

## Doctrina

---

*Por Alicia Ferrer Montenegro, vicepresidenta académica del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal y consejera académica de Dictum.*

### Los pequeños concursos y la impostergable necesidad de legislar adecuadamente sobre ellos

**P**ara comenzar debemos ir rápidamente a la historia.

El concurso comienza a instrumentarse como sanción, gravísima, al comerciante incumplidor.

Pasaron siglos de esta práctica que solo servía como castigo –ni siquiera ejemplarizante- y cuya consecuencia reconocida y amplificadas por la literatura jurídica siempre era la misma: pérdida de valor para la economía y la sociedad en su conjunto.

La crisis económica devastadora de la primera mitad del siglo XX resultó determinante para que algunas jurisdicciones resolvieran revisar sus normas societarias y concursales, fundamentalmente en el mundo angloparlante.

El derecho continental europeo y los derechos latinoamericanos siguieron sin modificar las reglas de sus primeros códigos inspirados en el Código Napoleón.

Un primer revulsivo fue la sanción del Codice Civile italiano de 1942. Introdujo nuevas nociones – la empresa fundamentalmente- que llevaron a la doctrina a reconsiderar algunos paradigmas.

La segunda mitad del siglo XX y particularmente a partir de la década de los 80 vino a modificar definitivamente los principios y fundamentos del derecho concursal.

Los franceses y su idea del salvataje comenzaron a impregnar a nuestro derecho concursal de nuevos conceptos.

Las nuevas normas concursales de fines del siglo pasado (Francia, Alemania, España, Argentina por citar algunos ejemplos) dejan de lado el criterio sancionador estricto e introducen la protección de los acreedores bajo otra óptica.

Es que la separación de la Empresa del Empresario comienza a tornarse una idea seductora.

El empresario fracasado no debe arrastrar a la empresa cuyo valor económico y social debe preservarse.

La alternativa simplista de contraponer, como se hace habitualmente, la conservación de la empresa a la liquidación como modo de afrontar su crisis, atendiendo sólo a aquellos aspectos de ambas que son formulables jurídicamente, es un enfoque insuficiente.

Tanto la liquidación que, desde el punto de vista jurídico, implica un procedimiento tendiente a la desaparición de la empresa del mercado, como la conservación, son, en definitiva, procedimientos de reasignación de recursos.

El matiz jurídico alude al hecho que el momento de proceder a la reasignación está, en parte, jurídicamente establecido: a) el modo de realizarla b) la fijación de quiénes van a ser los nuevos titulares de los recursos y c) quiénes deberán soportar las pérdidas.

Los dos métodos que se confrontan son el liquidatorio denominado método de mercado y el de conservación llamado gubernativo.

Esta comparación pone de manifiesto en el sistema concursal la existencia de tres problemas a resolver.

El primero, la reducción de los costos primarios o sea evitar las quiebras. El ingreso temprano a un proceso concursal conduce a mejores alternativas de rápida solución a la crisis.

El segundo, la reducción de los costos secundarios, esto es proceder a una eficiente reasignación de recursos mediante la satisfacción mayor posible a quienes soportan los riesgos y sufren las pérdidas, los acreedores quirografarios.

El tercero, la reducción de los costos terciarios: minimizar la carga que supone la administración del sistema a través de un procedimiento rápido.

Desde una perspectiva histórica, se advierte en los primeros sistemas concursales, a la liquidación como regla y la conservación como excepción, y en una etapa posterior el equilibrio entre ambos métodos.

La situación actual nos muestra que, si bien el principio de conservación de la empresa se mantiene en los sistemas concursales, sufre la

creciente relativización que presenta la exigencia de la viabilidad, es decir el de no conservación de las empresas inviables.

¿Cualquier, toda empresa debe ser objeto de salvataje?

La noción de viabilidad económica y productiva comienza a discutirse y se continúa discutiendo hasta el presente con enorme intensidad.

La eficiencia y la eficacia de las normas concursales pasan a ser una preocupación central del legislador nacional y los proyectos de leyes en todas partes anuncian cambios importantes en los paradigmas concursales. Este Siglo XXI nos muestra numerosas modificaciones en la legislación concursal comparada.

El Banco Mundial y la Uncitral toman un papel protagónico para intentar que los nuevos principios y fundamentos de derecho concursal penetren en cada jurisdicción con un cierto afán unificador, que obviamente no se ha logrado.

Lo cierto es que desde la década del 80 del Siglo pasado hasta el presente casi todas las jurisdicciones han modificado su estructura legal concursal y adoptado estas nuevas reglas mencionadas superficialmente.

Ahora bien, aparece, como el título de estas líneas lo demuestra, una nueva preocupación, derivada de la realidad fácilmente comprobable.

Las normas concursales modernas se ocupan de la empresa, de su rescate a través de legislaciones que no quieren ver perder su valor, las fuentes de trabajo que sostienen directa e indirectamente y cuanto más grande es su tamaño mayor preocupación.

Es que, en buena parte de las legislaciones comparadas, los concursos son de talla única, o

dicho de otra manera se aplica la misma normativa a una gran empresa que una microempresa.

Si esta realidad se analiza desde la perspectiva de los derechos constitucionales –igualdad y libertad de empresa- la solución parece correcta.

Desde la perspectiva de la economía, esta regularidad constitucional se ve desplazada por las nociones de eficacia, eficiencia, sostenimiento del valor, disminución de los costos transaccionales, etc.

También aparecen las razones políticas que deben atenderse. La reformulación de las normas concursales en la mayoría de las jurisdicciones fue promovida a efectos de dar certeza y seguridad a los inversores (financieros y no financieros) y, especialmente, en nuestra América Latina, para atraer inversiones extranjeras.

En el Doing Bussines del Banco Mundial hay un renglón especial para la consideración de las normas concursales de cada jurisdicción.

El legislador siguiendo el rumbo de las recomendaciones de los organismos internacionales y de los intereses políticos y económicos de cada Nación, queda atrapado en la red del concurso de una sola talla: la talla L. Y se legisla especialmente cuando estamos frente a un concurso XL o XXL. Las tallas extragrandes traen problemas de idéntico tamaño que requieren apartarse del principio de que la ley es general para pasar a ser particular. Y manotazo de ahogado o no, debe hacerse para evitar derrumbes de consecuencias sísmicas.

El presente pospandémico que no parece tener un final cercano, nos ha traído otra realidad.

La pérdida de cientos de miles de pequeñas y microempresas cuyo valor económico individualmente considerado es mínimo, pero con

el factor multiplicador exponencial, resulta insostenible para muchas economías.

Es que la pandemia no llevó a la quiebra a las grandes empresas con espaldas anchas para soportarla. Llevo a las pequeñas. Y nuestras leyes no sirven para dar solución a éstas, o simplemente no pueden soportar los costos de la solución legal ofrecida. Cierran sus puertas, y dejan 3 o 4 trabajadores por el camino, y a pocos proveedores, y a pocos consumidores, pero cuando son miles las que desaparecen –porque simplemente cierran la cortina para no abrirla nunca más- el número se acrecienta y las económicas se resienten enormemente.

Sobre todo, se resienten lo números “sociales”. El microempresario es normalmente de clase media o media baja y el cierre de su actividad supone su caída en la pobreza y en algunos casos en la indigencia, propia y de su familia.

Con esta realidad que rompe los ojos, ¿deberíamos contemplar legislativamente al pequeño concurso o concurso de pequeñas empresas?

Estados Unidos tiene un capítulo especial para cada una de las distintas realidades que deben contemplarse en su Bankruptcy Code. No falta el *chapter* de los pequeños concursos, pero, así como son eficientes en los grandes lo son también en los pequeños y el ejemplo resultaría bueno luego de una enorme reforma cultural muy difícil de lograr. Las raíces culturales y religiosas tienen un peso muy grande en la formulación y aplicación de las normas concursales.

En Uruguay hay normas sobre pequeños concursos en la Ley 18.387 de octubre de 2008. La pequeñez se mide cuantitativamente por el monto de los pasivos. El procedimiento es similar al de los concursos grandes, pero más abreviado en los plazos.

En Argentina también las hay en la 24.522. Es pequeño el concurso que tiene un pasivo con cifra predeterminada; un número de empleados que no supere los 20 y un número de acreedores que no supere los 20.

Chile las introdujo en 2010 a partir de la Ley 20416, modificada en junio de 2020, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. En su Art. 16 y ss, introduce la figura del asesor económico de insolvencias y el criterio es cuantitativo sobre las ventas.

Colombia introdujo el pequeño concurso con el Decreto 772 de 2020, a partir del cual se crearon la reorganización abreviada y la liquidación simplificada para las sociedades con activos hasta por 1.2 millones de dólares.

En todos los casos, y con matices, las ventas, los activos destinados a la actividad, el monto de los pasivos son los criterios (todos, alguno o algunos) utilizados para dar entrada a la pequeña empresa deudora al concurso.

Pequeñas empresas, pequeños pasivos, pocos acreedores. Debería dotarse al concurso de instrumentos rápidos y de bajo costo.

Los comentarios doctrinarios en general señalan que estas normas no sirven, son insuficiente, ineficientes e ineficaces. “Remedios a mitad de camino”, “contribución de poca monta excesiva e insuficiente”, “tímida legislación” son algunos de los que se leen.

El pequeño empresario sigue optando por bajar la cortina y no recurre a las normas especiales del concurso.

Hay futuro para el pequeño concurso, España está a punto de contemplarlo en el proyecto de texto refundido.

Esperemos que no cometan los mismos errores que en mi país.

En definitiva, los concursos de talla única predominan y cuando encontramos legislaciones que regulan más de una talla concursal, la pequeña no sirve a los propósitos buscados por el legislador. Expectativa importante es ver cómo lo hacen, quienes están pensando en introducirlas en sus legislaciones, corrigiendo errores y dotando a las normas de la eficacia necesaria para la obtención de los fines perseguidos: rescatar al pequeño empresario de la insolvencia.