo colectivo de refinanciación. Señala la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017:

que la exigencia del informe del experto independiente nace como consecuencia de la necesidad de que la totalidad de los acreedores puedan tener un conocimiento completo del alcance del acuerdo a los efectos de que puedan prestar su consentimiento al mismo con pleno conocimiento de causa, de forma que el legislador podía entender que el apoyo por

parte de quienes representaban tres quintos del pasivo reflejaba la ausencia de perjuicio para la masa activa y, por tanto, procedía considerar blindado el acuerdo frente a la rescisión concursal. Por ello, el informe, desde un punto de vista material, se extendía no solo al carácter razonable y realizable del plan sino también a la suficiencia de la información proporcionada por el deudor y a la proporcionalidad de las garantías, y, desde un punto de vista temporal, había de emitirse con anterioridad a la firma del acuerdo. Es, por tanto, un informe dirigido a los acreedores y no al órgano judicial, como lo refleja, por una parte, que ya desde la Ley 38/2011 se previera (último inciso del segundo ordinal del artículo 71.6) que "cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo" y que ello se haya mantenido (...) (último inciso del primer párrafo del artículo 71.4 LC) y, por otra parte, que se convirtiera en optativo desde la modificación efectuada por el Real Decreto-ley 4/2014, dejando en manos de los eventuales firmantes la necesidad o no de contar con el informe para valorar la oportunidad de prestar su consentimiento ²⁶.

²⁶ Añade la citada Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017, que "No obstante, puesto que el informe ha de pronunciarse sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad puede servir de gran ayuda al juez tanto para valorar inicialmente en el auto de homologación si el acuerdo se somete al plan y si su contenido es homologable, como para, posteriormente al resolver las impugnaciones, analizar si es probable la continuidad de la actividad empresarial en cuanto que elemento determinante de la posible desproporción del sacrificio exigido al acreedor al que se le extienden los efectos. Por ello, cuando se introduce por primera vez la figura del arrastre de los disidentes con la Ley 38/2011, el legislador, al situar antes de las impugnaciones la valoración de la proporcionalidad del sacrificio que provocaba la extensión de la espera, consideró necesario que el juez contara con dicho informe, sin discriminar qué parte de su contenido no afectaba a la homologación. Finalmente, y tras la reforma efectuada por el Real Decreto-ley 4/2014, se altera el sistema de modo que deja de valorarse la proporcionalidad del sacrificio en el momento de la homologación y se pospone a la presentación de impugnaciones por parte de los

En este ámbito, resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 15 de febrero de 2017 que, aunque centrada en un supuesto de acuerdo de refinanciación sujeto al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (régimen en el que el acuerdo era informado por un experto independiente), resalta que el juicio sobre el informe del experto debe hacerse atendiendo a las circunstancias en que se lleva a cabo y no en función del resultado que finalmente logre la refinanciación. Así, señala en el caso enjuiciado que:

(...) el plan de viabilidad era equilibrado, basado en parámetros conservadores y racionales. Sin que debamos guiarnos por el sesgo retrospectivo que proporciona el resultado final, la frustración de la finalidad perseguida con la refinanciación. El enjuiciamiento no puede ser ex post facto, en función de los resultados, sino que debe realizarse de acuerdo con la información de que se disponía entonces, cuando se adoptó el acuerdo, bajo parámetros de razonabilidad y de manera objetiva.

acreedores disidentes, lo que, paralelamente, comporta que deje de considerarse necesario el informe. En conclusión, el hecho de que el informe se extienda a determinar la proporcionalidad de las medidas no implica que el alcance, estructura o constitución de las mismas cause sacrificio a los impugnantes, más allá de que pueda serle perjudicial"

VI. LOS ACUERDOS SINGULARES DE REFINANCIACIÓN.

6.1. El reconocimiento de acuerdos singulares de refinanciación.

La reforma de la legislación concursal por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (tras el correspondiente proceso de convalidación, este Real Decreto-Ley se convirtió en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre) supuso la introducción en la normativa de una nueva categoría de acuerdos que estaban concebidos para favorecer la concesión de crédito a los deudores con dificultades para obtenerlo mediante acuerdos bilaterales. Estos acuerdos se consideraron no colectivos o singulares, puesto que no cumplían con los requisitos previstos para los colectivos. De hecho, la disposición legal ni siquiera hablaba de acuerdos, que exigen una pluralidad de voluntades concertadas, sino que aludía a actos que no podían acogerse al apartado anterior (acuerdos colectivos) pero cumplían todas las condiciones establecidas, ya fuera de forma individual o conjuntamente con otros que se hubieran realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación.

Tras la refundición de la legislación concursal se tipifican los acuerdos singulares de refinanciación, como aquellos estipulados por el deudor bien con uno, bien con varios acreedores (art. 596-2º TRLC). Lo relevante de esta clase de acuerdos, aparte de su posible estipulación con uno o varios acreedores, es que cumplan con los

presupuestos y requisitos establecidos, que, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad, se sistematizan y ordenan en cuanto a su finalidad y formalización. A ello se añade que el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración del propio concurso la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación que reúna los requisitos establecidos en esta ley, siempre que no sea singular (art. 583.1 TRLC) y que los acuerdos singulares de refinanciación no pueden ser homologados judicialmente (arts. 596-2º y 605.2 TRLC).

6.2. Los presupuestos de los acuerdos singulares de refinanciación

Los presupuestos de los acuerdos singulares de refinanciación coinciden, en muy buena medida, con los presupuestos de los acuerdos colectivos de refinanciación, con la salvedad ya indicada de que pueden estipularse con uno o varios acreedores (además de no entrar en el ámbito de la comunicación de apertura de las negociaciones ni poder ser homologados judicialmente).

Por lo demás, como en el caso de los acuerdos colectivos, puede estipularlos el deudor, persona natural o jurídica, en situación de insolvencia actual o inminente, que no hubiera sido declarado en concurso. En esa medida, valgan las consideraciones ya realizadas en sede de acuerdos colectivos (art. 597 TRLC). Así, la iniciativa de los acuerdos colectivos de refinanciación se atribuye a la persona del

deudor, que puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica (sin precisarse, tampoco, que deba reunir la condición de empresario, aunque exigiendo, igualmente, que el acuerdo responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor). Este deudor, persona natural o jurídica, puede estipular acuerdos singulares de refinanciación con uno o varios acreedores, tanto si se encuentra en situación de insolvencia inminente como si su insolvencia es actual. Por tanto, también como en el caso de los acuerdos colectivos de refinanciación, los acuerdos singulares no sólo persiguen prevenir la insolvencia, sino que se articulan como una alternativa al concurso de acreedores. No se trata tanto de que el deudor reaccione antes de que su situación se agrave y deba acudir al concurso, cuanto de que pueda dar solución a la insolvencia -inminente o actual- a través de un procedimiento distinto al concurso de acreedores. Y, se exige, igualmente, que el deudor no hubiera sido declarado en concurso. De esta manera, también los acuerdos singulares de refinanciación -como los acuerdos colectivos- confirman su virtualidad como procedimiento alternativo al concurso de acreedores, al exigirse expresamente que el deudor no hubiera sido declarado en concurso. Los acuerdos singulares de refinanciación no resultan posibles tras la declaración de concurso del deudor, configurándose, exclusivamente, como alternativos y, en ocasiones, previos al concurso de acreedores.

6.3. Los requisitos de los acuerdos singulares de refinanciación

En los acuerdos singulares de refinanciación los requisitos objetivos cobran especial trascendencia y se regulan con particular detalle. Así, se exige que estos acuerdos, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución de lo acordado, reúnan una serie de requisitos.

En primer lugar, al igual que en los acuerdos colectivos, se exige ahora que el acuerdo singular responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo. La precisión de la exigencia del plan de viabilidad para los acuerdos singulares se hace en términos idénticos a lo establecido para los acuerdos colectivos.

En segundo lugar, se detallan toda una serie de requisitos respecto a los acuerdos singulares de refinanciación, aunque -a diferencia de los acuerdos colectivos- su contenido no viene delimitado en los mismos términos. Así, los acuerdos singulares de refinanciación han de reunir los siguientes requisitos:

- Que incrementen la previa proporción de activo sobre pasivo existente en la fecha de adopción del acuerdo. El acuerdo de refinanciación singular ha de suponer una ampliación de la financiación y/o una reducción del pasivo de forma que se produzca

un incremento de la proporción entre el activo y el pasivo. Para verificar el cumplimiento de este requisito, se tendrán en cuenta todas las consecuencias de naturaleza económica, patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, así como las cláusulas de vencimiento anticipado preexistentes o que se estipulen y cualesquiera otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo aun cuando se produzcan con respecto a acreedores no intervinientes.

- Que el activo corriente resultante sea igual o superior al pasivo corriente. El acuerdo de refinanciación singular debe suponer un aumento de la liquidez, de manera que permita al deudor hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones regularmente en el plazo de un año. El tenor literal de la norma establece que, como resultado del acuerdo alcanzado, el activo corriente debe ser superior al pasivo corriente, esto es, los activos que se vayan a realizar en un plazo inferior a un año deben ser superiores a los pasivos que vayan a vencer en ese plazo. Como en el supuesto anterior, para la verificación del cumplimiento de este requisito se tendrán en cuenta todas las consecuencias de naturaleza económica, patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, así como las cláusulas de vencimiento anticipado preexistentes o que se estipulen y cualesquiera otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo aun cuando se produzcan con respecto a acreedores no intervinientes.

- Que la proporción de los créditos con garantías personales o

reales de los acreedores que suscriban el acuerdo no sea superior a la existente antes del acuerdo, ni superior al noventa por ciento del pasivo total afectado por el acuerdo. De este modo, se establece que el valor de la deuda pendiente de los acreedores que suscriben el acuerdo de refinanciación no puede exceder del noventa por ciento del valor del objeto de la garantía. Al mismo tiempo, se dispone que la nueva financiación, entregada en virtud del acuerdo, deba mantener la proporcionalidad que tuvieron las garantías sobre deuda pendiente con anterioridad al acuerdo adoptado. En el caso de garantías reales, el valor de la garantía se indica que se determinará conforme a lo establecido en el título VI del Libro Primero del texto refundido. En la medida en que el título VI trata el informe de la administración concursal, la remisión debe entenderse hecha al título V (masa pasiva),

- Que el tipo de interés aplicable a los créditos subsistentes o resultantes del acuerdo a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio a la media de los intereses aplicables a los créditos antes del acuerdo.

En tercer lugar, el acuerdo singular ha de formalizarse en escritura pública otorgada por el deudor y por todos los acreedores intervinientes en el mismo, por sí o por medio de representante. En esta escritura pública deben hacerse constar las razones que, desde el punto de vista económico, justifiquen el acuerdo, así como los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores que suscriban el acuerdo, y se acompañarán a ella cuantos

documentos justifiquen la concurrencia a la fecha del otorgamiento de los requisitos exigidos. Con arreglo a esta previsión, el acuerdo de refinanciación habrá de incorporar una justificación económica suscrita por el deudor y los acreedores en la que se expresen las razones que apoyan la celebración del acuerdo y cada uno de los elementos que lo integran. En esta justificación económica se debe acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos para esta clase de acuerdos. Además, el cumplimiento de todos los requisitos enumerados deberá darse en el momento de la suscripción del instrumento público en el que se recojan los acuerdos.

No se requieren, al contrario que en los acuerdos colectivos de refinanciación, los requisitos relativos al porcentaje mínimo para la suscripción del acuerdo y el certificado del auditor de cuentas.

REFERENCIAS.

Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España. (2016). Registro de Expertos Independientes. Barcelona, España: AECE. Recuperado de: https://www.aece.es/descargararchivo_docnoticias_1404

Beltrán, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores. Anuario de derecho concursal. (11). 29 - 52. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2305940>

- Beltrán, E. (2008). Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada. En S. García-Cruces. (a cura di), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa (profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto)* (pp. 51 - 71) Bari, Italia: Cacucci editore.
- Beltrán, E. & García - Cruces, J. (2012). Acuerdos de refinanciación. En E. Beltrán & J. García - Cruces. *Enciclopedia de Derecho Concursal* (pp. 151 - 171). Pamplona, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Campuzano, A. & Sanjuán, E. (2020) *GPS Concursal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Cárdenas, C. (2020). Acuerdos de refinanciación y su homologación judicial. En A. Campuzano, R. Quetglas & J. Tortuero. *Esquemas de Derecho Concursal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch
- Huerta, M. (2020). El Derecho preconcursal. En *Lecciones de Derecho Empresarial*. (pp. 619 - 631). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- León, F. (2015). La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales. En A. Rojo & A. Campuzano. *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán: Liber amicorum* (pp. 1343 - 1379)- Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Navarro, M. (2018). Los acuerdos de refinanciación colectivos. En A. Rojo & A. Campuzano. *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración*. (91 - 121). Pamplona, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de: <https://dle.rae.es>

Rodríguez, A. (2015). Tipología de los acuerdos de refinanciación. En A. Díaz & F. León. Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal (pp. 59 - 81). Pamplona, España: Thomson Reuters Aranzadi.

NORMATIVIDAD.

Real Decreto Legislativo 1/2020 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal

Ley 17/2014 por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

Ley 22/2003 Concursal.

JURISPRUDENCIA.

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª. Auto del 11 de junio de 2007.

Audiencia Provincial de Palma, sección 5ª. Sentencia del 04 de abril de 2014.

Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª. Auto del 22 de marzo de 2019.

Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid. Auto del 08 de septiembre de 2008.

Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid. Auto del 12 de febrero de 2015.

Juzgado de lo Mercantil de Madrid. Auto del 25 de marzo de 2015.

Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla. Auto del 06 de abril de 2016.

Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla. Sentencia del 25 de septiembre de 2017

Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona. Auto del 25 de julio de 2018

Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid. Sentencia del 12 de octubre de 2019.

Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona. Auto del 29 de julio de 2020.

Tribunal Supremo, Sala Civil. Sentencia del 15 de febrero de 2017.

Tribunal Supremo. Sentencia del 13 de marzo de 2017.

Tribunal Supremo, Sala Civil. Sentencia del 09 de julio de 2014.

CAPÍTULO II.

AGENDA CONCURSAL POST PANDEMIA¹ .

Edgardo Daniel Truffat²

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO -Y EN ESPECIAL EL PRIVADO-.

En ocasión del V Congreso colombiano de derecho concursal, celebrado en Cartagena de Indias en agosto de 2011³, tuve oportunidad de exponer sobre la constitucionalización del Derecho en general y del Derecho concursal en particular.

La sensibilidad social, y la mirada de la dogmática, ha cambiado fuertemente a nivel global -en mi opinión, muy fuertemente empujada por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos- haciendo que

¹Ponencia para el "Primer Congreso Internacional de la Maestría de Derecho Privado". Universidad Surcolombiana. La disertación sobre este texto se realizó el 27 de agosto de 2020.

²Abogado (Universidad de Buenos Aires), Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba), Profesor Honoris Causa (Universidad San Pablo T, Tucumán). Docente de pos grado en la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad Católica Argentina. Titular de cátedra "Concursos y Quiebras" de la Universidad Torcuato Di Tella". Miembro del Comité de Doctorado de la Universidad de Ciencias Económicas y Sociales.

³Ocasión en que fui invitado por las varias veces presidente del Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Dra. Diana Rivera Andrade.

el derecho se "encarne" en los sujetos y sus problemáticas y situaciones concretas, apareciendo un nuevo "derecho de gentes" que hace hincapié en los sectores vulnerables, en las mujeres, en los jóvenes, en los ancianos, en los pueblos originarios, etc.

Al calor de tal movimiento y retroalimentándose con él era inevitable que la mirada de los jueces y demás operadores de derecho se fijara más allá de los códigos habituales y se posara sobre las Constituciones Nacionales y los ya referidos tratados de Derechos Humanos; actitud que ha sido denominada como "constitucionalización del Derecho".

Para explicar de qué estoy hablando me permito dos ejemplos separados por medio siglo (el primero de ellos traído desde el derecho represivo).

A principios de la década del sesenta una mujer muy humilde - Natividad Frías- se practicó o se hizo practicar o fué forzada a someterse a un aborto clandestino. Desangrándose llegó a un hospital público donde los médicos le salvaron la vida, pero debatiendo sobre el deber de mantener el secreto médico o cumplir con la manda de denunciar de todo oficial público optaron por lo segundo. Así fue a juicio Natividad Frías. Su caso fue decidido en plenario por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal. Y ¿a qué recurrió la mayoría de Tribunal? A un artículo de la Constitución Nacional que está allí desde su versión original en 1853: **"Nadie puede ser obligado a declarar**

contra sí mismo" (art. 18). Obvio que los constituyentes cuando lo redactaron pensaban en procesos inquisitoriales y en las frías mazmorras de reyes absolutos o autoridades religiosas. Pero la potencialidad de la palabra para acoger en sí conceptos que la trascienden es maravillosa (decía un prestigioso penalista argentino, Sebastián Soler: "que la ley, muchas veces, es más sabia que sus autores"). La Cámara entendió que Natividad Frías, forzada por su pobreza a elegir entre morir o ser denunciada penalmente, de acudir a un hospital público (en Argentina son gratuitos), optó por lo segundo declarando contra sí misma, por la fuerza y el imperio de su necesidad.

Fallo de alta constitucionalización del Derecho que es un timbre de honor para la dogmática criminal argentina.

Al terminar la primera década del siglo, en la quiebra del Sanatorio Antártida, verifica su crédito un menor gravemente baldado (cuadripléjico, con deficiencias cognitivas graves, etc.); producto de una mala praxis al nacer. En esa quiebra el único activo era un importante edificio ubicado en el centro mismo de la Ciudad de Buenos Aires que estaba hipotecado. Lo más probable era que la hipoteca agotara el bien asiento del privilegio y no quedaran fondos para los acreedores quirografarios -el referido menor entre ellos-. El juez, siguiendo una interpretación audaz pero que ha sido validada diez años después por la Corte Suprema de Justicia, entendió que era un caso que ameritaba la aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en mérito a su interés superior declaró

inconstitucional todo el régimen de privilegios y asignó un lugar preferente al menor en cuestión.

Enorme impacto, casi un tsunami, de constitucionalización. Que terminó formalmente bien por la confirmación de la Corte Suprema pero tras diez años más de juicio y con grave deterioro del menor (que ha vivido en juicio 4/5 partes de su existencia) con pérdida de la vista, del oído, la necesidad de ser alimentado por sondas, con escaras, etc.⁴

La mirada constitucionalizadora es vibrante, expansiva, progresiva, nos llena de orgullo... y nos suscita un grave problema frente a una crisis dantesca como la que se avecina en la pospandemia.

II. LA EXPOSICIÓN DEL PANORAMA SOCIAL Y JURÍDICO PREPANDÉMICO.

Para el análisis de esta cuestión, del impacto en los paradigmas jurídicos de la actual evolución del Derecho y para exponer una cierta versión de la "agenda concursal" -pre pandemia- me permitiré citar un artículo que se titula "El Derecho Concursal en el Siglo XXI". Las

⁴ El fallo "Sanatorio Antártida" es un blasón por su apertura, lucidez y captación de un mundo en cambio y de una nueva sensibilidad y es un baldón porque el así llamado menor empezó el juicio a los cinco años y obtuvo sentencia definitiva recién a los veintiocho (ofendiendo cualquier concepto de "rapidez" en el proceso, derecho implícito en el art. 33 de la Constitución Nacional y en el art. 8 del así llamado Pacto de San José de Costa Rica. Y queda además la ejecución de la sentencia)

citas son extensas pero mi alta identificación con el autor, con quien me llevo bastante bien (en parte gracias a mi esforzado analista), me permiten tomarme esa libertad. Advierto que no he mantenido las decenas de citas de la versión original y las más relevantes las he incorporado al texto -al cual practiqué ajustes menores-.

"...Como ya expuse en conferencias y publicaciones previas, es menester, para poder analizar seriamente "dónde está" y "adónde podría ir en lo inmediato" el derecho concursal, efectuar una brevísima ponderación del tiempo que vivimos. Y a fuerza de sincero podría decirse, con Lipovetzky, que transitamos "la era del vacío" o con Bauman, que vivimos en una "realidad líquida". Un tiempo presidido por un cambio acelerado donde todo fluye alocadamente A los fines del presente -y sabiendo que la nómina se limita a una porción minúscula del cambio- repito algo que ya dije varias veces:

(a) Ha caído el mito de los siglos XVIII y XIX, muy propio de la Ilustración sobre el eterno progreso,

(b) Se ha perdido la confianza en la Razón (y particularmente en la lógica cartesiana) como mecanismo idóneo para interpretar e incidir sobre la realidad

(c) Se ha instalado una sociedad de "derechos insaciables"; derechos insaciables que perturban la convivencia democrática y en mérito a los cuales existe una fuerte y raigal conciencia del propio derecho y una magra predisposición a admitir límites a éste, aún cuando las limitaciones emerjan de su necesaria incardinación al bien común. Se ha olvidado que los derechos de cada uno encuentran límite en el derecho de los demás

(d) Se descrea del carácter magistral de las decisiones de

quienes están altamente calificados o entrenados para tomarlas (siendo manifiesta la inclinación, ante un traspié, a justificar el fracaso con teorías confabulatorias);

(e) El estado ha perdido convicción como conductor de procesos sociales, chocando muchas veces con la imposibilidad fáctica de hacer cumplir sus mandatos;

(f) Se ha devaluado el lenguaje corriente que asemeja hoy una neolengua orwelliana, ajena a toda cortesía, incapaz de pensar abstracciones. La degradación de la lengua es inversa a aquella que padece la gente de a pie. El lenguaje técnico jurídico en contra de las enseñanzas de la Corte Suprema, se vuelve más críptico y propio de capillas de entendidos. "...No deberían existir lenguajes "privados o particulares" que divorcien al pueblo de su libertad política...", Torres, Sergio, "Hacia un lenguaje democrático", "Justicia Argentina On Line", pág. 81

(g) Como decía Heidegger: el "ser" ha huido. Hoy se enseñoorea la técnica que devasta la naturaleza. El "tener" ha sustituido al "ser",

(h) El consumo ha sido deificado como el nuevo "Olimpo" de la sociedad moderna (una sociedad orientada por la ética del trabajo ha sido sustituida por una sociedad gobernada por una estética del consumo,

(i) Como consecuencia de lo anterior y de la publicidad abrumadora que motiva y rodea al consumo, los expulsados de la posibilidad de consumir viven "con la ñata contra el vidrio", con los padeceres adicionales que esto irroga y con los efectos dañinos que genera en la sociedad,

(j) La ciencia nos fascina acriticamente y de su mano devastamos la naturaleza. La Serpiente, como en el Paraíso a la primera pareja, nos susurra una vez más al oído: "Sereis

como dioses". Y, en verdad somos, como el personaje desesperado de Mickey en "Fantasía" meros "aprendices de brujos" (Estudios Disney, 1940) Episodio de la película que tenía como banda sonora la maravillosa pieza de Paul Ducas, "El aprendiz de hechicero". Podría pensarse que, inconscientemente, Disney aportó otro matiz al drama: somos meros ratoncitos asustados ante fuerzas que creemos controlar y nos desbordan y que, como las escobas encantadas, bien podrían terminar por barrernos

En el ámbito legal y judicial, se han suscitado las siguientes cuestiones:

(k) El paradigma legal emanado de la superioridad normativa de la Constitución Nacional (art. 31) se completa con su expansión a través de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que tienen su misma jerarquía; así como de los demás tratados que tienen rango suprallegal (art. 75, CN). Ello genera una formidable cantera motivadora y regulatoria para el curso de la vía diaria y el tratamiento de conflictos -como enseñara Morello-. Después de Nuremberg, del Juicio a las Juntas, al amparo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ya no hay lugar para el positivismo a la vieja usanza. "...Conforme a lo expuesto del Radbruch postnazismo, la validez jurídica no queda ya anclada en el derecho positivo, sin que hay un "derecho suprallegal" cuyo contenido son los derechos humanos, que mida sustancial y axiológicamente a toda norma y que en caso de contradicción insoportable la hace perder la calidad jurídica...", Vigo, Rodolfo, "La axiología jurídica de Gustav Radbruch" en "La injusticia extrema no es derecho", pág. 1. Cabe recordar, sin embargo, que una

sociedad sin mínima certeza solo tiene un pobre derecho. La sociedad moderna enfatiza demasiado la Justicia. Pero, fuera de casos que llamen a voces a la iras vengadoras del Cielo o que ofendan derechos humanos intocables, se olvida que una cosa es alzarse contra el derecho positivo de regímenes de oprobio (tal como determinaron los Tribunales de Nuremberg respecto del régimen nazi o los Tribunales Federales Alemanes al juzgar como crímenes los actos de la República Democrática Alemana respecto del muro de Berlín), y otra muy distinta -y necesariamente más ardua- es pretender desplazar el derecho vigente en una república democrática de Derecho

(l) La pérdida del carácter magistral de las decisiones estatales, abarca obviamente, y quizá más que a nadie a los jueces y sus sentencias. La vocación apelatoria se ha exacerbado al infinito, y se ha debilitado la conciencia del obrar procesalmente temerario;

(ll) Buena parte de los problemas que el Estado no sabe como solucionar "se los tira por la cabeza" al Poder Judicial, con la sospecha que muchas veces lo único que se persigue es que sean los jueces quienes lidien con ellos y carguen las consecuencias de su falta de resolución.

(m) Se acepta como normal y valioso el incidir indirectamente sobre los fallos judiciales desde la opinión pública y el manoseo de los casos por los medios

(n) Se ha instalado cierta fragilidad en la fundamentación judicial. Hay cada vez fallos más extensos y mas bizantinos, hijos del cut and paste, donde (tal vez porque vivamos en una sociedad que descrea de la razón) "...se potencia al infinito el empleo de "latiguillos", de razonamientos aparentes, de falacias bien presentadas, para sostener argumentos contra legem..."

...La moral social media impregna todo el régimen jurídico argentino (arg art. 953 Cód.Civil) -siendo ello inferible de la propia invocación del Preámbulo a la protección de Dios "fuente de toda razón y justicia". Pero es menester advertir que la moral referida sólo aparece dirigida al ámbito público e interpersonal (porque las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros ...están exentas de la autoridad de los magistrados, arg art. 19 CN). Y que la moral social media debe tener en cuenta, como diría Max Weber, una ética de la responsabilidad: es decir no se pueden desatender las consecuencias de su aplicación -tal y como proponía Kant -, siendo válido sacrificar un bien menor en homenaje a bienes mayores. O sea, que no es absoluta. Se trata de un término cargado valorativamente -como nos enseñó Genaro Carrió-, no es ajeno a la vaguedad y, está de moda. Es buena la preocupación por adecentar las relaciones jurídicas, y, como este trabajo versa sobre la concursabilidad, los concursos en especial, es válido atender el tópico. Pero el término se emplea muchas con criterio agonal, con el dedo alzado y con expresión de superioridad. No parece tolerable el convivir con tal escenario. Más allá de mi disenso con algunas conclusiones sobre cuestiones puntuales, no puedo dejar de compartir una frase luminosa de Dasso, escrita en su última obra al analizar la legislación chilena: "...resulta impropio atribuir "moralidad" al interés en recuperar el crédito y satanizar como "inmoral" el daño o perjuicio que inexorablemente experimenta el deudor...Ni ángeles ni demonios. Todos, víctimas, unos más y otros menos, de la crisis que siempre es económicamente pérdida para el deudor y para el acreedor. Sólo el fraude descalifica porque todo lo corrompe."

"... Cambios evidentes en el ámbito concursal:

*(a) Debilitamiento del carácter de "universalidad";
(b) Debilitamiento de la concentración de conocimiento en el juez concursal; (c) Cosmovisión más flexible del paradigma de la "par conditio";*

(d) Pérdida de autonomía. Como venía enseñando la Corte en algún viejo antecedente como "Textil La Bernalesa", ni el derecho concursal -ni ninguna otra rama del derecho- es una isla. Así como el tema de las nulidades absolutas del Código Civil sirvió para esclarecer la mirada de los societaristas que seguían aferrados a una autonomía imposible de su materia, el desafortunado art. 52 (versión original) de la LCQ sirvió para advertir a los concursalistas que los actos jurídicos privados, aún regulados en "microsistemas autónomos" no pueden escapar de reglas determinantes del Código Civil: arts. 18, 21, 953, 954, 1047, 1071 Cód.Civil -así lo señaló un olvidado y meritorio fallo de la CNCom, "La Naviera" dictado a pocos meses de la entrada en vigencia de la ley 24.522-

Hoy es imposible pensar el derecho concursal sin correlacionarlo con: (d.1) el derecho constitucional (más en estos tiempos de constitucionalización del derecho privado), (d.2.) el derecho civil, (d.3.) el derecho de defensa del consumidor; (d.4.) el derecho laboral, (d.5.) el derecho tributario, (d.6.) el derecho de defensa de la competencia, (d.7.) el derecho societario. 7. La agenda concursal a esta altura del siglo: A veces la agenda se construye por innovaciones legislativas que mueven a estudiar cuestiones particulares. Pero, en general, es producto directo de las ideas, de los principios, de los valores, de las preocupaciones que emergen del cuadro descriptivo que antecede..."

"...Fusionando diversos trabajos sobre el punto -y reconociendo que algunos de los temas ya están bastante amortizados y prontos a perder su impronta de "temas candentes- propongo el siguiente listado:

- (i) Abusividad de la propuesta concordataria;*
- (ii) Derecho de voto del tercero no convocado, cesionario de acreedor concurrente,*
- (iii) Alcance de los deberes de información sindical (en especial en función del art. 14, inc. 12 LCQ),*
- (iv) Alcance de la rehabilitación,*
- (v) El tema de los pequeños deudores y en especial del consumidor sobreendeudado,*
- (vi) La cuestión de los acreedores involuntarios,*
- (vii) La actuación de las cooperativas de trabajadores en el ámbito concursal,*
- (viii) La adecuación de los mecanismos concursales de saneamiento o liquidación a la normativa sobre control de la licitud de los fondos para prevenir el empleo de aquellos provenientes de narcotráfico, terrorismo o corrupción,*
- (ix) El tratamiento de la insolvencia de los emprendimientos hechos a través de patrimonios de afectación que no son sujetos,*
- (x) La relación entre la concursalidad y normas de prevención y reparación de daño ecológico,*
- (xi) La financiación concursal y posconcursal de empresas concursadas y de empresas recuperadas,*
- (xii) La cuestión de las empresas sin activos físicos (las "punto.com")" (Truffat, 2014, pp. 1 - 11)*

III. EL COVID 19 Y UNA NUEVA AGENDA "TENTATIVA".

El mundo occidental (dejando de lado el drama de México, Australia y otros pueblos devastados por enfermedades provenientes de Europa) ha lidiado en su historia con dos o tres pandemias dramáticas. Las mas significativas fueron la del siglo VI -que se ignora que era- y que dió andamio a ocho siglos oscuros en la Edad Media y la del siglo XIV, la peste negra o bubónica, tremendamente mortal y predecesora del Pre Renacimiento. Estos eventos monstruosos abren y cierran épocas. No ignoro el tema de la "Gripe española" pero no está demasiado claro si las muertes que se le achacan eran obra de ella o bien se seguían de la mala alimentación y de las infecciones de la Primera Guerra Mundial.

Hoy topamos con una nueva pandemia que es sinceramente global. Aparentemente iniciada en China en unos pocos meses recorrió el mundo y llegó hasta Tierra del Fuego, Argentina⁵. Mas allá de que se batalle con todos los medios modernos para reducir su letalidad, esta pandamia -el covid 19- ha generado cuarentenas en toda la tierra, un derrumbe económico sin par y la alteración de hábitos y de expectativas.

El jinete apocalíptico del caballo bayo, la Peste, vuelve a cabalgar sobre la tierra. Nos preocupa, nos desconcierta y no sabemos -al final

⁵ Con orgullo: el fin del mundo.

del día- si asistimos a un mero derrumbe del mundo que emergió con la caída del muro de Berlín y al nacimiento de algo mejor (o al menos aceptable) o si solo nos aguarda la oscuridad y el rechinar de dientes. ¿Siglos oscuros o un nuevo Renacimiento?

Es obvio que los operadores jurídicos tenemos el deber ético de pensar y analizar la situación para minimizar pérdidas de valor, para tutelar el aparato productivo, para preservar en lo posible las fuentes de trabajo.

Y para eso hay que hacer un buen diagnóstico y arriesgarse con una terapia adecuada.

Hablando de pestes históricas fué tan ridícula la reacción de las gentes durante la Peste Negra que tal vez sirva como advertencia contra las decisiones audaces e infundadas. La mortalísima bacteria yersinia pestis era trasmitida por las pulgas de ciertas ratas venidas de Oriente y arribadas por barco a Mesina. Qué hacían las personas aterradas: se flagelaban públicamente (generando reuniones masivas y sin higiene que facilitaban la transmisión) y quemaban vivas brujas y sus gatos (masacrando al mejor predador contra las transmisoras de la enfermedad). Agregaban, pero eso es el lado oscuro del alma humana que siempre busca excusas, persecuciones contra judíos y gitanos.

Visto su efecto brutalmente deletéreo sobre el aparato productivo de las Naciones era obvio que si hay algo que habría que "recalcularse" bajo su infame influjo es la normativa concursal. De nada servirá perseguir a nadie, ni masacrar animalitos domésticos ni hacer procesión.

a. Animémonos y vayan.

Fuera lo que fuese que haya que hacer, lo cierto es que deberemos hacerlo todos. Pero esto, en el plano jurídico es de muy difícil generación porque los especialistas de las distintas ramas del Derecho solemos creer que nuestro *metier* es sacrosanto y que lo deberá alterarse será el ámbito de los otros.

Situación que se potencia al infinito con la constitucionalización del derecho privado. ¿Cuánto estamos dispuestos a "ceder" de nuestras verdades reveladas en orden al bien común y leer la Constitución con alguna mayor flexibilidad⁶, admitiendo soluciones temporarias que no resultan aplicación de criterios muy progresivos?

El autor de este trabajo ha hecho un trabajo de campo rudimentario. Les preguntó a sus amigos de otras especialidades. Los laboristas ven muy bien el esfuerzo denodado de los

⁶ Flexibilizando su forma, pero jamás su espíritu. Lo que incluye, es obvio, la supervivencia y bienestar de los pueblos bajo su amparo.

empresarios, pero que no vayan a tocar uno solo de los principios y tutelas laborales. Los abogados de Derecho empresario piensan al revés: creen que es hora de no ahogar a las empresas y apuestan a fórmulas societarias más ágiles⁷ y a evitar rigideces en el mercado laboral. Algunos tributaristas entienden que es hora de hacer esfuerzos denodados para alimentar un Fisco extenuado mientras que los demás sueñan con rebaja de impuestos, con subsidios y con fondos no reintegrables de asistencia a las empresas y a la nómina salarial de éstas (otros tributaristas piensan como el resto de los especialistas). Como dice el irreverente título de este subcapítulo: "Animémonos, y vayan".

Sinceramente habrá que hacer un esfuerzo colectivo (orgullo intelectual incluido) y aceptar temporariamente soluciones muy antipáticas. El límite debe ser la buena fe y la prevención del fraude. En los demás, es cuestión de ver la realidad tal cual es. Y obrar en consecuencia.

Será muy difícil tal tarea en tiempos de derecho privado constitucionalizado. Habrá que hacer un delicado equilibrio teniendo siempre en cuenta que el "otro" gran límite son los Derechos Humanos básicos e inseparables de la dignidad humana y que, al mismo tiempo,

⁷ Increíblemente en Argentina, y por razones que se intuyen ideológicas, se está volviendo rígida e impráctica la Sociedad por Acciones Simplificada que mostró mucha potencialidad en estos tres años que lleva. La IGJ la ha reglamentado con mucha dureza y tiene media sanción un proyecto del Senado en apañó de tal reglamentación

hay que superar una crisis en ciernes que luciría como devastadora con ellos en el terreno de los hechos.

b. De planes Marshall y otras alternativas de tal tipo.

Se escuchan muchas propuestas que juegan con la idea de una suerte de Plan Marshall. El problema es que el tesoro de la Nación victoriosa en la Segunda Guerra Mundial (dispuesta a invertir lo que fuera para prevenir que el Ejército Rojo y las huestes de Stalin se quedaran dónde los obligó a quedarse la conferencia de Yalta y que no avanzaran más allá) no está dispuesto a financiar ningún rescate que no sea el propio. Cuando se habla de estos planes se señalan los setecientos cincuenta mil millones de euros que destinará la Comunidad. Que destinará, como es previsible, a los países de la propia Comunidad...

Algunos autores (el Dr. Marcelo Barreiro, por ejemplo) especulan con obtener la repatriación de fondos de la clase media alta/alta latinoamericana puestos en mercados internacionales para financiar la recuperación. Ello requeriría un monumental cambio de opinión y consideración por parte de los citados ciudadanos - y más que ninguno de los argentinos que tienen un PBI íntegro en depósitos en blanco en el exterior y se ignora cuánto en las cajas fuertes o en algún recoveco de sus casas-. Recrear confianza es muy difícil. Y más difícil en tiempos de angustia. No veo el incentivo que pudiera justificar tal repatriación.

Y veo mucho menos el buen teórico uso que pudiera darse a esos fondos.

IV. UNA AGENDA CONCURSAL POS PANDEMIA -MÍNIMA-.

a) Reformular el concepto de propuesta abusiva. Habrá que hacer hincapié en las propuestas que asocien a los acreedores por vía de capitalización o que prevean alguna mejora del recupero en caso de que el deudor mejore de fortuna. Los primeros años será impensable que el deudor haga desembolsos significativos. Así que las propuestas serias deberán transitar largos períodos de espera o recurrir a mecanismos como los antedichos.

b) Repensar la idea del "fresh money". En Argentina parece restringido a las instituciones financieras oficiales. El préstamo de última instancia por algún accionista se ve como crédito subordinado (por postularse implícito el deber de reintegración de patrimonio o de recapitalización). Es un trago difícil de beber porque en nuestras Universidades se enseña con énfasis crítico el caso "Solomon vs solomon". Italia que era campeona en desdeñar tales financiaciones hoy les confiere superprivilegio. Y España que hacía otro tanto ahora las tutela en un 50%. La necesidad, es sabido, tiene cara de hereje.

c) Facilitar fórmulas negociales -incardinadas o no en procesos universales mas o menos informales-. Todos los estados detendrán los pedidos de quiebra por algún tiempo (España ha suspendido aquél requerido por el propio convocatario que tira la toalla y pretende liquidarse). Es obvio que no puede permitirse que los Tribunales

estallen. Y que la autocomposición (con mediación, con conciliación, etc.) es un mecanismo apto para tratar de sanar tanta relación obligacional herida. Es menester prever pluralidad de vías de ingreso a diversos trámites según el criterio del deudor. Desde el más riguroso al más flexible.

d) Hay que prepararse para casos en que la única solución sea la lisa y llana extinción judicial del pasivo. Algo así ocurrirá con un sinfín de consumidores sobre endeudados.

e) El mundo digital ha pegado un salto de cercanía gracias a la pandemia y el teletrabajo. La presencia de tales instrumentos y la ya cercana presencia de IA en temas jurisdiccionales, es de esperar que razonablemente formularios y ajenos a la idea última de dar a cada uno lo suyo (tópico que creo solo controlamos aún los seres humanos), marcarán estos tiempos.

V. COLOFÓN.

Los sapiens descendemos de homínidos que recién empezaron a andar por aquí hace unos 5.000.000 de años, tiempo casi inexistente frente a los 5.000.000.000 de la Tierra, los 3.500.000.000 de vida en ella o a los 13.800.000.000 desde el Big Bang. Somos mas o menos reconocibles como especie hace unos 200.000 años y recién podemos estar seguros de que "éramos nosotros" hace unos 40.000 -porque ya hablábamos y coqueteábamos con conceptos abstractos (es de imaginar que no muy sofisticados)-.

En ese tiempo hemos hecho mucho, demasiado, daño⁸ , destruimos pueblos, contagiamos pestes -que a su vez destruyeron pueblos-⁹, esclavizamos gentes y violamos mujeres y niños, sometimos al sufrimiento a millones de pobres y desvalidos, guardamos miserablemente el mendrugo de pan que salvaba al vecino, ocupamos sin vergüenza botes salvavidas que correspondían a las "mujeres y los niños" (a quienes no se violaba pero se condenaba a muerte en las frías aguas del mar) pero también construimos ciudades, alcanzamos la santidad ocupando el lugar de un hombre de familia al que se iba a fulisar, desarrollamos medicamentos, atendimos enfermos y moribundos, construimos impresionantes edificios filosóficos, viajamos a la luna, hicimos estallar al átomo liberando su devastadora energía, nos metimos en la labor de Dios (cómo Mickey en el ya citado caso de "Fantasía") y alteramos códigos genéticos con la sana -pero tal vez errada- intención de superar padeceres , etc y etc.

En los últimos 100 años hemos desarrollado una tecnología fascinante y, mas tarde o mas temprano, le ganaremos a la covid 19. Es cierto que, como bien dice Harari en un trabajo reciente, tiene la friolera de 4.000.000.000 años -este virus o aquellos de los que deriva- como una máquina de destruir. Pero su capacidad evolutiva no es ponderable frente a las múltiples estrategias científicas que lleva a cabo este gran simio capaz de hablar y razonar, llamado ser humano.

⁸Harari menciona la condición predatoria de miles de especies que cometieron el error o tuvieron la desdicha de cruzarse en el camino del sapiens

⁹ La gran Tenochtitlán y ¾ del pueblo mexica sucumbieron frente a la viruela traída por los españoles.

Sin embargo, su aparición ha hecho mucho daño (algo inimaginable en enero de este año). Personal, por la gran cantidad de personas muertas. Y socio económico. Debemos levantarnos de allí. Los pueblos desesperados son presa fácil de los tiranos. Y no hay peor mandamás que el se erige tal porque dice cuidar a sus súbditos de otros pueblos, de dragones, de orcos, o de algún ser maligno que pulule por ahí.

Los mandones de la tierra venían buscando algún "villano" que justificara ajustes y controles múltiples (ahora nominalmente biológicos) sobre pueblos rebeldes que estaban cada vez más acostumbrados a su libertad¹⁰. Hay que hacer lo mejor para salir de la crisis. Y durante ella, y durante la pandemia, hay que obedecer, guardarse en casa, usar barbijo; cuidarse y cuidar al prójimo. Pero sin alegría por tal sumisión. Hay que hacerlo con los dientes apretados. Los hijos de Bolívar, de San Martín, de Sucre, de Santander, de Andrés Bello, de Vélez Sarfield, de Sarmiento, no estamos para que nos sometan invocando a un nuevo ser maligno que ronda la comarca.

Referencias.

Congreso General Constituyente (1853). Constitución Nacional de Argentina.

Truffat, E. (2014). El Derecho Concursal en el Siglo XXI. Ciudad de México, México: Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

¹⁰ Digamos, desde la caída del Muro de Berlín como mínimo.

Disponible en:

https://www.institutoiberoamericanoderechoconcurisal.org/images/doctrina/documentos/El_Derecho_Concurisal_En_El_Siglo_XXI-version_conferencia.pdf

CAPÍTULO III.

PROCESOS DE INSOLVENCIA EN LA PANDEMIA. LA AGENDA IMPRESCINDIBLE.

Marcelo Barreiro¹

I. INTRODUCCION.

El derecho concursal constituye un sistema jurídico que se alza como una alternativa de solución-frente a la crisis instalada en un sujeto, por sobre la solución individual², el mano a mano entre deudor acreedor. Esa solución individual que los ordenamientos jurídicos plantean frente al incumplimiento de las obligaciones se hace insuficiente e ineficaz (además de tremendamente injusto) cuando el impago es generalizado en acto o en potencia³. Dicha alternativa estructura el estudio del

¹Presidente del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal y actual miembro del Consejo Directivo. Profesor titular de "Concursos y quiebras" en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Profesor de la Maestría en Derecho Empresario de la Universidad Austral, en la Maestría en Derecho Empresario Económico de la Pontificia Universidad Católica de Argentina, y en la Especialización en Asesoría Jurídica de Empresas en la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Universidad de Buenos Aires.

² Prevista en el 730 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

³Se da en el caso la solución bufete (como dicen en Perú) porque "comerán" solamente los primeros y más avisados que lleguen a la mesa, en una coloquial y clara aplicación del "dilema del prisionero".

fenómeno referido (la crisis) para postular soluciones normativas que intenten superarla, aliviarla o, al menos, permitir liquidar el patrimonio del sujeto en crisis de un modo ordenado.

Si bien es la mejor solución posible frente a la crisis colectiva de deuda de un sujeto no es perfecta ni lo pretende, ni puede solucionar todas las crisis ni, mucho menos evitarlas. La crisis es un elemento natural y parte del sistema económico por lo que la pretensión de evitarlas parece, al menos hasta ahora, imposible.⁴ La crisis está inserta (y hoy más que nunca) en la propia cotidianidad de la realidad económica como un elemento objetivo posible. Y frente a ese elemento objetivo apareció el Derecho concursal como intento de dar atención a la crisis a través de la regulación de los procesos colectivos de insolvencia.

Pero el Derecho Concursal no es hoy (y no lo ha sido al menos desde mediados del siglo XX) solamente un derecho procesal⁵, sino que se ha constituido como un verdadero sistema jurídico que estudia el fenómeno de la crisis tratando de articular los mecanismos más idóneos para superarla, fijando principios, finalidades y objetivos a tal

⁴ Me gusta referir siempre a este respecto una frase "El capitalismo sin quiebra es como el cristianismo sin infierno" (dicha por Frank Borman CEO Eastern Airlines al anunciar el cierre de la CIA en 1991)

⁵ Como lo concebía la antigua doctrina concursal italiana -de la que nuestro país resulto heredero- Provinciali, R. (1958). Tratado de Derecho de Quiebra. Barcelona, España: Nauta.

fin.⁶ Desde ese atalaya regula procesos plurisubjetivos que intentarán resolver el conflicto de la insolvencia fundados en un objetivo superior: la **paz social**, de allí el contenido publicístico que se le reconoció a este Derecho durante la segunda mitad del siglo XXI.⁷

En nuestro país el maestro Córdoba Cámara expresaba que en sintonía con el carácter especial -y de excepción- que el derecho concursal reporta "al interés público por su destino para la represión de la insolvencia, cuando esta se revela", por lo que "deroga a los otros derechos especiales, eliminando su aplicación a todas aquellas situaciones en que normalmente sería aplicable"⁸. Ello, en nuestro criterio, pervive aún en la actualidad del derecho de crisis que viene - como veremos infra- en un iter de desjudicialización desde hace algunos años.

¿Cuál es la razón de ello? La cesación de pagos (insolvencia, impago, la crisis o como denominemos al fenómeno objetivo que permite ingresar al ruedo al derecho concursal) es como una mancha voraz⁹ (o una chispa en un tupido bosque) que en cuanto se inicia no

⁶ Es el maestro Maffia en nuestro país quien primero ha intentado construir una teoría general del derecho concursal que supere la idea de un mero derecho procesal, tomando diversas ideas de otras partes de la doctrina italiana como Pajardi y Provinciali. Maffia, O. (1988). Derecho Concursal. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

⁷ O para reducir los "costos inútiles" si nos paramos en el Análisis económico del Derecho.

⁸De ahí que como sostenía Satta, Salvatore "En este sistema no es posible atribuir ninguna autonomía jurídica a la masa crediticia. Los poderes están todos concentrados en el Tribunal de la quiebra y en el juez delegado" (p. 6)

⁹ Remedando la película de ciencia ficción de la década del '50 en la que debutó Steve Mac Queen.

puede pararse fácilmente trasladándose de un incumpliente a otro, por lo que deja de ser un problema privado entre acreedor y deudor para ser un problema que atiende al interés general. De allí, su fuerte carga de **interés público**, su condición de derecho **excepcional** que deroga otros derechos especiales.

Cuando la crisis ¹⁰ se instala, aparece el Derecho concursal como un **sistema jurídico con principios, paradigmas y presupuestos propios** para dar el marco de prevención (en boga hoy con la preconcursalidad) y de solución (a través de los mecanismos tradicionales) a la crisis. Las diversas situaciones críticas que se vienen dando de modo sistémico en estas dos primeras décadas el siglo XXI han determinado que este derecho de excepción sea cada vez de uso más frecuente, casi central, y que se encuentre en permanente reforma porque corre en la búsqueda de prevenir o solucionar un fenómeno fáctico: **la crisis**, que es cada vez más recurrente en buena parte del mundo, excediendo de ser la situación de sujetos o individuos aislados.¹¹

Este derecho concursal estudia el fenómeno de la crisis y regula pautas para definir el contenido de los instrumentos procedimentales

¹⁰ Para utilizar un término de fácil comprensión que pretende incluir a todos los presupuestos objetivos que los diversos sistemas jurídicos establecen como disparadores que permiten la entrada a escena del derecho colectivo de crisis.

¹¹ Ni hablar hoy con la brutal crisis económica desatada a consecuencia de las restricciones adoptadas por los diversos países para acotar el daño sanitario provocado por la pandemia del COVID 19.

a través de los cuales la misma deberá ser atendida y, de ser posible, superada. En general esos instrumentos son los procesos colectivos de crisis que deberán dar marco posible para intentar obtener un acuerdo que de solución a la cuestión con un reparto equitativo de las cargas inexorables que la crisis dimana hacia todos los afectados.

Ese derecho concursal que era¹² un sistema bilateral que se ponía en acto a través de los Procesos Formales de insolvencia (en general judiciales) que podían adquirir la forma de ser preventivos y/o reorganizativos (en la Argentina "El concurso preventivo", o liquidativos, en la Argentina "la quiebra"), se ha transformado en un verdadero sistema trilateral con la irrupción cada vez más significativa de los denominados **Procesos Informales** (Concursos abreviados o simplificados), que constituyen una nueva área dentro de nuestro Derecho Concursal: **la preconcursalidad**.¹³

La Preconcursalidad (claramente uno de los temas de la nueva agenda objeto de este trabajo) engloba a todos los Mecanismos e

¹² "La tendencia a la desjudicialización procesal de los concursos, comenzada hace bastante tiempo, parecería que no se encarrilará mediante el aligeramiento ritual del concurso preventivo sino mediante la consolidación del modelo concursal tripolar, liquidación o quiebra, reorganización mediante proceso formal y reorganización abreviada" (Rouillón, 2007).

¹³ En una aplicación del "Teorema de Coase" la extensión de este tipo de procedimientos informales se explica, para el análisis económico del derecho, en que "siempre que los costes de transacción de la renegociación extrajudicial de la deuda sean inferiores a los mayores costes relativos estimados, directos e indirectos, de la solución concursal, cualquier acreedor racional preferiría eludir la entrada en el concurso judicial" (Goldenberg, 2014, p.189), algo así como la explicación científica del viejo apotegma de que es siempre mejor "un mal arreglo que un buen juicio".

instrumentos informales, en principio extrajudiciales, que pretenden atender la crisis de modo tempestivo.¹⁴

II. LA CRISIS DEL DERECHO DE LA CRISIS¹⁵

Las crisis recurrentes y sistémicas que hemos debido enfrentar en nuestros países en vías de desarrollo y en el mundo en general en las última década y media¹⁶ (por tomar una referencia temporal) han puesto claramente en crisis al sistema jurídico que pretende regularlas: el Derecho Concursal. Las reformas legislativas se suceden, parecen llegar siempre tarde y ante una nueva crisis resultan siempre insuficientes y obligan en general a dictar legislaciones excepcionales para regular la excepción de la excepción.¹⁷ Un nuevo derecho concursal ha alumbrado.

El derecho concursal, este sistema jurídico que pretende atender la crisis está a su vez en crisis en reforma y replanteo permanente, y

¹⁴ Dentro de los cuales podemos encontrar los "Acuerdos de restructuración privada" puros, absolutamente extrajudiciales (como existen en Colombia, España o Italia) como aquellos mecanismos mixtos (que nacen informales y fuera de la sede judicial pero que culminarán con una homologación o confirmación judicial del plan), como por ejemplo el Acuerdo Preventivo Extrajudicial Argentino, los Prepackaged plans de EEUU, o el acuerdo privado homologable chileno.

¹⁵ Sobre este tema ya nos hemos exployado anteriormente. Se recomienda revisar Barreiro M. (2004). La crisis del derecho de la crisis. Bogotá, Colombia: Legis

¹⁶ Crisis de las sub prime 2007/8 EEUU, Europa 2008, Grecia 2014, crisis Brexit 2016, y la crisis 2020 por la PANDEMIA (la más extendida y global de las crisis económicas desde el crack del '29) por citar algunas.

¹⁷ La coyuntura de la pandemia es un claro ejemplo con modificaciones legislativas en Colombia, España, Italia, EEUU, Alemania, y un largo etc.

en consecuencia se han puesto en crisis su paradigma, sus principios y presupuestos que no son hoy los mismos que hace 20 o 30 años atrás.

Sobre el paradigma de la **Conservación de la empresa - Socialmente útil y económicamente viable**¹⁸ - que prevalecía como el clásico en términos generales a fines del siglo XX se da hoy la pretensión utópica de que se atiendan en los procesos derivados de ese derecho una Multiplicidad de intereses (que general lo que Ariel Dasso denomina una "Tensión de intereses") imposible de resolver. La pretensión de conservar la empresa pero sin desproteger al crédito, no descuidando los trabajadores ni el crédito laboral (muchas veces en pugna entre sí), dando la debida protección a los acreedores financieros pero sin dejar de lado al Estado (quien con sus dos bonetes nos da a la vez los instrumentos legales para intentar atender la crisis, pero por otro lado es el primero que quiere salir indemne de estas por sus créditos fiscales) es una utopía inalcanzable que en definitiva termina impactando en los procesos concursales tradicionales como una pura pelea entre quirografarios para ver quien se lleva algo. Por lo que resulta inexorable e indispensable, en nuestro criterio, trabajar

¹⁸ El que hemos definido como el interés concursal del derecho de hoy, y que tuvo su definición más acabada en el anteproyecto de ley concursal española de 1983, al sostener que: "la finalidad básica del concurso ya no era la liquidación sino la conservación del conjunto patrimonial el deudor común, con las modificaciones de estructura y gestión que resulten necesarias para posibilitar su pervivencia" (Goldenberg, 2013, p. 22).

en una redefinición de ese paradigma, del **INTERES CONCURSAL**,¹⁹ de aquello que es esperable y entendible que puede obtenerse de un buen sistema concursal.

En esa crisis están también incluidos sus principios: atento que ni la *pars condicio creditorum*²⁰ ni la universalidad activa²¹ o pasiva²² son hoy lo que eran 20 años atrás.

Y tampoco se mantienen incólumes los tradicionales presupuestos que exige y aplica el derecho concursal para que pueda accederse a un proceso de insolvencia. Por un lado, cada vez más se han tratado de dejar de lado los presupuestos objetivos rígidos (cesación de pagos, insolvencia, etc) que dan idea de estado permanente instalado del que resulta muy difícil volver, y que impiden muchas veces llegar a tiempo, lo que nos instala en uno de los problemas esenciales del Derecho concursal de hoy: la tempestividad o el denominado "timing problem".

¹⁹ Ver Barreiro, M. (noviembre de 2006). El interés concursal. Segundo Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal. Congreso organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, República Federativa de México.

²⁰ Donde cada vez más vamos a esquemas de no discriminación excesiva en lugar de una paridad exacta. Este principio que para Pajardi, Piero (1982) era el principio de justicia distributiva que justificaba los procesos concursales.

²¹ Con cada vez más bienes que (sobre todo en los procesos concursales de personas humanas) están exentos del desapoderamiento y cada vez más posibilidades de tabicar el patrimonio de un sujeto que ya ha dejado

²² Ya sabemos que existen múltiples ordenamientos en donde pueden instarse procesos concursales (judiciales o extrajudiciales) para atender a universos pasivos que no alcanzan a todos los acreedores (habrá alguno a los que se les continuara pagando conforme el título original). Vgr. EEUU, APE en Argentina, Alemania o el "Procedimiento de recuperación empresarial" de la ley 560/20 en Colombia.

Por otro lado, ya se ha dejado de lado en casi todas las legislaciones concursales la histórica habilitación de los procesos concursales solo para "comerciantes" (presupuesto subjetivo), hoy casi todo sujeto tiene derecho de acceso a un proceso colectivo para intentar superar su involvencia. E incluso, en el siglo XXI la doctrina²³ (y alguna legislación²⁴) han propuesto la sintonía de que siendo que las crisis afectan a un patrimonio, y hoy en día muchas veces estos no tienen un sujeto detrás, se permita igualmente la posibilidad de acceder a un proceso concursal para estos patrimonios no subjetivos. Si el derecho mercantil ha ido camino a la **despersonalización de los patrimonios** (creando centros de imputación normativa no subjetivos, vgr. los fideicomisos), admitiendo que estos desarrollen negocios empresarios²⁵, parece indisputable que cuando dichos patrimonios resulten insuficientes para atender los pasivos asumidos, se apliquen para dar solución a dicha situación los principios de la concursalidad.

Pues bien, dichas crisis recurrentes que han puesto en crisis al objeto de nuestro estudio²⁶, el Derecho concursal, han generado una

²³ Ver Ferro, C. & Barreiro, M. (2015). La Liquidación del Fideicomiso en el Código Civil y Comercial: Un Proceso Nuevo Proceso Concursal. IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Congreso organizado por la Universidad Nacional del Litoral, Villa Giardino, Argentina. Ha adherido a esta posición el Profesor Daniel Truffat (2020) y se propuesto como reforma normativa en la coyuntura en más de los anteproyectos de reforma de la ley concursal en la coyuntura, no tratado por nuestro Congreso.

²⁴ México, Colombia, ver art. 1687 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

²⁵ En la República Argentina buena parte de los Desarrollos Inmobiliarios se desarrollan por la vía de fideicomisos.

²⁶ Como bien acuerda Juana Pulgar Ezquerro (2012) que entiende que ello ha sucedido en mérito al tránsito en E.E.U.U. de la economía liberal al de la economía social de mercado.

nueva agenda concursal que es la que se ha venido desarrollando en este SIGLO XXI, en especial en la última década. Esa mutación permanente de la crisis como objeto de estudio ha generado la necesidad de ampliar los marcos de estudios de la materia y, a su vez, ampliar las hipótesis legislativas buscando recrear aquellos presupuestos y principios tratando de redefinir el paradigma aspiracional del Derecho Concursal, intentando responder a la pregunta: ¿Cual es hoy el interés concursal?

A su vez, cada vez más se difuminan las diferencias entre los tradicionales sistemas jurídicos en la calificación histórica de Thaller por una cada más clara fusión entre ellos, para generar legislaciones concursales mixtas, no puras ni que respondan a un modelo unívoco (Alegría, 2005) (Alegría, 2006).

El derecho concursal del siglo XXI intenta llevar adelante la agenda concursal a través de legislaciones que son una clara simbiosis del sistema de bancarrotas de EEUU y del sistema continental europeo donde las instituciones de uno y otro van aplicándose, adaptadas al medio local en cada caso.²⁷

Cuales son hoy algunos de los que consideramos los principales temas de la agenda concursal - hay otros, pero su tratamiento prolongaría demasiado el presente trabajo- en nuestro criterio:

²⁷ La incorporación directa de un instituto jurídico de otro ordenamiento, más cuando este parte de bases absolutamente disimiles al propio, sin la adaptación a cada medio local generalmente está destinada al fracaso.

1. La búsqueda de la TEMPESTIVIDAD (por intermedio de la Preconcuralidad):

- La preconcuralidad: A través del intento de permitir el acceso a procesos judiciales o extrajudiciales de solución de la crisis de modo tempestivo casi anticipatorio, virtualmente en la zona de insolvencia. Hay una evaluación creciente sobre el fracaso de los mecanismos concursales tradicionales en tanto y en cuanto las ratios de recuperación de los pasivos en los mismos no alcanzan, salvo excepciones, números deseables. Ello, se entiende, debido a que los procesos colectivos de crisis se instauran de modo tardío por diversas razones, la más significativa en nuestro criterio, por la falta de incentivos para permitir un cambio cultural en los sujetos que tienen que adoptar la decisión.

- De ello, ha surgido la opción del camino de la denominada "preconcuralidad" (Pulgar, 2012), es decir tramitar instancias previas a la concursalidad que den la posibilidad de llegar antes y mejor, con opciones más rápidas y con menores costos (económicos y reputacionales) al sujeto en zona de insolvencia. Ello ha generado todo un fenómeno de "Desjudicialización" de los procesos concursales a través de procedimientos e instrumentos extrajudiciales previos de fácil acceso y bajo costo.²⁸

²⁸ Ejemplo claro de ello es el "Procedimiento de recuperación empresarial" de la ley 560/20 en Colombia. Un procedimiento extrajudicial puro que se lleva frente a un Mediador designado por la Cámara de Comercio del domicilio del deudor y el acuerdo que se obtenga a través de este mecanismo puede ser o no sometido a validación del juez concursal.

- Alguna doctrina parece entender que esta vuelta al privatismo inicial del derecho concursal (así nació hace 8 siglos en la Edad Media como un arreglo entre comerciantes) es la actualidad necesaria del derecho concursal del siglo XXI.²⁹ Este autor, sin embargo, sostiene en el trabajo referido que: "De este modo, ha surgido en el seno del Derecho Concursal una corriente que pretende realzar la "privatización" de sus instituciones. Esta noción resulta **controversial** porque, llevada a sus extremos, denota una ausencia - absoluta o no- de la intervención pública ante la crisis, situación que no es real en las propuestas ofrecidas en la actualidad por los diversos sistemas jurídicos. Por ello parece más precisa la explicación propuesta por Fabrizio di Marzio, en el sentido de que este fenómeno sugiere una retirada de la regla (imperativa, hemos de añadir), para dar espacio a la expresión privada en ámbitos antes proscritos por la propia norma". Y donde está la clave en mi criterio, en su referencia a que ello "Se trata, sin embargo, de un movimiento bastante meditado, resultado de la insistencia de quienes sugieren un análisis económico

²⁹ Goldenberg (2013) refiere que el derecho concursal debe alejarse de su visión publicística con criterio del principio distributivo para conceder "a los propios interesados (stakeholders, en la literatura estadounidense) las más amplias herramientas para la solución del conflicto que genera la insolvencia" ello en la búsqueda de la eficiencia. No es este el objeto del trabajo pero entendemos que dicha apreciación sirve para el debate en el cual, nos colocamos en la vereda de enfrente pues ya sabemos que el manejo de los acreedores del derecho concursal en todo supuesto (no son lo mismo las grandes crisis de la empresas multinacionales que pueden ponerse en pie de igualdad frente a sus acreedores, que las habituales crisis de pymes) en general termina con los más avisados, expertos, con mejor acceso a la información y capacidad de presión dejando de lado al universo general de acreedores obteniendo soluciones propias. Esto fue lo que en origen hizo salir al derecho concursal de esa visión privativa inicial, la que sólo entendemos resulta aplicable en los grandes casos de deuda.

del Derecho Concursal, pregonando la negociación como el mecanismo más eficiente para la solución del acertijo que propone una crisis patrimonial". No entendemos que sea ese análisis económica el único a tomar en consideración para solventar o recrear las soluciones concursales³⁰. Y morigera aún más su postulado en su segunda conclusión de dicho excelente trabajo: "La noción de "privatización del concurso", sin embargo, no debe observarse bajo la idea de una completa ausencia de los órganos jurisdiccionales, sino como una tendencia que amplía el campo de acción de la autonomía privada en atención al retroceso del legislador en la formulación de soluciones generales y abstractas, sean liquidadoras o conservativas, pero en cualquier caso imperativas". Privatización, ma non troppo.

- Dentro del marco de la "preconcuralidad" vemos avanzar cada vez con mayor énfasis (mucho más en la insolpandemia) las modalidades de solución por fuera de los Tribunales a través de instancias conciliatorias o mediatorias privadas total o parcialmente (Cámaras empresarias como en Colombia).

- También resulta parte de este fenómeno, como hemos dicho, de tempestividad (como hipótesis deseable) la necesidad de regular Incentivos (no solo castigos: como la calificación del concurso)

³⁰Porque, como diría Joan Manuel Serrat "Detrás está la gente", del álbum "Bienaventurados" 1987.

para los administradores de sociedades que realicen una presentación oportuna de un procedimiento colectivo de crisis.

2. "Del traje de confección al traje de medida" ³¹

Es evidente que la idea de un solo proceso concursal para todo sujeto en crisis (que la República Argentina consagró como opción legislativa en 1983) ya no es viable ni útil. Las situaciones de insolvencia no son las mismas - ni pueden serlo los mecanismos de solución- según la diversa magnitud de los sujetos en crisis o, incluso, por diversas áreas de actividad que, quizás necesiten una solución especial. El derecho concursal ha pasado de la deducción a la inducción, debiendo construirse la solución a la crisis en el caso, y no a través de modelos adocenados. Aquella igualdad hoy no es funcional ni, mucho menos, justa.

Así, entendemos que en toda legislación concursal deben preverse:

- Diversos procedimientos según la magnitud del sujeto (al menos uno modelo para la pyme habitual en nuestros países, y uno que atiene la realidad de la Gran empresa);

³¹Barreiro, M., Lorente, J. & Truffat, D. (2006). Del traje de confección al de medida. Los procesos concursales deben tener una regulación diversa según su magnitud. VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Congreso organizado por la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Provincia de Santa Fe, Argentina.

- Procesos judiciales rápidos, formulario y de bajo costo (para microemprendimientos y para la persona humana³²). En el caso del deudor persona humana de buena fe, resulta inexorable la regulación de la descarga de deudas ("discharge") y el "fresh start".
- Procesos específicos para actividades determinadas (como la los que prevé el código de bancarrotas norteamericano para los "farmers", o las leyes de liquidación de Entidades Financieras y Empresas de seguro en Argentina, o la ley de "Fideicomiso de administración de entidades deportivas" también en nuestro país).

3. El Acreedor Involuntario (Kershaw, 2007)³³

La necesidad de atender este fenómeno en los procesos concursales (los "Non adjusting creditors" -créditos que no pueden evaluar el riesgo del derecho de EEUU -) con alguna solución, no necesariamente la creación de un privilegio, han interesado a la

³²La regulación de un procedimiento para atender la crisis de sobreendeudamiento de la persona es una de las viejas cuentas pendientes de la legislación argentina (ver Barreiro, M., Lorente, J. & Truffat, D. (2005). Concurso mínimo y anteproyecto de ley que regula el instituto. Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal. Congreso organizado por la Universidad Corporación Universitaria de la Costa C.U.C., Barranquilla, Colombia).

³³El catedrático español Ángel Rojo metió el tema en la agenda concursal al expresar en su conferencia las dificultades que acarrea la temática del "Acreedor involuntario". En dicha oportunidad hizo una breve reseña del tratamiento del tema en el derecho comparado, y se refirió claramente a la insuficiencia de la regulación del artículo 91.5 de la ley concursal española (22/2003), que a su entender no resultaba suficiente al sólo reconocer un privilegio general en quinto orden de prelación en la categoría a este tipo de acreedores.

doctrina desde hace mucho tiempo³⁴,y también tiene tratamiento legislativo en el derecho comparado³⁵. Este tema de las tutelas diferenciadas que alcanza al involuntario pero se ha extendido a los vulnerables por la "Convencionalización" y "Constitucionalización de nuestro derecho privado" (Boquin, 2020), está hoy en la agenda concursal.³⁶

³⁴ Ver Barreiro, M. & Truffat, D. (2007). El acreedor involuntario. Suplemento de Derecho Concursal La Ley (26). Barreiro, M., Raspall, M., & Tuffat, D. (2019). El acreedor involuntario. Esbozo de una teoría general del tema en el Derecho Concursal Argentino. En G. Monroy. Derecho Concursal Iberoamericano. Realidad y perspectivas (41 - 84). Bogotá, Colombia: Legis. Dasso, A. (2008). El acreedor involuntario: el último desafío al derecho concursal. VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Conferencia organizada por la Comisión de Actuación Profesional en Procesos Concursales del CPCECABA y el Instituto de Derecho Comercial del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Mendoza Argentina. En nuestro país el tema está en pleno debate en función de que con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en 2015 los Tratados internacionales son superiores en orden a la ley nacional y deben ser considerados derecho interno: sobre ello alguna doctrina entiende que no de modo directo sino con una ley interna que regule lo convenido en el tratado (principio receptado por la CSJN, voto de la mayoría en "Asociación Filantrópica Francesa / quiebras/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros" 6 Noviembre 2018), y otros entendiendo que son normas directamente operativas que no lo necesitan (C.S.J.N. del 26 de marzo de 2019, en "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s Incidente de verificación R.A.F y L.H.R de F", con pocos meses de diferencia con el anterior, claro que con otra integración ocasional del máximo Tribunal). Sobre esta última tendencia: se ha dicho que "...las ahora explicitadas pautas 'la 'finalidad' del texto de la ley, 'los tratados sobre derechos humanos', 'los valores jurídicos' y el 'modo coherente con todo el ordenamiento' [es un] reservorio [que] constituye diques de contención para que el fallo judicial sea una decisión razonablemente fundada" (Cf. Porras, A (2014). Decisión razonablemente fundada: principio de razonabilidad. Buenos Aires, Argentina: Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires).

³⁵No sólo la referida norma española, sino que podemos mencionar que tanto en Francia como en los Estados Unidos cuando se produce el "discharge" - caso del deudor persona humana- se determina un trato especial para los "non adjusting creditors", mientras que en otras latitudes (vgr. Inglaterra, Holanda y Alemania) no hay liberación de deudas para este tipo de créditos.

³⁶Algún principio de tratamiento del tema hemos intentado encontrar en el Art. 16 de nuestra ley 24.522 al sostener: "...Excepcionalmente el juez podrá autorizar..., por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras."

4. La necesaria regulación de la financiación post concursal (DIP financing).

Los procesos concursales - en el caso de empresas- dan la posibilidad de: a) reestructurar la deuda existente, y b) dar curso a un proceso de reconversión empresarial adoptando las medidas necesarias para tratar de hacer eficiente a la empresa, tratando de recomponer el negocio. Pero ello no siempre se logra. El sentido del Derecho de Crisis (y los procesos de insolvencia que nacen a partir de él) es la conservación de la empresa en el mercado para poder superar el pasado y a la vez honrarlo (si bien novado -Art. 55 ley 24.522 en la República Argentina), el mantener al sujeto como eficiente dador de empleo, contribuyente fiscal, productor y/o dador de bienes y servicios. Y ello, la mayoría de las veces necesita de un nuevo crédito que permita una plataforma de arranque. La verdadera reconstrucción del capital de trabajo (agotado y agobiado por la crisis preexistente que llevó al sujeto a la situación concursal, y extenuado aún más por el esfuerzo realizado durante el mismo a los fines de arribar a una reestructuración del pasivo). Muchas veces sin él, sin ese **"nuevo crédito"** que permita al agobiado deudor dar contexto adecuado a la perspectiva de salida e, incluso, preparar la misma, la propuesta de pago, y explicitar del mejor modo como se pagará la deuda reestructurada y saldrá adelante la empresa, harán que la propuesta sea solo una postergación de lo inevitable. Es este, el denominado "Financiamiento post concursal o DIP Financing), incluso en caso de

que fuera otorgado por partes vinculadas -muchas veces no existirán otros dispuestos a prestarlo-, el que en la mayoría de los casos permitirá una salida real de la crisis. De allí que su regulación y el establecimiento de criterios a su respecto (si lo preferimos o lo subordinamos) es indispensable en la agenda concursal actual.

5. Separación Empresa/Empresario.

Desde que se conceptualizo a la empresa como un elemento económico sustancial, dador de empleo, multiplicador de la economía, contribuyente fiscal y parte esencial del desarrollo económico en la sociedad del siglo XX, comenzo a tomar forma la idea de su importancia, dándose la génesis de lo que conocemos como el principio de conservación de la empresa. La empresa es útil, necesaria, y ello más allá del circunstancial titular que estuviere a su cargo. De tal suerte los procesos concursales de finales del siglo XX y de este siglo XXI tienen en general en mira: salvar la Empresa, siempre que esa sea económicamente viable y socialmente útil, más allá del sujeto a cargo de dicha organización. De allí la posibilidad de admitir que terceros ajenos se hagan cargo del salvataje de las mismas dentro de un proceso concursal³⁷, o la adquisición de todo o parte de sus operaciones - habitual en los procesos de bancarrota americanos-, o la instancia preferida en general por las leyes en las liquidaciones de que la primera opción de venta de una empresa en

³⁶ Vgr. El salvataje por tercero previsto en el art. 48 de la ley 24.522 en Argentina.

quiebra sea como unidad económica, como empresa, antes de su desguace.³⁸

6. Participación del Estado en los procesos concursales.

Esto tiene un doble rol: el primero es el del Estado dando un marco regulatorio (la legislación concursal) que permita bajo los principios que vimos resolver la crisis, en protección de la **paz social** (Too Big to fall): Hoy Lufthansa, Renault. Participación del Estado tomando empresas: Parmalat, G.M., Chrysler, etc. Rojo decía en 1981 que las empresas privadas que no pueden quebrar son privadas, pero de INTERES PUBLICO.

7. RECONCURSO (reproposición de la propuesta).

En sintonía con el principio conservatorio, diversas legislaciones han establecido la posibilidad de reproponer el PLAN una vez homologado (modificarlo y re homologarlo con las mismas mayorías o agravadas). Ej: CH 11 section 1127 - Chile. Francia. Colombia (art. 46). La segunda oportunidad evitando la quiebra.

³⁸ Este principio tuvo un claro ejemplo en el fallo de la CNCom. Sala "D, en los autos "Oil Combustibles S.A. s/ Concurso Preventivo" del 27 de diciembre de 2017 que admitió la concursalidad de una sociedad activa en la que, en teoría sus administradores llegaron a la cesación de pagos distraendo activos y fondos de la misma para financiar otras actividades. El concurso preventivo se abrió y continuó (por posterior decisión del Tribunal de grado) con la administración de la sociedad a cargo de un grupo de interventores designados por éste.

Esta circunstancia se hace casi obligatoria en la crisis provocada por la Pandemia (COVID 19) para miles y miles de sujetos concursados que deberá reconstruir en el momento que ello sea posible sus flujos de fondos que, indiscutiblemente, no podrán ser suficientes para cancelar los acuerdos propuestos y/o homologados antes de marzo de 2020.

8. La aplicación de la tecnología.

Esto es algo que venía exigiéndose y que, pandemia mediante, ha recibido un acicate muy fuerte: la aplicación de la virtualidad a los procesos de insolvencia permitiendo desarrollarlos (el acceso a los procesos judiciales o extrajudiciales, el reconocimiento de créditos, las audiencias, las liquidaciones, etc.) a través de plataformas digitales.

III.- LA AGENDA EN LA INSOLPANDEMIA.

Buena parte de los países a lo largo del orbe han adoptado a partir de la pandemia COVID 19 declarada por la OMS como tal en marzo de este año medidas altamente restrictivas de la circulación de personas, bienes, servicios, cierre de locales comerciales, prohibición de uso de transporte público, y un largo etc para prevenir las gravísimas consecuencias de ella.

Pues bien, en un camino de larga incertidumbre a todo nivel (sanitario, económico, social, afectivo, cultural, etc) dichas medidas han significado la instalación de una profunda crisis económica mundial de la cual la Argentina no resulto ajena (mucho peor por partir de una plataforma previa de recesion, inflacion y estancamiento economico). Claramente se ha producido un empobrecimiento general del mundo, una pérdida de valor económico y destrucción de riqueza generalizados que aun no terminan³⁹. La mayoría de los sujetos en el mercado no ha hecho otra cosa que acumular un stock de deuda en este período, y hemos vuelto a ver cierres directos de comercios sin pasar por un procedimiento judicial como no hace sucedía hace décadas.

Sobre ello entendemos que la conducta a asumir debe ser de intervencion por parte de los Estados con medidas medidas sociales, económicas, y jurídicas que ayuden a paliar la crisis como se ha visto en buena parte de Europa (Alemania, España, Italia), en EEUU, y en el resto de América (Colombia). El modelo abstencionista no es válido aún cuando no puedan medirse adecuadamente los alcances de la crisis. En ella todos estamos en riesgo económico (amen del sanitario), y los sanos enfermaron, y los enfermos agonizan (Barreiro, 2020)

³⁹ Se entiende que esta crisis es peor que la de 1929, con caídas promedio superiores al 10 del PBI en a mayoría de los países, e indicadores de pobreza de hace algunos años atrás (se entiende que más de 100.000.000 de personas cayeron en la pobreza por esto, y que más de 1.500.000.000 de puestos de trabajo se perderán).

Por ello entendemos que también son necesarias las modificaciones de las leyes concursales aún en la emergencia, aunque resulten paliativos y no soluciones de fondo, atento que las normas previstas para los tiempos comunes son claramente insatisfactorias y no pueden atender un fenómeno crisis que no es el previsto en las legislaciones de la normalidad. Amén de que las soluciones reales para las crisis son siempre políticas y económicas, de fondo, la legislación concursal atempera las crisis a la espera de la solución o la ordena buscando ese final. Esta "cronoterapia"⁴⁰ resulta un paliativo imprescindible mientras esperamos el fin de la pandemia, las medidas de fondos, y el camino de la recuperación económica.

Y, en ese camino, parece razonable repetir aquí la GUIA INSOL (INSOL Global Guide: Measures adopted to support distressed businesses through the COVID-19 crisis) que son las recomendaciones que ese organismo internacional da como medidas a adoptar en función de lo que los diversos países han ido haciendo en la pandemia en sus respectivas legislaciones. Así:

1	Suspensión derecho acreedores para concursar deudor	8	Suspensión reglas de subordinación de los créditos de vinculados
2	Suspensión del deber del administrador de pedir el concurso	9	Moratorios contra acciones y terminaciones de contratos

⁴⁰ Como llama en nuestro país el profesor Daniel Vitolo a la adopción de normas de emergencia para regular la emergencia.

3	Suspensión o flexibilización de la regla "wrongful trading"	10	Flexibilización parámetros entidades financieras
4	Insolvencia para mipymes	11	Uso de medios virtuales o digitales
5	Velocidad en el acceso y en el trámite	12	Suspensión de la causa de liquidación por pérdidas
6	Suspensión del periodo de sospecha	13	Facilitar mecanismos extrajudiciales para negociar
7	Nuevas reglas a favor de los acreedores de recursos frescos	14	Causalidad y duración de las medidas.

Vemos allí de muchos de los temas que eran parte de la agenda pre pandemia, están establecidos en la guía por lo que seguramente son temas que inexorablemente deberán tomarse (al menos analizarse) para reformas definitivas.

Dentro de esas reformas adoptadas en algunos países, y que entendemos deben formar parte de la agenda permanente, es evidente hoy cada vez más que resulta imprescindible diferenciarse los sujetos de acuerdo a su magnitud primordialmente para asignárseles un proceso o mecanismo para atender su insolvencia. Estamos en un momento de construcción de soluciones a medida, sobre todo en crisis sistémicas como las que la pandemia ha generado, en un momento inductivo más que deductivo, por lo que un único proceso para todos los sujetos está muy lejos de poder ser un instrumento útil. Estamos en un camino de "**segmentación**" de los procedimientos de insolvencia.

Asimismo, en la "Insolpandemia" es necesario, en nuestra humilde opinión -amén de alongar los plazos de los procesos concursales abiertos, de permitir la reformulación de la propuesta, de revisar el rol de los Fiscos locales -muchas veces obstaculo insalvable para las soluciones concursales-, o de los derechos de los trabajadores-, establecer una norma genérica que permita la no agresión (una suerte de stay) por un lapso ante los incumplimientos acumulados, una suerte de moratoria generalizada por un tiempo limitado. En ella debe instarse a abrir un espacio de negociación entre acreedor y deudor bajo dos principios: a) buena fe, y b) sacrificio compartido (la mora ocurrida por la pandemia no puede hacer que sus consecuencias le sean imputables al deudor -típico caso de fuerza mayor o hecho del príncipe-, sin necesidad de recurrir obligatoriamente al concurso). Ello podrá ser útil para muchos sujetos que con una reformulación de su deuda original podrán continuar y repagarla sin necesidad de recurrir a un procedimiento concursal.

IV.- A MODO DE CONCLUSIÓN.

Para finalizar, algo que vengo sosteniendo desde hace muchos meses, hay que **ACEPTAR LA REALIDAD**. Hay Contagio y muerte económica consecuencia de la PANDEMIA ECONOMICA O INSOLPANDEMIA (Anich, 200). Ello es inexorable y puede atemperarse o atenuarse las graves consecuencias, pero no podrán salvarse todos los sujetos en el mercado que han acumulado deuda.

De allí que hay que empezar a pensar más en cómo construir un futuro posible que en como repagar el pasado hundido en la crisis (Vitolo, 2020). Hay que cambiar la búsqueda y, probablemente, el enfoque porque la realidad que pretendemos regular ha mutado de modo extremo⁴¹. Todos los paradigmas de análisis existentes ya no resultan válidos o, al menos, están puestos en duda. Son necesarios nuevos enfoques, nuevas aproximaciones y nuevas tesis de solución.⁴²

De allí que habrá que examinar la posibilidad de:

- reconvertir negocios (cambios culturales, de hábito, imposibilidades próximas de repetir conductas masivas de consumo de la forma tradicional, acostumbramiento al teletrabajo, etc.)
- Toda negociación (dentro o fuera de la insolpandemia) debe ser hecha sobre la base de negocios viables y sus flujos de fondos posibles (los que resultan muy difíciles de mensurar hoy por lo que el período de espera para las agresiones patrimoniales debe contemplar esto);

⁴¹ "...La transición de un paradigma en crisis a uno nuevo del que pueda surgir una nueva tradición de ciencia normal dista de ser un proceso acumulativo logrado mediante la articulación o extensión del paradigma viejo. Más bien es una reconstrucción del campo a partir de nuevos fundamentos, reconstrucción que cambia alguna de las generalizaciones teóricas más elementales del campo, así como muchos de sus métodos y aplicaciones ejemplares. Durante el periodo de transición habrá un solapamiento considerable pero nunca total entre los problemas que se pueden resolver con el viejo y el nuevo paradigma, pero habrá también una diferencia en los modos de solucionarlos. Una vez consumada la transición, la profesión habrá cambiado su visión del campo, sus métodos y sus objetivos" (Khum, 1962, p. 139).

⁴²Critico de la cronoterapia, Daniel Vitolo (2020). postula la necesidad de modificar íntegramente la ley concursal argentina para llevarla al siglo XXI.

- Regular los mecanismos ágiles de liquidación de activos para reinsertarlos, incluso dentro de los propios procesos preventivos;
- Regulación instrumentos y vehículos jurídicos flexibles y atractivos para la inversión;
- Incentivos a la inversión para movilizar el capital que esta fuera del sistema (que en nuestros países es mucho).
- Es difícil postular soluciones de agenda para la crisis cuando esta tiene un grado de extensión y profundidad inéditas, muchas modificaciones serán solo paliativas, otras directamente no servirán y deberán ser modificadas sobre la marcha, pero es imprescindible intentarlo mientras esperamos ver el Sol al final del túnel.

REFERENCIAS.

Alegría, H. (2005). Perfiles actuales del Derecho Concursal. Revista Jurídica Argentina La Ley.

Alegría, H. (2006). Reflexiones sobre la concursalidad. Bogotá, Colombia: Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Recuperado de: https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/doctrina/documentos/Reflexiones_Sobre_Concursalidad.pdf

Anich, J. (2020). INSOLPANDEMIA y Reestructuraciones Simplificadas Una necesidad judicial, empresaria y de los trabajadores. Revista DECONOMI. (2). 1 - 17. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0006-N02-COVID-ANICH.pdf>

- Barreiro, M. (2004). *La crisis del derecho de la crisis*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Barreiro, M., Lorente, J. & Truffat, D. (2005). *Concurso mínimo y anteproyecto de ley que regula el instituto*. Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal. Congreso organizado por la Universidad Corporación Universitaria de la Costa C.U.C., Barranquilla, Colombia
- Barreiro, M. (noviembre de 2006). *El interés concursal*. Segundo Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal. Congreso organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, República Federativa de México.
- Barreiro, M., Lorente, J. & Truffat, D. (2006). *Del traje de confección al de medida. Los procesos concursales deben tener una regulación diversa según su magnitud*. VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Congreso organizado por la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Provincia de Santa Fe, Argentina.
- Barreiro, M. & Truffat, D. (2007). *El acreedor involuntario*. Suplemento de Derecho Concursal *La Ley*, (26).
- Barreiro, M., Raspall, M., & Tuffat, D. (2019). *El acreedor involuntario. Esbozo de una teoría general del tema en el Derecho Concursal Argentino*. En G. Monroy. *Derecho Concursal Iberoamericano. Realidad y perspectivas* (41 - 84). Bogotá, Colombia: Legis.
- Barreiro, M. (2020). *La pandemia y el intento de regular las crisis. Una utopía necesaria*. *Revista La Ley*. (9).

- Boquin, G. (2020). Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID 19. *Revista DECONOMI*. (3). 1 - 24. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0008-N03-BOQUIN.pdf>
- Congreso de la Nación Argentina. Ley 24.522 de 1995. Ley de Concursos y Quiebras.
- Dasso, A. (2008). El acreedor involuntario: el último desafío al derecho concursal. VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Conferencia organizada por la Comisión de Actuación Profesional en Procesos Concursales del CPCECABA y el Instituto de Derecho Comercial del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Mendoza Argentina.
- Ferro, C. & Barreiro, M. (2015). La Liquidación del Fideicomiso en el Código Civil y Comercial: Un Proceso Nuevo Proceso Concursal. IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Congreso organizado por la Universidad Nacional del Litoral, Villa Giardino, Argentina.
- Goldenberg, J. (2013). Bases para la privatización del derecho concursal. *Revista chilena de derecho privado*. (20). 9 - 49. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000100001>
- Goldenberg, J. (2014). Los acuerdos extrajudiciales desde la visión privatista del derecho. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (42). 187 - 223. Recuperado

- de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100006
- Kershaw, D. (2007). Involuntary creditors and the case for Accounting-Based Distribution Regulation. LSE Law Society and Economy Working Papers. (16). 1 - 24. Recuperado de: <https://www.lse.ac.uk/law/working-paper-series/2007-08/WPS16-2007Kershaw.pdf>
- Khum, T. (1962). La estructura de las revoluciones científicas. Chicago, Estados Unidos. University Of Chicago Press.
- Maffia, O. (1988). Derecho Concursal. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Pajardi, P. (1982). El proceso de quiebra entre el pasado y el futuro. Revista de Derecho Comercial. (15).
- Porras, A (2014). Decisión razonablemente fundada: principio de razonabilidad. Buenos Aires, Argentina: Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Recuperado de: http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdf/ley/Porras_Decision_razonablemente_fundada.pdf
- Provinciali, R. (1958). Tratado de Derecho de Quiebra. Barcelona, España: Nauta.
- Pulgar, J. (2012). Preconcurso y acuerdos de refinanciación. Madrid, España: La Ley.
- Rouillon, A. (2007). El cambio del paisaje concursal a comienzos del siglo XX. Anuario de derecho concursal. (11). 253 - 261.
- Salvatore, T. (1951). Instituciones de Derecho de Quiebras. Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas Europa y América.

Truffat, D. (2020). El concurso preventivo del fideicomiso insolvente, el Golem y la sabiduría del Rey Canuto. *Doctrina Societaria y Concursal*. (390). 373 - 378.

Vitolo, D. (2020). Covid-19 y empresas en crisis: ¿reformas a la ley de concursos y quiebras o Plan Marshall? Buenos Aires, Argentina: Errepar. Recuperado de: <https://blog.errepar.com/quiebra-planmarshall-vitolo/>

Vitolo, D. (2020). La reforma de la ley de quiebras en la pospandemia y la necesidad de sancionar un Código de Bancarrotas, a veinticinco años de vigencia de la Ley 24.522 Buenos Aires, Argentina: Errepar. Recuperado de: <https://blog.errepar.com/reforma-quiebras-pospandemia/>

CAPÍTULO IV.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD: APLICABILIDAD EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA - CASO COLOMBIANO .¹

Diana Marcela Ortiz Tovar²

Siendo el Principio de Solidaridad un elemento de juicio y ponderación relevante en la modernidad presente, recurrentemente citado en el ámbito constitucional, de derechos humanos y civiles ¿podría ser un criterio aplicable dentro de los procesos de insolvencia en Colombia?

I. ASPECTOS GENERALES

1.1. Consumo y Globalización.

El contexto que acompaña la cotidianidad de los consumidores y comerciantes (personas naturales o jurídicas), se encuentra inmerso

¹ Trabajo presentado como ponencia en el Primer Congreso Internacional de la Maestría en Derecho Privado de la Universidad Surcolombiana, desarrollado el 27 y 28 de agosto de 2020, en Neiva, Colombia.

² Docente de planta programa de Derecho, Universidad Surcolombiana. Coordinadora de la Maestría en Derecho Privado de la misma Universidad. Líder del grupo de investigación CYNERGIA, vinculado a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana

en el consumismo y la globalización, en diferentes sectores tales como: económico, financiero, educativo, de entretenimiento etc.

Se ha de entender:

"(...) el consumismo, en primer lugar, como un atributo de la sociedad conformada por individuos cuya capacidad de querer, desear o anhelar ha sido separada o "alienada" de ellos mismos. A su vez, esa capacidad se convierte en la principal fuerza que pone en movimiento a toda la sociedad de consumidores. En el consumismo, el consumo ha desplazado al trabajo como principal actividad generadora de la sociedad. La felicidad no está determinada por la gratificación de los deseos ni por la apropiación y el control que aseguren confort, sino más bien por un aumento permanente en el volumen y la intensidad de los deseos, lo que a su vez produce una fila cada vez más interminable de productos creados para el desecho y la sustitución." (Pulido & Colín, 2007, p. 212).

Bajo este lente, tenemos que los consumidores son el foco del sistema financiero, que en ejercicio de sus actividades, suministra y/o apalanca la tendencia de consumo, otorgando productos financieros masivamente, ya no solo a través de la vinculación presencial, con la suscripción de documentos, sino que hoy, el enganche al sistema se realiza virtualmente, bajo unas plataformas que facilitan el acceso al crédito denominado de consumo, que se concreta en las tarjetas de crédito, con altas tasas de interés como ocurre en el caso colombiano. En cuanto a la globalización, se entiende como:

Un proceso dinámico que consiste en la creciente interdependencia entre los distintos países del mundo a través de una serie de transformaciones de carácter global, en donde las fronteras cada vez son menos relevantes" (Globalización, 2019, párr. 2).

Este proceso desconoce los límites territoriales y la independencia de los Estados, al pretender unificar las actuaciones de estos en cuanto lo político, económico, social, cultural, comercial y tecnológico, marcando con ello el qué hacer de los seres humanos que viven este fenómeno, quienes actúan bajo los parámetros preestablecidos del esquema sin que su psiquis lo prevea o entienda. También se entiende por Globalización la "des - localización" (Araujo, 2006, p. 15). La transformación de la dimensión espacial de las actividades sociales, nos ha colocado en un contexto moderno y vanguardista, sin preguntar nuestro deseo de asumirla o abordarla. Es por ello que hoy estamos totalmente enterados del acontecer diario de cada uno de los países del mundo, se conocen al instante los hechos noticiosos desde el lugar más recóndito, es lo que algunos han denominado el poder de los medios de comunicación, donde utilizando el internet se nos mantiene informados en línea de tales acontecimientos (Es importante precisar que el internet es el punto de partida de lo que hoy conocemos como globalización).

Por el mismo medio (el internet), fácilmente se puede acceder a un sin número de documentos que nos recrean la realidad económica,

política y cultural. Las nuevas tecnologías de la información permiten igualmente realizar actividades en tiempo real, sin recurrir a la presencialidad, dando movilidad virtual a las personas y desdibujando las fronteras físicas. Sin visa ni pasaporte un profesional, tecnólogo o experto, puede asesorar a una empresa en cualquier lugar del mundo. Estos avances permiten que las multinacionales y los mismos Estados hayan eliminado las trabas a la movilidad de capitales y mercancías, acompañada esta liberalización de la circulación de personas. Casos concretos y ejemplificantes abundan; en primera instancia, tenemos la migración de nuestros nacionales a otros países en donde la mano de obra no calificada es bien paga, luego asegura ingresos para los migrantes. En otro contexto, países como China e India, se han convertido en los centros de producción de las grandes multinacionales, que se benefician de las ventajas labores de estos países, produciendo gran cantidad de bienes y servicios, cuyos destinatarios somos los habitantes del mundo, quienes nos beneficiamos de sus precios.

En este escenario de consumidores y globalización, se presentan operadores que intermedian entre ellos, las entidades que facilitan el consumo dentro del comercio globalizado. Son pues las instituciones financieras las llamadas a facilitar el consumo y quienes una vez otorgan el crédito buscan de manera inequívoca su pago, según los costos pactados: seguros, cuotas de manejo e intereses (en Colombia muchas veces al límite de la usura)

1.2. Del Acreedor y el Deudor

Son el acreedor y el deudor los sujetos de la obligación o partes de la misma, quienes a su vez se constituyen como uno de sus elementos esenciales; estos deben conocer el alcance de su posición y agotar lo que en otras legislaciones se conoce como los *requisitos de validez o requisitos para obligarse*³, de especial interés, la capacidad. Al respecto, es dable mencionar que en la legislación colombiana se prescribe que todas las personas se presumen capaces, excepto aquellos casos donde la ley y/o sentencia indique lo contrario⁴. Este elemento también es definido en el Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), en sus artículos 22 y 23, indicando que "toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes salvo que la ley y/o sentencia la prive o la limite de dicha facultad" (Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, 2014, p. 8). La norma argentina desarrolla en mejor forma el concepto de capacidad, al precisar el aspecto de persona humana y el carácter de aptitud, lo que no ocurre en la legislación civil colombiana vigente, que hereda los preceptos del Código de Andrés Bello.

³ARTICULO 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra" (Código Civil Colombiano, Art. 1502).

⁴ Sobre el atributo de la Capacidad, en Colombia, se recomienda consultar el Artículo 1503 del Código Civil Colombiano.

Armonizando el esquema tradicional de la obligación, es pues el deudor en la actualidad el consumidor, quien se hace a dinero plástico (tarjeta de crédito) y otras modalidades de crédito y asumiendo para con el acreedor (entidad financiera) el pago de su crédito más los gastos pactados. El acreedor, se constituye en el extremo de una relación, suple la necesidad que presenta el deudor. En el marco del vínculo jurídico creado se establecen reglas (obligaciones) que les permiten avanzar: de una parte, el acreedor da y de la otra, el deudor agota su necesidad, pero asume obligaciones (reciprocidad de la relación).

La obligación comprende un deber de colaboración interpartes, su función es precisamente, satisfacer el interés del acreedor y corresponde al deudor poner todo su empeño en dar cumplimiento a la prestación pactada, surgida del ejercicio de la autonomía privada o incorporada en disposiciones generales y singulares de ley. La satisfacción del acreedor es de cargo del deudor, único obligado a ella, y su efecto es extinguir la obligación, pues al realizarse libera al deudor (Hinestrosa, 2016).

Cuando lo anterior no ocurre deriva en una insatisfacción del acreedor, total o parcial, transitoria o definitiva, situación que no conlleva una anomalía endilgable al deudor, a su mal comportamiento. En este escenario, es carga del acreedor demostrar la culpa del obligado o es a este a quien corresponde probar el cumplimiento de lo pactado.

Puede ser el sujeto pasivo de la obligación (el deudor) una persona jurídica o un ser humano que en ejercicio de ese atributo de la personalidad denominado "capacidad de ejercicio" decide asumir una acreencia con una persona denominada acreedor, quien le suministra en muchas de las veces dinero a título de mutuo o crédito.

Está a cargo del deudor, además de pagar el capital (dinero debido al acreedor), sufragar las obligaciones propias del carácter financiero del dinero, de donde se derivan dos clases de intereses, el primero, remuneratorio, que pretende reconocer el uso del dinero por parte del deudor (pueden ser pactados por las partes, fijado por la ley o por un juez) y, el segundo término, moratorio, que tiene un carácter sancionatorio porque imponen al deudor que incurrió en mora o retardo en el cumplimiento de su obligación, el pago de estos intereses, que en Colombia equivale al 1 ½ del interés remuneratorio. Esto nos lleva a indicar que estas obligaciones imponen al deudor el pago de unas sumas adicionales a las inicialmente pactadas (al denominado capital).

La insolvencia es una razón económica que se genera por un sobreendeudamiento o excesivas obligaciones de un deudor frente a la pluralidad de acreedores. De igual forma, se convierte en un hecho esencial para el deudor, por cuanto siempre el acreedor ha sido la parte fuerte de las relaciones contractuales. Para los acreedores, la insolvencia es parte del cálculo al conceder un crédito o al realizar cualquier tipo de negocio en el que intervenga como parte, pues lo

obliga a analizar el correcto otorgamiento del crédito y en algunos casos los acreedores ejercen su prelación llevando al deudor a la crisis (Carbonell, 2017).

El Código Civil Italiano hace referencia a la insolvencia en relación con el riesgo, lo constituye en la insuficiencia de la garantía patrimonial, y el objetivo es aprovechar la ejecución forzada. En cambio, el riesgo descrito en el artículo 5 de la Ley de quiebra se refiere a la eventualidad de que el deudor no pague en el término previsto para el cumplimiento de sus obligaciones. Pero a pesar de sus diferencias, la insolvencia comercial y la insolvencia civil encuentran un punto en común en la preeminencia atribuida por el ordenamiento a los intereses de los acreedores (Pellecchia, 2016).

En cuanto a la definición de insolvencia, en Alemania, se tiene que es un proceso concursal -tomando parte de la descripción enunciada en el Código de insolvencia alemán (en adelante InsO alemana)-, es pagar a los acreedores de un deudor en forma conjunta con la liquidación del patrimonio del deudor o mediante un plan de insolvencia, un arreglo a la preservación y continuidad de la empresa y, en el caso del deudor honesto, poder brindarle la oportunidad de liberarse de su pasivo restante (Pérez & Martínez, 2015).

En Colombia, además de entenderla como un procedimiento concursal para comerciantes⁵ y para personas naturales que no

⁵ En ordenamiento jurídico colombiano el régimen de insolvencia empresarial se halla regulado mediante la Ley 1116 de 2006.

ostentan tal condición⁶, se debe interpretar como las dificultades de la persona, comerciante o no, para cumplir con sus obligaciones económicas. En términos coloquiales, corresponde a la escasez o ausencia de dinero para pagar los gastos y las deudas, evento que contablemente se denomina iliquidez, incapacidad para honrar sus créditos.

Frente a la situación de incapacidad para cumplir las prestaciones en favor de los acreedores, en muchas oportunidades se encuentra que no es suficiente la defensa que pueda hacerse en un proceso de ejecución/cobro, en donde contestando o proponiendo excepciones, de todas maneras, el proceso seguirá hasta obtener una sentencia que ordene cancelar el capital insoluto al acreedor, esto sin tener en cuenta la condición especial del deudor. Es así como existe para el deudor la posibilidad de iniciar un proceso concursal que en Colombia, para comerciantes, se denomina INSOLVENCIA, cuya pretensión es mantener la empresa y dar un respiro al deudor para que en el mismo le proponga a sus acreedores fórmulas de arreglo, que son planteamientos tendientes a pagar los créditos insolutos a través de la *Reorganización Empresarial*. El juez concursal por excelencia es la Superintendencia de Sociedades y/o los Jueces Civiles del Circuito (Ley 1116 de 2006). Cuando no sea posible lograr que las mayorías voten las propuestas del deudor se llega a la *Liquidación Judicial*.

⁶ El proceso de insolvencia para personas naturales no comerciantes se encuentra regulado en el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, artículo 531 y ss.

Un escenario similar tiene el deudor persona natural, quien a través de un operador/conciliador, puede negociar sus deudas o convalidar sus acuerdos. Así las cosas, convoca el deudor a sus acreedores para que voten sus propuestas de un procedimiento especial extrajudicial (por fuera de sede judicial), si no se obtiene a la mayoría requerida se procede a enviar el trámite ante Juez Civil Municipal, para que adelante la Liquidación Judicial (Código General del Proceso).

1.3. Del acuerdo / contrato

Es pues una realidad que la pretensión del deudor que negocia en estado de insolvencia con su acreedor, no es otra que buscar un camino que le permita rescatar su empresa y/o estabilizar sus finanzas, con el efecto relevante de recuperar el bienestar personal y/o empresarial.

El acuerdo pretendido no es más que un contrato con efecto interpartes, donde se espera de éstos (deudor /acreedor) un trato digno, de buena fe, que permita a cada uno obtener la satisfacción de sus intereses, y resolver el conflicto derivado del no pago del deudor. Es este el punto donde se hallan confrontados. El pretender la satisfacción de los intereses individuales los lleva a sacar la mejor artillería: acciones judiciales que impliquen desaprensión de lo propio (remate) y/o buscar no poseer bienes objeto de dicha desaprensión ¿por qué se llega a estos extremos tan difíciles y arraigados?

La respuesta puede sonar obvia, en la medida en que se ha entendido que cada uno va por lo que considera suyo y que no es una preocupación del acreedor cuestionarse por el contexto del deudor, no le interesa, pues es su interés el recuperar el dinero y los rendimientos. El acreedor es egoísta en el esquema actual, marcado por la competencia del mercado y el consumismo globalizado.

Pero ¿podría esperarse del deudor su colaboración para que el objeto contractual y todo lo pactado interpartes suceda? la doctrina europea ha llegado paulatinamente, al reconocimiento de la figura de colaboración o cooperación del acreedor, tanto por algunas legislaciones como por el derecho uniforme, es pues una tendencia, especialmente al reglamentar la mora creditoris.

Así, en forma incipiente, se aprecia la importancia de la colaboración del acreedor en el CC italiano de 1942, la que se encuentra tratada a propósito de la mora del acreedor en el art. 1206, en la norma siguiente se regulan los efectos de la mora. El CC portugués de 1966 sigue esta misma tendencia de positivar a la colaboración dentro de la regulación de la mora creditoris (Prado, 2016).

El derecho uniforme europeo en el art. 5.1.3 de los Principios de UNIDROIT establece que "cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última".

Esto evidencia el reconocimiento legislativo del deber que tienen las partes de colaborar, esta se realiza en dos vías: "la primera se refiere al deber de no obstaculizar el cumplimiento de la otra parte; y la segunda, una cooperación activa entre los contratantes" (Prado, 2016, p. 67).

A su vez el art. 1:202 de los PECL⁷ consagra el deber de colaboración, en los siguientes términos: "Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos". A diferencia de los Principios de UNIDROIT, aquí directamente se califica a la colaboración como un deber que emana del contrato, luego se espera del acreedor el cumplimiento de este deber, generando dos efectos en relación con la inobservancia de la colaboración debida: el primero se produce en la propia obligación del deudor; y el otro, referido al incumplimiento contractual del acreedor (Prado, 2016).

Este nuevo deber en cabeza del acreedor, impone un quehacer exigible, especialmente cuando se estipula contractualmente, siendo en consecuencia, la autonomía de la voluntad la fuente de la colaboración debida en los países latinoamericanos que, como en Colombia, no han establecido reglamentación al respecto de manera directa.

⁷ Es la sigla en inglés para: Principles of European Law on Services Contracts.

1.4. Insolvencia / Acuerdos en el Derecho Comparado.

Lo que conocemos como insolvencia, en general, soporta parte de su estructura dentro de los acuerdos extrajudiciales, con una configuración contractual que compone dentro de las soluciones concursales modelos orgánicos de negociación extrajudicial (Goldenberg, 2014). Vgr. En España, los denominados acuerdos de refinanciación de la Ley Nro. 22/2003, luego modificada por el Real Decreto-ley Nro. 3/2009, incorporaron la instauración de un modelo completamente inorgánico de los acuerdos preconcursales, bajo una primera esperanza de hacer partícipes a los acreedores en el salvamento de las empresas, estos acuerdos extraconcursales en España respondieron a la necesidad de dar mayor participación a los acreedores profesionales en la solución global de la crisis económica. La ley 38/2011 incorporó el "acuerdo de refinanciación homologado", como nuevo instrumento fundado regulatoriamente en el anterior (actual Disposición adicional cuarta LC.).

A su vez, el modelo italiano incorporó los planes de saneamiento y los acuerdos de reestructuración. Cabe anotar que estos modelos normativos, tomaron la forma de los españoles los "planes de saneamiento" y los "acuerdos de reestructuración" reconocidos en los artículos 67 y 182-bis de la Legge fallimentare italiana, incorporados inicialmente en 2005, reformados finalmente en virtud del Decreto legislativo Nro. 83/2012. Estas normas incrementaron su utilización, como herramientas para la solución de la crisis que ha atravesado

gravemente la actividad económica del país. Suponen, en definitiva, dejar en el plano privado la configuración de un mecanismo específico de tratamiento patrimonial y organizativo del deudor.

En Argentina, la formulación de los "acuerdos preventivos extrajudiciales" por parte de la Ley Nro. 24.522: De concursos y quiebras, con las modificaciones introducidas a éste por la Ley Nro. 25.589, de 16 de mayo de 2002, suponían la posibilidad de que el deudor y uno o más de sus acreedores celebrasen cualquier clase de acuerdo privado a efectos de resolver la situación de cesación de pagos o un estado de dificultades económicas o financieras de carácter general (artículo 69 LCQ. original), fundado en una absoluta liberalización de sus contenidos (artículo 71 LCQ.). Conforme a estos parámetros, se justificaba que el acuerdo tuviese únicamente efectos relativos, propios de una construcción contractual.

El modelo francés ofrece un mecanismo judicialmente tutelado para que las partes puedan llegar a acuerdos dirigidos a la conservación de la empresa, al término de la crisis económica y al mantenimiento del empleo. Si bien atiende a los intereses de cobro por parte de los acreedores, establece una clara prioridad por facilitar herramientas dirigidas a las finalidades conservativas del derecho concursal. En cualquier caso, la intervención del tribunal no hace decaer el carácter contractual del acuerdo, y se inscribe principalmente en la constatación del presupuesto de hecho.

En Chile, la Ley de reorganización y liquidación de empresas y personas (Goldenberg, 2014), a partir de la regulación especial referida a su homologación, hace indudable que la aplicación de esta segunda fase trasmuta la figura en un mecanismo necesariamente concursal que viene en reemplazar la regulación propia de los acuerdos de reorganización judicial, al menos en lo referente al proceso de negociación y conformación de una voluntad colectiva, es decir, para los efectos de los acuerdos simplificados, el sistema permite plantear dos eventos: la publicidad de los términos del acuerdo y de sus documentos fundantes (artículo 110 LRLEP) y de la resolución judicial que termina por concederles efectos concursales (artículo 112 LRLEP.); lo primero, funcional a la posibilidad de impugnación a los acreedores en razón del artículo 111 LRLEP., y, lo segundo, para asegurar su eficacia concursal en los términos del artículo 113 LRLEP. Bajo este entendido el acuerdo interpartes, no es suficiente, pues requiere una fase judicial que garantice sus efectos.

De igual manera, establece la norma chilena el deber de las partes de actuar conforme a la buena fe, evitando las posibilidades de abuso de la figura jurídica con la revisión de las externalidades positivas y negativas del acuerdo como criterios que guían la protección legal de los intereses en juego.

En Colombia, la Ley 222 de 1995 estableció un escenario de negociación dentro del Concordato; luego la Ley 550 de 1999 planteó la posibilidad de reestructuración empresarial y de las entidades

territoriales, donde se contaba con un espacio para la negociación y suscripción de acuerdos entre deudor y acreedores bajo un esquema judicial y el régimen de mayorías.

Posteriormente, la ley 1116 de 2006 propuso el escenario de insolvencia para empresas, en donde el deudor convoca a sus acreedores para buscar un acuerdo de reorganización. A su vez, el ordenamiento jurídico colombiano incorporó la insolvencia persona natural no comerciante, en el Código General del Proceso a partir del artículo 531. En estos trámites se prevé un esquema de negociación y acuerdo entre deudor y acreedores. Con ocasión de la emergencia sanitaria decretada por el gobierno en el mes de marzo de 2020, se expidió el Decreto 560 de 2020 vigente por dos años, donde se crean dos trámites:

- (i). Proceso de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización.
- (ii). Procedimiento de recuperación empresarial.

II DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.

2.1. Ámbito Local

En estudios realizados por Ruiz- Silva y Giraldo (2015), se plantea la solidaridad desde tres aristas:

- Como una acción dirigida al sujeto considerado vulnerable.
- Como un espacio de medición experta.
- Como práctica social orientada a la superación de la injusticia y desigualdad social.

La primera enfatiza que, si bien existe una visión generalizada desalentadora de la sociedad actual, por cuanto el vínculo social se ha debilitado y el individualismo se ha exacerbado, el voluntariado ocupa un importante lugar en la vida de las personas y es creciente el número de sujetos que se vinculan a él (Urquiza, 2006 en Giraldo & Ruiz, 2015). Desde este enfoque, las acciones solidarias se describen principalmente a través del voluntariado, en consideración a que este tiene mayores posibilidades de medición.

La segunda acepción hace referencia a las dinámicas sociales que se dan en distintos países de América Latina y que ponen en entredicho las nociones más intuitivas de la solidaridad, como acción genérica orientada al auténtico reconocimiento del otro. Chile, por ejemplo, cuenta con un índice para medir la solidaridad social a partir de tres variables dependientes: dimensión objetual o material, vinculada a la donación de objetos o bienes materiales; dimensión social, relacionada con la donación de dinero de un individuo a otro que ha estado privado de ciertas prestaciones sociales, a propósito de su precaria condición socioeconómica; y dimensión temporal, referida a la donación de tiempo en labores o conductas que aportan a la integración social de otros sujetos.

Entre los factores de estratificación social que hacen las veces de variables independientes estarían el género, el nivel socioeconómico, el nivel educacional y la edad de los donantes, entre otros. La solidaridad es, en estos términos, un fenómeno multidimensional que se manifiesta en distintas formas de ayuda y que puede medirse objetivamente.

La tercera arista, indica que se entiende la solidaridad como percibir el sufrimiento del otro y reaccionar empáticamente a las condiciones de su existencia. En este tercer enfoque, la solidaridad se realiza -propiamente- en el compromiso y en la acción. La empatía se entiende aquí como algo que supera el gesto ocasional, por tanto, es una actitud vital que suele desembocar en acciones orientadas a la "búsqueda de justicia y de cambio social y sus expresiones tienen relación con ayudar y compartir un marco de igualdad orientado a la búsqueda de oportunidades para todos" (Arnold, Thumala & Urquiza, 2006 en Giraldo & Ruiz, 2015, p 619). Desde el ámbito jurisdiccional se ha definido la solidaridad como:

"un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo". La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos (...)" (C. Const. Sentencia C 767 de 2014, p. 33).

De igual manera la misma Corporación precisó:

"(...) Examinada la jurisprudencia, puede la Sala puntualizar algunas consideraciones a tener en cuenta, cuando el asunto en estudio, es el trato que debe brindar el sector financiero a los deudores en condición de debilidad manifiesta: a) La actividad financiera tiene como uno de sus fines la prestación de un servicio público, con lo cual, está sujeta a los límites que se le trazan por vía de la intervención del Estado. b) El principio de solidaridad, esencial en la existencia del Estado Social de Derecho y, reconocido puntualmente en los artículos 1 y 95 ordinal 2° del inciso 2 Superiores, como deber, compromete tanto al Estado como a los particulares. (...)" (C. Const. Sentencia C 793 de 2014, p. 42).

Se ha entendido como un principio desarrollado por el conglomerado en pro del interés colectivo tal y como lo prevé la carta política en el numeral 2° del artículo 95:

"Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano (...)

2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas" (Constitución Política de Colombia, Art 95).

De los preceptos jurisprudenciales citados se infiere como este principio es de origen constitucional y que la Corte no solo se ha pronunciado en relación con su origen y definición, sino que ha evidenciado su aplicación:

La sentencia T-520 de 2003 decidió sobre una acción de tutela interpuesta por una persona que había sido secuestrada durante siete meses por las guerrillas de las FARC, siendo liberada después de pagar una considerable suma de dinero como rescate. Algunas entidades bancarias iniciaron procesos ejecutivos en contra del ex secuestrado y encontrándose pendiente la diligencia de remate de bienes, este interpuso acción de tutela invocando el derecho a la solidaridad, derecho a la especial protección del Estado y derecho a la igualdad, garantías que fueron amparadas indicando a la entidad financiera que no puede imponer cargas adicionales al deudor que se encuentra en esta posición, haciendo más gravosa su condición. En la sentencia T-170 de 2005 se resolvió la acción de tutela que tenía como accionantes a una pareja que suscribió con una entidad bancaria un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, el cual incumplieron. Los accionantes, portadores de VIH, se encontraban desempleados y además tenían a su cargo cuatro hijos menores de edad. La garantía hipotecaria recaía sobre una vivienda de interés social, la cual después de adelantarse proceso ejecutivo, se remató y se adjudicó a la entidad bancaria.

La Corte resolvió tutelar los derechos fundamentales de los accionantes indicando que la entidad acreedora, en este caso en particular, desconoció el deber de solidaridad y el principio de buena fe, por no mostrar interés alguno en la situación de los deudores, ni otorgar alternativas que facilitaran el cumplimiento de las obligaciones, de tal manera que fuera conforme a la situación de debilidad manifiesta en que se encontraban.

La sentencia T-358 de 2008, decidió tutela interpuesta por un deudor que ostentaba la calidad de desplazado, toda vez que una entidad bancaria desconoció su condición, al incoar contra él un proceso ejecutivo para obtener el pago de una obligación contraída a través de un crédito de pequeño agricultor. En este pronunciamiento se refirió la connotación especial del principio de buena fe frente a los deudores que se encuentran en debilidad manifiesta, pero además su carácter prevalente respecto de los intereses civiles del acreedor, quienes se hallan en una posición dominante dentro de una relación contractual.

La decisión judicial deja visto que no desprotege los intereses del acreedor, ya que -dado su dominio en la relación comercial- está en posición de otorgar una refinanciación del crédito para que el deudor pueda hacerse cargo de sus obligaciones conforme a la situación que afronta, y de esta manera puedan también satisfacerse los derechos de aquel.

La sentencia C-767 de 2014, prescribió que de este principio se derivan obligaciones orientadas hacia la consecución de los fines esenciales de la organización política consagrados en el artículo 2 constitucional. Además, estableció que "este principio se traduce en la exigencia dirigida especialmente al Estado, de intervenir a favor de los más desaventajados de la sociedad cuando éstos no pueden ayudarse por sí mismos (C. Const. Sentencia T 225 de 2005 en C. Const. Sentencia C 767 de 2014, p 33)

En la providencia C-793 de 2014, en donde la Corte indica como:

"(...) En el Estado social de derecho, la protección del derecho de propiedad y los demás derechos adquiridos está vinculada a los principios de solidaridad y de prevalencia del interés general (C.P art 1). Precisamente, la función social inherente a la propiedad está orientada a realizar los intereses de la comunidad y por ello impone a quien sea propietario que, sin renunciar al ejercicio de sus derechos, contribuya a la realización de intereses que trascienden la esfera meramente individual (...)" C. Const. Sentencia C 793 de 2014, p. 30).

La providencia C-145 de 2018, indicó que regulaciones como las de insolvencia, son constitucionalmente válidas, pues: se realizan por previsión legal, no afectan el núcleo esencial de la empresa, sino que, por el contrario, buscan preservar su existencia, obedecen a motivos adecuados y suficientes.

En ese sentido, la protección de la empresa, en tanto promotora de desarrollo y fuente de empleo, responde al principio de solidaridad, pues recurre al mismo para establecer un régimen especial que busca apoyar la actividad económica y a sus trabajadores. Estas disposiciones cumplen con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues no desconoce los derechos de los acreedores de la empresa ni del Estado, sino que establece un régimen especial para el cumplimiento de las obligaciones del deudor.

Conforme al precedente relacionado se evidencia que la Corte ha marcado el alcance del principio de solidaridad, de una parte, como fundamento de amparo constitucional, a través de las acciones de tutela, reconociendo su aplicación en los casos donde los ciudadanos se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. De otra parte, en las sentencias de 2014 y 2018, como base del análisis de constitucionalidad, llegando a su definición, estableciendo su pertinencia, e indicando que el Estado tiene el poder de intervención en la economía. Acercándose al tema la Corporación Constitucional, prescribe:

"Es posible hacer referencia al intervencionismo conformativo, que se identifica con las regulaciones que establecen requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los actores económicos; existe también un intervencionismo finalístico, en aquellos casos en que se señalan los objetivos generales a los cuales han de orientarse los agentes, principalmente al interior del Estado y, por último, puede predicarse uno de

carácter condicionante, cuando se fijan las reglas de juego del mercado o de un sector económico" (C. Const. Sentencia C 145 de 2018, p. 26).

REFERENCIAS.

- Araujo, J. (2006). *El Revés del Derecho. Sociología Jurídica y Política*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, E. (2017). La insolvencia transfronteriza. *Revista Informática del Instituto Iberoamericanos de Derecho Concursal*, 10 (10). 122 - 140. Recuperado de: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/16699>
- Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Argentina: Infojus.
- Giraldo, Y. & Ruiz, A. (2015). La comprensión de la solidaridad: Análisis de estudios empíricos. *Revista Latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud*, 13 (2). 609 - 625. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n2/v13n2a05.pdf>
- Goldenberg, J. (2014). Los acuerdos extrajudiciales desde la visión privatista del derecho. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (42). 187 - 223. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100006
- Hinestrosa, F. (2016). Tutela del acreedor frente al deudor incumplido. *Revista de Derecho Privado*. (31). 5 - 21. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4794>

- Pellecchia, E. (2016). La ley italiana de sobreendeudamiento. *Revista de Derecho Privado*. (30). 379 - 387. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4558/5239>
- Pérez, A., & Martínez, P. (2015). Del sobreendeudamiento a la insolvencia: fases de crisis del deudor desde el derecho comparado europeo. *Revista Chilena de Derecho*, 4 (1). 93 - 121. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v42n1/art05.pdf>
- Prado, P. (2016). La inobservancia al deber de colaboración del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual. *Revista de derecho privado Universidad de Valdivia*, 29 (2). 59 - 83. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000200003
- Pulido, G. & Colín, G. (2007). Sociedad de consumo y cultura consumista. *Revista Argumentos*, 22 (55). 212 - 216. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952007000300008

NORMATIVIDAD.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1116 de 2006.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1564 de 2012.

Congreso de la República de Colombia. Ley 84 de 1873. Código Civil Colombiano.

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991.

JURISPRUDENCIA.

C. Const. Sentencia C 620 de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt.

C. Const. Sentencia T 520 de 2003. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

C. Const. Sentencia T 170 de 2005. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

C. Const. Sentencia T 358 de 2008. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

C. Const. Sentencia C 767 de 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt.

C. Const. Sentencia C 793 de 2014. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza.

C. Const. Sentencia C 145 de 2018. M.P.: Diana Fajardo Rivera.

CAPÍTULO V.

INSOLVENCIA Y DERECHO EN TIEMPOS DEL COVID-19.¹

Ma. Susana Dávalos Torres²

I. INTRODUCCIÓN

La estructura de mi exposición es la siguiente:

1. En primer lugar, haré una reseña breve del contexto económico en el que nos encontramos.

2. En segundo lugar, voy a exponer una síntesis de las medidas económicas que algunos gobiernos ya han adoptado, y de las medidas en materia de Derecho de Insolvencia han propuesto hasta el momento tanto organismos internacionales como especialistas en materia de Derecho de Insolvencia.

3. Finalmente, haré algunas observaciones sobre los retos de implementar medidas que se han sugerido y destacar temas que hace falta discutir.

¹Documento presentado como ponencia en el Primer Congreso Internacional de la Maestría en Derecho Privado de la Universidad Surcolombiana, llevado a cabo el 27 y 28 de agosto del 2020, en Neiva - Colombia.

² Profesora de la Facultad de Derecho e Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM.

II. CONTEXTO ECONÓMICO DE LA PANDEMIA DE COVID-19.

Contrario a lo que muchos pensamos, el COVID-19 tan solo aceleró la caída que se venía dando en la economía mundial a partir de la crisis de 2008. De acuerdo un documento del Banco Mundial - BM (2020a). que lleva por título Productividad global: Tendencias, factores y políticas. A partir de la crisis de 2008 la economía global venía desacelerándose por las siguientes razones: 1) la caída de los precios de los hidrocarburos, 2) el descenso en la inversión y 3) la desaparición de factores que estimulan la productividad laboral³, tales como la reducción de la población en edad laboral, la disminución de los niveles académicos alcanzados por la población ocupada y el desplazamiento de los trabajadores por la tecnología. Esto es muy interesante porque nos está advirtiendo de la desigualdad social.

Llegamos a 2020 y la pandemia de COVID-19 terminó por paralizar la economía mundial. Se detuvo la manufactura, se interrumpieron las cadenas de suministro global y se entorpeció el consumo. En la región de Latinoamérica, por ejemplo, la desaceleración de la economía en Estados Unidos y China alteró las cadenas de suministro de México y Brasil, lo que incidió en la caída en las exportaciones de productos básicos de Chile y Perú. Centroamérica sufrió una caída en la obtención de divisas pues su

³ La productividad laboral es un indicador económico, vinculado al de crecimiento económico, que mide el uso óptimo de los recursos humanos, materiales y equipo en la producción de bienes y servicios

economía dejó de funcionar como canal de comercio. México y el Caribe dejaron de obtener ingresos por turismo.

En general en toda la región de Latinoamérica y el Caribe, el Banco Mundial (2020b) prevé una contracción del 7.2%, mientras que para el Fondo Monetario Internacional - FMI (2020) la contracción de la economía de la región será mayor, es decir, de 9.4%. lo cual implica una caída más profunda que en las crisis de la década de 1980.

La Organización Mundial del Comercio (OMC) prevé que el comercio de mercancías se desplome entre un 13% y un 32% en 2020, siendo los sectores más afectados: los que están caracterizados por cadenas de valor complejas, en específico, los sectores de la electrónica y de la industria automotriz, así como el comercio de servicios por la imposición de restricciones al transporte y viajes, en particular, el sector turístico (Organización Mundial del Comercio, 2020).

En un estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE (2020) titulado *Perspectivas del Empleo 2020*, el desempleo en este año podría llegar a 9.4%, cifra que excede el de la Gran Depresión. La Organización Internacional del Trabajo (OIT), por su parte, ha señalado que en Latinoamérica y el Caribe más de 50% de los trabajadores se desempeñan en los sectores más afectados por la pandemia, esto es, hotelería, alimentación, comercios al por mayor y al por menor, de estos estos

trabajadores 40% son mujeres. Cabe destacar que la OIT ha identificado que hay otros sectores para los que la afectación es menor, por ejemplo, la construcción, los servicios financieros y de seguros, minería, agricultura, sanidad y servicios públicos (OIT, 2020a).

En cuanto a la ocupación laboral, de acuerdo con la OIT, el sector informal representa hasta el 90% de las personas que prestan un servicio en algunas economías emergentes o en desarrollo, y que muchos de estos trabajadores son mujeres (OIT, 2020b). Además, la OIT ha identificado que 8 de cada 10 empresas en el mundo son informales, se trata de empresas no registradas, que emplean hasta a 10 personas poco calificadas (OIT, 2020c). En el primer mes de la pandemia disminuyó el 60% de los ingresos de las personas que trabajan en este sector.

III. ¿CUÁLES SON LAS MEDIDAS QUE YA HAN ADOPTADO ALGUNOS GOBIERNOS?

Por iniciativa propia o por recomendación de organismos internacionales, muchos países ya han adoptado medidas para hacer frente a la crisis económica derivada de la pandemia de COVID-19. Son las siguientes:

1. Política fiscal. Reducción de impuestos o flexibilización su pago.
2. Política monetaria. Reducción de las tasas de interés.
3. Política social. Préstamos y ayuda financiera a sectores específicos.

4. Seguridad social. En algunos países extender la protección social a toda la sociedad.

IV. ¿CUÁLES SON LAS MEDIDAS QUE HAN PROPUESTO TANTO ORGANISMOS INTERNACIONALES COMO EXPERTOS EN MATERIA DE INSOLVENCIA?

Varios organismos internacionales han elaborado propuestas, pero en relación con el procedimiento de insolvencia, sólo el del Banco Mundial elaboró un catálogo de medidas a manera de termómetro (Banco Mundial, 2020c).

	Retos clave	Respuestass cruciales
Fase 1	Prevención de insolvencia de empresas viables.	<ul style="list-style-type: none"> - Adoptar medidas que impidan que los acreedores inicien el procedimiento de insolvencia en contra de su deudor afectado por la pandemia. - Suspender la obligación del deudor de solicitar el inicio del procedimiento de insolvencia y de su responsabilidad.
Fase 2	Respuesta al incremento de empresas que no sobrevivirán esta crisis sin pasar por un procedimiento de insolvencia.	<ul style="list-style-type: none"> -Facilitar el otorgamiento de créditos. -Establecimiento de estructuras que permitan la negociación extrajudicial o mixta.

		<ul style="list-style-type: none">- Facilitar el otorgamiento de créditos.- Extender los plazos procesales.- Suspender la liquidación si procede en un procedimiento de insolvencia en el que el deudor se encuentra en la reorganización.- Alentar juicios virtuales.
Fase 3	Solución de dificultades financieras individuales.	<ul style="list-style-type: none">- Implementar procedimientos de insolvencia para consumidores.- Dar opciones de planes flexibles para aplazar y pagar la deuda.- Facilitar mecanismos de remisión total de la deuda o el <i>discharge</i>⁴ para permitir al deudor empezar de nuevo.

Varios autores iberoamericanos ya han escrito sobre algunas de estas medidas como Adolfo Rouillón de Argentina (2020), Álvaro Pereira de Colombia (2020), Paúl Noboa de Ecuador (2020) y Aurelio Gurrea de España (2020).

⁴ Liberar al deudor de las todas las deudas anteriores que se iniciara el procedimiento de insolvencia.

V. COMENTARIOS SOBRE LOS RETOS PARA IMPLEMENTAR ESTAS PROPUESTAS Y TEMAS QUE TAMBIÉN DEBEN SER CONSIDERADOS.

Dada mi experiencia en la materia y después de leer algunos de los trabajos que se han elaborado sobre estas medidas, mis comentarios son los siguientes:

A. Retos

En primer lugar, las propuestas del Banco Mundial son generales porque van dirigidas a todos los países. El Banco Mundial hace algunas acotaciones en relación con países emergentes o en desarrollo, pero el reto jurídico es adecuarlo a cada sistema jurídico: se debe considerar no sólo la tradición jurídica, sino elementos como las percepciones y prácticas en relación con el derecho y la justicia. Por ejemplo, en México, de acuerdo con un estudio elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 70.3% de los ciudadanos considera que el problema más relevante en el país que impide una adecuada impartición de justicia es la corrupción, el 71.4% consideran que solamente con dinero y relaciones se puede ganar un juicio y tan solo 15.9% percibe que la justicia en México respeta el principio de igualdad (Fix, 2015). Por otra parte, se ha observado que ha incrementado el número de personas que consideran que es mejor un arreglo entre las partes 37.5% respecto de las personas que consideran que es mejor acudir a un tribunal 36.6% (Fix, 2020, p. 123).

Finalmente, hay que destacar el nivel de la confianza en las instituciones, en particular los tribunales, se encuentra en un nivel intermedio, "el desafío consiste en encontrar el modo de influir positivamente en la imagen que de ellos tienen los mexicanos a fin de que puedan ser identificados como las piezas más importantes y confiables del Estado de Derecho" (Fix, 2020, p. 132).

Cabe destacar que, por defectos en su diseño, el concurso mercantil en México no es un procedimiento atractivo para sanar la insolvencia de un deudor. De acuerdo con los reportes semestrales del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (IFECOM), desde la creación del concurso mercantil en 2000 hasta marzo de este año, se han iniciado tan solo 778 concursos mercantiles. En lo que va de este año, han aumentado notoriamente el número de concursos, pero sigue siendo una cifra muy pequeña: 24 concursos mercantiles.

Lo anterior no significa que debe ignorarse la materia concursal, sino por el contrario, es el momento de diseñar instrumentos que nos permitan solucionar las crisis financieras y económicas de manera efectiva.

Por último, también es importante considerar que para implementar las recomendaciones del Banco Mundial en cuanto a procedimientos de insolvencia es necesario tomar en cuenta la informalidad en las actividades económicas. De acuerdo con el Instituto

Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), del 60.4% de la población económicamente activa en México, 96.6% está ocupada; sin embargo, 56.2% de los ocupados prestan servicios en el sector informal.⁵ De estas personas, el 37.0% ganan hasta un salario mínimo al día.⁶

Colombia tiene mucho que enseñarnos en esta asignatura. En abril de este año, partiendo del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, "Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional", el presidente de aquel país expidió el Decreto 540 de 2020, "Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia". Mediante este decreto, se implementó un mecanismo de mediación ante las Cámaras de Comercio, con la finalidad de que el deudor llegue a un acuerdo con sus acreedores de manera expedita. Por otra parte, se faculta al sistema de administración tributario de aquel país para que negocie o cancele deudas durante la emergencia.

En segundo lugar, de todas las recomendaciones del Banco Mundial, la que me parece urgente y que no debe ser transitoria es la

⁵ El estudio define al sector informal como "unidades económicas no agropecuarias, no constituidas como empresas y que no cumplen con registros básicos de proveedores de bienes y servicios"; además, incluye "a quienes, a pesar de estar fuera del sector informal, presentan condiciones laborales consideradas informales, tales como el autoempleo en la agricultura, la no remuneración o carencia de seguridad social" (INEGI, 2020, p. 1).

⁶ En la actualidad el salario mínimo en la Ciudad de México equivale a 6 dólares. (INEGI, 2020, p. 7).

de contar con un procedimiento de insolvencia para consumidores. En muchos países de la tradición romano-germánica como México, no existe un procedimiento de insolvencia para consumidores. Una de las razones encuentra en la división histórica del Derecho Privado entre Derecho Civil y Derecho Mercantil. El Derecho Mercantil fue creado para un grupo de personas que necesitaban solución a los problemas de su profesión, los comerciantes, los procedimientos de insolvencia se han enfocado en este grupo, pero la realidad es que, en la actualidad, son millones de personas las que intervienen en actos de comercio y que tienen acceso al crédito.

En México, ante la inexistencia de un procedimiento específico para los consumidores, las entidades financieras emplean despachos de cobranza que renegocian la deuda con el deudor. La autoridad encargada de la protección y defensa de los usuarios de servicios financieros, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), no obstante ha detectado prácticas abusivas, razón por la cual, en 2014, emitió "Disposiciones de carácter general aplicables a las Entidades Financieras en materia de despachos de cobranzas", que regula, entre otras cuestiones, la obligación de documentar por escrito el acuerdo de pago o reestructura de la deuda. Por medio de estas disposiciones, también se instituyó el Registro de Despachos de Cobranza a cargo de la CONDUSEF. A pesar de estos esfuerzos, las prácticas abusivas no han desaparecido. Asimismo, en el acuerdo de pago o reestructura de la deuda solamente participan el deudor y la entidad financiera y el

deudor, impidiendo la rehabilitación del deudor como lo haría en un procedimiento de insolvencia.

En cuanto a la viabilidad de las empresas, noté que en los documentos del Banco Mundial y los textos que leí, el objetivo inmediato es reorganizar a las empresas viables. Recordemos que por empresa viable debe entenderse una empresa cuyo valor futuro de ingresos es positivo, razón por la cual, no debe buscarse su rehabilitación.

Es necesario discutir la "viabilidad" en el contexto de esta crisis económica, pues la liquidación de muchos de deudores puede desencadenar la insolvencia de sus acreedores.

B. Asignaturas pendientes en relación con los procedimientos de insolvencia.

Me llama la atención que en los textos de organismos internacionales y de expertos en la materia, no se sugiere implementar un procedimiento de insolvencia para los municipios. Son contados los países que cuentan con algún procedimiento de insolvencia para los municipios, los que destacan son Estados Unidos, Colombia y la República Checa. Puede ser que estos procedimientos tengan sus imperfecciones, pero son importantes en una crisis como la actual. Hay que partir de que la recaudación de impuestos caerá y que, tratándose de una crisis sanitaria es importantísimo continuar prestando servicios públicos como agua, alcantarillado.

También es necesario establecer estándares sobre el tratamiento de los contratos de ejecución continuada o de tracto sucesivo que no consisten en un crédito dentro de un procedimiento de insolvencia. En la mayoría de los países, en la fase de reorganización, el síndico tiene la facultad de decidir si continúa o termina un contrato cuya ejecución está pendiente; al crédito que resulta de la rescisión de ese contrato se le trata como un crédito común, lo cual crea incentivos para que el síndico termine contratos cuyo beneficio total excede el costo total de su rescisión; en otras palabras, la rescisión del contrato impone más costos en el acreedor de lo que beneficia al deudor. En esta crisis, es necesario regresar a la discusión de este tema pues no estamos en un contexto de insolvencias aisladas, sino que tanto deudores como acreedores se encuentran en dificultades financieras, de tal manera que la rescisión del contrato del deudor puede agravar la situación del acreedor frente a sus propios acreedores (Dávalos, 2017).

C. Asignaturas pendientes en relación con la insolvencia fuera de un procedimiento de insolvencia.

Uno de los temas sobre los que hay conflicto en particular en momentos de crisis económicas o financieras es el interés. Hay un principio en los procedimientos de insolvencia que consiste en que el Derecho de Insolvencia no crea, ni modifica derechos. Por lo tanto, no me refiero a una discusión sobre eliminar o modificar intereses; me

refiero a una discusión sobre lo que se considera como abuso en el cobro de intereses.

Por ejemplo, en México, después de la crisis de 1994, después de una acalorada discusión sobre la legalidad de la capitalización de intereses y sobre el anatocismo la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una resolución en la que resolvió que "[d]el análisis de las disposiciones que integran el sistema jurídico mexicano...se advierte que en ninguna parte hacen referencia expresa al anatocismo, vocablo que queda comprendido en el campo de la doctrina", pero que el cobro de intereses sobre intereses está prohibido.

Hubo un giro en 2011 con motivo de la reforma constitucional en la que se integró al texto constitucional la cláusula de interpretación conforme con los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Específicamente, el poder judicial discutió un asunto de cobro excesivo de intereses moratorios a la luz del artículo 21, numeral 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prohíbe a la usura como una forma de explotación del hombre por el hombre; se resolvió que esta práctica es violatoria de derechos humanos. A partir de esta sentencia, se han emitido diferentes criterios, pero la crisis económica que ha desatado pandemia de COVID-19 definitivamente volverá a poner este tema sobre la mesa para su discusión.

Finalmente, deben discutirse estándares sobre la renegociación de los contratos fuera del procedimiento de insolvencia y de sus cláusulas de terminación. Estas cláusulas son importantísimas en los contratos de suministro y en el ámbito bancario y bursátil; consisten en que bajo ciertos supuestos de incumplimiento de los que puede inferirse que el deudor enfrenta problemas de liquidez o de insolvencia, se desencadena la terminación automática del contrato. En Europa se ha prohibido provisionalmente la aplicación de estas cláusulas, para evitar una estampida de terminación de contratos, profundizando una crisis.

Hay muchos otros temas que deben discutirse, lo importante es que se lleven a cabo esfuerzos para que esto suceda, de tal manera que la crisis económica sea manejable.

REFERENCIAS.

Banco Mundial. (2020a). Productivity: Trends, Drivers, and Policies.

Washington D.C., Estados Unidos: Banco Mundial. Disponible en: <https://www.worldbank.org/en/research/publication/global-productivity>

Banco Mundial. (2020b). The Global Economic Outlook During the

COVID-19 Pandemic: A Changed World. Washington D.C., Estados Unidos: Banco Mundial. Disponible en: <https://www.worldbank.org/en/news/feature/2020/06/08/the-global-economic-outlook-during-the-covid-19-pandemic-a-changed-world>

- Banco Mundial (2020c). COVID-19 Outbreak: Implications on Corporate and Individual Insolvency, Equitable Growth, Finance and Institutions, COVID-19. Washington D.C., Estados Unidos: Banco Mundial. Disponible en: <http://pubdocs.worldbank.org/en/912121588018942884/COVID-19-Outbreak-Implications-on-Corporate-and-Individual-Insolvency.pdf>
- Davalos, S. (2017). The Rejection of Executory Contracts: A Comparative Economic Analysis. *Mexican Law Review*. 69 - 101.
- Fix, H., Suárez, A., & Corzo, E. (2015). "Entre un buen arreglo y un mal pleito", *Los mexicanos vistos por sí mismos. Los grandes problemas nacionales*. Ciudad de México, México: IJ-UNAM
- Fondo Monetario Internacional. (2020). World Economic Outlook Update, June 2020. Washington D.C., Estados Unidos: Fondo Monetario Internacional. Disponible en: <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/06/24/WEOUpdateJune2020>
- Gurrea-Martínez, A. (2020). Insolvency Law in Times of COVID-19", Documento de Trabajo. SSRN. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3562685
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática - INEGI (2020). Estadísticas a propósito del Día del Trabajo. Datos Nacionales. Recuperado de: <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2020/trabajoNal.pdf>
- Noboa, P. y Ortiz, E (2020). Propuestas Societarias y Concursales para Mitigar el Impacto Económico del COVID-19 en Ecuador. SSRN. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3568267

Organización Mundial del Comercio (abril de 2020). Desplome del comercio ante la pandemia de COVID-19, que está perturbando la economía mundial. Ginebra, Suiza: Organización Mundial del Comercio. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/news_s/pres20_s/pr855_s.htm

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE. (2020). Employment Outlook 2020. París, Francia: OCDE. Disponible en: <http://www.oecd.org/employment-outlook/2020/>

Organización Internacional del Trabajo. (2020a). Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo. Segunda edición. Estimaciones actualizadas y análisis. Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_740981.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (2020b). La economía informal emplea más de 60 por ciento de la población activa en el mundo, según la OIT. Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_627202/lang--es/index.htm

Organización Internacional del Trabajo. (2020c). La crisis de COVID-19 y la economía informal. Respuestas inmediatas y desafíos de política. Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/--travail/documents/briefingnote/wcms_745450.pdf

Pereira, A. (2020). Flattening the Filing Curve for SMEs: Lessons from Colombia's Insolvency Reform. Oxford, Reino Unido: Oxford Business Law Blog, Corporate Insolvency Law. Disponible en: <https://>

[/www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/commercial-law-centre/blog/2020/05/flattening-filing-curve-smes-lessons](http://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/commercial-law-centre/blog/2020/05/flattening-filing-curve-smes-lessons)

Rouillón, A. (2020). El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresarial. *Revista Jurídica de Argentina La Ley*. (106), 2 - 8.

NORMATIVIDAD.

Diputados del Honorable Congreso de la Unión. Ley general de títulos y operaciones de crédito en México.

Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.