



**La preservación de la empresa: un análisis crítico
comparativo entre el Concurso Preventivo en Argentina y
Recuperación Judicial en Brasil**

Tesis de Maestría en Derecho Empresario

Autor: Khalil Ibraim Ajaimé

Directora de Tesis: María del Rosario Gonzalez Lonzieme

Fecha de presentación: Marzo, 2021

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo hacer un análisis crítico comparativo entre los métodos utilizados por la legislación argentina y brasileña para la preservación de la actividad empresarial, que son, respectivamente, la ley 24.522 de Concursos y Quiebras y la ley 11.101 de Quiebras y Recuperación judicial.

Se hace este estudio basado en las características y procedimientos legales de ambas leyes, acompañado de sus fundamentos constitucionales, principios orientadores y conceptos básicos de empresa y función social. Se examina, también, con qué eficacia esas leyes han actuado, en Argentina y en Brasil, y cuáles son los impactos sociales causados por la quiebra de empresas en esos países.

Además, se presentará una breve reseña histórica de la recuperación de empresas en el mundo, y para ello, se establecerá cómo ese instituto actúa en algunos países como en Alemania, Francia y EEUU, discutiendo las diferencias de ellos con las leyes de Argentina y Brasil.

Por último, disfrutando del entendimiento jurídico de las leyes de recuperación empresarial de ambos países, sumado a la comparación hecha con las leyes de otros países, se busca entender qué aspectos y procedimientos legales pueden ser responsables por el bajo índice de eficacia de salvación de empresas en crisis en Argentina y Brasil.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO 1	10
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRESERVACIÓN DE EMPRESAS	10
1.1 Introducción	10
1.2 Síntesis evolutiva histórica del derecho concursal.....	10
1.2.1 Derecho romano	10
1.2.2 Derecho Medieval	12
1.2.3 Derecho Moderno	13
1.2.4 Derecho Contemporáneo.....	14
1.3 En el Mundo Viejo	16
1.3.1 Pueblos Bárbaros.....	16
1.3.2 Hebreos	16
1.3.3 Grecia	16
1.3.5 Persia	17
1.3.6 India.....	17
1.4 En Argentina	17
1.5. En Brasil	21
1.6. En Alemania, Estados Unidos y Francia.....	24
1.6.1. Alemania.....	24
1.6.2. Estados Unidos	25
1.6.3. Francia	27
1.7 Conclusiones.....	30
CAPÍTULO 2	32
LA CRISIS EMPRESARIA Y LAS EMPRESAS EN ARGENTINA Y BRASIL	32
2.1. Introducción	32
2.2. La crisis empresarial	32
2.2.1. Crisis económica.....	33
2.2.2. Crisis financiera	33
2.2.3. Crisis patrimonial.....	33
2.3. La insolvencia y el estado de cesación de pagos.....	34
2.3.1. Teoría materialista	39

2.3.2. Teoría intermedia.....	40
2.3.3. Teoría amplia.....	41
2.3.4. Hechos reveladores del estado de cesación de pagos.....	42
2.4 Concepto de empresa y empresario	43
2.5 Las empresas en Argentina y Brasil.....	44
2.5.1 La situación económica de Argentina y los impactos en las empresas.....	44
2.5.2 La situación económica de Brasil y los impactos en las empresas.....	47
2.5.3 El impacto de la pandemia de Covid-19 en la economía argentina y brasileña	49
2.6 La necesidad de preservar la continuidad de actividad empresarial.....	51
2.7 Conclusiones.....	54
CAPÍTULO 3	56
FUNCIÓN SOCIAL Y PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LOS CONCURSOS PREVENTIVOS Y DE LA RECUPERACIÓN JUDICIAL.....	56
3.1 Introducción	56
3.2 Función Social de la empresa	56
3.2.1 En Argentina.....	57
3.2.2 En Brasil.....	60
3.3 La constitución y la actividad empresarial	61
3.3.1 Interés público de la conservación de empresas	63
3.3.2 Preservación de empresas como principio constitucional.....	64
3.4 Principios de los Procesos Concursales.....	65
3.4.1 Universalidad.....	65
3.4.2 Oficiosidad.....	65
3.4.3 Colectividad	66
3.4.4 Unicidad.....	66
3.5 Principios orientadores de los Concursos Preventivos y de la Recuperación Judicial	67
3.5.1 Principio de la preservación de empresas.....	67
3.5.2 Principio de la Moralidad	68
3.5.3 Principio de la viabilidad de la empresa.....	68
3.5.4 Principio de protección de los trabajadores	69
3.5.5 Principio de la economía y celeridad procesal.....	70
3.5.6 Principio de la publicidad y transparencia	70
3.5.7 Principio de la función social.....	70
3.5.8 Principio de lo interés de los acreedores	71

3.5.9 Principio de la Legalidad.....	71
3.6 Conclusiones.....	71
CAPÍTULO 4	74
LOS CONCURSOS PREVENTIVOS.....	74
4.1 Introducción	74
4.2 Concepto y naturaleza jurídica.....	74
4.3 Legitimidad	76
4.4 Presupuestos y requisitos	76
4.5 Efectos de la apertura del proceso.....	78
4.6 Procedimientos	82
4.6.1 Notificaciones.....	82
4.6.2 Verificación de créditos.....	82
4.6.3 Informe del síndico.....	83
4.6.4 Propuesta, período de exclusividad y acuerdo preventivo.....	83
4.7 Cierre del proceso	85
4.8 Esquema del Concurso preventivo – Ley 24.522 de 1995.	88
4.9 Acuerdo preventivo extrajudicial y salvataje o <i>cramdown</i>	89
4.9.1 Acuerdo preventivo extrajudicial	89
4.9.2 Salvataje o <i>cramdown</i>	90
4.10 Los pequeños concursos	91
4.11 Datos, consideraciones y críticas	92
4.12 Concursos preventivos en tiempos de Covid-19.....	93
4.13 Conclusiones.....	95
CAPÍTULO 5	97
LA RECUPERACIÓN JUDICIAL.....	97
5.1 Introducción	97
5.2 Concepto y naturaleza jurídica.....	97
5.3 Legitimidad.....	98
5.4 Requisitos	98
5.5 Efectos de la apertura del proceso.....	99
5.6 Procedimiento.....	100
5.6.1 Notificaciones.....	100
5.6.2 Verificación de créditos.....	100
5.6.3 El plan	100

5.7 Cierre del proceso	102
5.7.1 Declaración de quiebra durante el proceso de recuperación judicial	103
5.8 Esquema del proceso de recuperación judicial, ley 11.101/05	104
5.9 Microempresas y empresas de pequeño porte	105
5.10 Recuperación extrajudicial	105
5.11 Datos, consideraciones y críticas	107
5.12 Recuperación judicial en tiempos de COVID-19.....	114
5.13 Conclusiones.....	115
CAPÍTULO 6: DERECHO COMPARADO.....	118
6.1 Introducción	118
6.2 Alemania.....	118
6.3 Estados Unidos	122
6.4 Francia	126
6.5 Conclusiones.....	131
CAPÍTULO 7	134
MARCO METODOLÓGICO.....	134
7.1 Introducción	134
7.2 Tipo y diseño de la investigación.....	134
7.3 Unidad de análisis	135
7.4 Variables.....	136
7.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos	137
7.6 Análisis de datos.....	138
CONCLUSIÓN	140
BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN	148
Bibliografía	148
Fuentes de información	150

INTRODUCCIÓN

En vista de la actual situación económica de Argentina y Brasil, turbulenta e inestable, caracterizada por altas tasas de interés, elevada inflación; varias empresas muestran dificultad para continuar desarrollando su actividad, y cumplir sus obligaciones. Como consecuencia de tal situación, tienden a desaparecer del mercado donde actúan.

Tanto Argentina como Brasil, son países que gestionan su economía basándose en el régimen capitalista, y de ese modo, generan que las empresas sean responsables por los mayores movimientos financieros, convirtiéndose en un importante pilar de la economía. En definitiva, las empresas son fuentes generadoras de empleos, aportan al régimen impositivo, por lo que resultan esenciales para toda sociedad.

Ambos países, adoptan la función social de la propiedad como norma orientadora del sistema – en la legislación brasileña se manifiesta en los artículos 5º y 170º de la constitución federal; en la legislación argentina por adhesión a la convención americana de derechos humanos en el artículo 21º-. Esto significa que las acciones de una empresa, así como el uso de la propiedad privada, deben respetar los derechos e intereses de quienes la rodean. En otras palabras, la actividad empresarial tiene muchos impactos sociales, por ende, lo tiene cualquier decisión tomada por la empresa.

Entonces, en principio, la empresa puede utilizar todos los medios posibles para lograr el propósito de su actividad y ejercer su derecho de propiedad, si vela por el bienestar social. Con esta afirmación, se percibe una condición para su existencia.

La oferta de empleo, su capacidad de producción y circulación de bienes y servicios en el mercado de consumo, la protección de los intereses del consumidor y la reducción de desigualdades sociales hacen con que la empresa sea protagonista fundamental del desarrollo económico y social donde actúa.

El legislador, al comprender el tamaño potencial de la actividad empresarial, para el desarrollo de la sociedad, crea leyes de mantenerla siempre activa, incluso cuando atraviesan dificultades y problemas financieros. En

Argentina llamado concursos preventivos y en Brasil recuperación judicial, son acciones dedicadas a empresas que se encuentran en estado de cesación de pagos, y tienen interés, privado y social, en eludir la quiebra y continuar con sus negocios.

Ocurre que estadísticas y estudios muestran poca efectividad de los concursos preventivos y de la recuperación judicial, y de esta manera nos preguntamos: **¿Qué características y procedimientos legales del concurso preventivo de Argentina y la recuperación judicial de Brasil, comprometen el intento de salvación de la actividad empresarial, e impulsan la quiebra de empresas en Argentina y Brasil?**

Nuestra hipótesis es aquella que afirma que la legitimidad, requisitos y determinados trámites legales de los concursos preventivos y de la recuperación judicial obstaculizan el intento de salvación de empresas en Argentina y Brasil.

Con el objetivo de identificar características y procedimientos de estas leyes que impiden la buena resolución de la causa, utilizaremos como principales objetos de estudio los medios legales que buscan la salvación de empresas al borde de la quiebra - los Concursos preventivos, en la legislación argentina, regulada por la Ley 24.522 de 1995 -y sus modificaciones- y la Recuperación Judicial, regulada por la Ley brasileña 11.101 de 2005. Hasta llegar a la idea principal de esta investigación, se expondrán conceptos básicos de empresa, derechos fundamentales y principios constitucionales, razonamientos orientadores de orden financiero, datos de la situación económica, el origen de la función social, todos de Argentina y Brasil. Todavía será disertado sobre el surgimiento de la recuperación de empresas en el mundo, y se realizó derecho comparado entre Concursos Preventivos, Recuperación Judicial y las leyes de preservación de empresas de países como Alemania, Francia y EEUU.

Se realizó una investigación documental de doctrina, legislación y decisiones judiciales de Argentina y Brasil, incluyendo el ordenamiento jurídico de Alemania, Estados Unidos y Francia, en las cuestiones de recuperación de actividad empresarial. También se buscó datos en internet, informes de sectores de Justicia y del Estado respecto a la demanda y eficiencia de las acciones de recuperación de la actividad empresarial.

El trabajo fue organizado en siete capítulos. En el primer capítulo será expuesta la evolución del derecho concursal en el mundo, desde las primeras

ejecuciones, hasta la edad contemporánea. También, se presentará el proceso histórico evolutivo en Argentina, Brasil, Alemania, Estados Unidos y Francia.

En el segundo capítulo se expondrá sobre las crisis empresariales, los motivos que derivaron en la legislación concursal, los supuestos objetivos de la acción, incluyendo la actual situación económica de Argentina y Brasil, y el impacto de esta situación en las empresas.

A continuación, el tercer capítulo abordará el carácter social de las acciones de preservación de empresas, su carácter y origen constitucional. También se expondrá sobre la función social y cómo se materializa en el derecho argentino y brasileño, seguido de los principios de las acciones concursales y de preservación de empresas.

El cuarto capítulo es responsable de trazar el camino procedimental de los concursos preventivos, seguido de algunos datos y consideraciones críticas sobre este instituto. Así como el quinto capítulo será responsable del abordaje de la recuperación judicial, y las críticas y consideraciones acerca del sistema.

En el sexto capítulo se trabajará el derecho comparado a la preservación de empresas en Alemania, Francia y Estados Unidos.

Y, por fin, el séptimo capítulo abordará el marco metodológico, donde serán presentados los mecanismos utilizados para exponer la problemática de la investigación. Seguido de las conclusiones y de la bibliografía y fuentes de información que componen el contenido de la tesis.

Anteponiendo el interés colectivo al individual, y la importancia del Estado en tutelar el bienestar social, de acuerdo como propone la Constitución, se justifica este trabajo por la necesidad de perfeccionar la ley de Concursos Preventivos y la ley de Recuperación Judicial, en vista de la gran ineficiencia de ese instituto en Argentina y Brasil, que son países con alto índice de mortalidad empresarial, regida por el momento crítico que transcurren en términos económicos.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRESERVACIÓN DE EMPRESAS

1.1 Introducción

En este capítulo se realizará un planteamiento descriptivo no experimental, doctrinario, sobre el contexto histórico del derecho concursal. El objetivo de este enfoque es comprender la evolución del proceso concursal hasta la materialización del instituto de preservación de empresas, comenzando el estudio desde los métodos radicales de ejecución de deudas, hasta el momento en que el legislador sintió la necesidad de preservar la fuente productora, para la satisfacción de toda la sociedad y no solamente el interés de los acreedores.

Para ello, primero, se presentará un bosquejo referente a cada período histórico, y cómo las sociedades enfrentaron la cuestión del incumplimiento de las obligaciones, fraudulentas o no, destacando cómo el legislador reguló las sanciones para cada tipo de deudor, el papel de las autoridades judiciales y la actuación de los acreedores durante el proceso que tenía, originalmente, función de satisfacer sus intereses.

Seguidamente, se hará una breve mención a la ejecución de deudas en las civilizaciones más antiguas, para iniciar el estudio de la historia y de las transformaciones jurídicas, relacionadas a las leyes de concursos y quiebras, que ocurrieron en Argentina y Brasil, como principal tema de este trabajo, y de Alemania, Estados Unidos y Francia, como países seleccionados para el estudio del derecho comparado.

1.2 Síntesis evolutiva histórica del derecho concursal

1.2.1 Derecho romano

En el derecho más antiguo, las ejecuciones por deudas eran reguladas por la ley de las doce tablas, que en el entendimiento de Maciel (2017): "... establecía el instituto de la *manus injectio* en virtud de cual si el deudor no pagaba a su

acreedor, este lo podía ejecutar *trans tiber* "(p.26). En otras palabras, en la antigua Roma, la ejecución de deudas era de carácter personal, o sea, la propia persona del deudor sufría sanciones, que podrían ser desde la esclavitud hasta la condena a muerte.

Graziabile (2016) sostiene que la ejecución patrimonial surgió paulatinamente en el derecho romano y la ejecución sobre los bienes del deudor fue iniciada por la ley Poetelia Papiria, de año 428 (p. 16). Lo mismo sostiene Carvalho de Mendonça (1946) (Fazzio Junior, 2015), quien sucintamente describe:

El acreedor o acreedores, provisto de sentencia, buscaban al magistrado que, causa cognitiva, autorizaba por decreto, la 'missio in bona', y en virtud de ésta, entraban en la posesión de todos los bienes del deudor, procediendo después a la venta mediante determinantes formalidades. La misio no desvía al deudor de la propiedad ni a la posesión jurídica de sus bienes; privaba al sólo de la administración, que pasaba al curator, nombrado por el magistrado 'ex consensu majoris partis creditorum'. El patrimonio del deudor constituía una prenda en beneficio de los acreedores (p. 7).

Al final de este período surgió la asamblea de acreedores, clasificación de créditos, revocación de los actos fraudulentos del deudor y principalmente el par *conditio omnium creditorum*, traducido por trato en igualdad de los acreedores.

Por curiosidad, en este período, Maciel (2017), fue conocida una institución cuyo objetivo era evitar la quiebra del deudor insolvente a través de la liquidación de su patrimonio. Esta institución, conocida como *pactum ut minus solvatur*, se refiere a un acuerdo entre acreedores y herederos de deudores. Cuando el pasivo de la herencia era superior al activo, los herederos, teniendo como objetivo resguardar la memoria del muerto –infamia- pactaban con los principales acreedores la reducción de la deuda (p. 27).

El *pactum ut minus solvatur* fue obligatorio para los acreedores ausentes o disidentes. Básicamente, el derecho romano hace surgir un sistema concursal donde la mayoría de los acreedores obligan a la minoría, y proponen la moratoria para prevenir la quiebra del deudor.

1.2.2 Derecho Medieval

Es un período, que surge al comienzo del siglo XIII, caracterizado por el gran desarrollo económico y un intercambio comercial exacerbado. Desde el punto de vista jurídico, se hace mención al perfeccionamiento del proceso concursal originario del derecho romano.

Los procedimientos de ejecución van a sufrir diversas modificaciones, y en el siglo XIII, pasan a ser absolutamente de carácter público:

Con el transcurso del tiempo se van produciendo profundas transformaciones en los procedimientos de ejecución que encuentran su origen en la circunstancia de que la justicia va dejando de ser privada, abriéndose paso la intervención de la autoridad pública para la realización del Derecho; esto acaece tanto en la ejecución contra el deudor solvente como contra el insolvente quien era reducido en una cárcel pública (Rivera, 1998, p. 34).

En 1254, en Francia, el Rey Luis abolió el encarcelamiento del deudor. En Verona surgieron los primeros esbozos de reglas inherentes a la ley de quiebras, como la ejecución patrimonial. Mismo con la modernización del instituto concursal, las costumbres hacían que el deudor sufriera sanciones crueles, físicas y morales, entonces la solución encontrada muchas veces, a fin de evitar tal tragedia, era la fuga, que en esa época fue considerada presupuesto para el estado de quiebra. Fazzio Junior, (2015) aborda el tema detalladamente:

... el presupuesto de la quiebra en la Edad Media era, pues, conforme a la legislación estatutaria, la fuga que, al principio, se confundía con insolvencia. Sólo en los estatutos en que se alcanzó un mayor grado de desarrollo es que se logró llegar a aislar la insolvencia en sus elementos conceptuales precisos. En el momento en que, en la insolvencia, consistía sustancialmente la quiebra en la fuga, y en la insolvencia, bajo el aspecto formal, se revelaba en la legislación estatutaria medieval por el secuestro, el inventario, la apreciación y el cierre de los inscritos (p. 8).

En el siglo XV, la presunción de insolvencia por la fuga del deudor fue erradicada y surge una nueva etapa basada en un acuerdo homologado por autoridad pública, realizado de manera amigable entre los fugitivos y los acreedores, dando libertad para que los primeros regresaran para la conclusión del procedimiento.

Italia fue una gran innovadora en los regímenes de quiebra, se sometió al procedimiento concursal a cualquier deudor, aunque no comerciante. También fue responsable por el surgimiento del concepto de cesación de pagos y bancarrota, como sostiene Graziabile (2016):

Aparece por primera vez el concepto de cesación de pagos, surgido de la palabra cesante, usado en el Constituto de Siena en 1262. También surge en esta época la palabra bancarrota, en virtud del hecho simbólico que significaba la ruptura del banco del deudor insolvente del mercado (banca rotta), equivalente a la clausura del negocio, primera medida dictaba el juez. Se conoce en esta época, a través de Estatuto de Lucca, el concordato preventivo aprobado por mayoría como etapa anterior a la quiebra, el cual se desarrollaba con convocatoria de acreedores (p.17).

Junior (2009) defiende que en ese período surgieron dos líneas de pensamiento y mecanismos sobre los regímenes de ejecución. Por un lado, seguidora de la anterior ley romana, procesos que reconocían a los acreedores como piezas fundamentales del procedimiento, y tenían el derecho sobre el ejercicio de la ejecución, asegurado por el juez, que no tenía gran actuación, sino recibir la petición y resguardar el derecho. Por otro lado, un sistema influenciado por el derecho visigótico, que tiene al juez como figura central del procedimiento, dotado de poderes para actuar sobre la ejecución, con el objetivo de castigar y reprimir al deudor en defensa del interés del acreedor (p. 8).

Graziabile (2016) comparte la misma idea, y divide a las dos corrientes en privatista y publicista. La primera sigue su camino como en el derecho romano, con amplio despliegue activo por parte de los acreedores. La segunda, originaria del derecho visigodo, con importante actuación de la autoridad judicial.

1.2.3 Derecho Moderno

Este es un período comprendido entre los años 1453 y 1789 -inicio de la revolución francesa-. En la edad moderna el avance comercial fue grande, representado por el mercantilismo y el intervencionismo estatal en las negociaciones.

Por lo tanto, surge el Estado como entidad política y jurídica, que pasa a regular las relaciones de crédito, y consecuentemente los casos de insolvencia. Se atribuye al Estado exclusividad en la imposición de penas, además de la función de judicializar situaciones creadas por la insatisfacción obligatoria (Fazzio Junior, 2015, p. 9).

En torno al siglo XVII, las ordenanzas Filipinas regularon sobre la quiebra de los mercaderes, y en 1756 surge La Carta Real, promulgado por el Marques de Pombal, una innovación al derecho concursal, instaurado para los comerciantes,

mercaderes u hombres de negocios. Citada novedad, era, para Waldemar Ferreira (1946) (Fazzio Junior, 2015):

... tan pronto como cualquier hombre de negocios faltara de crédito debería presentarse ante una Junta de Comercio, el mismo día en que la quiebra, o a más tardar, en el siguiente para explicitar las causas de la quiebra, entregar las llaves el establecimiento, ofrecer la relación de los deberes, y presentar los libros y papeles de su comercio (p. 9).

En el período moderno, el derecho francés aún no poseía una legislación específica para el comerciante, lo que sólo ocurrió con Napoleón Bonaparte, en el siglo XIX, cuando se creó un código comercial.

1.2.4 Derecho Contemporáneo

Este período se destaca por las grandes crisis económicas en el mundo, dos guerras mundiales, diversos desastres financieros y una creciente valorización del derecho concursal, principalmente en los aspectos preventivos, o suspensivos de liquidación.

El carácter social de la empresa gana prestigio en función de la presente actuación del Estado, que unió el derecho privado con el derecho público en la búsqueda de resguardar y valorar el interés colectivo identificado en el derecho del consumidor, derecho fiscal, derecho previsional y financiero.

Negrão (2010) orienta el estudio de la evolución histórica del derecho concursal en la edad contemporánea bajo el análisis de tres requisitos: mayor o menor intervención de los acreedores, del deudor o del Estado-Juez en el destino de la empresa en crisis. Basado en estos tres aspectos se destacan tres fases históricas distintas: función liquidadora de la quiebra, vigente antes de la primera guerra mundial; emergente interés del deudor en la conservación de la empresa, desarrollada en el período entre guerras; y la fase de mayor interés e intervención del Estado por la eliminación de la insolvencia de la empresa (p. 44).

Los sistemas legislativos de ruptura más recientes abortaron la idea de distinguir entre procedimientos de recuperación y liquidación, comúnmente denominados concursos y quiebras. Ejemplos de ello son las leyes españolas, alemana y portuguesa como explícita y da razones:

Por lo tanto, cesa, pues innecesaria, la duplicación de formas de proceso especiales (de recuperación y quiebra) en el CPEREF (Código de Procesos Especiales de Recuperación de Empresa y de

quiebra), así como la fase pre ambular que les era común, y que era probable que generara, incluso, demoras inevitables en la tramitación del proceso, en particular por la duplicación concomitante de la llamada de los acreedores, y también en numerosos casos el recurso al proceso de recuperación traducir en un mero expediente para retrasar la declaración de quiebra. La supresión de la dicotomía recuperación / quiebra, a la par de la configuración de la situación de insolvencia como presupuesto objetivo único del proceso, hace también aconsejable el cambio de designación del proceso, que ahora es proceso de insolvencia. La insolvencia no se confunde con la quiebra, tal como actualmente entendida, dado que la imposibilidad de cumplir obligaciones vencidas, en que la primera noción fundamentalmente consiste, no implica la inviabilidad económica de la empresa o la irrecuperabilidad financiera postuladas por la segunda (Negrão, 2010, p. 45).

Actualmente se advierten tres generaciones de legislación concursal. La primera corresponde a las dos formas tradicionales que previenen la quiebra mediante concordato o acuerdo preventivo, o mediante liquidación del activo por el procedimiento que busca la satisfacción de los acreedores. La segunda, mantiene distinción entre los institutos de recuperación y quiebra. Se diferencia de la primera modalidad pues aquí busca desjudicializar el proceso y entregar al deudor y acreedores un importante papel de encontrar métodos recuperatorios de actividad empresarial, o si no es posible procede la quiebra o liquidación. Por último, la tercera, que no reconoce dualidad procedimental y acentúa la precedencia de la declaración de insolvencia, con la inmediata toma del activo, en la cual pueden estar previstas propuestas de recuperación o liquidación. Es un sistema caracterizado por la supremacía de los acreedores, que tiene una amplia intervención en la formalización de las medidas a adoptar.

En el transcurso de los años el legislador sintió la necesidad de promover medios satisfactorios al interés colectivo, no dejando de resguardar a los privados. La lesión causada por la quiebra de una empresa, socialmente hablando, es mucho mayor que la pérdida de posición de sus gestores, o socios, y cada vez más procedimientos preventivos a la quiebra son puestos a consideración, y ante los ojos de cualquier legislador. De este pensamiento, cabe compartir lo que dice Rivera (1998):

Hoy en día esos procedimientos preventivos tienen un relieve singular, pues se considera que la quiebra es una solución en muchos casos insatisfactoria, pues produce la desaparición de una fuente de producción de bienes o servicios y, por ende, fuente también de puestos de trabajo. De allí que las soluciones

preventivas no se limiten a los deudores honestos pero desafortunados, y sean privilegiadas por las legislaciones concursales modernas (p. 28).

1.3 En el Mundo Viejo

En las civilizaciones más antiguas, cada pueblo tenía una manera de hacer su cobro y ejecutar sus deudas al insolvente. Variaban de acuerdo con su creencia, sus mandatos, y sus líderes.

1.3.1 Pueblos Bárbaros

Incluso después de la invasión de los pueblos bárbaros, aún sobre los ciudadanos romanos se aplicaron las leyes del derecho romano. Como defiende Rivera (1998), este sistema fue mantenido porque ya era originario de un pueblo invasor; y también porque reconocieron y aceptaron la ejecución patrimonial. De modo tal, que el acreedor podía tomar las cosas móviles de la propiedad del deudor solvente, pero cuando el deudor era insolvente, todavía recibía sanciones y castigos personales (p. 34).

1.3.2 Hebreos

Araújo (2009) enseña que las ejecuciones entre los hebreos no se limitaban a las personas, y a pesar de ser inalienable la propiedad, la percepción de los frutos de ella podrían ser utilizados para compensar la deuda. Con la anticresis ese pueblo evitó aplicar penas severas y odiosas sobre el cuerpo del deudor y la ejecución de bienes pasó por un proceso de humanización, probablemente basado en normas religiosas (p.6).

1.3.3 Grecia

En Grecia, inicialmente, las medidas de ejecución se basaban en castigos corporales, prisión y esclavitud, principalmente en la vigencia de las leyes draconianas. Posteriormente todo cambió:

Después que Solón, en Grecia, mandó soltar a todos los deudores que estuvieran presos, por deudas, el derecho griego, de hecho, tomó un rumbo nuevo, especialmente en Atenas. Cuando el deudor entraba en mora, el acreedor se valía de los bienes muebles, si no

había éstos, de los inmuebles, prevaleciendo de una especie de acción judicat, por la cual obtenía una verdadera posesión (Almachio Diniz, 1930) (Araújo, 2009, p. 7).

1.3.4 Egipto

En Egipto la gran preocupación del pueblo era prepararse para la muerte, en caso de que una persona resultara deudora. Explica Araujo (2009): “La ejecución personal no se hacía durante la vida de lo que vivía. Entonces, el acreedor tenía el derecho de tomar en prenda el cadáver del deudor, privándolo de los honores fúnebres, hasta que los herederos asumieran la responsabilidad de las deudas” (p. 6).

1.3.5 Persia

En el pueblo persa el acreedor tomaba al deudor en prenda, pudiendo el deudor sufrir diversas sanciones corporales. Sus bienes, también podrían ser tomados. La Ley de Manu fue frenada por los persas, ante la introducción de la prenda sobre el deudor.

1.3.6 India

El pueblo hindú, como los persas, se orientaba por las Leyes de Manu, pero el deudor se encontraba inmerso en un círculo del que no podía salir, hasta que el acreedor fuera satisfecho y definitivamente reembolsado, pudiendo entonces, ahí sí, liberarse. También era común que el deudor fuese tomado como esclavo por el acreedor (Araujo, 2009, p. 6).

1.4 En Argentina

La primera reglamentación sobre quiebras en Argentina aparece en las Ordenanzas de Bilbao, oriundas de un derecho jerárquico de normas dictadas por Carlos IV, en 1794 (Graziabile, 2016, p. 19).

Dichas ordenanzas clasificaban a los deudores en tres categorías diferentes: los deudores atrasados, que no pagaban sus obligaciones en el tiempo correcto, pero no dejaban de cumplirlas y no tenían su fama comprometida; los simples quebrados, que, por hechos ajenos e inculpables, estaban obligados a

cerrar sus negocios; y los quebrados culpables, fraudulentos, que causaban notables perjuicios a comerciantes de buena fe (Vítolo, 2016, p. 43).

Los quebrados culpables, como escribe Vítolo (2016): "...eran sometidos a la autoridad del Consulado, el que iniciaba el concurso, practicaba inventario - con intervención de Escribano-, publicaba edictos y disponía el desapoderamiento de los bienes" (p. 44).

Posteriormente, el 29 de marzo de 1836, Juan Manuel de Rosas decretó la abolición de todos los juicios de esperas y quitas. Rivera (1998) explica que Rosas, utilizó como fundamento el aprovechamiento que los deudores de mala fe hacían de este artificio legal (p. 60).

El decreto de Rosas fue derogado por el gobierno de la provincia de Buenos Aires, que reimplantó las Ordenanzas de Bilbao.

En 1859 fue sancionado en la provincia de Buenos Aires el Código de Comercio, proyecto de Acevedo y Vélez Sarsfield, que en 1862 fue declarado ley nacional. En la búsqueda de la satisfacción de los acreedores, este código ya preveía la continuación del comercio quebrado y Rubin (1991) dispone en su obra que el artículo 1573 contempla tal idea:

A instancias de los síndicos y oído el dictamen del juez comisario podrá el tribunal ordenar, en el interés del concurso, que las operaciones del fallido no se suspendan súbitamente, sino que continúen durante algún tiempo en favor de la masa, o por los síndicos o por un tercero, bajo la inspección y responsabilidad de aquellos. El tribunal podrá siempre, conforme el dictamen del juez comisario, y después de oídos los síndicos revocar o modificar la autorización conferida (p.101).

Para Rivera (1998) el código de 1862:

Legisló la materia de fondo y de forma; estableció un sistema de reconocimiento de créditos muy simplificado, y se le reconoce un gran acierto en la legislación del período de sospecha, de la graduación de los créditos, la liquidación y la distribución y la organización de los funcionarios (p. 63).

Por más innovador que fuera el Código de Comercio de 1862 necesitó ser reformado, principalmente por la deficiencia en la regulación de las moratorias. Luego, en 1889, el código pasa por una nueva reforma. De estas reformas para el presente trabajo cabe resaltar la eliminación del texto de la regulación de la continuación de la actividad empresarial. Explica Rubin (1991): "Si bien no prohibió a los jueces permitir continuaciones, liquidó los textos que la regulaban,

prefiriendo, sin retaceos, la venta o adjudicación directa de bienes a los acreedores” (p. 102).

Con poco tiempo en vigor el Código de Comercio de 1889 fue derogado por la Ley 4.156 de 1902, apurada principalmente por la crisis de 1890.

La Ley 4.156 introdujo institutos interesantes: elaboró un régimen de procedimiento preventivo con el concordato y la adjudicación de bienes, suprimió las moratorias, y se apartó del sistema oficial para dejar que los acreedores resolvieran voluntariamente bajo el régimen de mayorías una gran cantidad de cuestiones (Vítolo, 2016, p. 48).

La referida ley fracasó por algunas dificultades como la verificación de créditos y excesivas facultades a los acreedores que eran dueños de las decisiones fundamentales, mientras que el juez era mero fiscalizador de normas.

En el año 1933 nace un período adecuado en la legislación argentina de quiebras, por un proyecto del Dr. Ramón S. Castillo. Allí surge la nueva ley de quiebra 11.719 basada en los ordenamientos italiano y francés. Esta ley, se vuelve muy importante para la evolución de los procesos de continuación de la actividad empresarial, pues allí se trata este procedimiento como de interés estatal y social, y no sólo intereses privados como de los acreedores y deudores. Como mejor explica Graziabile (2016):

Se vuelve al sistema publicista, otorgándoles a los jueces sus poderes originarios a fin de evitar fraudes de inescrupulosos deudores, y, por qué no, también de acreedores. Así, el legislador entendía que en las falencias no estaban en juego solamente intereses privados sino también intereses estatales y sociales superiores que no podían dejarse de lado; se convirtió a la ley en una ley de orden público, siendo su pilar fundamental la defensa del crédito y la conservación de la empresa (p. 21).

El gran paso procesal dado por la ley 11.719, llamada también Ley de Castillo, fue colocar al juez como centro del proceso y dueño de las decisiones y no más a los acreedores, que siempre buscaban alcanzar su propio interés. En el régimen de la ley 11.719: se dejaba de lado el sistema del voluntarismo y el carácter privado del proceso para otorgarle un nuevo tinte público con intervención personal del juez en los aspectos primordiales y críticos del proceso; la verificación de los créditos reclamados al deudor era resuelta por el juez; y era aquél también, quien designaba a los liquidadores y martilleros (Vítolo, 2016, p. 48).

A pesar de los grandes avances y beneficios legales, la ley de Castillo, como argumenta Rivera (1998), también tenía algunos desaciertos. Entre los desaciertos se destaca la interminable verificación de créditos de los acreedores ante la junta comercial y la incorrecta aplicación judicial de los tribunales que admitieron que el comerciante se presentara en diversas convocatorias paralizando, de este modo, las solicitudes de quiebra. No había ninguna sanción para el desistimiento de la convocatoria, algunos llegaban a presentarse más de diez veces (p. 66).

Sobre la ley 11.719 es importante destacar dos reformas: el proyecto de 1950 que equiparó los deudores civiles y comerciales, consagró el principio de la buena en un análisis de conducta del deudor e incorporó el concepto de cesación de pagos. Y, también, el proyecto de 1953, responsable por la creación de un Registro Nacional de Bancarrotas; normas sobre pequeños deudores y deudores agrarios; y consagró la posibilidad de declaración de quiebras por anulación del concordato, entre otras (Vítolo, 2016, p. 49).

En 1969 surge el anteproyecto que reformularía la citada Ley de Castillo, pero que se convirtió en proyecto definitivo en 1972, sancionado como ley 19.551. La nueva ley de concursos trae ideas marcadas y revolucionarias para la época y, de acuerdo con Rubin (1991), la ley 19.551 se destaca por el amplio alcance de las normas y la gran diversidad de modalidades y alternativas para dar continuidad a las actividades empresariales. Otro hecho a destacar, era la referencia al "interés general" como requisito esencial para disponer de la continuación de la actividad (p.120).

Vítolo (2016) menciona algunas de las directrices aplicadas por la ley 19.551: el tratamiento del pasivo bajo el régimen de refinanciación; soluciones preconcursales inexistentes; interés público abstracto; conservación de la empresa; igualdad de los acreedores; protección de las relaciones laborales; régimen sancionatorio del deudor y terceros; régimen de ineficacia y de revocación de actos excesivamente riguroso; liquidación de bienes con garantía de recuperación de la empresa; judicialidad del proceso (pp. 51-52).

En 1991, a través del Ministro de Justicia, se convoca una comisión para reformar la ley 19.551. La intención era mantener la estructura de la ley a ser reformada, pero con novedades en las legislaciones modernas de la época. Así,

el 7 de agosto de 1995 fue promulgada por el poder ejecutivo la actual ley de concursos y quiebras, ley 24.522.

Vítolo (2016), uno de los responsables de este nuevo proyecto de Ley de Concursos explica que la ley 24.522 renovó el concepto de prevención de insolvencia y de este modo la nueva ley agregó: la revalorización de los principios de conservación de empresa; flexibilización del régimen de contratos en ejecución; la mayor participación de los acreedores; la construcción de un nuevo sistema de inhabilitaciones; incorporación de terceros en los mecanismos de salvataje de empresas en crisis; rediseño de los sistemas de ineficacia y responsabilidad (p. 56).

1.5. En Brasil

El régimen de quiebra en Brasil tiene sus raíces oriundas del derecho romano y está presente desde el momento del descubrimiento del país (año 1500), colonia portuguesa. El instituto de la quiebra era regulado por las Ordenanzas Alfonsinas, vigente en Portugal, también utilizado en Brasil.

Perin Junior (2009) divide el período histórico del derecho de quiebra brasileño en pre-republicano y republicano. El período pre-republicano se inicia con la revisión de las Ordenanzas Alfonsinas por Don Manuel, en el año 1514, que la publicó en 1521, denominándolas Ordenanzas Manuelinas, que tiene como característica la prisión del deudor hasta que cumpla sus obligaciones con el acreedor, pudiendo ceder sus bienes para tal liquidación, por influencia de los estatutos italianos medievales (p. 11).

La preocupación específica con la quiebra del comerciante sólo ocurrió con la ley de 8 de marzo de 1595, promulgada por Felipe II de España, y que se convertiría en 1603 las Ordenanzas Filipinas. En ese régimen, como explica Almeida (2017), se hacía una gran distinción entre:

... comerciantes "que se levantaban con hacienda ajena " y los que cayeran" en pobreza sin culpa suya, equiparando a los primeros a los ladrones públicos, inhabilitándolos para el comercio e imponiéndoles penas que variaban del degredo a la pena de muerte, no incorporando en castigo los segundos, que podían componerse con los acreedores (pp.31-32)

Terminando el período pre-republicano, surgió la carta del 13 de noviembre de 1756, promulgada por el Marqués de Pombal, y caracteriza un cambio

importantísimo en el derecho concursal brasileño, pues como explica Waldemar Ferreira (1955) (Elcio Perin Junior, 2009):

Se introdujo un originalísimo y auténtico proceso de quiebra, nítida y acentuadamente mercantil, en juicio comercial, exclusivamente para comerciantes, mercaderes o hombres de negocios, bajo la influencia, por cierto, pero con más sencillez, y con mayor espíritu de humanidad, que el de las mujeres Ordenanzas francesas de 1673, y del de las españolas... (p.12)

La carta de 1756 conoció cuatro tipos de insatisfacción de pagos: la impuntualidad, falta de pago en día; punto, parada total de pago; quiebra, imposibilidad de pagar sus obligaciones; bancarrota, quiebra fraudulenta y los culpados condenados como ladrones públicos. Se estableció en el sistema de quiebras brasileño hasta 1850 cuando se promulgó la ley número 556, de 25 de junio de 1850.

Esta nueva ley era fundada en el código comercial francés de 1807 y destinó 114 artículos del código comercial brasileño para asuntos falibles. Fue una ley muy criticada por crear un proceso de quiebra muy complejo, y por tener excesiva atención a los intereses de los acreedores.

Araújo (2009) pone de relieve que el código de 1850 adoptó el concordato por abandono, instituto que tenía como objetivo evitar la quiebra y demostrar buena fe del deudor, ante la entrega de sus bienes a los acreedores. La moratoria, también era aceptada para el deudor que demostrara que su situación financiera no era suficiente para saldar sus deudas (p. 17).

El período republicano se caracteriza por una intensa elaboración legislativa en el derecho brasileño de quiebra. Entonces surge el decreto 917 del 24 de octubre de 1890, que de acuerdo con Negrão (2010) fue un decreto marcado por las innovaciones en el sistema bancario como: instituto de la continuación del negocio del fallido, acuerdos preventivos, posibilidad de moratoria, acuerdos extrajudiciales, cesión de bienes a terceros y otros recursos que buscaban la reestructuración comercial (pp. 24-25).

Mediante el excesivo fraude que surgió a causa del decreto arriba mencionado, nace en 1902 la ley número 859, del 16 de agosto. Hechos generadores de esta ley eran la necesidad de acabar con prácticas fraudulentas desarrolladas tanto por acreedores como deudores, y el surgimiento del síndico. Pero la ley 859 no alcanzó lo esperado, y en 1908 fue promulgada la ley 2.024 de

17 de diciembre, de autoría de Carvalho de Mendonça, que rigió durante 21 años. Fue una ley caracterizada por la verificación y clasificación de créditos.

Después surge la ley 5.746, de 1929, que repara procedimientos e institutos de la ley anterior, y dispone otros requisitos objetivos para evitar la quiebra del comerciante. Rubin (1991) explica que esta ley se trata de un plexo bastante anticuado, pues estaba dedicada centralmente a la quiebra. Con relación a los procedimientos de concordato, esta ley adoptaba dos situaciones: el concordato preventivo, que tenía por objeto evitar la quiebra, donde el deudor mantiene la administración bajo una supervisión; y el concordato suspensivo, que tiene en mira da suspensión de los trámites de liquidación, donde el deudor propone soluciones a los acreedores. Era posible embargar al deudor por cualquier infracción al concordato (p. 85)

Dieciséis años después, esa ley fue sustituida por el decreto ley número 7.661, de 21 de junio de 1945. El decreto-ley 7.661 fue responsable por diversas innovaciones, pero cabe resaltar dos contribuciones importantes destacadas por Perin Junior (2009): la continuación empresarial pasa a ser un beneficio concedido por el Estado, por intermedio del juez; y el refuerzo del poder decisorio del magistrado, sobreponiendo poder de las asambleas de los acreedores (p.15).

En la ley de 1945 solamente el fallido podría pedir la continuidad de su actividad, lo que era vetado al síndico, al ministerio público, a los socios y a los accionistas. Después del pedido del fallido, el síndico, indicado por el juez, y el curador se pronunciará, y de esto el juez analizará el caso y verá si hay posibilidad de recuperarse de la empresa.

Por fin, el 9 de febrero de 2005, surge la ley 11.101 que revocó el antiguo decreto-ley de 1945, y está en vigor actualmente. Es una ley actualizada en lo que se refiere a la reorganización económica de la empresa y su mantenimiento en el medio social. Es una legislación preocupada por la función social ejercida por la empresa en la sociedad.

1.6. En Alemania, Estados Unidos y Francia

1.6.1. Alemania

En Alemania las cuestiones relacionadas con la quiebra y los concursos se encontraban reguladas por dos leyes distintas. La ley sobre quiebras, Konkursordnung-KO, del 10 de febrero de 1877, que pasó por alteraciones y entró en vigor en 1879, y fue modificada sólo en 1988, regulaba un proceso insolvencia caracterizado por una rápida satisfacción de los acreedores derivada de la venta y reparto patrimonial del deudor.

Sobre la Konkursordnung-KO explica Rivera (1998):

Es común a comerciantes y no comerciantes, su presupuesto objetivo es la insolvencia (concepto equivalente a la cesación de pagos); aunque también el excesivo endeudamiento da lugar a la quiebra; el desapoderamiento se limita a los bienes del deudor existentes al tiempo de apertura, por lo que se extiende a los que pueda adquirir después; se afirma que ello favorece a los acreedores, pues ha de tenerse en cuenta que el deudor no queda liberado de los créditos que resulten impagos en la liquidación falencial, por lo que interesa a aquellos el mejoramiento de la situación económica del deudor (p. 56).

El régimen del concurso preventivo, Vergleichsordnung-VO, surge en abril de 1935. Preveía en su artículo 1º la promoción de un acuerdo preventivo que tenía como objetivo evitar la quiebra. Esta ley pasó por diversas innovaciones y alteraciones en los años 1940, 1957, 1969, 1970 y 1976, pero su objetivo principal siempre fue permitir posibilidades de negociación al deudor honesto, en busca de la supervivencia de la empresa (Perin Junior, 2009, p.70).

Es importante destacar que el ordenamiento jurídico alemán, cuando se habla de preservación de empresas, fue referencia mundial en el modo en que trabajó con las dificultades y problemas económicos principalmente en el período de la Primera Guerra Mundial. Primero por crear un procedimiento concursal especial para que aquellos que se encontraban en situación de insolvencia económica, no permitiendo que tomasen el patrimonio del deudor por un régimen de gestión controlada.

En segundo lugar, la autonomía del síndico, que según Perin Junior (2009) era nombrado para fiscalizar y administrar el patrimonio, investigar causas de la situación económica de la empresa, era encargado de luchar por la integridad del patrimonio, asegurar el mantenimiento de la actividad empresarial pudiendo asumir la responsabilidad de la administración de la empresa o delegar a

personas especializadas para ello (p. 71). Las palabras de Rubin (1991) complementan:

Se trata de un funcionario que goza de muy amplios poderes y de la mayor libertad de decisión, por lo menos, si lo comparamos con el curador italiano o el síndico argentino. Se ha llegado a sostener que la calidad del curador es lo que determina la suerte del concurso. Tan importante es este funcionario que buena parte de la jurisprudencia lo considera como órgano de carácter público, encargado de tareas oficiales (p. 63).

Por último, como consecuencia del desuso y la necesidad de innovación fue instituida la actual ley alemana de insolvencia, *Insolvenzordnung*, de 5 de octubre de 1994, que entró en vigor en 1999.

Negrão (2010) habla sobre la opción elegida por el legislador alemán en utilizar el sistema concursal unitario en la nueva legislación, y aclara:

Bajo la denominación genérica de acción de insolvencia puede ocurrir la liquidación del patrimonio del deudor, presentación de un plan de insolvencia que busca el pago a los acreedores o una operación de transformación, incorporación, fusión o escisión. El legislador dejó a la elección de los acreedores la forma a ser adoptada. Para eso, determinó que, en el plazo mínimo de tres meses, de la decisión de apertura del procedimiento de insolvencia, se celebrará una asamblea de acreedores para deliberar sobre la forma de proceder a la acción de insolvencia (p. 54).

Es decir, o se realizará la liquidación de bienes o se busca el reequilibrio patrimonial del deudor, según lo previsto legalmente a través del plan de insolvencia o transformación, escisión, incorporación o fusión.

1.6.2. Estados Unidos

En los Estados Unidos, en 1867, surgió el primer procedimiento de recuperación de actividad empresarial, llamado Ley de compañías Ferroviales, con contenidos que regulaban la prevención de la liquidación de las empresas ferroviarias de la época.

En 1898, por medio de lo *Bankruptcy act*, hubo ampliación de este procedimiento para que englobase a todas las personas jurídicas. Esta reforma de 1898 “no permitió que se dieran más que unos pocos procesos continuativos, pues su finalidad central era la liquidación de bienes” (Rubin, 1991, p. 68).

En el año 1938, el ordenamiento fue reformado a través del *Chandler Act*. La nueva reforma estableció dos maneras de reorganización: la *corporate reorganization*, basada en la venta de la empresa a los acreedores, y el

arrangement caracterizado por un acuerdo con los acreedores, buscando la reestructuración financiera de la empresa. Básicamente, explica Rubin(1991): "... introdujo cierta ductilidad en el procedimiento. Se permitió desde entonces que un *receiver* dirija la venta de la empresa a los acreedores, y/o la reestructure financieramente" (p.69).

En 1968 se creó una comisión de reforma del derecho de quiebra norteamericana, *The Bankruptcy Commission*, cuya atribución era investigar prácticas y recomendar cambios en el contenido y la administración de la ley de bancarrota individual y corporativa. En 1973, el proyecto de reforma fue presentado al congreso estadounidense, pero por cuenta de los escándalos con relación al presidente, quedó parado, siendo finalmente aprobado en 1978 por el presidente Carter.

Entonces, después de 40 años del *Chandler Act*, fue sancionada una nueva ley falencias, que entró en vigor el 1° de octubre de 1978, el *Bankruptcy Code*. Cargado de innovaciones, adoptó en su título XI el procedimiento reorganizatorio que podría ser pleiteado por cualquier persona que pudiera llenar la solicitud de liquidación como sociedad anónima, sociedad de personas, propietario individual, sociedades no personificadas (Perin Junior, 2009, p.57).

En la visión de Rubin (1991) este nuevo código trae aparejadas novedades y fue declarado inconstitucional en 1982 por la Corte Suprema por entender que los tribunales locales estaban asignando cuestiones federales:

...se elimina la vieja técnica de los actos de bancarrota, liquidándose la rigidez que tenía anteriormente. Se prenda a una unificación de la jurisdicción judicial, sustituyéndose el sistema de "referre" (jueces, desde 1974) dependientes de los tribunales federales, por un sistema por el que cada distrito judicial creaba su "corte de bancarrotas" (p. 69).

Esta decisión llevó el código a la reforma de 1984, que resolvió los problemas y competencia e introdujo un sistema de división de funciones administrativas y judiciales. Esta reforma también fue responsable de reunir en un solo procedimiento los dos trámites reorganizativos que se dispusieron en el *Chandler Act*.

La ley sufrió alteraciones 1985 y tuvo sus últimas reformas en 1994 y 2005 Hoy legisla la insolvencia en cuatro procedimientos: el liquidativo, el especial para personas públicas municipales, el reorganizativo o preventivo y aquel destinado a personas físicas no comerciantes (Graziabile, 2016, p. 28).

En el año 2005 se aprobó el *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection act*, que tiene como objetivo dar asistencia a los estadounidenses que perdieron el empleo y acumularon deudas u obtuvieron gastos médicos inesperados. Esta reforma trata de un procedimiento reorganizatorio para las personas que cumplan los requisitos legales, requieran el concurso, y de esta forma, realicen al menos parte del pago de sus deudas.

1.6.3. Francia

En 1667, en el Reglamento de Lyon, fue el primer enfoque y reglamentación sobre quiebra en el ordenamiento francés. De acuerdo con Graziabile (2016) ese tema fue inspirado en los estatutos italianos que fueron fundamento para las Ordenanzas francesas de 1673 (p. 17).

En 1807 surge el Código de Comercio, y en él se destaca un capítulo especial para quiebras, incluyendo temas como actuación de los acreedores, verificación de créditos, nulidades de actos perjudiciales a los acreedores, entre otras innovaciones, como cita Rivera (1998):

El código de 1807 trajo una regulación de la quiebra extremadamente severa para con el fallido. La falencia podía ser declarada no sólo a pedido del deudor – como lo era hasta entonces – sino también a pedido del acreedor y aun de oficio; ella importaba automáticamente el arresto del comerciante cesante en sus pagos; la bancarrota culpable era considerada delito y la bancarrota fraudulenta crimen, lo que sin embargo constituyó un avance respecto de la ordenanza de 1673, pues ésta sólo contemplaba la quiebra casual o la bancarrota fraudulenta (p. 42).

Después de aproximadamente 31 años surge la ley de 28 de mayo de 1838, que “implicó un notable avance sobre la legislación precedente, pues condujo a una simplificación de los trámites y mayor celeridad del proceso” (Rivera, 1998, p. 42).

La ley de 1838 fue un marco importante en el asunto relacionado con la preservación de empresas. Por lo que entiende Rubin, (1991): “... ya hablaba de la posibilidad de continuar la actividad de un quebrado, recogiendo la experiencia negativa de la unión de acreedores” (p. 29). Tal idea tenía por objetivo unir a los titulares de créditos de la quiebra para que operasen como una sociedad

comercial, y así repartir entre aquéllos los bienes y la producción del comercio quebrado.

En los períodos de poca expresión, *post* ley de 1838 vale resaltar las reformas significativas: la reforma de 1889 sobre procedimiento de liquidación judicial destinado a evitar la quiebra de comerciantes que caían en cesación de pagos. Y la reforma de 1935 que amplió el papel del síndico en los procesos, y descentralizó los acreedores del proceso concursal (Rivera, 1998, p. 43).

El 20 de mayo de 1955, período *post* segunda guerra mundial, la gran falta de crédito de la ley francesa hace surgir el decreto 55.583, que trajo consigo, lo que Rivera (1998) llama de fundamentales, dos reformas: la supresión del concordato resolutorio en la quiebra, medida de eliminación de aplicada a los comerciantes que han cesado en sus pagos y que no merecen ser liberados de las incapacidades de este procedimiento; y la transformación de la liquidación judicial en arreglo judicial, que permitía al deudor continuar con la explotación de su comercio en concurrencia con un administrador (p. 43).

No obstante, el 13 de julio de 1967 surge una nueva ley francesa de quiebras que modifica el fundamento del concurso francés.

Como enseña Rubin (1991), el régimen concursal francés giró alrededor de tres procedimientos colectivos: el procedimiento extraordinario de la suspensión provisoria de las ejecuciones, el reglamento judicial y la liquidación de bienes. Los tres procedimientos tenían como sujetos los comerciantes y todas las personas, incluso los comerciantes que estuvieran en cesación de pagos. La suspensión provisoria de las ejecuciones procuraba el saneamiento de la empresa a través de un plan de reorganización, mientras el reglamento judicial posibilitaba un concordato del deudor con sus acreedores, y la liquidación de bienes era la realización del activo del deudor (p. 34).

La idea de recuperación de empresas en ese momento en Francia estaba destinada, principalmente, a las individuales o las pequeñas empresas. Además de que esta idea de dar continuidad a la actividad empresarial necesitaba ser aliada a conceptos y estudios económicos, pues para ellos las empresas inviables debían ser eliminadas del mercado. Las palabras de Perin Junior (2009), destacan esta situación:

El criterio de la empresa pasible de recuperación, en Francia, dependía mucho más de una noción económica que de las faltas

cometidas por el deudor o administradores de la sociedad. lógicamente que ese criterio de la racionalidad económica resultante de las posibilidades objetivas de recuperación siempre fue mucho más difícil de administrar que el criterio jurídico basado en los errores de una gestión temeraria (p. 77)

Como se dijo, el enfoque principal del instituto de recuperación de empresas, traído por la ley de 1967 eran las pequeñas empresas y las individuales, pues los mecanismos legales no fueron suficientes para alcanzar a las grandes empresas. Sin embargo, para suplir esa deficiencia legal se elaboró un plan de recuperación y rectificación del pasivo conjugado mediante la suspensión provisional de las demandas judiciales.

Se hace importante mención a la separación de los conceptos de empresa y empresarios traídos por esta ley, además de ya disponer sobre reglamento judicial, liquidación de bienes, suspensión provisional de las ejecuciones y otras medidas.

Después de muchos fraudes y cambios realizados en la ley francesa, es importante resaltar las reformas de 1984 y 1985, que sancionaron leyes fundamentales para el desarrollo del instituto que busca la continuación de la actividad empresarial.

Básicamente el nuevo ordenamiento concursal francés, en relación a la preservación de actividad empresarial, se destaca en 3 aspectos: prevención de las dificultades de las empresas; previsión de institutos de carácter extrajudicial para prevenir y afrontar las dificultades; y la investigación de procedimientos judiciales para la recuperación y liquidación de empresas (Perin Junior, 2009, p.79).

La ley de 1985, en su artículo primero menciona el procedimiento de recuperación judicial, intentando armonizar y preservar la unidad productiva, con el mantenimiento del empleo, y la satisfacción de los acreedores.

Se percibe claramente la intención del legislador que fue la preservación de la empresa, y en consecuencia mantener la actividad económica, empleos, protección del crédito y por último la satisfacción de los acreedores. Algo que desde el punto de vista histórico, rompe un paradigma tradicional del derecho concursal.

Otra medida tomada por esta reforma fue la cuestión de la observación de la empresa, hecho indispensable para que se decida si podrá continuar en actividad o corresponde la liquidación de bienes (Rubin, 1991, p. 40).

Por más perfectas que fueran las reformas hechas en la ley francesa, el número de empresas que continuaban sus actividades era muy bajo y el número de desempleados muy alto; hasta que entonces, en 1994, se realizaron nuevas reformas en la ley.

1.7 Conclusiones

Con la exposición de los antecedentes históricos del derecho concursal, es posible entender que, desde sus orígenes, ya no se limitaba solamente a la quiebra. Desde su inicio, se han conocido soluciones y procedimientos preventivos de la quiebra.

Las leyes de quiebras se originan por la necesidad de satisfacer a los acreedores en virtud de la persona que no logró cumplir con sus obligaciones, el deudor. Históricamente, la ejecución de deudas era basada en la punición del deudor, que podía ser castigado, torturado, esclavizado o muerto por lo acreedor, que tenía libertad y permiso judicial para ello.

Con el desarrollo de este sistema legal, en la edad media, surge una corriente que centraliza al Juez en el proceso, entonces pasa a manipular y conducir la sanción del deudor, para defender el interés de los acreedores. Y luego, el Estado, se hace responsable de las relaciones de crédito y consecuentemente, se vuelve regulador de las acciones de ejecución.

En el período contemporáneo las empresas ganan valor y prestigio, y cada vez más el derecho privado se alía al derecho público en busca del intercambio de intereses y satisfacción social. La necesidad de mantener las fuentes de trabajo, de servicios y bienes crece cada vez más, y consecuentemente el deber del legislador proteger estos intereses colectivos, por medio de la ley.

En Argentina, la continuación de la actividad del quebrado surgió en 1859, pero su principal objetivo era la satisfacción de los acreedores y no el interés colectivo. Ya, en Brasil, en 1890, surge el instituto de la continuación del negocio del fallido, recurso preventivo, posibilidad de moratoria, recursos extrajudiciales,

cesión de bienes a terceros y otros recursos que buscaban la reestructuración comercial.

El gran destaque es la legislación alemana que en 1935 abordó la reestructuración del negocio en quiebra, pero de manera muy moderna, dispone de un síndico con amplia autonomía y responsable de gestionar y asegurar el mantenimiento de la actividad empresarial.

La legislación estadounidense, muy temprano, en 1867, comenzó a hablar de la recuperación empresarial, y cada vez más perfeccionó el procedimiento legal de reorganización de la empresa, siendo el pedestal de diversas legislaciones falibles, incluyendo Brasil y Argentina.

En Francia, se habló de la continuidad de la actividad empresarial la primera vez en 1838, cuando se permitió a los titulares de crédito continuar con el comercio para que repartiesen los bienes y la producción.

De la síntesis histórica de la legislación de quiebras destacamos algunas situaciones evolutivas importantes: poder de ejecución en manos de los acreedores; derecho concursal regulador de las ejecuciones; judicialización del derecho concursal; prevención del estado de liquidación; recuperación de empresa.

CAPÍTULO 2

LA CRISIS EMPRESARIA Y LAS EMPRESAS EN ARGENTINA Y BRASIL

2.1. Introducción

El presente capítulo abordará temas referentes a las crisis empresariales, para entonces llegar al punto de mencionar y comentar sobre el presupuesto objetivo de las acciones concursales, el estado de cesación de pagos.

Se hará analogía sobre los conceptos de insolvencia y el estado de cesación de pagos, y como Argentina y Brasil legislan ese presupuesto para iniciar la demanda procesal. También se mencionarán las tres teorías sobre el estado de cesación de pagos y el enfoque a los hechos reveladores.

Serán conceptuados empresa y empresario de acuerdo con las doctrinas de Argentina y Brasil, y haremos referencia a la actual situación económica de ambos países, teniendo en cuenta, algunos indicadores económicos. Posteriormente expondremos factores que hacen necesarios la preservación de la actividad empresarial.

2.2. La crisis empresarial

Las crisis empresariales están vinculadas a diversas situaciones y problemas que afectan a las operaciones desarrolladas por una empresa, y como resultado dificultan el cumplimiento de sus obligaciones.

Son causadas por factores internos o externos, contemporáneas o preexistentes, y no siempre resultan de las actitudes y del modo que el empresario gestiona su negocio, así lo entiende Graziabile (2016, p.10).

Muchos juristas, resaltan la gran dificultad para comprender los factores y la dimensión que implica una crisis empresarial. Algo que, necesita, conocimiento económico especializado, que pueda revelar tal situación, de modo que se descubra la mejor alternativa legal para cada tipo de circunstancia. Para mejorar la comprensión del asunto, Coelho (2014), sistematiza y propone distinción entre

crisis económica, crisis financiera y crisis patrimonial, que juntas o separadas desencadenan la crisis empresarial (p.64).

De hecho, lo que se sustrae, es que, independientemente de la causa, motivo o circunstancia, la crisis empresarial es un estado que anticipa la insolvencia o estado de cesación de pagos. En definitiva, son circunstancias que están relacionadas.

2.2.1. Crisis económica

Son factores externos e internos que afectan directamente la actividad empresarial. Puede ser el hecho de que los consumidores ya no adquieren los productos como antes lo hacían, o estar relacionado con la manera como el empresario está actuando, el retraso tecnológico de su establecimiento e incapacidad de competir en el mercado, también pueden ser ejemplo de ello. Vítolo (2016) afirma que: "...son aquellas vinculadas al cuadro de resultados de la actividad y tienen su correlato en la cuenta de ganancias y pérdidas. Es decir que pueden existir dificultades económicas, aunque el deudor no presente inconvenientes en la caja" (p.93).

2.2.2. Crisis financiera

Las crisis financieras se refieren a la impuntualidad del deudor con sus obligaciones. También llamada crisis de liquidez, es cuando la empresa no tiene dinero en efectivo para honrar sus compromisos.

Otra situación de este tipo de crisis, es cuando tenemos ventas, facturación por encima de lo esperado, pero la dificultad está en amortizar el capital invertido, hacer operaciones en monedas extranjeras y ser sorprendida por alguna crisis cambiaria, pueden ser motivo (Coelho, 2014, p. 65).

2.2.3. Crisis patrimonial

Este tipo de crisis, es el más preocupante para el acreedor, dado que demuestra el estado de insolvencia. La crisis patrimonial, se caracteriza por la existencia de un pasivo superior al activo. Lo que se entiende es que los bienes del deudor no son suficientes para satisfacer el total de sus deudas.

El concepto de crisis patrimonial, es asimilado al concepto de insolvencia contable, traído por Berstein (2018): "... desequilibrio patrimonial resultante de un pasivo total superior al activo total correspondiente a dicho patrimonio" (p.14).

A veces las crisis pueden ser pasajeras, pero también puede ser fatal:

...generando perjuicios no sólo para los emprendedores e inversores que emplean capital en su desarrollo, como para los acreedores y, algunos casos, en un encadenamiento de sucesivas crisis, también para otros agentes económicos. La crisis fatal de una empresa significa el fin de puestos de trabajo, desabastecimiento de productos y servicios, disminución en la recaudación de impuestos y, dependiendo de las circunstancias, paralización de actividades satélites y problemas serios, para la economía local, regional o, incluso nacional. Por eso, muchas veces el derecho se ocupa en crear mecanismos jurídicos y judiciales de recuperación de la empresa (Coelho, 2014, p. 66).

2.3. La insolvencia y el estado de cesación de pagos

La insolvencia y la cesación de pagos son terminologías habitualmente usadas en el derecho concursal. Ambos conceptos han causado discordancia doctrinal. Se pueden utilizar como sinónimos o se infieren términos totalmente distintos.

Respecto al primero, se hace mención a dos conceptos de insolvencia: la insolvencia contable, caracterizada por una cantidad de obligaciones que supera el activo total de una empresa; y la insolvencia económica, concepto más amplio e inherente al derecho concursal, que caracteriza como insolvente al deudor, que ya no tiene más el goce del crédito en el mercado, y permite que sus obligaciones no se cumplen en el modo y tiempo que se acordaron (Berstein, 2018, pp.17-18).

Berstein (2018) define la insolvencia como:

La impotencia del deudor para satisfacer regularmente sus obligaciones. Regularmente, es decir, a cada vencimiento y con medios normales, tomados del ejercicio ordinario de la empresa. El empresario que para hacer frente a sus pagos recurre a prestamos ruinosos o vende precipitadamente sus bienes, es un empresario insolvente, aunque llegue a callar a los deudores de más próximo vencimiento o más apremiantes; mientras que no es insolvente el empresario que, aun no teniendo actualmente días de pago, goza de confianza y de crédito. Traducida a términos económicos la insolvencia importa necesariamente una excedencia insanable del pasivo sobre el activo (p. 17).

Por otro lado, el estado de cesación de pagos, como explica Vítolo (2016):

Es más complejo y grave, en la medida que con dicha expresión se alude al estado del patrimonio que, sin disponibilidad de crédito, se revela impotente para atender las obligaciones exigibles, con los bienes normalmente realizables, en oportunidad de dicha exigibilidad. No se trata, entonces, de una dificultad temporaria, transitoria o meramente circunstancial; ni del incumplimiento causado por mera omisión; de lo que se trata es de determinar si existe un trasfondo generalizado de incumplimiento de las obligaciones del deudor a través de la utilización de sus medios regulares de pago (p. 94).

En la misma línea de razonamiento, Maciel (2017), señala dos características importantes del estado: la generalidad y permanencia (p.33).

Es notable la similitud de los conceptos de insolvencia, económicamente hablando, y cesación de pagos. Ambos son fundamentos del proceso concursal y de los orígenes de las ejecuciones. Existen dos posiciones en la doctrina sobre el asunto.

Un primer grupo de autores, hablan sobre la imposibilidad de hacer distinción entre los conceptos, no hay riesgo de generar discrepancias o dificultades de interpretación entre ellos. Aceptan el indistinto empleo de los términos de manera intercambiable, sin controversias. En esta línea de pensamiento se destacan Yadarola – El concepto técnico-científico de la cesación de pagos-, Bonelli – Del falimiento-, Quintana Ferreyra – Concursos. Ley 19551 y modificatorias-. Por el contrario, hay autores que sostienen que la cesación de pagos es la exteriorización del estado de insolvencia. O sea, para tal grupo, la insolvencia no es jurídicamente relevante, y necesita ser exteriorizada mediante hechos que escapan a la esfera interna del patrimonio afectado, dando origen al presupuesto objetivo de cesación de pagos (Berstein, 2018, p. 19).

Es importante señalar que para este estudio, el término cesación de pagos se utilizará como sinónimo del concepto económico de insolvencia, sin ningún tipo de diferenciación, incluso porque en el derecho de quiebras brasileño, como objeto principal del trabajo, así como el argentino, estos dos términos son equivalentes. Es también entendido que al abordar la idea de preservación de empresas, poco importa esta diferenciación conceptual, lo que resulta relevante es el grado de dificultad con el que el negocio se encuentra.

En el derecho concursal brasileño, el régimen de preservación de empresas, establecido en el artículo 47 de la ley 11.101 de 2005, prevé la

viabilidad de la empresa que se encuentra en crisis económica financiera, como demuestra el siguiente texto legal:

Art. 47 °.- La recuperación judicial tiene por objetivo viabilizar la superación de la situación de crisis económico-financiera del deudor, a fin de permitir el mantenimiento de la fuente productora, del empleo de los trabajadores y de los intereses de los acreedores, promoviendo así la preservación de la empresa, su función social y el estímulo a la actividad económica.

Ocurre que, esta ley no propone una definición exacta para la crisis económica financiera, lo que dificulta identificar a la empresa que es pasible de reestructuración. Aquí, también, existe una divergencia doctrinal, sobre la similitud de los conceptos de crisis económica y de insolvencia.

De un lado una corriente que entiende que hay distinción conceptual, y caracteriza la insolvencia como situación insuperable de la crisis económica financiera, que son episódicas. Por otro lado, otra corriente no cree que haya diferencia entre las definiciones.

De acuerdo con la ley 11.101 de 2005, la insolvencia es interpretada como modalidad de crisis financiera. Véase el texto de Fazzio Junior (2015):

La propia ley destina la recuperación judicial al saneamiento de la situación de crisis económica financiera del deudor. Después, considera deudor en estado de crisis económica financiera "aquel sujeto a dificultades temporales de su negocio, con iliquidez, insolvencia o en situación patrimonial a merecer la readecuación planeada de su actividad". Traza, pues, diferencias que justifican la inserción de conceptos diversos para situaciones diversas. Es verdad que todos autorizan el recurso a la recuperación judicial (p. 127).

Independiente de la separación conceptual, que no utilizaremos aquí, es un hecho que la insolvencia es un presupuesto fundamental para ejercer el derecho a recuperarse, y, sanear una empresa. Y por más, que sea entendido que la insolvencia sea un acontecimiento posterior a la crisis económica financiera, es obligación de la autoridad judicial, estimular la recuperación de la actividad empresarial, a fin de evitar agravar esta situación.

En el derecho concursal argentino, el estado de cesación de pagos es presupuesto objetivo para declarar la quiebra o abrir un concurso preventivo. "Este es el principio general, el cual admite excepciones, por cuanto es posible que sea abierto un concurso preventivo o declarar una quiebra..." (Pesaresi, 2018, p. 23).

Véase el artículo primero de la Ley de Concursos y Quiebras argentina, número 24.522 de 1995:

Art. 1 °.- Cesación de pagos. El estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecto, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 66 y 69.

Pesaresi (2018) define la cesación de pagos como:

... la impotencia patrimonial del deudor para cumplir regular y normalmente sus obligaciones. Es un estado del patrimonio donde convergen los caracteres de generalidad y de cierta permanencia temporal; es decir, no se trata de un hecho aislado, sino de un "estado de hecho", que abarca un período de tiempo más o menos largo, y que comienza con actos que significan que el deudor ha comenzado a incumplir, regular y normalmente, las prestaciones que le conciernen (p.23).

Rivera y otros (2010) invitan al análisis de algunos elementos imprescindibles para el entendimiento del estado de cesación de pagos: estado patrimonial; generalidad y permanencia; imposibilidad de cumplir; de manera regular; obligaciones exigibles; indiferencia de la naturaleza de la obligación; liquidez de la obligación; exteriorización por hechos reveladores (pp. 156-157).

El estado patrimonial, no debe ser solamente estudiado por la diferencia entre los activos y pasivos de la empresa, es importante verificar la viabilidad de los valores que constituyen el activo, sino también los vencimientos de los pasivos. El desequilibrio patrimonial solo, no caracteriza el estado de cesación de pagos, pues el deudor puede recurrir a los créditos legales para satisfacción de sus obligaciones, enfatizando el tema previamente cuestionado de insolvencia contable y económica.

La generalidad y permanencia demuestran que el estado de cesación de pagos no es pasajero o circunstancial, tampoco causado por omisión, además de que debe tener un carácter generalizado de incumplimiento de las obligaciones. Las obligaciones contraídas por el deudor deben ser cumplidas de la manera en que fue acordado entre las partes, si es en dinero, así lo debe efectuar. Si se deshace de bienes para ello, está en cesación de pagos (Rivera y otros, 2010, p. 157).

Históricamente, la concepción que tenemos actualmente de cesación de pagos apareció por la primera vez en la ley 19.551 de 1972, en el artículo 85 °: "El estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que

exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan”.

Antes de esta concepción, el primer significado de cesación de pagos emerge de su sentido literal, como sostiene Rouillon (2017):

... *cesar de pagar* es igual a *incumplir*, por lo cual cesación de pagos e incumplimiento eran términos que no se diferenciaban desde el punto de vista de su significación jurídica en orden a provocar la bancarrota. Quien dejaba de pagar incumplía sus obligaciones, cesaba en sus pagos, era un quebrado en sentido económico y, por ende, pasible de ser declarado en quiebra. El incumplimiento entendido como sinónimo de cesación de pagos funcionaba así como presupuesto objetivo de la quiebra (p.19).

Esta convicción se volvió cada vez más vaga e ineficiente, de modo que el legislador sintió la necesidad de verificar la causa del incumplimiento, y no simplemente declarar la quiebra del deudor:

En el siglo XX se llegó a la conclusión de que no debía declararse en quiebra al sujeto que simplemente había incumplido, sin antes analizar la significación de ese incumplimiento dentro del contexto general de las deudas y medios de pago del titular del patrimonio; más adelante se entendió que incluso se podía, y debía, declarar la quiebra del titular de un patrimonio que aún no había incurrido en incumplimientos, si se demostraba por algún medio idóneo que dicho patrimonio se hallaba en un estado que justificara su tratamiento concursal. En realidad, lo que ocurrió fue una sustitución, en el tiempo, del presupuesto objetivo concursal: del incumplimiento, que es un hecho, a un verdadero estado del patrimonio. Pero a este estado no se le dio un nuevo nombre, sino que continuó denominándose estado de cesación de pagos. Pese a mantenerse el nombre, es de destacar que, en el nuevo contexto, cesación de pagos perdió su significación literal (dejar de pagar es igual incumplimiento), para tomar un sentido nuevo (estado del patrimonio) que la doctrina y la jurisprudencia han ido afinando con el transcurso del tiempo. Sería ciertamente menos confuso y más preciso desde el punto de vista terminológico, sustituir legalmente el término “cesación de pagos” por “insolvencia”, y definir en la ley el concepto concursal de insolvencia (Rouillon, 2017, pp. 19-20).

En la actualidad, entonces, se entiende que el presupuesto objetivo para la apertura del proceso concursal:

...no es un mero desequilibrio financiero, sino un verdadero estado de impotencia patrimonial para hacer frente – de manera regular – a las obligaciones inmediatamente exigibles que gravan este patrimonio; tal estado debe revestir las características de generalidad y cierta permanencia temporal, y: La cesación de pagos es el estado de un patrimonio que se revela impotente para hacer frente a los compromisos que sobre él pesa, es decir, no es un hecho, sino un estado de hecho que, por ser tal abarca un período

más o menos largo. Comienza generalmente con ciertos actos de significado ambiguo cuya realización no permite por lo común afirmar, en ese momento, que realmente el deudor ha caído en insolvencia, para luego irse acentuando hasta que se revela por datos cuya interpretación no deja ya lugar a dudas. Ese estado económico complejo, para que pueda dar lugar a la declaración de quiebra, debe revelarse por hechos exteriores, de relativamente fácil constatación, pero existen otros hechos de significado menos preciso que no podrían originar de inmediato una declaración de falencia y que tampoco podrían servirlos para fundarla, más adelante, pero que una vez declarada la quiebra y constatados pueden revelarse como los primeros síntomas del malestar económico general y permanente de la fallida y servir como base para determinar la fecha inicial del estado de cesación, o lo que es igual, del periodo de sospecha (Berstein, 2018, pp. 61-62).

Hace tiempo la doctrina viene estudiando y buscando una concepción para el estado de cesación de pagos. Durante esa evolución doctrinal, aparecieron tres teorías que en su esencia buscaron la mejor definición para encuadrar el presupuesto objetivo de los procesos concursales. Véanse a continuación las tres teorías referidas.

2.3.1. Teoría materialista

Para la teoría materialista el estado de cesación de pagos se identifica por el mero incumplimiento de una obligación. Se cree que lo esencial de todo comercio es el cumplimiento de las obligaciones, sin importar ninguna medida relacionada con el activo y pasivo de una empresa (Maciel, 2017, p.33).

Explican Rivera y otros (2010) que esta teoría es identificada por un simple hecho: el incumplimiento. No resulta necesario indagar las causas, motivos o razones por las que no se cumplió una obligación (p. 286).

Para la apertura del proceso concursal dicho incumplimiento debería reunir algunas condiciones básicas: “ a) que la obligación se encuentre vencida; b) que la intimación de pago provenga de un acreedor que goza de acción; c) la mora del obligado, y d) acreditación por parte del acreedor de la inexistencia de prórrogas consentidas del cumplimiento” (Berstein, 2018, p. 32).

Rouillon (2017) destaca algunas críticas hechas a la teoría materialista:

- 1)desconocer el origen histórico de la quiebra, que no sería el de un mero medio ejecutivo contra solo el incumplimiento, sino una verdadera defensa contra la insolvencia; 2) desconocer el fundamento económico-jurídico del instituto falencia, que no es el de

provocar la liquidación del patrimonio por la sola falta de pago de una obligación, y 3) que puede conducir a consecuencias injustas, y convertir a la quiebra en un medio compulsivo de cobro de créditos (p. 20).

Como ventaja de la referida teoría Berstein (2018) expone:

La mayor ventaja que trae aparejada esta forma de concebir la cesación de pagos puede ser hallada en la claridad de su definición y las mayores y mejores posibilidades de su acreditación, atento a la facilidad de su prueba, tratándose de un hecho claramente exteriorizado, falta de ambigüedad y de necesidad de recurrir a indicios. Es decir, la simplificación de los trámites a los efectos de determinar su presencia (p. 34).

Dicha teoría imperó en el ordenamiento concursal argentino durante la vigencia del código de comercio de 1862 y su posterior reforma en 1889, incluso en la ley 4.146 (Frick, 2018, p. 38).

2.3.2. Teoría intermedia

La teoría intermedia “sostiene que no hay cesación de pagos sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos” (Rouillon, 2017, p. 20).

En dicha teoría la cesación de pagos es aceptada como un estado patrimonial que solo puede exteriorizarse por incumplimientos efectivos. Se investiga si los motivos del incumplimiento de las obligaciones obedecen a un estado patrimonial que imposibilita el pago. Así, el estado de cesación de pagos se revela mediante los incumplimientos que presentan carácter de indicios o hechos reveladores de este estado (Maciel, 2017, p. 34).

El gran avance de esta teoría fue introducir como presupuesto a la apertura de los procesos concursales la necesidad de demostrar deficiencia patrimonial del obligado, exteriorizada, y de cierta permanencia y generalidad. Sólo el incumplimiento de la obligación no bastaba como requisito, se reveló necesaria la actuación del juez para identificar el supuesto objetivo concursal, que ahora tenía mayor flexibilidad para eso (Berstein, 2018, p. 38).

A pesar del claro y significativo avance de dicha teoría, se puede resaltar algunas críticas a ella, expuestas por Rouillon (2017):

- 1) el no admitir que hay otros hechos que demuestran la insolvencia, igual o mejor, que el incumplimiento; 2) puede demorar la declaración de quiebra cuando no hay aún incumplimiento, pero sí otros signos reveladores de solvencia disfrazada, burlándose así el

sentido cautelar de procedimiento concursal, y 3) complica la fijación de la fecha inicial del período de sospecha, el cual o podría retrotraerse más atrás del primer incumplimiento (p. 21).

Rivera y otros (2010) manifiestan descontento con dicha teoría y la critican por:

...desconocer la realidad histórica, ya que desde sus albores las leyes sobre insolvencia tuvieron a la fuga y el cierre de los antecedentes como hechos reveladores de la cesación de pagos y permitieran la declaración de quiebra. Y, por otro lado, arguye FERNANDEZ que de ser aceptada conduce inexorablemente a la determinación de la fecha de iniciación de cesación de pagos en el primer incumplimiento, cuando en realidad ella pudo haber comenzado mucho antes, verbigracia cuando por la primera vez se utilizaron medios ruinosos (toma de créditos usurarios por ejemplo), para atender las obligaciones exigibles (pp. 286-287).

2.3.3. Teoría amplia

Sostienen Rivera y otros (2010) que la cesación de pagos es la impotencia del estado patrimonial, exteriorizado por actos o hechos que lo revelan: la fuga, cierre del establecimiento, venta de mercaderías a menores precios, y por supuesto, incumplimientos de obligaciones exigibles (p. 287).

Bonelli, que es considerado el padre de esta teoría considera: “la cesación de pagos no es un hecho (el incumplimiento) –como la expresión literal sugeriría – sino un *estado* de todo el patrimonio (estado de insolvencia)” (Rouillon, 2017, p. 21).

Esta teoría, es actualmente imperante en el derecho concursal argentino, desde la ley 11.719, y como entiende Frick (2018):

...el estado de cesación de pagos no se configura por el mero hecho de existir un incumplimiento por parte del deudor. Muy por el contrario, considera que ello importaría asociar el estado de cesación de pagos a un incumplimiento temporal (a lo mejor incluso voluntario y no forzado) o bien a un desequilibrio momentáneo que es saneable en razón del nivel de productividad del deudor o de su posibilidad de acceso al crédito. Esta teoría establece que el estado de cesación de pagos se configura cuando el deudor se encuentra en una insolvencia general y permanente. Por ello, aun cuando el incumplimiento de una o más obligaciones puede ser considerado como un “hecho revelador” del estado de cesación de pagos (inc. 1 del art. 79, LCQ), no necesariamente importa su configuración ya que el deudor, aparte, debe encontrarse en una situación de impotencia patrimonial generalizada y permanente que le impida hacer frente regularmente a todas sus obligaciones. Como se observa, la generalidad y permanencia que caracteriza al estado de

cesación de pagos atañe a toda la actividad del deudor; incidiendo no sólo sobre las deudas vencidas sino también en aquéllas a vencer. Es importante aclarar entonces que la “generalidad” que debe revestir el estado de cesación de pagos no tiene que ver con la necesidad de que existan numerosos incumplimientos. No es una cuestión de cantidad de incumplimientos sino del efecto que tienen sobre la actividad del deudor. Por ello es que tan sólo un incumplimiento puede ser suficiente para evidenciar el estado de cesación de pagos. También es relevante que no haya duda en cuanto a que el carácter permanente que debe revestir este estado significa que no debe ser temporal o pasajero, pero tampoco perpetuo, ya que de lo contrario se tornaría inútil el concurso preventivo como medio de salvataje de la empresa y se impondría la quiebra liquidativa. Obviamente, la imposibilidad del deudor hacer frente a sus obligaciones con carácter general y permanente deberá ser apreciada por el juez en cada caso concreto a la luz de los hechos reveladores sometidos a su consideración, los cuales tendrán que reflejar de manera inequívoca la imposibilidad del deudor de cumplir regularmente sus obligaciones (pp. 39-40).

2.3.4. Hechos reveladores del estado de cesación de pagos

Para funcionar como presupuesto objetivo de los procesos concursales, el estado de cesación de pagos debe ser exteriorizado. Así como se describe en el artículo 78 de la ley 24.522:

Art 78º.- Prueba de cesación de pagos. El estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan.

La legislación concursal argentina adopta el sistema de hecho reveladores del estado de cesación de pagos como presupuesto objetivo concursal. Véase el artículo 79 de la ley 24.522, que demuestra los hechos reveladores, es decir, la forma en que se propaga el estado de cesación de pagos:

Art 79º.- Hechos reveladores. Pueden ser considerados hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entre otros:

- 1) Reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor.
- 2) Mora en el cumplimiento de una obligación.
- 3) Ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones.
- 4) Clausura de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolle su actividad.
- 5) Venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago.

- 6) Revocación judicial de actos realizados en fraude de los acreedores.
- 7) Cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recursos.

2.4 Concepto de empresa y empresario

El derecho comercial argentino, no proporciona exactamente un concepto claro y directo de empresa. La doctrina, conceptúa empresa de acuerdo a cada rama de estudio, generando que existan muchas definiciones.

En este trabajo opto por exponer dos conceptos de empresa; los que Dubois (2016) hace referencia en su obra. El primer derivado de la teoría económica: "organización en la cual se coordinan el capital y el trabajo y que, valiéndose del proceso administrativo, produce y comercializa bienes y servicios en un marco de riesgo" (p. 70).

Y un segundo concepto originario de la teoría jurídica, donde la empresa es: "Organización de los factores de producción tendiente a producir bienes y servicios para el mercado, bajo el riesgo empresario y, según el caso, con propósito de lucro" (Dubois, 2016, p. 74).

Empresario, desde un punto de vista de administración es conceptualizado como: "quien dirige, asume riesgos, cobra por los riesgos asumidos con las utilidades realizadas, piensa en el largo plazo, es el responsable final por los resultados, posee una actitud innovadora y es capaz de dar continuidad a la empresa" (Dubois, 2016, p. 84).

Más específicamente:

Empresario es la persona física o sucesión indivisa, titular de un capital que, a nombre propio y bajo su responsabilidad jurídica y económica, asume con intención de lucro la prestación habitual de servicios técnicos, científicos o profesionales, y organiza, dirige y solventa con ese fin, el trabajo remunerado y especializado de otras personas" (Dubois, 2016, p. 84)

En el derecho brasileño el código civil de 2002 conceptualizó directamente la figura del empresario, en el artículo 966: "Se considera empresario quien ejerce profesionalmente actividad económica organizada para la producción o la circulación de bienes o de servicios".

Del concepto de empresario, obtenido por el código civil de 2002, es posible definir empresa como actividad económica organizada para la producción o circulación de bienes o servicios.

Pero todavía, aquí se tiene un concepto muy vago, y cabe exponer el concepto de empresa por Coelho (2016), que también es utilizado por muchos doctinarios:

Se conceptúa la empresa como siendo actividad, cuya marca esencial es la obtención de beneficios con el ofrecimiento al mercado de bienes o servicios, generados éstos mediante la organización de los factores de producción (fuerza de trabajo, materia prima, capital y tecnología) (pp. 41-42).

2.5 Las empresas en Argentina y Brasil

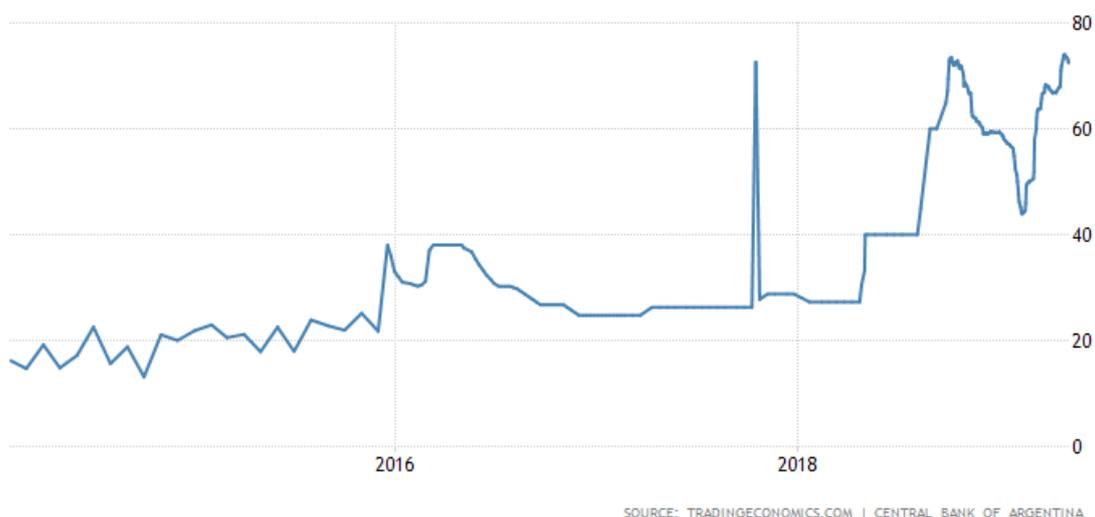
2.5.1 La situación económica de Argentina y los impactos en las empresas

Argentina vive una situación económica inestable. La economía del país vive la peor tasa de inflación de los últimos años. La constante devaluación de la moneda y una tasa de interés de aproximadamente el 60% son reflejos de un escenario económicamente desestabilizado y propicio al cierre de empresas, desempleo y aumento de la pobreza (https://elpais.com/economia/2018/09/14/actualidad/1536918013_424629.html).

Se advierte ello del gráfico obtenido a través de Trade Economics (<https://pt.tradingeconomics.com/argentina/inflation-cpi>), con ayuda del instituto Instituto Nacional de Estadísticas y Censo, sobre el exorbitante aumento de la inflación en los últimos años:



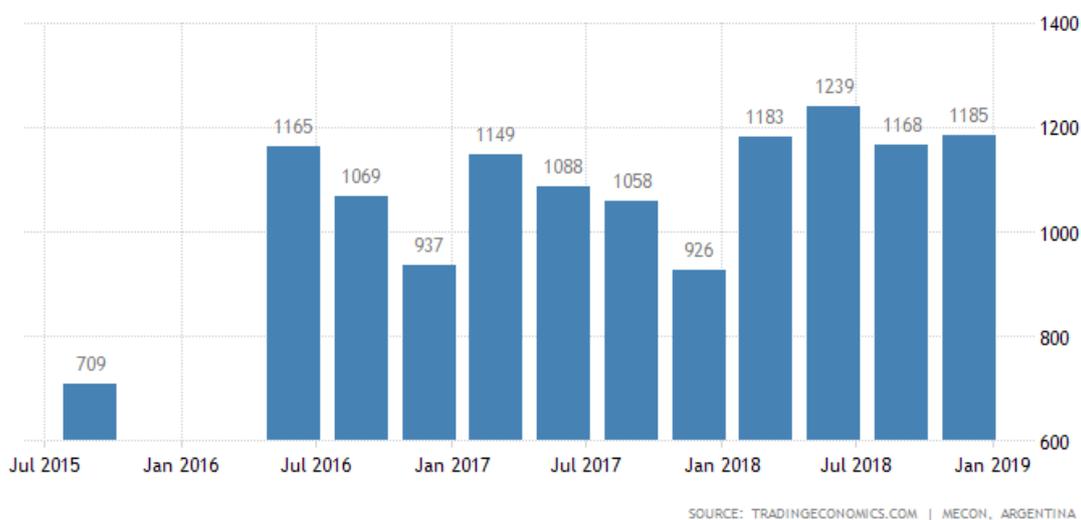
Otro gráfico, también obtenido por Trade Economics (<https://pt.tradingeconomics.com/argentina/interest-rate>), con datos del Banco Central Argentina demuestran cómo están altas las tasas de interés en el país:



De septiembre de 2015 a septiembre de 2018 la argentina perdió 107.993 puestos industriales. Por consiguiente, el segundo trimestre de 2018, fue diagnosticado con una baja del 14,6% en la industria de calzados y cuero, resultando en 5.415 dejadas en la calle; las confecciones bajaron sus actividades en 6,9% causando 3.040 puestos menos de empleo; la edificación tuvo una baja de 6,6% y despidieron 2.728 empleados; los químicos perdieron 2.400 empleos por una caída de 2,2%; y el sector textil bajo 4,2% y desempleó 2.704 personas (<http://www.enorsai.com.ar/politica/26370-argentina-termina-el-2018-plagado-de-cierres--despidos-y-suspensiones.html>).

La actual situación también ha afectado a grandes empresas líderes en Argentina, que ha demostrado dificultad para enfrentar la caída de consumo, altas tasas, inflación elevada e inestabilidad cambiaria, con tarifas dolarizadas e inviables para el desarrollo de la economía real. Por un estudio realizado por el Centro de Economía Política Argentina 63 empresas líderes, 21% presentaron problemáticas relacionadas con el sostenimiento del empleo entre 2018 y 2019 (13 empresas), en tanto que el 15% (9 firmas) mostraron dificultades financieras y el 16% (10 de las 63 compañías) reestructuraron planes de producción o cancelaron inversiones. Del análisis de las 63 empresas líderes que hacían la cuenta, sobre 44.780 empleados se producían 7.300 desvinculaciones (16,3%) (<https://www.infobae.com/economia/finanzas-y-negocios/2019/04/02/las-grandes-empresas-argentinas-tambien-estan-en-crisis-despidos-concursos-y-balances-en-rojo/>).

Sigue el gráfico reflexivo de esta situación donde consta la población desempleada en Argentina, obtenido en Trade Economics, elaborado con el MECON:



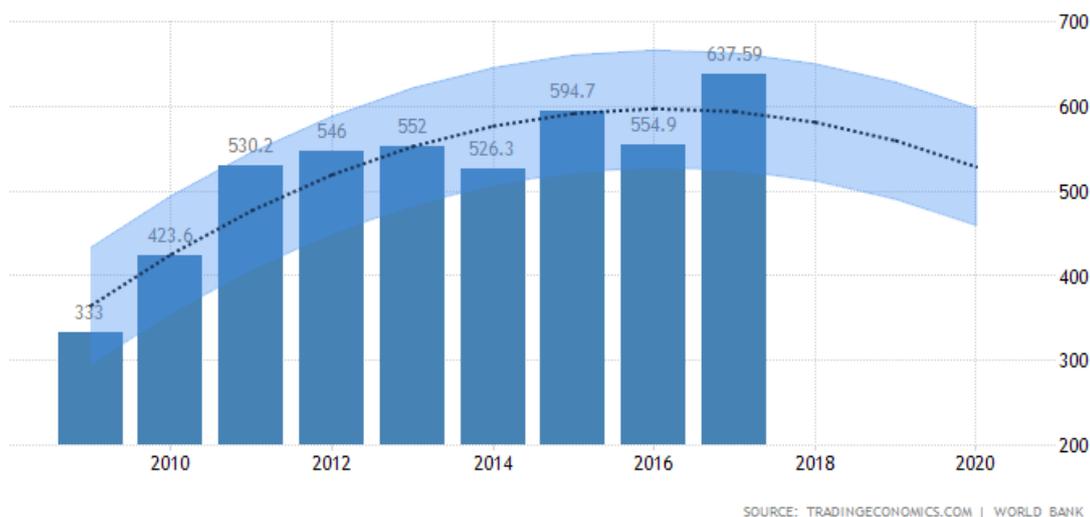
Y la tendencia del desempleo es seguir creciendo, ya que cada día se cierran más empresas.

El aumento de los problemas económicos también ha reflejado en el poder judicial; el Centro de Economía Política Argentina reveló que entre 2016 y 2018, se iniciaron 246 casos de empresas que entraron en procesos preventivos de crisis y 805 casos de concurso de acreedores y 2.177 quiebras en CABA y provincia de Buenos Aires (<https://www.infobae.com/economia/finanzas-y->

negocios/2019/04/02/las-grandes-empresas-argentinas-tambien-estan-en-crisis-despidos-concursos-y-balances-en-rojo/).

La Argentina también dejó de ser campo de inversión extranjera, está apagada económicamente del escenario mundial, y dejando a su población a niveles inferiores de condiciones dignas de desarrollo.

Un gráfico de previsión del producto bruto interno, elaborado por el Banco Mundial, muestra que habrá más caídas (<https://es.tradingeconomics.com/argentina/gdp>):

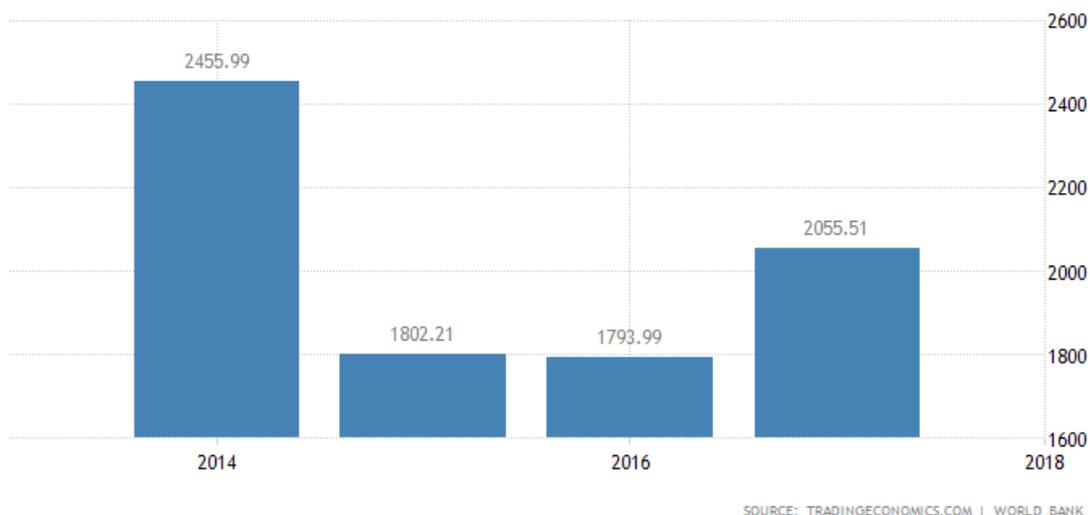


Cuestión es, que el gobierno debe actuar de manera tendiente a fortalecer e incentivar el comercio y las empresas, para ajustar los diversos problemas sociales que surgen de la gran pérdida económica.

2.5.2 La situación económica de Brasil y los impactos en las empresas

A mediados de 2014 Brasil empieza a sentir el peso de una crisis económica caracterizada por el fuerte retroceso, en dos años consecutivos, del producto bruto interno del país. La crisis económica se ha intensificado por una crisis política, que alejó del cargo a la entonces presidente, Dilma Rousseff.

Sigue el gráfico referente a la variación del producto bruto interno brasileño (en billones de dólares), de 2014 a 2018, extraído de Trade Economics (<https://pt.tradingeconomics.com/brazil/gdp>):



El gráfico anterior muestra una fuerte caída consecutiva en el producto bruto interno en los años 2015 y 2016, donde la crisis fue más intensa y cautivada por problemas políticos.

La fuerte recesión económica que atraviesa el país refleja diariamente en la vida de las personas, que dejaron de adquirir bienes, pagar sus cuentas, perder sus empleos y sentir cada vez más problemas con la salud, la seguridad y otras necesidades básicas. Como ejemplo sigue el gráfico de la población desempleada (en millones) en Brasil desde 2014, obtenido de la Trade Economics (<https://pt.tradingeconomics.com/brazil/unemployed-persons>):



Se percibe que desde el comienzo de la crisis de 6 millones de personas desempleadas, hoy existen más de 12 millones en dicha situación.

Muchos de los problemas sociales son consecuencia del increíble número de empresas que cierran sus actividades. Casi siempre, el cierre es la única

solución para aquellas empresas que actúan en condiciones precarias, reflejadas por altas tasas de interés, alta inflación, baja demanda, falta de crédito, altos impuestos y mínima inversión y productividad.

Reflejo de eso es que, de acuerdo con el Serasa Experian (<https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>) en marzo de 2016 existían 4,4 millones de empresas insolventes, y en agosto de 2018, según la última información, existen más de 5,6 millones en un total de 126 billones de reales en deudas.

Resultado de eso, para el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/10/03/por-tres-anos-seguidos-brasil-fecha-mais-empresas-do-que-abre-diz-ibge.ghtml>) es que de 2014 a 2016, la pesquisa indica que fueron cerradas más empresas que abiertas. En cifras: 2014 cerraron 943.958 empresas y abrieron 726.271; 2015 cerraron 713.628 y abrieron 708.664; y 2016 cerró 719.551 y abrieron 648.474. Se percibe que en estos 3 años Brasil perdió 2.377.137 de empresas.

Los números no dejan dudas sobre cuál es la actual situación económica de Brasil. El momento es de recesión económica causada por factores internos sumados a los efectos externos de una crisis internacional. La gran preocupación gira en torno a los asalariados que depende del trabajo para sustento personal, y de su grupo familiar, y de las empresas y del empresario que son proveedores del trabajo pero dejan de invertir por la actual situación.

2.5.3 El impacto de la pandemia de Covid-19 en la economía argentina y brasileña

En Argentina, la crisis sanitaria causada por Covid-19 llega en un momento en que la economía es muy precaria y devastada.

La crisis de salud causada por COVID-19 llevará a Argentina a un momento de fragilidad económica y social. El Gobierno estaba en proceso de renegociar su política pública, que alcanzó niveles insostenibles; El país enfrenta serias dificultades para cumplir con el pago de su ayuda según lo acordado. Esto ocurre en un contexto de crecimiento económico negativo y un alto nivel de inflación, con una variación interanual de 50,3 por año registrada en febrero de 2020 (INDEC, 2020), lo que ejerce presión sobre las empresas, especialmente sobre las pymes. Como resultado, el mercado laboral se ve debilitado por una cocina de alto rendimiento, particularmente entre los jóvenes, junto con una alta informalidad en la economía,

que es una construcción precaria para una gran parte de la población (Ernst, 2020, p.3).

Este escenario tiene un impacto directo en la sociedad, en vista del aumento del desempleo, una crisis en varios sectores económicos que se suma al cierre de numerosas empresas. Entre marzo y mayo de 2020 se perdieron más de 280 mil empleos en Argentina, la tasa más alta en los últimos 18 años (<https://www.iprofesional.com/economia/319283-perdida-de-empleos-en-argentina-es-la-peor-de-los-ultimos-18-anos>).

Todos los sectores se ven afectados, incluidos edificios, bares, restaurantes, teatros y diversas industrias de todas las ramas. Las pequeñas y medianas empresas que son creadoras de empleos decentes donde trabajan la mayoría de la población argentina, como entiende Ersnt (2020):

El cese de prácticamente todas las actividades en el país y la movilidad restringida de los ciudadanos ha provocado el caso de todas las empresas y negocios. También está claro que los consumidores están reduciendo su consumo a necesidades básicas, como alimentos y dejando de comprar productos no básicos, como ropa, electrodomésticos, automóviles, etc. Esto causa serias dificultades en sectores como el textil y el automotor, entre otros, que se encontraban en una situación precaria antes de la crisis (pp. 10-12).

Las previsiones del país son una caída del producto bruto interno y un aumento significativo en los concursos preventivos. Se estima que más de 100 mil compañías pequeñas y medianas están en estado de cesación de pagos, la gran preocupación es el colapso del sector jurídico, que de acuerdo con Vítolo, para evitar eso es importante “buscar soluciones innovadoras que hoy no están -ni pueden estar- en una ley de quiebras. Es urgente que el Congreso dicte una ley de emergencia específica de reestructuración de la deuda privada y de fomento a la actividad productiva” (<https://www.lanacion.com.ar/economia/crece-el-riesgo-de-una-escalada-de-los-concursos-preventivos-nid2378748#>).

La llegada de la pandemia a Brasil arruinó aún más la economía, que ya estaba en un momento difícil, recuperando el retraso de la crisis económica de 2014. El 30 de marzo de 2020, por primera vez, se pronosticó una contracción en

el producto bruto interno para aquél año, retrasando aún más el final de la crisis y la reanudación del crecimiento.

Según una investigación del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, el impacto negativo llegó a todos los sectores económicos, especialmente aquellos que dependen del contacto personal, bares y restaurantes.

Los estudios demuestran que hasta julio de 2020, más de 716 mil empresas habían cerrado sus actividades causando la tasa de desempleo más alta en los últimos años (<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-19/716000-empresas-fecharam-as-portas-desde-o-inicio-da-pandemia-no-brasil-segundo-o-ibge.html>).

Los trabajos informales y formales desaparecen todos los días y la cantidad de empleados en el país -85.9 millones-, es menor que la cantidad de personas que estaban buscando trabajo y desempleados, -87.6 millones- demuestra la investigación hecha en mayo por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/30/desemprego-sobe-para-129percent-em-maio.ghtml>).

2.6 La necesidad de preservar la continuidad de actividad empresarial

Deudora o no, la empresa es un pilar de la estructura económica capaz de sembrar interacción social y crear una cadena de relaciones jurídicas de gran repercusión donde ejercen sus actividades. Por lo que entiende Rivera (1998):

La economía moderna se ve notablemente influenciada por la idea de empresa; más bien, la economía capitalista está vinculada directamente a la empresa. Así, como es obvio, muchas empresas tienen una notable importancia para la economía nacional o regional, o cuando más no fuese para algunas ciudades o pueblos que nacen, se desarrollan y eventualmente mueren con las empresas que existen en ellos. Trascendencia que proviene de los insumos que producen, los servicios que cumplen, la cantidad de mano de obra que emplean, la alta tecnología que generan, etcétera (p. 67).

La importancia de la empresa actualmente es sostenida por diversos puntos. Dubois (2016) sostiene que la empresa es responsable por la producción de bienes y servicios indispensables; es generadora de empleos y salarios que permita la adquisición de tales productos; es tomadora y dadora de crédito que permiten funcionamiento de la macro economía; son productores fiscales (p. 78). Y aún lista una diversidad de funciones inherentes a la actividad empresarial:

- Asumir y reducir los costos de mercado y de información;
- Anticipar o descontar el producto obtenido;
- Coordinar el proceso productivo a través de la planificación, organización, dirección y control;
- Asumir el riesgo de la actividad económica; y.
- Desarrollar el sistema económico creando riqueza y empleo (Dubois, 2016, p. 73).

Fácilmente se percibe la inmensidad del perjuicio causado por el cierre de una empresa. Esta actividad, pilar de la economía moderna, sobrepasa los límites individuales involucrados en su funcionamiento y organización, actuando también para el interés social colectivo.

Son diversos los intereses involucrados frente al desarrollo de la actividad empresarial, y eso hace que la preservación de la empresa sea el punto más delicado del régimen concursal. De este modo, "el régimen jurídico de insolvencia no debe quedar atrapado al manso privado que se revela en el embate entre la pretemporada de los acreedores y el interés del deudor, la empresa no es mero elemento de la propiedad privada" (Fazzio Junior, 2015, p. 21).

En esta misma línea de razonamiento Graziabile (2016) se expresa:

En la empresa económica encontramos comprometidos intereses de los trabajadores, los proveedores, intereses fiscales, cliente e incluso, en la empresa de gran magnitud, pueden incorporarse intereses demográficos o poblacionales. Existe una interrelación entre la empresa y el medio donde se desarrolla, que ante su crisis y eventual desaparición produce afecciones a todos, las cuales tratan de ser evitadas por el derecho concursal a través de la mejor solución de la insolvencia. Por ello, "los distintos intereses afectados por la insolvencia, las graves repercusiones de ésta y los plurales sujetos involucrados que aspiran a la tutela legal, la necesidad de realizar justicia conmutativa, así como los principios orientadores elaborados a través de la historia" (Rouillon), explican que la existencia de una legislación especial, la concursal, que responde a los conflictos intersubjetivos producidos por la insolvencia patrimonial en forma distinta a como lo hace el derecho común. Además, se busca proteger conjuntamente en la insolvencia los derechos de los acreedores, la dignidad de la persona del deudor y la protección de la empresa como entidad social y económicamente significativa (p.12).

Es innegable la unión que el legislador hace del sistema capitalista, gestor del modelo económico y que busca renta, ganancias, intereses, y el bienestar social y la búsqueda de la dignidad de la persona humana, cuando se preocupa por crear, y perfeccionar mecanismos que corresponden a la continuidad de la actividad empresarial.

Claramente expreso eso en la Constitución Nacional Argentina de 1994 en su artículo 14:

Art. 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino...

Y de manera muy convergente con el texto constitucional brasileño en el artículo 170: "el orden económico, fundada en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos la existencia digna".

Castro (2007) hace mención a la armonización entre el lucro y la dignidad de la persona humana y explica:

No se puede olvidar, que si en el modo de producción capitalista la búsqueda por el lucro es inevitable, del mismo modo tiene que ser la protección de la dignidad humana. En el caso de los hombres, la mayoría de las veces, La dignidad humana, portante, no sería tan maculada, si la economía no se limitase a cuidar, tan sólo, de las definiciones de ganancias, precios, rentas e intereses. En otras palabras, la construcción de un orden económico más épico justo exige no sólo de los economistas, sino también de los juristas, principios morales, éticos y jurídicos sólidos (pp. 170-171).

Teniendo en cuenta cómo gestionan sus economías, merituando las premisas y principios constitucionales, de Argentina y Brasil, no cabe duda que ambos países sienten necesidad de generar medidas y mecanismos legales, cuyo objetivo debe ser la preservación de la actividad empresarial.

La existencia de la actividad empresarial se vuelve esencial para la sociedad, especialmente cuando unifica el interés individual y la capacidad social de protección del consumidor, protección del medio ambiente, reducción de las desigualdades sociales y regionales, búsqueda del pleno empleo.

Esta capacidad de actividad empresarial otorga al instituto de preservación de las empresas fundamentación constitucional, y permite al legislador trabajar para un derecho concursal más ético, moral y solidario, que deja de lado los intereses individuales para dar respaldo a toda sociedad.

Como quedó dicho, la empresa es mucho más que los bienes que la integran. La combinación armónica y dinámica de los elementos subjetivos y objetivos (personas y cosas) tienen un valor para los particulares, y un valor –también– para la sociedad. Esto explica que el derecho concursal sea visto ahora imbuido de contenido ético o moral con un gran sentido de solidaridad social (Rubin, 1991, p. 16).

No cabe duda que el estado tiene la obligación de fomentar mecanismos, y hacer inversiones para que las empresas puedan procrear, ejercer y continuar sus actividades. Dejar de lado intereses individuales y enfocarse en el ámbito social y en las políticas neoliberales para rehacer la economía y consecuentemente tutelar valores morales, éticos y humanos que optó por adoptar en la Constitución.

2.7 Conclusiones

La empresa puede transcurrir por una crisis financiera, económica o patrimonial, es importante resaltar que estas cuestiones se encuentran interconectadas, y una puede ser consecuencia de la otra. La crisis empresarial es un estado que puede revertirse; sin embargo, se considera el inicio de un estado de insolvencia.

Insolvencia económica y cesación de pagos pueden ser términos utilizados como sinónimos, lo que no ocurre con el término de insolvencia contable, que es un concepto más estricto, incapaz de cumplir con el presupuesto objetivo de la legislación, ya que es un concepto vago y no muestra la situación real del deudor para que tenga derecho disfrutar de la ley.

Durante la evolución concursal se crearon tres teorías para definir la aplicación funcional del estado de cesación de pagos como presupuesto objetivo procesal. Se adoptó la teoría amplia que implica en la exteriorización del estado de insolvencia del deudor por hechos reveladores definidos en el artículo 79º de la ley 24.522.

El derecho argentino no proporciona una definición para empresario y empresa, a diferencia de lo que sucede en la legislación brasileña. Pero luego se entiende que el empresario asume el riesgo de las actividades, el que organiza, invierte y asume las responsabilidades por los frutos que va a cosechar, siempre en la búsqueda de ganancia.

Actualmente Argentina y Brasil experimentan una recesión económica en la que las empresas y unidades productivas de trabajo enfrentan dificultades para mantenerse en actuación. Ambos países carecen de intervención estatal y mecanismos legales para combatir tal diagnóstico que genera diversos desastres sociales.

Se percibe que de manera indirecta la Constitución, tanto argentina como brasileña, son precursoras del principio de preservación de empresas. Primero por adherirse al modelo de gestión económica caracterizado por la libre iniciativa y trabajo digno, y segundo por aliar el capitalismo a los fundamentos sociales que se benefician de la actividad empresarial.

Las empresas, deudoras o no, son fomentadoras de trabajo, calientan el mercado con bienes y servicios, diversifican los productos, facilitan el acceso a la mercancía, son productoras fiscales y alimentan a la sociedad donde actúan con riqueza y abundancia, y su ausencia causa diversos perjuicios.

CAPÍTULO 3

FUNCIÓN SOCIAL Y PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LOS CONCURSOS PREVENTIVOS Y DE LA RECUPERACIÓN JUDICIAL

3.1 Introducción

Este capítulo aborda temas referentes al carácter social de la legislación concursal de Argentina y Brasil. Se hace importante este enfoque para comprender mejor la dimensión social alcanzada por la actividad empresarial y la necesidad de su existencia.

Inicialmente expondremos sobre la función social de la propiedad con foco en la empresa y cómo este tema se materializa en los ordenamientos jurídicos de Argentina y Brasil. Se sigue interpellando al vínculo existente entre el régimen económico y los derechos fundamentales constitucionales, resaltando carácter social proferido por el ejercicio por la actividad empresarial.

Después se presentarán los principios de los procesos concursales, que pueden ser enumerados como características de los mismos, seguido de los principios que fundamentan las acciones destinadas a la reorganización y continuación de la actividad empresarial por falencia, concursos preventivos y recuperación judicial.

3.2 Función Social de la empresa

La función social de la propiedad nos remite a la idea que “la propiedad-particular la que no cumple usos el fines exclusivamente personales- no tiene que ser manejada caprichosamente por su titular, sino que debe atender necesidades sociales; en el que, correlativamente, se emplea con fines antisociales” (Saguez, 2007, p. 10).

Así, en la actual concepción de empresa, principalmente de orden jurídica, se tiene en manos institutos que no sólo satisfacen intereses particulares y buscan desenfrenada rentabilidad, sino un ejercicio capaz de armonizar el interés

individual con el interés social. La función social ejercida por la empresa, tiene su origen en la función social de la propiedad y su modo de explotación y:

...determina que la empresa genera intereses y derechos en la esfera ajena. En otras palabras, los intereses y los ejercicios derivados de la actividad empresarial deben proyectarse en la vida en sociedad, alcanzando trabajadores, proveedores, medio ambiente, fisco, entre otros. En síntesis, la función social de la empresa implica un deber social que exige consonancia entre los intereses particulares de la sociedad y el interés colectivo, lo que incluso propició a Cesar Antonio Pacheco Fiorillo vislumbrar la función social de la propiedad como derecho difuso, pudiendo ser tutelado por los instrumentos previstos en la ley. La función social de la empresa, portante, acarrea la superación del carácter eminentemente individualista, debiendo el derecho individual de su titular coexistir con la funcionalización del instituto, desempeñando, pues, un papel productivo en beneficio de toda la colectividad. La actividad empresarial, entonces, presenta un carácter doble, ya que sirve no sólo al sujeto propietario, sino también a las necesidades sociales. (Castro, 2007, pp. 137-138).

Las empresas constituyen la base de la sociedad contemporánea, y el ejercicio económico que ellas ejercen sobre su propiedad, por fuerza constitucional debe atender a una función social. La consciencia de esa función social desarrollada por los administradores y demás agentes involucrados en la actividad, desempeñan un drástico papel en la concreción de los derechos fundamentales, exaltando los principios básicos y dignos, frentes al dictamen de la verdadera justicia social.

3.2.1 En Argentina

La constitución argentina de 1949 introduce una nueva concepción de la propiedad, basada en la instauración de la función social, como explica Recalde (2006) en su publicación en blog:

...establece que “la propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común”. El Estado desde ahora controla e interviene con políticas directas sobre los mercados económicos y con dicho fin, el artículo 38 establece que “incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo o intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. Este artículo se refiere taxativamente a la figura de expropiación de la propiedad con fines públicos: “La expropiación por causa de utilidad

pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.

A través del artículo 38 de la Constitución de 1949, por primera vez, surge el “enfoque comunitario respecto de los bienes en general y la tierra en particular” (Bernazza, 2015, p. 3).

La constitución citada trajo consigo un carácter solidario, representado por la armonización de los intereses individuales y colectivos. Tal hecho se muestra claramente cuando el estado interviene en la propiedad, en las actividades económicas bajo los límites de los derechos fundamentales y del bienestar social. Así se observa en el artículo 39: “El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino” y 40 de la constitución de 1949:

Art. 40º.- La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios.

Por más moderna y solidaria que fuese:

...la constitución de 1949 fue derogada por un bando militar en 1956, pero la Constitución de 1994 reincorpora ese espíritu a través de la inclusión con jerarquía constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos (de noviembre de 1969), que determina que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social” (art. 21) (Calcagno, 2013).

El artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969 expresa:

Art. 21º.- Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

La constitución del año 1994:

a) proclama un derecho genérico a la propiedad, reputándolo inviolable, que incluye la facultad de disfrutarla y transmitirla discrecionalmente; b) determina una subespecie de la propiedad, la intelectual, considerándola transitoria; e) reconoce un tipo particular del sujeto de derecho de propiedad (el extranjero); d) autoriza la conclusión del derecho de propiedad por parte del Estado, mediante la expropiación, y e) formula prohibiciones: no están permitidas las confiscaciones ni tampoco las requisiciones por los cuerpos armados (Saguez, 2007, pp. 779-780).

Sin embargo, queda claro que el ordenamiento jurídico argentino se adhirió a la idea de la función social, en razón de la relación de jerarquía constitucional, mientras, a pesar de lo expuesto en su texto constitucional.

Habitar Argentina, un espacio conformado por organizaciones, instituciones académicas, movimientos sociales y legisladores, que están trabajando con el objetivo de generar un marco normativo que garantiza el derecho a la vivienda, la tierra y al hábitat para todos, es un ejemplo de un estado que busca la inclusión de la función social expresa y claramente en la legislación, así escribe en un comunicado al gobierno y demuestra la importancia de eso:

La trascendencia que tiene el momento legislativo que se avecina nos impulsa una vez más hacer un llamado a favor de la inclusión de la función social de la propiedad, en los mismos términos que hemos sugerido -de manera más extensa y en profundidad- en las ocasiones habilitadas para nuestra participación.

Entendemos que esta es la única manera de adecuar el alcance del derecho de propiedad con el derecho internacional de los derechos humanos, cumpliendo con el objetivo de constitucionalizar el código civil, modernizarlo y adaptarlo a las obligaciones internacionales en la materia.

A la vez, esta inclusión tendría la virtud de receptar en una norma de fondo, un principio que ya tiene rango constitucional en catorce provincias de nuestro país y que configura uno de los principios rectores de una ley modelo como es la nueva ley de acceso justo al hábitat de la provincia de Buenos Aires. A la vez, nos colocaría a tono con países que en la región tienen este principio con rango constitucional, tales como Brasil, Bolivia, Chile, Colombia y Ecuador, solo para mencionar algunos.

Este principio pone el foco en el uso efectivo, productivo y ambientalmente sostenible de la propiedad privada, y en la justicia social. Como manifestamos en cada una de nuestras intervenciones, la incorporación de este principio no implica afectación alguna del derecho de propiedad sino armonizarlo con el interés social que debe observarse en el ejercicio de todos los derechos en nuestro

marco normativo, ya que en nuestro ordenamiento jurídico no hay derechos absolutos.

De mantener la postura de no incluir este principio se estaría contemplando solamente formas jurídicas que permiten regularizar las actuales formas de vivir (barrios privados) y morir (cementeros privados) de los sectores de altos ingresos de nuestra población, a través de la figura de conjuntos inmobiliarios, sin contemplar nuevos instrumentos que permitan la regularización de las formas de vivir (villas y asentamientos urbanos) y producir (tierras rurales para los campesinos) de los sectores más pobres y vulnerables.

Como organizaciones preocupadas por la justicia social, debemos insistir en incluir este principio, para brindar un mensaje claro respecto de la importancia de modificar algunos atributos de los derechos reales para avanzar hacia el desarrollo de una serie de instrumentos de gestión de suelos y otras herramientas de intervención estatal tendientes a resolver las problemáticas de acceso al suelo y territorio que padecen millones de familias pobres urbanas y campesinas en nuestro país (<https://acij.org.ar/por-la-funcion-social-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>).

3.2.2 En Brasil

En Brasil el régimen jurídico de la propiedad tiene su fundamento en la Constitución, dado que en su artículo 5º, inciso XXII, garantiza el derecho a la propiedad siempre que atienda su función social, como dispuesto en el artículo 5º, inciso XIII (Silva, 1998, p. 273).

Dispone artículo 5º, incisos XII y XXIII de la constitución federal brasileña de 1988:

Art. 5º.-Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizando a los brasileños ya los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad ya la propiedad, en los siguientes términos:

XXII - se garantiza el derecho de propiedad;

XXIII- la propiedad atenderá su función social.

Claramente se percibe que la "función social actúa como fuerte límite al ejercicio del derecho de propiedad (CF, art. 5, XXIII), a punto de haber quien la considere parte integrante de su propia estructura" (Novelino, 2016, p. 375).

Acontece que para el legislador no bastó la disposición del artículo 5º, inciso XXIII, para que se atendiera a todo tipo de propiedad. Se hizo necesario reafirmar la institución privada y su función social como principios del orden

económico, como dispuso en el artículo 170º, incisos II y III de la constitución de 1988.

Art. 170º.- El orden económico, fundada en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos la existencia digna, conforme a los dictados de la justicia social, observados los siguientes principios:

II - Propiedad privada;

III - función social de la propiedad.

Referente al orden económico en Brasil, explica Castro (2007):

...la Constitución de 1988 se preocupó en el sentido de que el ejercicio de la actividad económica no perjudicara los derechos fundamentales, sino que los auxiliase, por lo que no se debe atribuir a la locución libre-iniciativa, una significación estrictamente económica, siempre a la libertad del hombre como individuo, o mejor, en cuanto persona. La libre empresa no es sino un corolario o proyección de esa libertad fundamentalmente. La constitución Federal de 1988 instauró, por lo tanto, un orden económico, basado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa observada la función social de la propiedad y la búsqueda del pleno empleo (p. 39).

De esta manera toda actividad empresarial desarrollada tiene una función social, ya sea porque posibilita opciones al consumidor y sus necesidades, o sea porque propicia puestos de trabajo y hace circular bienes y servicios, que se traducen en beneficios para toda sociedad (Negrão, 2010, p. 138).

3.3 La constitución y la actividad empresarial

La constitución es el mayor ordenamiento vigente, tanto en Argentina como en Brasil, y es el fundamento de todo el sistema legislativo. Castro (2007) entiende que:

...el Estado Democrático de Derecho se organiza jurídicamente a través de un instrumento normativo, es decir: la Constitución. La aplicación y eficacia concreta de la Carta Magna, por lo tanto, debe ocurrir en las relaciones entre el Estado y los individuos, así como las relaciones interindividuales, abrigadas en el campo civil. Los valores principios constitucionales deben tener su eficacia reconocida, además, no sólo cuando se asimilan al legislador ordinario, que los haya transpuesto a la legislación infra constitucional, sino también directamente a las relaciones entre los individuos, tanto que el debate involucrando los derechos fundamentales y el derecho privado se encuentra en el orden del día (pp. 21-22).

Al instaurar el orden económico, orientado por un régimen capitalista basado en la libre iniciativa, la Constitución privilegia la incidencia de los derechos

humanos fundamentales en dicha organización. Derechos que constituyen un Estado social y solidario, que sigue el camino guiado por la justicia social, el bienestar social y la dignidad de la persona humana.

Estado de derecho, fórmula que tiene ingredientes formales (sumisión de las autoridades a las normas constitucionales y legales, fundamentación del poder en la ley, en otras palabras, Estado legalitario) (Saguez, 2007, p. 23).

Queda claro que las normativas, reglamentos y demás leyes serán legislados con fundamento en los principios arriba enumerados, pudiendo incluir trabajo digno, uso y goce de la propiedad y la igualdad. De este modo, la actividad empresarial está inserta en una orden económica y financiera que son organismos constitucionales inseparables:

...de los principios fundamentales de la República Federativa y del Estado democrático de Derecho. Sus reglas apuntan a alcanzar los objetivos fundamentales que la constitución colocó en la meta constitucional de la República Federativa. El orden económico y financiero es, por lo tanto, instrumento para la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria. Es la fuente de las normas y decisiones que permitirán a la república garantizar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, la marginación, reducir las desigualdades sociales y promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación (Castro, 2007, p. 40).

Es evidente que el sistema económico es capaz de proveer al hombre sus derechos fundamentales que:

...son prestaciones positivas proporcionadas por el Estado directa o indirectamente, enunciadas en normas constitucionales, que posibilitan mejores condiciones de vida a los más débiles, derechos que tienden a realizar la igualación de situaciones sociales desiguales. Son, pues, derechos que se ligan al derecho de igualdad. Valen como presupuestos del goce de los derechos individuales en la medida en que crean condiciones materiales más propicias al ingreso de la igualdad real, lo que a su vez proporciona una condición más compatible con el ejercicio de la libertad (Silva, 1998, p. 289).

Así, la empresa es aliada fundamental del Estado, en proporcionar los derechos sociales inherentes a cada ciudadano y reducir las desigualdades por donde actúan.

3.3.1 Interés público de la conservación de empresas

La esencia de la expresión interés público en el ordenamiento concursal, o más específicamente en las acciones de preservación de empresas, es relativo a las expresiones interés general o interés social. Andrade (2013) define el interés público:

...como el interés resultante del conjunto de los intereses que los individuos personalmente tienen cuando se consideran en su calidad de miembros de la Sociedad y por el simple hecho de que siendo. Se destaca, en esta definición, la preocupación del jurisconsulto en señalar que el interés público no está divorciado de los intereses individuales. Aunque es impreciso afirmar que el interés público consiste en la suma de los intereses individuales, es incorrecto, según él, firmar un necesario antagonismo entre el interés del todo y el interés de las partes, entre el interés público y el interés privado, como si el interés público fuera un anti-interés individual. En efecto, el interés público no deja de ser la dimensión pública de intereses individuales, la manifestación de los intereses que cada una de las partes individualmente tiene en común, como componentes de una misma sociedad, aunque puede haber conflicto, en un caso concreto, entre el interés público y un determinado interés individual. Él cita como ejemplo el instituto de la expropiación: un individuo probablemente tendrá interés en no ser desapropiado, pero no puede tener interés en la inexistencia del instituto de la expropiación, pues éste es indispensable para la apertura de calles, construcción de escuelas, hospitales etc., en suma, es imprescindible para el bien social, y, por consiguiente, de cada uno de los individuos que componen la sociedad (pp. 75-76).

Las empresas están constituidas por elementos subjetivos y objetivos, personas y cosas, de acuerdo con Rubin (1991), y son envueltas por una combinación armónica y dinámica que generan intereses particulares y un valor de dimensión social. Lo que explica el contenido ético y moral que acerca el derecho concursal y le atribuye un gran carácter de solidaridad social (p.16).

Perin Junior (2009) describe la empresa como una institución de intereses generales de la sociedad y afirma:

Si desea indicar una institución social que, por su influencia, dinamismo y poder de transformación, sirva como elemento explicativo y definidor de la civilización contemporánea, la elección es indudable: esa institución es la empresa. Es de ella que depende, directamente, la subsistencia de la mayor parte de la población activa del país, por la organización del trabajo asalariado. Es de las empresas que provienen la gran mayoría de los bienes y servicios consumidos por el pueblo, y es de ellos que el Estado retira la porción mayor de sus ingresos fiscales (p.20).

Queda clara la dimensión social que la empresa alcanza, y consecuentemente el mantenimiento de su actividad en la sociedad está ligado al interés público, que a su vez, recibe respaldo constitucional para su protección.

3.3.2 Preservación de empresas como principio constitucional

Del análisis de las premisas constitucionales argentina y brasileña, nada cambia el hecho de que el principio de la preservación de empresas es constitucional.

El legislador, al crear mecanismos que fomentan o buscan el mantenimiento de la actividad empresarial, protege derechos constitucionales como el derecho al comercio e industria, al trabajo, función social de la propiedad; además de crear recursos, fiscales, para que el Estado proporcione mejores condiciones y bienestar para toda la sociedad.

La preservación de la empresa como principio constitucional, sin embargo, no deriva exclusivamente del principio de la búsqueda del pleno empleo, sino también del hecho de que la Constitución Federal, entre los principios generales de la actividad económica, establece la función social de la propiedad, lo que no en el caso de las empresas productivas, so pena de no atender a los intereses colectivos, sino tan sólo a los individuales y patrimoniales de sus titulares. La presente conclusión, además, encuentra respaldo en el entendimiento de que la empresa constituye la noción contemporánea de propiedad, lo que motivó a Orlando Gomes, aún en el siglo pasado, a decir que "la transición de la propiedad a la empresa es considerada una revolución copernicana en el derecho privado" (Castro, 2007, pp. 43-44).

A través de la empresa, indirectamente el Estado posee resguardo para que se cumplan sus propósitos –capitalismo agregado a la función social- junto con principios y normas materializados en el ordenamiento mayor, la Constitución.

La búsqueda del Estado por el mantenimiento de la fuente productora se convierte, entonces, en un principio de origen constitucional. Por más que no esté debidamente expresado, es tácita y clara, tal voluntad. Lo que hace que la idea de preservación empresarial, sea principio constitucional, y sirva para orientar la interpretación de cualquier norma. Por ende, su desatención importa una ofensa a la ley superior del Estado.

Luego la protección de los derechos humanos no se constituye en deber exclusivo del Estado, pero también es obligación de los empresarios y demás sujetos que actúan en el mercado. En el

marco de este proyecto constitucional, hay que defender que la preservación de la empresa fue erigida a principio constitucional, so pena de no alcanzar los objetivos pretendidos, entre los cuales, la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, aun porque no todos los principios constitucionales están escritos. Algunos de ellos existen, aunque no escritos, pudiendo aquí destacarse el principio de la seguridad jurídica (Castro, 2007, p. 41).

Por lo tanto, siendo la preservación de empresas reconocida como principio constitucional, entiende Silva (1998), que su aplicación es inmediata, "valiendo como regla que fundamenta un nuevo régimen jurídico de ésta, transformándola en una institución de derecho público" (p. 285).

3.4 Principios de los Procesos Concursales

Los procesos concursales, tanto en Argentina como Brasil, son regulados por una legislación que nos permite afirmar que son universales, oficiosos, colectivos, únicos e igualitarios.

3.4.1 Universalidad

Los procesos falenciales son de carácter universal, engloban la totalidad del patrimonio del deudor.

Cuando se considera al patrimonio como el conjunto de bienes y deudas (o cargas) de una persona, o también como el conjunto de sus derechos y obligaciones susceptibles de apreciación pecuniaria o valoración económica, los procesos que comprometen al patrimonio (en vez de comprometer algunos bienes singulares) tienden a sujetar todos los activos del deudor, y convocan a dirimir y hacer efectivos sus derechos sobre ellos a todos los titulares de acreencias contra ese deudor (Rouillon, 2017, p. 15).

3.4.2 Oficiosidad

El principio de la oficiosidad impone a la dirección de los procesos falenciales a cargo del juez. El avance del proceso de quiebra y concursal, es guiado por él, aunque basado en las voluntades del concursado o de los acreedores (Frick, 2018, p. 42).

Vítolo (2016) detalladamente complementa:

... el juez tiene la dirección del proceso, puede dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias, incluyendo dentro de sus facultades, entre otras, la comparencia del concursado y de las demás personas que puedan

contribuir al esclarecimiento de los hechos y otros poderes en lo que hace al régimen de violación de las restricciones en materia de administración de sus bienes, como en lo referente a la presentación de documentos que el concursado o terceros tengan en su poder (p. 99).

3.4.3 Colectividad

Los procesos concursales son colectivos, necesitan de la participación de todos los acreedores. Obviamente, no es posible la efectiva participación, pero todos son llamados para el desarrollo procesal, y de esta manera acceder al reconocimiento de sus créditos en tiempo y forma. Entiende Vítolo (2016) que:

Los procesos falenciales son procedimientos colectivos, porque no se desarrollan en beneficio de determinados acreedores, sino de la totalidad de éstos. Por otra parte, todos los acreedores son llamados a participar en el proceso, que tiene la particularidad de producir un efecto especial respecto de las relaciones jurídicas, ya que quienes se encuentren en condiciones de reclamar un crédito o una obligación al deudor y que, hasta el momento de la apertura del proceso falencial, se consideraban acreedores de éste, se convierten, por la apertura del proceso, sólo en pretendidos acreedores, quienes deberán concurrir y participar en el proceso colectivo, con el objeto de revalidar sus títulos para obtener un pronunciamiento que los coloque nuevamente en su status de acreedores, debiendo atenerse a las consecuencias y normas que rigen este proceso particular (p. 99).

3.4.4 Unicidad

La unicidad, o unidad, del proceso deriva del principio de la universalidad patrimonial de los procesos concursales. Se entiende que la imposibilidad lógica y jurídica, como expresa Rouillon (2017), de la existencia de procesos concursales equivalentes en igualdad de patrimonio y sujeto. "La característica de proceso único se complementa y concreta con la de juez único y con el fuero de la atracción" (p. 16).

Tal principio de unidad procesal impide que se tramite un proceso concursal preventivo y otro liquidativo a la vez. Concordantemente, la unidad procesal del concurso importa que no pueden existir dos procesos concursales en trámite, pues ello atenta contra la seguridad jurídica, la economía procesal, los derechos de las partes y, principalmente, contra el carácter de universalidad que impera en el concurso (Graziabile, 2016, p. 54).

3.4.5 Igualdad

O *pars conditio creditorum*, por lo que entiende Frick (2018): "... supone que todos los acreedores concurren en equivalencia de condiciones al concurso preventivo o la quiebra, soportando del mismo modo los pormenores que impone el procedimiento" (p.41).

Fazio Junior (2015) sostiene que la equidad es principio general del derecho, y en los procesos concursales se manifiesta en el trato equitativo de los créditos, siendo necesaria la observación de los porcentajes que corresponde a cada acreedor en la clasificación general, y que la índole preferencial de algunos acreedores sea debidamente respetada (p. 19).

3.5 Principios orientadores de los Concursos Preventivos y de la Recuperación Judicial

Son los principios inherentes a un sistema que pone a frente intereses colectivos y alimentan la economía del país. Sirven como brújula de los procesos concursales y de la recuperación judicial.

Están previstos expresa o implícitamente en el propio ordenamiento jurídico y poseen fuerza normativa. Con origen en el sistema, los principios se diferencian de las otras normas - denominadas reglas - por su naturaleza más genérica e indefinida, así como por su contenido. En ese sentido, Luis Roberto Barroso enseña que los principios reflejan la ideología de la sociedad, sus postulados básicos y sus fines, indicando una determinada dirección a seguir. Aunque venían de larga data, sólo en la dogmática jurídica moderna conquistaron el estatus de norma jurídica, superando la creencia de que tendrían una dimensión puramente axiológica, ética, sin eficacia jurídica (Andrade, 2013, p. 882).

3.5.1 Principio de la preservación de empresas

Para proteger el bienestar social, la dignidad del trabajo, la diversidad de circulación de bienes y servicios, el principio constitucional de preservación de las empresas dirige el sistema y el legislador concursal se apoya en el mantenimiento de la fuente productora. Los procedimientos de liquidación y

quiebra pierden la prioridad, frente a los procedimientos de continuación de actividad.

...la empresa es mucho más que los bienes que la integran. La combinación armónica y dinámica de los elementos subjetivos y objetivos (personas y cosas) tienen un valor para los particulares, y un valor –también- para la sociedad. Esto explica que el derecho concursal sea visto ahora imbuido de contenido ético o moral con un gran sentido de solidaridad social (Rubin, 1991, p. 16).

Fazzio Junior (2015) alimenta la idea de que la empresa representa una gran cadena de relaciones jurídicas y repercusión social, es una unidad de distribución de bienes y servicios, puntos de asignación de trabajo, y por eso no puede desaparecer sin dejar secuelas sociales (p. 20).

Es importante señalar que este principio separa los reales intereses que conllevan al mantenimiento de la empresa, a los intereses de sus mentores. El principio de preservación de empresas no pretende preservar o mantener a los empresarios o administradores de ella, sino a la fuente productora.

3.5.2 Principio de la Moralidad

Es uno de los principios orientadores de cualquier rama del derecho. En los procesos de preservación de empresas, en especial, donde derechos e intereses sociales están en juego, debe prevalecer la ética y moral de cualquier acto.

Véase artículo 52 ° número 4 de ley de concursos y quiebras Argentina: “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

Y también artículo 168° de la ley concursal brasileña:

Art. 168. Practicar, antes o después de la sentencia que decreta la quiebra, conceder la recuperación judicial u homologar la recuperación extrajudicial, acto fraudulento de que resulte o pueda resultar perjuicio a los acreedores, con el fin de obtener o asegurar una ventaja indebida para usted o para otros.

3.5.3 Principio de la viabilidad de la empresa

La viabilidad económica de la empresa es un principio orientado hacia la relevancia social de la empresa sumada a su capacidad de renacimiento orientado por un plan de reorganización adecuado a la actual condición económica.

La viabilidad de la empresa a ser recuperada no es cuestión meramente técnica, que pueda ser resuelta sólo por los economistas y administradores de empresas. Es decir, el examen de la viabilidad debe compatibilizar necesariamente dos aspectos de la cuestión: no puede ignorar ni las condiciones económicas a partir de las cuales es posible programar el reajuste del negocio, ni la relevancia que la empresa tiene para la economía local, regional o regional, nacional. Así, para merecer la recuperación judicial, el empresario individual o la sociedad empresarial deben reunir dos atributos: Tener potencial económico para remarcarse e importancia social. No basta con que los expertos se pongan de acuerdo en cuanto a la consistencia y factibilidad del plan de reorganización desde el punto de vista técnico. Es necesario que sea importante para la economía local, regional o nacional que dicha empresa se organice y vuelva a funcionar con regularidad; en otros términos, que valga la pena para que la sociedad brasileña cargue con las cargas asociadas a cualquier medida de recuperación de empresa no derivada de solución de mercado (Coelho, 2016, p. 183).

Para Vítolo (2016), ese principio fue introducido por la ley 24.522 que:

...esbozó un nuevo principio de conservación de la empresa, desde una óptica de realidad, como el de *empresa económicamente viable*. Es decir que el fin perseguido por la ley no era el de conservar *cualquier empresa y a cualquier costo* –costo que por otra parte, lo soportarán los acreedores- sino reconocer que la autonomía de la empresa constituía una verdadera revolución impuesta por la realidad económica y sociológica, porque la ciencia jurídica no se detiene más en la configuración de relaciones abstractamente consideradas, representando el instrumento siempre atento y sensible a las exigencias de las nuevas estructuras, a las que debe servir y dar las reglamentaciones apropiadas (p. 82).

3.5.4 Principio de protección de los trabajadores

El trabajo digno está aliado a principios fundamentales organizadores del sistema constitucional, tanto de Argentina como de Brasil. Es esencial que el sistema legislativo intervenga para la protección de los puestos de trabajo, de esa manera, el instituto de preservación de empresas tiene como uno de sus objetivos resguardar la dignidad de la clase trabajadora.

Sin embargo, los trabajadores son piezas fundamentales de la economía, y ampliando la visión unilateral existente entre trabajo y empleo, se debe resaltar que "ese individuo también genera riquezas al adquirir bienes y servicios, y consecuentemente, genera recaudación de tributos" (Perin Junior, 2009, p. 35).

3.5.5 Principio de la economía y celeridad procesal

Principio de extrema importancia al ámbito de preservación de empresas, donde están en juegos diversos intereses sociales, y derechos fundamentales humanos. "La rapidez en la solución de los conflictos sometidos al concurso es una de las principales causales de éxito de una ley concursal" (Graziabile, 2016, p. 56).

Este principio está directamente relacionado con la simplificación y efectividad procesal, o sea, la idea es que el proceso de recuperación de empresas debe obtener mayor resultado, a través del mínimo esfuerzo.

La celeridad procesal viene de la mano de la referida economía, la cual se trasluce en la concreta economía temporal en los plazos del proceso, es decir que no estamos ante el verdadero principio de economía procesal sino a la economía de la ley, es decir su integridad como sistema (Garaguso). La economía concursal busca la integridad de normas para lograr la reducción temporal en el logro de los fines del proceso (Graziabile, 2016, p. 57).

3.5.6 Principio de la publicidad y transparencia

Es un principio fundamental en las acciones de preservación de empresas, ya que el deudor debe demostrar total transparencia de su situación al acreedor, o incluso para el síndico, para que su plan de reorganización sea debidamente analizado y estudiado; y que su intervención no derive en una situación de quiebra.

3.5.7 Principio de la función social

El principio de preservación de la empresa, tiene en miras proteger y resguardar el interés colectivo. Dicho interés deriva de una función social que prevé la existencia jurídica de la empresa, y la hace encargada de alcanzar los intereses de la sociedad donde opera sus actividades.

Es que la función social, actualmente, se ha convertido en el mayor vector en la búsqueda de la continuidad de la actividad empresarial, y no sólo la insatisfacción del acreedor. Se percibe que es responsable de la armonización de la libre iniciativa con el interés social, y posee "aplicabilidad inmediata, como son todos los principios constitucionales" (Silva, 1998, p. 285).

3.5.8 Principio de lo interés de los acreedores

Antes de pensar en el interés social, cualquier régimen de insolvencia busca satisfacción del crédito existente en la relación entre acreedor y deudor.

El régimen de insolvencia, desde sus orígenes, retrata la preocupación del legislador con la suerte de los que titulan haberes contra el empresario en crisis. Se puede decir que, desde su origen, es una postura jurídica establecida, esencialmente, para atender a los derechos de los acreedores. Estos predominan y, como mínimo, constituyen el inicio para la deflagración procesal de la coyuntura universal de insolvencia (Fazzio Junior, 2015, p. 17).

3.5.9 Principio de la Legalidad

Este es un principio básico de cualquier estado democrático de derecho. Es un principio que prevé subordinación legal a la Constitución, de modo que el poder público ejerce su administración, de acuerdo a su ley y jurisdicción vigente. Silva (1998) sostiene que este principio:

...es una nota esencial del Estado de Derecho. Es, por consiguiente, un principio básico del Estado Democrático de Derecho, como hemos visto, porque es de la esencia de su concepto subordinar a la Constitución y fundarse en la legalidad democrática. Se sujeta al imperio de la ley, pero de la ley que realice el principio de igualdad y de justicia no por su generalidad, sino por la búsqueda de la igualación de las condiciones de los socialmente desiguales. Toda actividad está sujeta a la ley, entendida como expresión de voluntad general, que sólo se materializa en un régimen de división de poderes en que ella sea el acto formalmente creado por los órganos de representación popular, de acuerdo con el proceso legislativo establecido en la Constitución. Es en ese sentido que se debe entender la asertiva de que el Estado, o el Poder Público, o los administradores no pueden exigir ninguna acción, ni imponer ninguna abstención, ni mandar tampoco prohibir nada a los administradores, sino en virtud de ley (p. 421).

3.6 Conclusiones

En la actual concepción de actividad empresarial, se entiende que los intereses a ser suplidos no son únicos y exclusivamente particulares, sino de toda la sociedad debido a la función social con que la empresa actúa, en virtud de un ordenamiento superior.

La función social, en Argentina, fue por primera vez receptada en la Constitución de 1949, lo que no ocurre en la actual constitución vigente del país, donde la función social es tácita por jerarquía del Tratado Americano de Derechos Humanos.

En Brasil, la función social es debidamente expresada en el texto constitucional, e integra uno de los derechos fundamentales más importantes, el derecho a la propiedad.

Por lo que sostienen las Constituciones, argentina y brasileña, es posible afirmar que las leyes y normas que buscan el mantenimiento de la actividad empresarial tienen eficacia plena y aplicación inmediata, ya que son fundadas a través del principio constitucional de preservación de empresas.

La empresa es pieza fundamental de la economía e indirectamente auxilia al Estado, al proveer condiciones dignas y favorecer al bienestar social, permitiendo que las premisas fundamentales se pongan en práctica, y salgan del consuelo teórico del texto constitucional.

Los procesos concursales son universales, oficiosos, colectivos, únicos e igualitarios. Características, que, según la doctrina, describen la manera del funcionamiento de estos tipos de procesos.

En especial, los procesos de preservación de empresas, concursos preventivos en Argentina y recuperación judicial, son basados en normas que siguen los principios: principio de la preservación de empresas; principio de la moralidad; principio de la viabilidad de la empresa; protección de los trabajadores; principio de la economía y celeridad procesal; principio de la publicidad y transparencia; principio de la función social; principio de lo interés de los acreedores.

Es importante destacar el origen y los fundamentos de los institutos que apuntan a la continuación de la actividad comercial. Que dejan claro, que la industria y su manutención, son institutos de carácter social que apuntan al bienestar público.

A diferencia de lo que ocurría antes, donde la empresa sólo interesaba a los particulares, y su único propósito era la obtención de beneficios; donde la legislación concursal tenía por objetivo principal la satisfacción de los acreedores, hoy podría afirmarse que estamos ante un sistema legislativo solidario.

Es solidario, porque estamos ante una estructura que busca la preservación de la actividad para atender y suplir principios fundamentales constitucionales, destinados al interés social. La protección al interés colectivo, surge de la necesidad de satisfacer el interés individual de cada acreedor, generando que la mejor manera de satisfacer estos múltiples intereses, sea la continuación de la actividad.

La evolución del proceso concursal se deriva de la comprensión del legislador, sobre la capacidad de la empresa en ser un gran factor de apoyo a la constitución y las premisas básicas que allí se encuentran plasmadas, destacando la generación de empleo, distribución de productos y servicios, la función social contemplada en su existencia, la producción tributaria y todo el cuidado de la dignidad de la persona humana.

La ley superior y la empresa, caminan lado a lado en la búsqueda de la satisfacción del interés colectivo, y en la protección de los derechos humanos.

CAPÍTULO 4

LOS CONCURSOS PREVENTIVOS

4.1 Introducción

Este capítulo hace un esbozo sobre los concursos preventivos en Argentina, explicando desde su concepto hasta la finalización del proceso. También se abordan los acuerdos preventivos extrajudiciales, el salvataje de las empresas, y los pequeños procedimientos preventivos; todos de acuerdo con lo establecido por la ley 24.522, de concursos y quiebras argentina.

Por último, se expondrán algunos datos sobre los concursos preventivos, y se plantearán, algunas consideraciones y críticas al respecto de este instituto, merituando su eficiencia y aplicabilidad.

4.2 Concepto y naturaleza jurídica

El concurso preventivo es un procedimiento legal, que tiene por objetivo “evitar la quiebra de quien reconoce su cesación de pagos y para ello pide, a través de órgano jurisdiccional competente, la convocación de todos sus acreedores a quienes ha de ofrecer una forma de cancelación de su pasivo respetando el principio de igualdad” (Maciel, 2017, p. 60).

Para Vítolo (2016):

...es el proceso universal mediante el cual un deudor que se encuentra en imposibilidad de hacer frente al conjunto de sus obligaciones –estado de cesación de pagos-, se somete voluntariamente a un procedimiento judicial en el cual todos los acreedores so llamados a concurrir para ser tratados en pie de igualdad, salvo las preferencias de ley, con el objeto de intentar celebrar un acuerdo con ellos, bajo un régimen de doble mayoría – número de acreedores y monto de capital-, que le permita –a dicho deudor- superar la crisis. Si el acuerdo es obtenido y homologado judicialmente, importará la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior a la presentación efectuada por el deudor para acceder al concurso preventivo (p. 143).

“Se trata de un proceso universal por el cual el deudor *in malis* ofrece una propuesta a sus acreedores concursales –anteriores a la presentación en concurso-, quienes deben aceptarla por mayoría, que debe ser homologada por el juez” (Graziabile, 2016, p. 169).

Es un proceso, pedido únicamente por el deudor, que tiene como finalidad evitar la quiebra, cuyo objetivo es la superación del estado de cesación de pagos, a través de un acuerdo realizado con los acreedores.

Con respecto a la naturaleza jurídica de los concursos preventivos, se desarrollaron algunas teorías que pueden ser clasificadas en contractualitas, procesalistas y mixtas.

Sostenemos que el concurso preventivo, en su naturaleza jurídica, no puede ser caracterizado estrictamente como contractual o procesal. Consideramos que aquél tiene doble naturaleza pues "contiene elementos naturales y necesarios tanto privados negociables como públicos procesales" (Graziabile, 2016, p. 173).

No puede negarse que es necesaria la concurrencia de voluntades; así, la propuesta hecha por el deudor debe concurrir con la conformidad de la mayoría de los acreedores concurrentes (conf. art 45, LCQ), quienes poseen la libertad negocial de los contratos para celebrar el acuerdo con el límite en la paridad entre los acreedores. Se trata de un negocio plurilateral, pues si bien la oferta o propuesta parte unilateralmente, puede ser diferenciada e incluso alternativa para algunas categorías; la conformidad o aceptación se concreta plurilateralmente, pues se expresa por los acreedores individualmente a la propuesta a ellos efectuada (conf. art. 43, LCQ). Con la eliminación de la junta de acreedores y el sistema de conformidades que impone la ley 24.522, no se presentan en el expediente concursal acreedores disidentes –ni existen ausentes en la junta-, sino que directamente no expresan su voluntad confirmatoria a la propuesta. Ésta circunstancia, y no sólo ella, hace nacer el elemento procesal del acuerdo preventivo o concordato, pues es allí donde entra a jugar la importancia del órgano jurisdiccional para homologar o no el acuerdo e imponerlo a la minoría de acreedores que no presta conformidad incluidas las nuevas facultades judiciales introducidas con la reforma de la ley 25.589 (conf. art. 52, LCQ). Tenemos así un elemento negocial (deudor y mayoría) que hace nacer el acuerdo (conf. art. 49, LCQ) y un elemento procesal (homologación judicial) que le otorga a aquél fuerza de acuerdo concursal que resulta obligatorio para todas las partes (deudor y acreedores – mayoría y minoría-) con los efectos impuestos por la ley concursal (conf. art. 55, LCQ). Ni contrato ni proceso, ninguno de los dos exclusivamente, sino un contrato con

aprobación judicial procesal con efectos propios (Graziabile, 2016, pp. 173-174).

4.3 Legitimidad

Sólo el deudor puede solicitar apertura del concurso preventivo, pues se entiende que el mismo tiene voluntad, e intención de revertir el estado de cesación de pagos. Además de conocer, si un acuerdo con los acreedores ayudará a la empresa a superar tal situación.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 5º de la ley 24.522, podrán solicitar el inicio del concurso preventivo las personas comprendidas en el artículo 2º de la misma ley, incluidas las de existencia ideal en la liquidación.

Art. 2º.- Sujetos comprendidos. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.

Se consideran comprendidos:

- 1) El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de sucesores.
- 2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.

“El concurso puede ser declarado respecto de cualquier sujeto que tenga atributo de la personalidad y sea titular de un patrimonio, como todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones” (Pesaresi, 2018, p. 24).

4.4 Presupuestos y requisitos

Son necesarios tres presupuestos para la apertura de los concursos preventivos: el primero de carácter subjetivo, que es la existencia del sujeto pasivo del proceso concursal, el deudor -enumerados en los artículos 2º y 5º de la ley 24.522-; en segundo lugar, el presupuesto objetivo que el deudor se encuentre en estado de cesación de pagos -artículo 1º de la ley 24.522-; y finalmente, el presupuesto activo, es decir, que el sujeto legitimado solicite la apertura del proceso -artículos 6º a 10º de la ley 24.522- (Vítolo, 2016, p. 143).

Los requisitos necesarios para la apertura del proceso, abajo listados, se encuentran enumerados en el artículo 11º de la ley 24.522, de concursos y quiebras, y “tienden a brindar al tribunal y a los acreedores una información real

acerca de la exacta situación del deudor frente al concurso. Su sola lectura denota su objetivo y la finalidad que persigue en cada caso” (Maciel, 2017, p.71).

Aquél dice:

Art. 11º.- Requisitos del pedido. Son requisitos formales de la petición de concurso preventivo:

1) Para los deudores matriculados y las personas de existencia ideal regularmente constituidas, acreditar la inscripción en los registros respectivos. Las últimas acompañarán, además, el instrumento constitutivo y sus modificaciones y constancia de las inscripciones pertinentes.

Para las demás personas de existencia ideal, acompañar, en su caso, los instrumentos constitutivos y sus modificaciones, aun cuando no estuvieron inscriptos.

2) Explicar las causas concretas de su situación patrimonial con expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiera manifestado.

3) Acompañar un estado detallado y valorado del activo y pasivo actualizado a la fecha de presentación, con indicación precisa de su composición, las normas seguidas para su valuación, la ubicación, estado y gravámenes de los bienes y demás datos necesarios para conocer debidamente el patrimonio. Este estado de situación patrimonial debe ser acompañado de dictamen suscripto por contador público nacional.

4) Acompañar copia de los balances u otros estados contables exigidos al deudor por las disposiciones legales que rijan su actividad, o bien los previstos en sus estatutos o realizados voluntariamente por el concursado, correspondientes a los TRES (3) últimos ejercicios. En su caso, se deben agregar las memorias y los informes del órgano fiscalizador.

5) Acompañar nómina de acreedores, con indicación de sus domicilios, montos de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados o responsables y privilegios.

6) Enumerar precisamente los libros de comercio y los de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio utilizado, en cada caso, y ponerlos a disposición del juez, junto con la documentación respectiva.

7) Denunciar la existencia de un concurso anterior y justificar, en su caso, que no se encuentra dentro del período de inhabilitación que establece el artículo 59, o el desistimiento del concurso si lo hubiere habido.

8) Acompañar nómina de empleados, con detalle de domicilio, categoría, antigüedad y última remuneración recibida. Deberá acompañarse también declaración sobre la existencia de deuda laboral y de deuda con los organismos de la seguridad social certificada por contador público.

Vítolo (2016) sostiene que:

Para conocer la situación patrimonial del deudor, se le impone –a éste- en su solicitud, la obligación de acompañar en un estado detallado y valorado del activo y pasivo, actualizado a la fecha de presentación, con indicación precisa de su composición, las normas seguidas para su valuación, la ubicación, estado y gravamen de los bienes, y demás datos necesarios para conocer debidamente el patrimonio, acompañado de dictamen suscripto por contador público (p. 145).

4.5 Efectos de la apertura del proceso

Después de haber presentado la solicitud, el juez debe pronunciarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la ley 24.522:

Art. 13º.- Término. Presentado el pedido o, en su caso, vencido el plazo que acuerde el juez, éste se debe pronunciar dentro del término de CINCO (5) días.

Rechazo. Debe rechazar la petición, cuando el deudor no sea sujeto susceptible de concurso preventivo, si no se ha dado cumplimiento al artículo 11, si se encuentra dentro del período de inhibición que establece el artículo 59, o cuando la causa no sea de su competencia. La resolución es apelable.

Si se cumplen los requisitos y presupuestos, el juez procederá con la apertura del concurso preventivo, con base en el artículo 14 –transcripto a continuación- de la ley argentina de concursos y quiebras. “Esta resolución es de suma importancia, pues marcará la forma en que se estructura el concurso preventivo, las fechas más relevantes en el transcurso del mismo, e impondrá cargas y obligaciones al concursado, al síndico y a los acreedores” (Frick, 2018, p. 97).

Art. 14º.- Resolución de apertura. Contenido. Cumplidos en debido tiempo los requisitos legales, el juez debe dictar resolución que disponga:

- 1) La declaración de apertura del concurso preventivo, expresando el nombre del concursado y, en su caso, el de los socios con responsabilidad ilimitada.
- 2) La designación de audiencia para el sorteo del síndico.
- 3) La fijación de una fecha hasta la cual los acreedores deben presentar sus pedidos de verificación al síndico, la que debe estar comprendida entre los QUINCE (15) y los VEINTE (20) días, contados desde el día en que se estime concluirá la publicación de los edictos.
- 4) La orden de publicar edictos en la forma prevista por los artículos 27 y 28, la designación de los diarios respectivos y, en su caso, la disposición de las rogatorias, necesarias.

5) La determinación de un plazo no superior a los TRES (3) días, para que el deudor presente los libros que lleve referidos a su situación económica, en el lugar que el juez fije dentro de su jurisdicción, con el objeto de que el secretario coloque nota datada a continuación del último asiento, y proceda a cerrar los espacios en blanco que existieran.

6) La orden de anotar la apertura del concurso en el Registro de Concursos y en los demás, que corresponda, requiriéndose informe sobre la existencia de otros anteriores.

7) La inhibición general para disponer y gravar bienes registrables del deudor y, en su caso, los de los socios ilimitadamente responsables, debiendo ser anotadas en los registros pertinentes.

8) La intimación al deudor para que deposite judicialmente, dentro de los TRES (3) días de notificada la resolución, el importe que el juez estime necesario para abonar los gastos de correspondencia.

9) Las fechas en que el síndico deberá presentar el informe individual de los créditos y el informe general.

10) La fijación de una audiencia informativa que se realizará con cinco (5) días de anticipación al vencimiento del plazo de exclusividad previsto en el artículo 43. Dicha audiencia deberá ser notificada a los trabajadores del deudor mediante su publicación por medios visibles en todos sus establecimientos.

11) Correr vista al síndico por el plazo de diez (10) días, el que se computará a partir de la aceptación del cargo, a fin de que se pronuncie sobre:

a) Los pasivos laborales denunciados por el deudor;

b) Previa auditoría en la documentación legal y contable, informe sobre la existencia de otros créditos laborales comprendidos en el pronto pago.

12) El síndico deberá emitir un informe mensual sobre la evolución de la empresa, si existen fondos líquidos disponibles y el cumplimiento de las normas legales y fiscales.

13) La constitución de un comité de control, integrado por los tres (3) acreedores quirografarios de mayor monto, denunciados por el deudor y un (1) representante de los trabajadores de la concursada, elegido por los trabajadores.

“La apertura del concurso preventivo se resuelve por una verdadera sentencia. Ésta debe contener todos los requisitos propios de una sentencia judicial, entre ellos (y principalmente) motivación suficiente” (Rouillon, 2017, p. 53).

La apertura del proceso genera una diversidad de efectos, por lo que entiende Vítolo (2016):

...en relación con aspectos vinculados al régimen de administración de sus bienes por parte del deudor, de las relaciones jurídicas existentes –en especial lo que se denomina el “pronto pago” de los créditos de titularidad de acreedores laborales-, la suspensión de

acciones judiciales y hasta sobre la posibilidad de viajar al exterior (p. 153).

Los efectos de la apertura de los concursos preventivos se clasifican en patrimoniales, procesales y personales. Siguen dispuestos en los artículos 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la ley 24.522, que a continuación se citan.

Art. 15º. - Administración del concursado. El concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico.

Art. 16º. - *Actos prohibidos*. El concursado no puede realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación.

Pronto pago de créditos laborales. Dentro del plazo de diez (10) días de emitido el informe que establece el artículo 14 inciso 11), el juez del concurso autorizará el pago de las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades laborales y las previstas en los artículos 132 bis, 212, 232, 233 y 245 a 254, 178, 180 y 182 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744; las indemnizaciones previstas en la ley 25.877, en los artículos 1º y 2º de la ley 25.323; en los artículos 8º, 9º, 10, 11 y 15 de la ley 24.013; en el artículo 44 y 45 de la ley 25.345; en el artículo 52 de la ley 23.551; y las previstas en los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales, que gocen de privilegio general o especial y que surjan del informe mencionado en el inciso 11 del artículo 14.

...

Art. 17º. - Actos ineficaces. Los actos cumplidos en violación a lo dispuesto en el Artículo 16 son ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores.

...

Art. 18º. - Socio con responsabilidad ilimitada. Efectos. Las disposiciones de los artículos 16 y 17 se aplican respecto del patrimonio de los socios con responsabilidad ilimitada de las sociedades concursadas.

Art. 19º. - Intereses. La presentación del concurso produce la suspensión de los intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior a ella, que no esté garantizado con prenda o hipoteca. Los intereses de los créditos así garantizados, posteriores a la presentación, sólo pueden ser reclamados sobre las cantidades provenientes de los bienes afectado a la hipoteca o a la prenda.

...

Art. 20º. - *Contratos con prestación recíproca pendiente*. El deudor puede continuar con el cumplimiento de los contratos en curso de ejecución, cuando hubiere prestaciones recíprocas pendientes. Para ello debe requerir autorización del juez, quien resuelve previa vista al síndico. La continuación del contrato autoriza al cocontratante a exigir el cumplimiento de las

prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución.

...

Art. 21º. - Juicios contra el concursado. La apertura del concurso produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso. No podrán deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos.

...

Art. 22º. - Estipulaciones nulas. Son nulas las estipulaciones contrarias a lo dispuesto en los artículos 20 y 21.

Art. 23º. - Ejecuciones por remate no judicial. Los acreedores titulares de créditos con garantía real que tengan derecho a ejecutar mediante remate no judicial bienes de la concursada o, en su caso, de los socios con responsabilidad ilimitada, deben rendir cuentas en el concurso acompañando los títulos de sus créditos y los comprobantes respectivos, dentro de los VEINTE (20) días de haberse realizado el remate. El acreedor pierde a favor del concurso, el UNO POR CIENTO (1%) del monto de su crédito, por cada día de retardo, si ha mediado intimación judicial anterior. El remanente debe ser depositado, una vez cubiertos los créditos, en el plazo que el juez fije.

...Art. 24º. - Suspensión de remates y medidas precautorias. En caso de necesidad y urgencia evidentes para el concurso, y con el criterio del artículo 16, párrafo final, el juez puede ordenar la suspensión temporaria de la subasta y de las medidas precautorias que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada, en la ejecución de créditos con garantía prendaria o hipotecaria. Los servicios de intereses posteriores a la suspensión son pagados como los gastos del concurso, si resultare insuficiente el producido del bien gravado. Esta suspensión no puede exceder de NOVENTA (90) días.

...

Art. 25º. - Viaje al exterior. El concursado y, en su caso, los administradores y socios con responsabilidad ilimitada de la sociedad concursada, no pueden viajar al exterior sin previa comunicación al juez del concurso, haciendo saber el plazo de la ausencia, el que no podrá ser superior a CUARENTA (40) días corridos. En caso de ausencia por plazos mayores, deberá requerir autorización judicial.

4.6 Procedimientos

4.6.1 Notificaciones

Los artículos 26º, 27º, 28º y 29º de la ley 24.522 regulan sobre las publicaciones de los edictos para notificar a las partes, que puedan llegar a estar involucradas en el concurso preventivo.

En el art. 26 a las que ocurren en el expediente judicial, respecto del deudor; en los arts. 27 y 28 a las que acaecen a la probación en general (edictos), dirigidas a anotar al universo de acreedores e interesados, y en el art. 29 a las que producen respecto de los acreedores particularmente denunciados por el propio insolvente al pedir su convocatoria, que el síndico efectúa mediante envío de correspondencia (Pesaresi, 2018, p. 48).

4.6.2 Verificación de créditos

“Esta es una de las principales etapas del concurso, ya que su objetivo es la determinación del pasivo. Constituye el punto de partida alrededor del cual gira el acuerdo al que puede llegar el deudor con sus acreedores” (Maciel, 2017, p. 124).

Esta etapa del concurso se encuentra regulada por los artículos 32 y siguientes de la ley 24.522. La verificación interpela a todos los acreedores, con excepción de los laborales, que están específicamente contemplados en el artículo 16 de la citada ley (Pesaresi, 2018, p. 52).

El plazo para verificar el crédito es fijado por el juez en la sentencia de apertura del concurso, conforme el artículo 14 párrafo 3 de la ley 24.522.

“El síndico debe agotar los medios de investigación idóneos para formarse una opinión cabal y fundada de cada crédito, a fin de volcarla luego como dictamen en el informe individual”, explica Rouillon (2016) sobre la información de los créditos, respecto al artículo 33 de la ley concursal.

El artículo 34 de esta ley permite al deudor y a los acreedores verificar, impugnar, y hacer observaciones respecto a los créditos insinuados.

El síndico presentará su opinión, de forma individual a cada crédito, en veinte días y dentro de diez días, el juez decidirá sobre la procedencia y alcance de las habilitaciones (artículo 36), declarando comprobadas las no impugnadas y decidiendo acerca de las que fueron impugnadas. En relación a los créditos impugnados cabe petición de revisión dirigida al propio juez, por el interesado -

acreedor, síndico y deudor, dentro de veinte días (artículo 37). Contra la decisión de admisibilidad o inadmisibilidad de crédito impugnado es un recurso de apelación (Negrão, 2010, p. 65).

4.6.3 Informe del síndico

El artículo 39 de la ley concursal reglamenta el informe general. Por lo que entiende Frick (2018) es un período cargado de información en que:

...el síndico debe investigar profundamente entre otros aspectos, el desarrollo de los negocios realizados por el deudor y la composición del activo y pasivo de su patrimonio; todo lo cual le sirve de base para elaborar el informe en cuestión (art. 39 de la LCQ). Tal informe constituye un elemento clave del procedimiento, puesto que orienta al juez y a los acreedores insinuados durante la etapa informativa y de negociación o liquidación. Se trata de un dictamen de carácter profesional sobre la evolución y desarrollo económico, patrimonial y financiero del concursado o fallido, que reviste singular importancia para aquél, los acreedores y el juez, quienes basarán en él ciertos actos, pedidos o decisiones relevantes para el procedimiento (p. 179).

El informe contiene: las causas de insolvencia; activo y pasivo; libros de contabilidad; identificación del deudor; época en que ocurrió la cesación de pagos; actos revocables; opinión sobre el agrupamiento propuesto; posición del concursado en el mercado (Pesaresi, 2018, p. 60).

El artículo 40 de la ley 24.552 permite al deudor y acreedores verificados, formular observaciones al informe presentado.

4.6.4 Propuesta, período de exclusividad y acuerdo preventivo

La decisión judicial relacionada con la categorización de los acreedores (artículos 41 y 42 de la ley 24.522), posibilita la constitución del comité de aquéllos. Formado por un acreedor, titular del mayor crédito de cada categoría, continuando con el período de exclusividad, donde el deudor formulará propuestas de acuerdo preventivo, por categoría de acreedores, en miras a alcanzar la aprobación (Negrão, 2010, p. 68).

Frick (2018) sostiene que categorizar a los acreedores en clases facilita el logro del acuerdo, pues presenta propuestas diferenciadas con características distintas, donde toma en consideración la naturaleza de los créditos (p.186).

El período de exclusividad es el:

...lapso que el deudor tiene en forma exclusiva para poder negociar un acuerdo preventivo con sus acreedores. Dicho plazo es de noventa (90) días hábiles judiciales, contados a partir de que quede firme –*mysterio legis*- la providencia que fija definitivamente las categorías de acreedores, o el mayor plazo que el juez disponga – por existir un gran número de acreedores o categorías-, mayor plazo éste que nunca podrá exceder de los treinta (30) días del plazo ordinario (Vítolo, 2016, p. 173).

En relación a las propuestas de acuerdo, el artículo 43 la ley 24.522, es muy abierto en contenido, no ofrece restricciones, ni condicionamientos a la posibilidad de modificación. Para Rouillon (2017):

La propuesta de acuerdo es la fórmula que el concursado ofrece a sus acreedores para solucionar las deudas. Su contenido puede variar y, por ello, la mención de varios tipos de propuestas en el texto legal ha de entenderse como meramente ejemplificativa, dado que –en definitiva- se admite “cualquier otro acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente dentro de cada categoría, y en relación con el total de los acreedores a los cuales se les formulara propuesta (p. 115).

Es importante decir que puede haber concurso preventivo sin propuesta de acuerdo para los acreedores privilegiados. La única propuesta obligatoria, es para los acreedores quirografarios.

Para la aprobación el plan debe

...ser acepto por lo menos la mitad más uno de los titulares de créditos de cada categoría y representar el mínimo dos tercios del total de valores de capital computable que es la sumatoria de los créditos quirografarios verificados y declarados admisibles, a los que se añade el monto de los créditos que, siendo verificados o admisibles como privilegiados, son objeto de renuncia por su titular de la preferencia obtenida (Negrão, 2010, p.69).

La legislación concursal argentina ofrece dos soluciones en los casos en que el plan es rechazado: la quiebra si el deudor no obtiene concordancia de los acreedores quirografarios -artículo 46-; si la propuesta del deudor para acreedores privilegiados, o alguna categoría de estos, no hubiere obtenido la conformidad de la mayoría absoluta, antes de finalizar el periodo de exclusividad. Solo será declarado en quiebra si se encuentra expresado en el expediente que condicionaba la propuesta de acreedores quirografarios a la aprobación de las propuestas a los acreedores privilegiados -artículo 47-.

4.7 Cierre del proceso

Como establece el artículo 49 de la ley 24.522, “finalizado el período de exclusividad o el período de salvataje, según el caso, y conforme las primeras dos secciones, el juez debe dictar una providencia donde declare si existe o no acuerdo” (Pesaresi, 2018, p.77).

Dicha resolución judicial es pasible de impugnación fundada en: error en cómputo de la mayoría necesaria; falta de representación de acreedores que concurran a formar mayoría en las categorías; exageración fraudulenta del pasivo; ocultación o exageración fraudulenta del activo; inobservancia de formas esenciales para la celebración del acuerdo.

Después de las impugnaciones dentro del plazo, o del rechazo de las mismas el juez se encuentra habilitado para homologar el acuerdo conforme al artículo 52 de la ley 24.522:

Art. 52º.- Homologación. No deducidas impugnaciones en término, o al rechazar las interpuestas, el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo.

1. Si considera una propuesta única, aprobada por las mayorías de ley, debe homologarla.

2. Si considera un acuerdo en el cual hubo categorización de acreedores quirografarios y consiguiente pluralidad de propuestas a las respectivas categorías:

a) Debe homologar el acuerdo cuando se hubieran obtenido las mayorías del artículo 45 o, en su caso, las del artículo 67;

b) Si no se hubieran logrado las mayorías necesarias en todas las categorías, el juez puede homologar el acuerdo, e imponerlo a la totalidad de los acreedores quirografarios, siempre que resulte reunida la totalidad de los siguientes requisitos:

i) Aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios;

ii) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario;

iii) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes. Entiéndese como discriminación el impedir que los acreedores comprendidos en dicha categoría o categorías disidentes puedan elegir —después de la imposición judicial del acuerdo— cualquiera de las propuestas, únicas o alternativas, acordadas con la categoría o categorías que las aprobaron expresamente. En defecto de elección expresa, los disidentes nunca recibirán un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o con cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta;

iv) Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes.

3. El acuerdo no puede ser impuesto a los acreedores con privilegio especial que no lo hubieran aceptado.

4. En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley

“La homologación es la convalidación o aprobación por parte del juez del acuerdo preventivo” (Pesaresi, 2018, p. 80).

En la existencia de propuesta única para todos los acreedores se debe continuar con la homologación, en caso de caracterización de acreedores, se debe homologar si ha alcanzado las mayorías, caso contrario, el juez debe proceder con el instituto llamado *cramdown power*.

El *cramdown power* (inc. 2, apart. b) implica que el juez puede imponer un acuerdo a los acreedores quirografarios, aun cuando no se alcancen las mayorías, para lo cual debe sortear cuatro requisitos: i) que medie aprobación de al menos una de las categorías de acreedores quirografarios; ii) que –más allá de las categorías- haya conformidad de las tres cuartas partes del capital quirografario; iii) que no haya discriminación contra las categorías disidentes (dicha discriminación se puede soslayar con la posibilidad que se le da a estos acreedores de elegir cualquier otra propuesta); iv) que el pago que pueda resultar del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían a los disidentes en caso de decretarse la quiebra (Pesaresi, 2018, p. 81).

Posteriormente, el juez debe ordenar las medidas necesarias para que sea cumplido el acuerdo propuesto a los acreedores. Medidas que generalmente fueran propuestas en el propio acuerdo, o si así no fuere, cabe al juez disponerlas. Si aquél no las ordena de oficio, pueden requerirlas los acreedores involucrados o el síndico. Por ejemplo, para la reorganización de la empresa deudora “el juez deberá disponer aquellas medidas orientadas a la formalización de la propuesta, es decir, inherentes al aspecto administrativo y organizativo de la empresa, así como fijación del plazo para su ejecución (art. 53, LCQ)” (Frick, 2018, p. 245).

El acuerdo homologado extingue las obligaciones originarias por una nueva obligación y afecta a todos los acreedores quirografarios, incluyendo los socios solidarios. Los acreedores privilegiados son afectados por las cláusulas del acuerdo homologado y aquellos que no estuviesen comprendidos en el acuerdo preventivo, podrán ejecutar la sentencia de verificación ante el juez, según la

naturaleza de sus créditos, o petitionar la quiebra del deudor conforme lo previsto en el artículo 80, segundo párrafo.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 59 de la ley 24.522 el concurso se encuentra concluido:

Art. 59º.- Conclusión del concurso. Una vez homologado el acuerdo, y tomadas y ejecutadas las medidas tendientes a su cumplimiento, el juez debe declarar finalizado el concurso, dando por concluida la intervención del síndico.

Con carácter previo a la declaración de conclusión del concurso del concurso, se constituirán las garantías pertinentes, y se dispondrá mantener la inhibición general de bienes respecto del deudor por el plazo de cumplimiento del acuerdo, salvo conformidad expresa de los acreedores, las previsiones que el acuerdo previera al respecto, o las facultades que se hubieren otorgado al comité de acreedores como controlador del acuerdo.

El juez, a pedido del deudor y con vista a los controladores del acuerdo, podrá autorizar la realización de actos que importen exceder las limitaciones impuestas por la inhibición general.

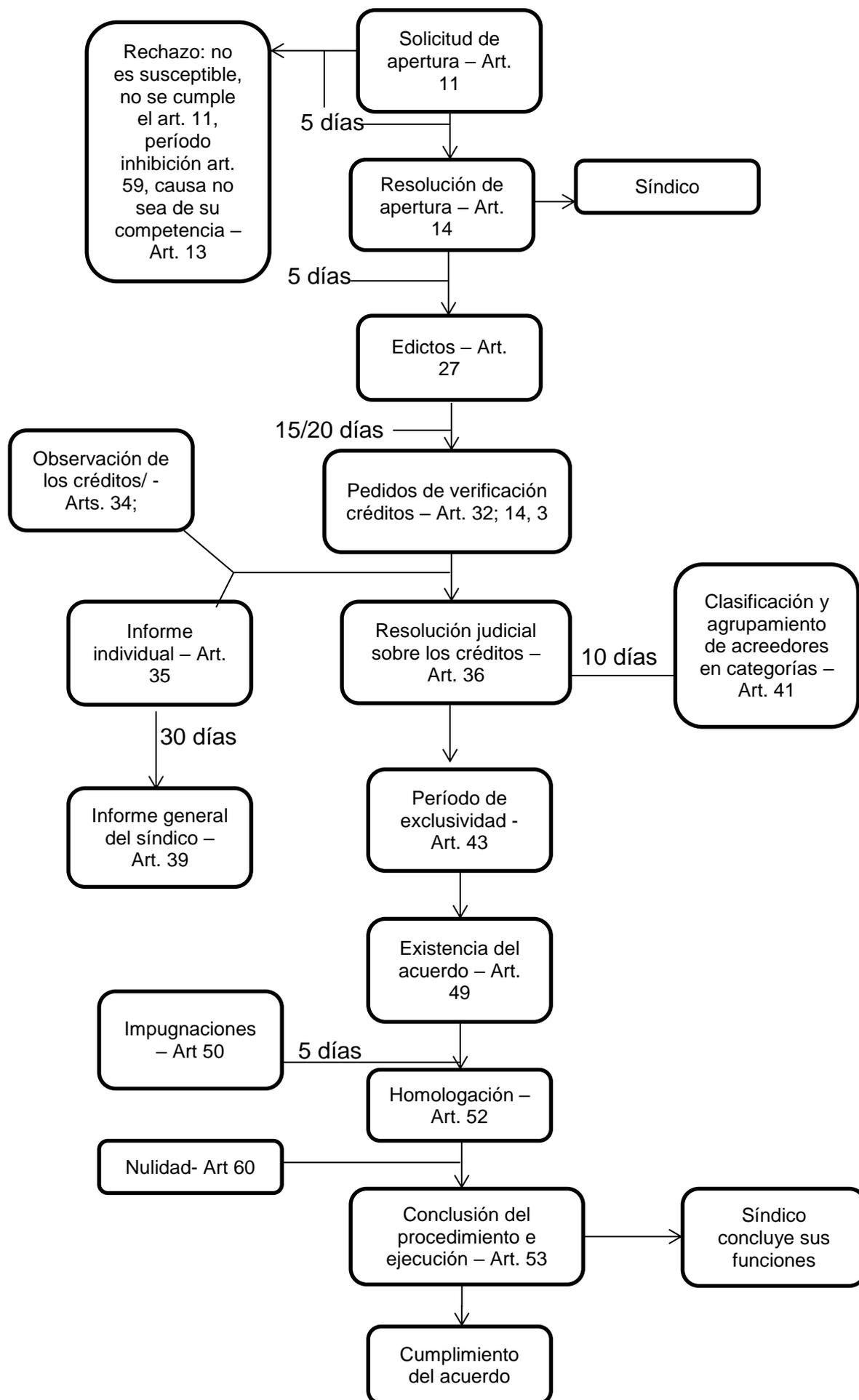
Con la conclusión del concurso cesan respecto del deudor las limitaciones previstas en los Artículos 15 y 16, con excepción de lo dispuesto en el presente artículo.

La resolución debe publicarse por UN (1) día, en el diario de publicaciones legales y UN (1) diario de amplia circulación; siendo la misma apelable.

Declaración de cumplimiento del acuerdo. Inhibición para nuevo concurso. El cumplimiento del acuerdo será declarado por resolución judicial emanada del juez que hubiese intervenido en el concurso, a instancias del deudor, y previa vista a los controladores del cumplimiento del acuerdo.

El deudor no podrá presentar una nueva petición de concurso preventivo hasta después de transcurrido el plazo de UN (1) año contado a partir de la fecha de la declaración judicial de cumplimiento del acuerdo preventivo, ni podrá convertir la declaración de quiebra en concurso preventivo.

4.8 Esquema del Concurso preventivo – Ley 24.522 de 1995.



4.9 Acuerdo preventivo extrajudicial y salvataje o *cramdown*

4.9.1 Acuerdo preventivo extrajudicial

El acuerdo preventivo extrajudicial por lo que entiende Vítolo (2016):

... es un acuerdo privado que libremente un deudor en dificultades económicas o financieras de carácter general, o en estado de cesación de pagos, concierta con una comunidad significativa de sus acreedores quirografarios en orden a permitirle superar la crisis que atraviesa; acuerdo éste que, si es presentado para su homologación por parte del tribunal competente, adquiere dos efectos de un acuerdo preventivo judicial homologado, imponiéndose forzosamente a todos los acreedores quirografarios de causa o título anterior a dicho acuerdo –hayan o no participado de él-, novando la totalidad de dichas obligaciones (p.105).

La naturaleza de estos acuerdos es contractual. Son contratos celebrados con todos o parte de los acreedores pudiendo convenirse en quitas, esperas, reorganización o cualquier método de solución o enfrentamiento de las dificultades económicas del deudor. Las ventajas de estos medios, sostiene Rouillon (2017), que son:

...la informalidad, rapidez, economía y discreción, frene a la mayor lentitud, formalismo, repercusión pública y onerosidad de los procedimientos judiciales. Carecen, sin embargo, de los efectos generales que afectan a los acreedores cuando se abre un concurso preventivo, tales como suspensión de las acciones individuales contra el deudor y la interrupción del curso de los intereses de sus deudas; salvo que dichos efectos se pacten en el acuerdo preconcursal, caso en que sólo operan respecto de las partes contratantes. Por otro lado, el incumplimiento de estos acuerdos se rige igualmente por la legislación contractual y, en consecuencia, no da lugar a la automática declaración de quiebra (indirecta) del deudor. En su caso, el acreedor o acreedores a quienes incumple podrán requerir el cumplimiento, pedir la resolución del contrato y, eventualmente, peticionar judicialmente la declaración de quiebra (directa, necesaria) del deudor... (p. 177).

Los legitimados a presentarse en el acuerdo preventivo extrajudicial son los sujetos concursables contemplados en el artículo 2º de la ley 24.522. El presupuesto objetivo, es que el deudor se encuentre en dificultades económicas o financieras, o en estado de cesación de pagos.

El acuerdo puede ser celebrado por instrumento público o privado, donde las partes son de un lado el deudor y de otro, los acreedores que consentirán con el acuerdo. “Si el acuerdo es homologado judicialmente se aplicará y extenderá a todos los acreedores de causa o título anterior al acuerdo homologado, hayan que sea puesta en el mismo día” (Vítolo, 2016, p. 106).

El contenido del acuerdo, es muy flexible, como lo establece el artículo 71 de la ley 24.522: “Libertad de contenido. Las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses y es obligatorio para ellas aun cuando no obtenga homologación judicial, salvo convención expresa en contrario”.

Para la homologación del acuerdo deben presentar al juez los documentos contemplados en el artículo 72º de ley 24.522, certificados por un contador público:

Art. 72º.- Requisitos para la homologación. Para la homologación del acuerdo deben presentarse al juez competente, conforme lo dispuesto en el artículo 3º, junto con dicho acuerdo, los siguientes documentos debidamente certificados por contador público nacional:

1. Un estado de activo y pasivo actualizado a la fecha, del instrumento con indicación precisa de las normas seguidas para su valuación;
2. Un listado de acreedores con mención de sus domicilios, monto de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados y responsables; la certificación del contador debe expresar que no existen otros acreedores registrados y detallar el respaldo contable y documental de su afirmación;
3. Un listado de juicios o procesos administrativos en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación;
4. Enumerar precisamente los libros de comercio y de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio utilizado a la fecha del instrumento;
5. El monto de capital que representan los acreedores que han firmado el acuerdo, y el porcentaje que representan respecto de la totalidad de los acreedores registrados del deudor.

Para que se homologue judicialmente el acuerdo, el artículo 73 establece que debe ser aprobado por la “mayoría de acreedores quirografarios que representes las dos terceras partes del pasivo quirografario total, excluyendo del cómputo a los acreedores comprendidos en las provisiones de lo artículo 45”.

4.9.2 Salvataje o *cramdown*

Es un instituto innovador del derecho concursal argentino, totalmente original, y fundamentado en el principio de preservación de la empresa - descrito en el tercer capítulo de este trabajo, tema 3.5.1-.

Los nuevos vientos reformistas de 1995 y la noción de empresa que evolucionaba en el derecho comparado, que se imponía por sobre el empresario, llevaron al legislador a incorporar en la ley 24.522 un procedimiento de salvataje, mal llamado *cramdown*. En resguardo del principio de conservación de la empresa, se intentaba mantener

aquella económicamente útil y viable a través de propuestas de terceros, cuando el empresario había fracasado en el intento. También se sostuvo que se trata de un mecanismo sancionatorio para aquellos empresarios inescrupulosos que utilizan del concurso preventivo para licuar su pasivo ante la amenaza del proceso liquidativo y para aquellos que desarrollaron una mala gestión empresarial (Graziabile, 2016, p. 403).

Ley 24.522, en el artículo 48, establece que los deudores enmarcados en sociedades de responsabilidad limitada, sociedades cooperativas, sociedades por acciones o sociedades en las que el municipio, provincia o el estado nacional sea parte, con algunas exclusiones previstas en la ley, tienen derecho a este procedimiento.

Graziabile (2016) explica que los pequeños concursos no habilitan el recurso de salvataje, y expone las circunstancias que habilitan al proceso:

El primero es el previsto por el art. 43, penúltimo párrafo, LCQ, que dispone que sea aplicable cuando el concursado no haga pública, oportunamente, la propuesta de acuerdo. Luego, conjuntamente, del primer párrafo, segunda parte, del art. 48, LCQ, y del art. 46, LCQ, surge que no será declarada la quiebra y será sometida al salvataje la concursada que vencido el período de exclusividad no haya logrado las conformidades con las mayorías necesarias para lograr el acuerdo, salvo que el acuerdo sea impuesto por el juez conforme al art. 52, inc. 2º b), LCQ. Finalmente, en el artículo 51, primer párrafo, LCQ, se dispone la habilitación del *cramdown* cuando el juez estime procedente una impugnación contra el acuerdo que impida su homologación (p. 407).

Estamos ante:

... una normativa específica, en el ámbito del concurso preventivo, un instituto revolucionario que se adelantó en más de quince años al Derecho Comparado –ejemplo Portugal e Italia-, tendiente a admitir, en cierto y determinados casos, la operatividad del principio de conservación de la empresa, permitiendo que, más allá de la suerte del empresario, pueda establecerse una oportunidad de salvataje para que materialice la realidad de conservar la empresa económicamente útil y viable, pero estableciendo un delicado y justo equilibrio entre los intereses de los titulares del capital y los de los acreedores (Vítolo, 2016, p. 177).

4.10 Los pequeños concursos

El concepto de los pequeños concursos está expuesto en el artículo 288 de ley 24.522:

Art. 288º.- Concepto. A los efectos de esta ley se consideran pequeños concursos y quiebras aquellos en los cuales se presente, en forma indistinta cualquiera de estas circunstancias:

1. Que el pasivo denunciado no alcance el equivalente a trescientos (300) salarios mínimos vitales y móviles.
2. Que el proceso no presente más de veinte (20) acreedores quirografarios.
3. Que el deudor no posea más de veinte (20) trabajadores en relación de dependencia sin necesidad de declaración judicial.

Frick (2018) sostiene que el objetivo de la incorporación del régimen de pequeños concursos “fue la de simplificar su procedimiento para abaratar tiempo, costo y despendio jurisdiccional, flexibilizando el trámite para una solución más inmediata y ágil de la situación de crisis de esta clase de deudores” (p. 371).

El artículo 289 de la ley 24.522 establece las peculiaridades que se presentan en los pequeños concursos:

Art. 289º.- Régimen aplicable. En los presentes procesos no serán necesarios los dictámenes previstos en el artículo 11, incisos 3 y 5, la constitución de los comités de acreedores y no regirá el régimen de supuestos especiales previstos en el artículo 48 de la presente ley. El controlador del cumplimiento del acuerdo estará a cargo del síndico en caso de no haberse constituido comité de acreedores. Los honorarios por su labor en esta etapa serán del 1% (uno por ciento) de lo pagado a los acreedores.

Este régimen, con relación a los concursos preventivos:

...aparece como desmedido en tiempo, tareas y costos para las particularidades propias del caso, por lo que se propicia desde hace años su reforma y simplificación. Se advierte en la práctica que esta clase de deudores acuden a la solución preventiva cuando tienen bienes liquidables (aunque escasos) en la faz activa de su patrimonio (vgr. Una casa y/o un auto) para evitar la liquidación inmediata que traería aparejada la quiebra, aventurándose a obtener un acuerdo, lo más ventajoso posible, con los acreedores que eventualmente concurren al proceso (Frick, 2018, pp. 375-376).

4.11 Datos, consideraciones y críticas

De acuerdo con el Centro de Economía Política Argentina –CEPA- el número de concursos preventivos está aumentando. En un estudio comparativo del primer trimestre anual de 2019 se registraron 125 concursos preventivos, contra 73 de 2018, 58 de 2017 y 49 de 2016.

Se ha presentado entre el primer trimestre del 2019 y el mismo período de 2018 un considerable incremento de los concursos de acreedores, siendo Córdoba quien experimenta la mayor suba con un 200%, seguido de la Provincia de Buenos Aires con el 65% y la Ciudad Autónoma con el 25%. A nivel total, el aumento de casos representa un 71% de Concursos más que en el primer trimestre de 2018 y 155% respecto al mismo período de 2016 (<https://centrocepa.com.ar/informes/221-evolucion-de-los->

procedimientos-preventivos-concurso-de-acreedores-y-quebras-cuantificacion-y-analisis-en-la-provincia-de-cordoba-ciudad-de-buenos-aires-y-provincia-de-buenos-aires.html).

En términos de tiempo, la duración promedio de los concursos preventivos es de más o menos 2,4 años (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-ineficiencia-do-atual-processo-de-recuperacao-judicial-de-empresas-no-brasil-21012019>).

Segundo el abogado Edgardo A. Ruibal -Matrícula Profesional Federal: T 66 F 237; Matrícula Profesional Provincial (Provincia de Córdoba): 1-31208-especialista en concursos y quiebras, en entrevista mantenida el día 26 de diciembre de 2019 por el *whatsapp*, la ley de concursos preventivos procesalmente es muy buena y flexible, para que el juez lleve a cabo su tarea de manera que preserve la actividad empresarial.

El verdadero problema que describe es la presentación tardía de la acción, donde el deudor a menudo se encuentra en una situación irreversible, y sin otra opción que la quiebra. Esto se debe a que la legislación permite que solo el deudor pueda solicitar este remedio legal que impide la quiebra, lo que en otras legislaciones pueden hacer los acreedores, o el propio estado.

Con relación a los acreedores, para el Dr. Ruibal, siempre ha habido mucha flexibilidad para las propuestas que buscan el mantenimiento de la empresa, incluso entendiendo que es la mejor manera de recibir sus créditos. El síndico además de ser contador público -al menos 5 años de registro- u oficinas de contabilidad -la mayoría de profesionales registrados por más de 5 años-, son exigidos, como en la provincia de Córdoba, profesionales con cursos de especialización en sindicatura concursal, lo que muestra gran interés en la calificación de estos profesionales.

4.12 Concursos preventivos en tiempos de Covid-19

Ante la situación de pandemia que atraviesa el mundo, sumado al escenario económico argentino, era necesaria una reforma en la ley de quiebras, en un intento de asistir a los deudores a favor de mantener la actividad empresarial y proteger la economía argentina.

En 31 de julio de 2020, la cámara de Diputados, por votos da mayoría absoluta, acordó con la reforma de la ley de concursos y quiebras -250 votos

afirmativos y ningún voto en contra- que declara emergencia y suspensión de los plazos de concursos y quiebras hasta 31 de marzo de 2021 – ley de sostenimiento de la actividad económica en el marco de emergencia sanitaria pública coronavirus – covid 19 emergencia para procesos de concursos preventivos y quiebras.

Art. 1º. Declárase, hasta el 31 de marzo de 2021, la emergencia de los sujetos comprendidos en los procesos de concursos preventivos y acuerdos preventivos extrajudiciales que se encuentren en trámite, así como también de los sujetos comprendidos en los concursos preventivos que se peticiones y en los tramites de quiebra que se inicien desde la vigencia de la presente ley y hasta la fecha citada.

Esta ley también se extenderá a los nuevos concursos presentados hasta el 31 de marzo de 2021, y tiene como objetivo la suspensión del cómputo de los plazos en los procesos concursales en trámite, delegando en el juez la readecuación del cronograma de plazos del proceso concursal en trámite.

La reforma también prevé, de pleno derecho y sin requerimiento de parte, desde la vigencia de la ley:

- a) suspensión de los procesos de ejecución de garantías de obligaciones financieras, incluidas las ejecuciones de garantías de cualquier tipo respecto fiadores, avalistas, codeudores
- b) las subastas judiciales y extrajudiciales, incluyendo las hipotecarias y prendarias de cualquier origen, incluyendo las comprendidas en la ley 24.441;
- c) el curso de la prescripción y de caducidad de los créditos así también como la ejecución de coobligados;
- d) En el caso de acuerdos concursales judiciales o extrajudiciales homologados en los términos de la Ley No 24.522 de Concursos y Quiebras, el plazo para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor se prorroga por el término de un año desde el vencimiento originariamente previsto. Las cuotas ya vencidas e impagas serán exigibles a partir del día en que cese el estado de emergencia;
- e) Suspensión el trámite de los pedidos de quiebra, en los casos contemplados en el artículo 77 de la Ley No 24.522 de Concursos y Quiebras, excepto para las medidas previstas en el artículo 85 de dicha norma - Medidas precautorias. En cualquier estado de los trámites anteriores a la declaración de quiebra, a pedido y bajo la responsabilidad del acreedor, el juez puede decretar medidas precautorias de protección de la integridad del patrimonio del deudor, cuando considere acreditado prima facie lo invocado por el acreedor y se demuestre peligro en la demora;

La reforma prohíbe nuevos embargos sobre cuentas bancarias, excepto para el caso de los procedimientos de comprobación y pronto pago de créditos

laborales, y créditos de origen alimentario y tendrá una reducción en los costos procesales.

Además, la ley faculta al juez a adoptar las medidas conducentes para la rehabilitación de la persona humana – que no desarrollen actividad comercial ni empresaria- para la protección de su dignidad y de su grupo familiar.

4.13 Conclusiones

La legislación de concursos y quiebras argentina prevé dos procedimientos preventivos, el concurso preventivo –objeto de estudio- y el acuerdo preventivo.

Para el buen desarrollo del concurso preventivo el juez cuenta con un síndico concursal, el comité de acreedores -provisional y definitivo-; y la asamblea de acreedores que comprende el conjunto de órganos deliberativos y de ejecución del caso.

La apertura del concurso tiene como presupuesto el estado de insolvencia llamado “cesación de pagos” y puede ser solicitado antes, o incidentalmente, después que ha sido decretada la quiebra. Este mecanismo de recuperación de empresas argentino es básicamente operado bajo el mando del deudor, quien tiene el poder de realizar el pedido y sigue a cargo de las actividades, administrando la empresa durante el período de reorganización, pero bajo la vigilancia del síndico concursal.

Aunque el síndico no gestiona los activos de la empresa en crisis, tiene la obligación de supervisar y controlar los actos de la administración realizados por el deudor, comunicando al juez cualquier acto contrario a la ley y a los intereses de los acreedores, que puede declararse nulo y sin efecto. En dicho caso, será eliminado de la administración, y reemplazado por un administrador designado por el tribunal. También es responsable de revisar y asesorar al juez sobre el plan de recuperación, la verificación y calificación de los créditos y la evaluación de los valores de realización de los activos del deudor.

Con respecto al plan, la ley argentina es muy maleable y simple, lo que habilita propuestas remisorias o dilatorias, o ambas y permite la creación de empresas con acreedores no garantizados, la reorganización corporativa, la administración total o parcial de los activos de la empresa en interés de los acreedores, la constitución de garantías sobre activos de terceros, la transferencia de acciones de otras empresas, la capitalización de créditos de acciones y varias

otras formas, demostrando ser un régimen que influye en la superación de la crisis, a través de la recuperación de la actividad.

La aprobación de la propuesta es el poder de los acreedores, que están muy dispuestos a negociar y continuar el plan, entendiendo que a menudo es la forma más efectiva de recibir lo que se les adeuda.

La mala fase económica en Argentina es responsable del aumento de los concursos preventivos. Es un excelente sistema de leyes, pero se vuelve ineficaz debido a la demora del deudor en solicitar este remedio legal para la crisis, dejándolo para cuando se encuentra en una situación en la que no hay vuelta atrás. El único remedio, es la quiebra.

Es de destacar que el concurso preventivo es un sistema destinado a reconstruir la actividad empresarial, y busca evitar situaciones críticas para las empresas que agregan valores a la sociedad. Es un método muy bien plasmado en la ley, que busca la satisfacción total de los acreedores, además de proporcionar muchas oportunidades para que el deudor tenga una segunda chance en su negocio. Es un sistema rápido, que tiene al juez como pieza central, pero debidamente asistido y bien informado por un síndico profesional capaz de repasar toda la situación en la que se encuentra el deudor y ganar la confianza de los acreedores para que todo suceda de la mejor manera posible y la sociedad no tenga pérdidas.

CAPÍTULO 5

LA RECUPERACIÓN JUDICIAL

5.1 Introducción

En este capítulo se describirá la recuperación judicial en Brasil, desde su concepto, naturaleza jurídica hasta el curso del proceso y su conclusión. También se abordarán temas como la recuperación extrajudicial y de pequeñas empresas, todo bajo la ley 11.101 de 2005 de quiebras y recuperación de empresas.

Por último, se expondrán algunos datos sobre la recuperación judicial, y se plantearán algunas consideraciones y críticas al respecto de este instituto, de acuerdo a su eficiencia y aplicabilidad.

5.2 Concepto y naturaleza jurídica

La propia Ley 11.101 de 2005 define la recuperación judicial en su texto legal, según lo previsto en el artículo 47.

Art. 47º. El propósito de la recuperación judicial es hacer posible superar la crisis económica y financiera del deudor, a fin de mantener la fuente de producción, el empleo de los trabajadores y los intereses de los acreedores, promoviendo así la preservación de empresa, su función social y el estímulo de la actividad económica.

El gran vector de recuperación judicial, como ya se dijo y se cita en el texto legal que antecede, es el interés social. Por encima de los intereses de los acreedores, la principal preocupación de la ley brasileña es de naturaleza social. El objetivo del instituto, de acuerdo con Perin Junior (2009) es:

...salvar a la empresa de la quiebra, mantenerla activa, preservar las calificaciones obtenidas y corregir las deficiencias. En resumen, desinfectar financieramente a la empresa, manteniendo la calidad de sus productos, para al menos conservar su potencial de mercado, y se pueden hacer reformulaciones y ajustes con miras a mejoras y, por lo tanto, proporcionar, incluso indirectamente, dignidad de la persona humana, como resultado de la valorización del trabajo humano (pp. 135-136).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la recuperación judicial, la combinación de los intereses del deudor y los acreedores, junto con el ejercicio del poder judicial, le da a este instituto un carácter contractual; basado en los acuerdos realizados entre las partes citadas, y en paralelo el carácter procesal,

obviamente caracterizado por la actuación judicial y asistentes de justicia. Además, el carácter social está presente, como explica Franco (2008): “Cualquiera que sea el plan (recuperación o liquidación de la actividad empresarial), es un contrato social, ya que debe exponer y justificar el nivel y la perspectiva del empleo, así como las condiciones sociales para mantener la actividad empresarial” (p. 232).

5.3 Legitimidad

Para Coelho (2014): “Solo aquellos que son legítimamente pasivos a la bancarrota tienen una legitimidad activa para el proceso de recuperación judicial. Es decir, solo aquellos que están en riesgo de quiebra pueden reclamar el beneficio de la recuperación judicial” (p. 172).

Describe así el artículo 1 de la Ley 11.101 de 2005: “Esta Ley regula la recuperación judicial, la recuperación extrajudicial y la quiebra del empresario y la empresa, en lo sucesivo denominado simplemente deudor”.

Además del empresario y la sociedad empresaria, el cónyuge sobreviviente, los herederos del deudor y el inventor o socio remanente están legitimados (Almeida, 2017, pp. 324-325).

5.4 Requisitos

Como se indicó anteriormente, además de ser un empresario o una sociedad empresaria, para solicitar la quiebra, se establecen algunos requisitos, según lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 11.101 del año 2005.

Art. 48º. Un deudor que, en el momento de la solicitud, ha estado ejerciendo sus actividades regularmente durante más de dos (2) años y puede cumplir con los siguientes requisitos, puede solicitar de forma acumulativa:

- I - no estar en quiebra y, si fue en bancarrota, se declaran extinguidas, por juicio final, las responsabilidades resultantes;
- II - no haya obtenido, durante menos de 5 (cinco) años, una subvención de recuperación judicial;
- III - no haya obtenido, durante menos de cinco (5) años, una subvención de recuperación judicial basada en el plan especial mencionado en la Sección V de este Capítulo;

IV - no haber sido condenado o no tener, como administrador o socio controlador, una persona condenada por cualquiera de los delitos previstos en esta Ley.

5.5 Efectos de la apertura del proceso

La solicitud inicial, según lo dispuesto en el artículo 51 de la ley 11.101 de 2005, debe contener:

Art. 51. La petición inicial de recuperación judicial se instruirá con:

I - la explicación de las causas concretas de la situación patrimonial del deudor y las razones de la crisis económica y financiera;

II - los estados financieros relacionados con los últimos tres (3) años fiscales y aquellos preparados especialmente para instruir la solicitud, preparados en estricto cumplimiento de la ley corporativa aplicable y necesariamente compuestos de: a) balance general; b) estado de ganancias retenidas; c) estado de resultados desde el último año fiscal; d) informe de gestión del flujo de caja y su proyección;

III - la lista nominal completa de acreedores, incluidos aquellos obligados a realizar o dar, con la indicación de cada dirección, la naturaleza, clasificación y valor actualizado del crédito, especificando su origen, el régimen de los respectivos vencimientos e indicación de los registros contables de cada transacción pendiente;

IV - la lista completa de empleados, que incluye sus deberes, salarios, indemnizaciones y otras cuotas a las que tienen derecho, con el mes de competencia correspondiente, y el desglose de las cantidades pendientes de pago;

V - certificado de regularidad del deudor en el Registro Público de Empresas, los estatutos actualizados y las actas de nombramiento de los administradores actuales;

VI - la lista de los activos privados de los accionistas controladores y los administradores del deudor;

VII - los estados actualizados de las cuentas bancarias del deudor y sus eventuales inversiones financieras de cualquier tipo, incluidos fondos de inversión o bolsas de valores, emitidos por las instituciones financieras respectivas;

VIII - certificados de oficinas de protestas ubicadas en el distrito del domicilio o sede del deudor y en aquellos donde tiene una sucursal;

IX - la lista, suscrita por el deudor, de todas las demandas en las que él es parte, incluidas las de naturaleza laboral, con la estimación de los respectivos montos exigidos.

Una vez cumplidos los requisitos del artículo 51, se generan los siguientes efectos: el juez ordenará la suspensión de acciones y ejecuciones contra el deudor, excepto las acciones que exijan un monto ilíquido, reclamos laborales y ejecuciones fiscales. El deudor y sus administradores continuarán sus

actividades, bajo la supervisión del comité de acreedores –si hubiere -, y del síndico designado después de la solicitud inicial aceptada; novación de deudas para que las antiguas se extingan y salden; hasta la aprobación del plan no necesita presentar informes sobre quitas de deudas tributarias (Almeida, 2017, pp. 338-339).

5.6 Procedimiento

5.6.1 Notificaciones

Concedida la solicitud de recuperación judicial, conforme lo dispuesto en el artículo 52, párrafo 1 de la ley brasileña de quiebras, se determina que el juez ordene la emisión de un edicto, el cual se publica en órgano oficial, que contendrá: el resumen de la solicitud del deudor y la decisión que defiende el proceso de recuperación judicial; lista nominal de acreedores, que discrimina el valor presente y la clasificación de cada crédito; la advertencia sobre los plazos de habilitación de créditos para los acreedores que se opongan al plan.

5.6.2 Verificación de créditos

La verificación de créditos se realiza de conformidad con el artículo 7 de la referida ley: "...será realizado por el síndico, con base en los libros de contabilidad del deudor y los documentos comerciales y fiscales y los documentos que le presenten los acreedores, con la asistencia de profesionales o empresas especializadas".

Una vez que el juez publique el aviso, los acreedores tendrán 15 días para presentarle al administrador sus calificaciones o sus desacuerdos con respecto a los créditos relacionados. Al finalizar los 15 días el síndico publicará un aviso con la lista de acreedores, disponiendo de un plazo de 45 (cuarenta y cinco) días para hacerlo.

5.6.3 El plan

De acuerdo a lo establecido el artículo 53, el deudor debe presentar el plan dentro de los 60 días posteriores a la publicación de la resolución de concesión de la tramitación de la recuperación judicial. La fecha límite no es extensible y puede

convertirse en quiebra. Debe mostrarse en su contenido: medios de recuperación a emplear, detallados; demostración de su viabilidad económica; e informe económico-financiero y evaluación de los activos y pasivos del deudor, firmado por una empresa profesional o especializada, legalmente calificada.

Los medios establecidos por la legislación de quiebras brasileña para la recuperación de empresas son: concesión de términos y condiciones especiales para el pago de obligaciones vencidas o vencidas; escisión, constitución, fusión o transformación de una empresa, constitución de una subsidiaria de propiedad absoluta, o cesión de acciones o participaciones, sujeto a los derechos de los accionistas, de conformidad con la legislación vigente; cambio de control corporativo; reemplazo total o parcial de los gerentes del deudor o modificación de sus cuerpos administrativos; otorgar a los acreedores el derecho de elección por separado de los directores y el poder de veto en relación con los asuntos especificados en el plan; aumento de capital; transferencia o arrendamiento de establecimiento, incluso a la empresa constituida por los propios empleados; reducción de salario, compensación de horas y reducción de horas de trabajo, por convenio colectivo o acuerdo; dar en pago o novación de deudas de la responsabilidad, con o sin constitución de garantía propia o de terceros; constitución de empresa de acreedores; venta parcial de bienes; igualación de los cargos financieros relacionados con deudas de cualquier naturaleza, teniendo como término inicial la fecha de distribución de la solicitud de recuperación judicial, incluida la solicitud de contratos de crédito rural, sin perjuicio de las disposiciones de la legislación específica; disfrute de la compañía; administración compartida; emisión de valores; constitución de una compañía de propósito especial para otorgar los activos del deudor en el pago de reclamos.

Este plan sufre algunas limitaciones vinculadas al interés social. Por lo tanto, no puede estipular un plazo superior a 1 año para el pago de mano de obra y reclamos accidentales vencidos hasta la fecha de la solicitud de recuperación. Tampoco puede establecer un límite de tiempo de más de 30 días para el pago de créditos estrictamente salariales vencidos en los 3 meses anteriores a la solicitud. El límite de este pago es de 5 salarios mínimos por trabajador (Fazzio Junior, 2015, p. 167).

Cualquier acreedor puede oponerse al plan de reorganización judicial dentro de los 30 días a partir de la fecha de publicación de la lista de acreedores. En caso de objeción, el juez convocará a una reunión general de acreedores para

deliberar sobre este plan dentro de los 150 días de la fecha de aprobación de la recuperación. La reunión nombrará a los miembros del comité de acreedores si ya no están constituidos por él para aprobar, rechazar o presentar un plan alternativo (Almeida, 2017, p. 359).

Aprobado el plan el deudor deberá presentar, en cinco días, certificados que demuestren la ausencia de deudas tributarias o certificados de pago a plazos de estas deudas.

Vale la pena mencionar que en la legislación brasileña también hay *cramdown*, como se indica en el artículo 58, párrafo 1 y los puntos I, II y III, donde se estipulan ciertas condiciones que, si se cumplen, incluso ante el rechazo del plan de recuperación judicial por la junta general de acreedores, permiten al juez otorgar la recuperación judicial. Son ellas: el voto favorable de los acreedores que representan más de la mitad del valor de todos los créditos presentes en la reunión, independientemente de las clases; aprobación del plan en todas menos una de las clases de acreedores con derecho a voto; el voto favorable de más de un tercio de los acreedores de la clase en la cual el plan fue rechazado; y la equivalencia de tratamiento entre todos los acreedores en la clase en la cual el plan fue rechazado.

5.7 Cierre del proceso

Después de que se apruebe el plan de recuperación judicial, el juez tomará una decisión que otorgue la recuperación, o declare la quiebra de la empresa.

Según el artículo 61 de la ley de quiebras, dado la decisión de otorgar el procedimiento de reorganización el deudor permanecerá en estado de recuperación hasta que se cumplan todas las obligaciones del plan hasta 2 años después de otorgada la recuperación judicial.

Aun así, la ley determina, en virtud del artículo 63: el pago del saldo de los honorarios al fiduciario, pudiendo liquidar estas obligaciones solo mediante la rendición de cuentas dentro de los 30 días, y aprobando el informe previsto en el punto III del contenido de este artículo; el cálculo del saldo de los costos judiciales a pagar; la presentación de un informe detallado por parte del administrador dentro de los 15 días, con respecto a la ejecución del plan de recuperación por

parte del deudor; la disolución del Comité de Acreedores y el despido del síndico; comunicación al Registro Público de Empresas para las medidas adecuadas.

5.7.1 Declaración de quiebra durante el proceso de recuperación judicial

La Ley de bancarrota de Brasil establece en su artículo 73 una hipótesis en la cual la quiebra se decretará durante el proceso de recuperación judicial: La asamblea de acreedores, por mayoría calculada proporcionalmente por el valor de las reclamaciones, puede considerar que la situación del deudor es muy grave y no es susceptible de reestructuración; no presentar el plan dentro de los 60 días a partir de la orden que determina el procesamiento de la acción; el rechazo del plan por parte de los acreedores; e incumplimiento del plan en la fase de ejecución.

Art. 73º. El juez se declarará en quiebra durante el proceso de recuperación judicial:

I - por resolución de la junta general de acreedores, de conformidad con el art. 42 de esta Ley;

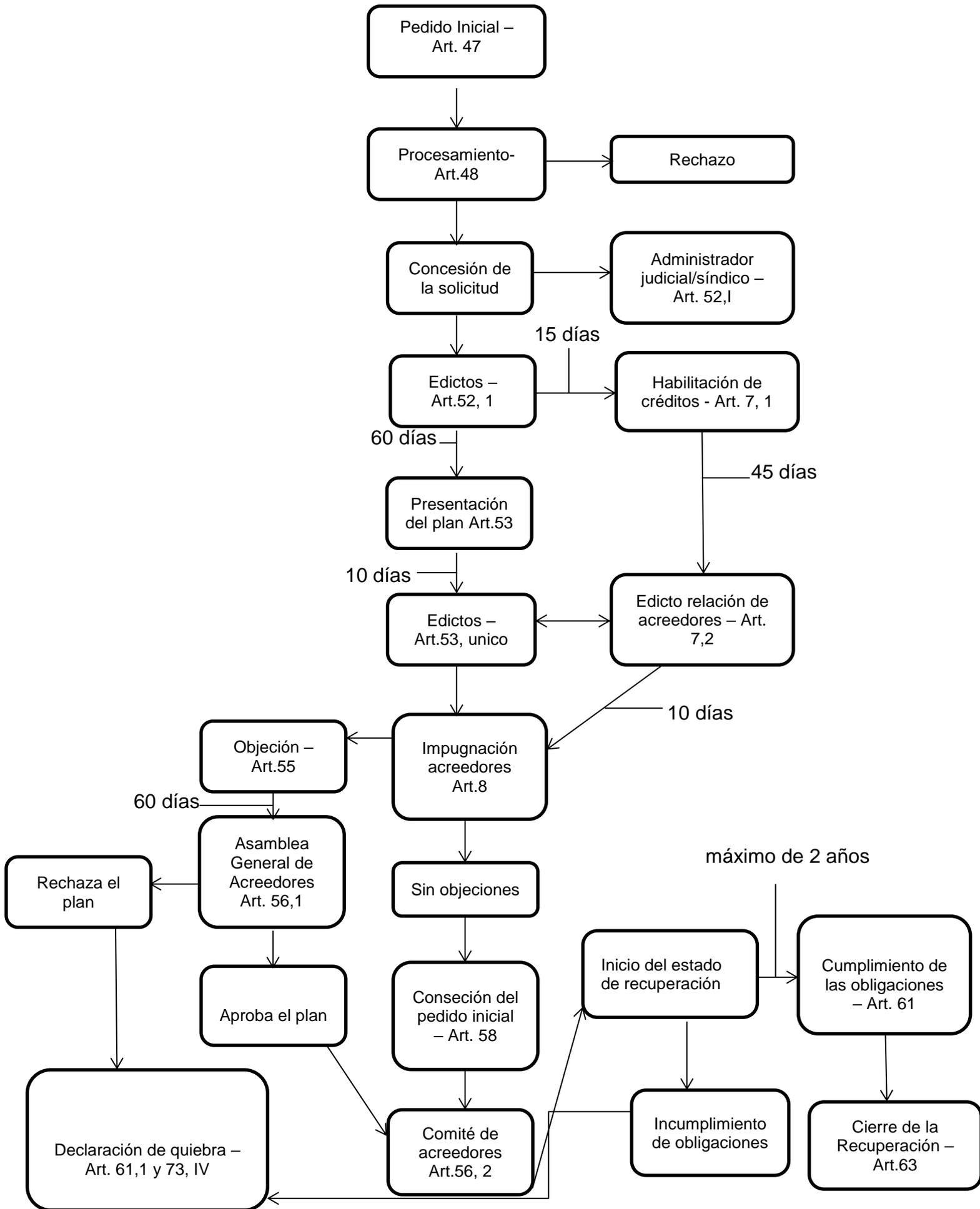
II - el deudor no presenta el plan de recuperación dentro del plazo del art. 53 de esta Ley;

III - cuando el plan de recuperación ha sido rechazado, de conformidad con el § 4 del art. 56 de esta Ley;

IV - por incumplimiento de cualquier obligación asumida en el plan de recuperación, de conformidad con el párrafo 1 del art. 61 de esta Ley.

Los efectos con respecto a los acreedores varían según sean anteriores o posteriores a la presentación del beneficio. Los acreedores, antes del pedido del beneficio, que tenían sus derechos modificados en el plan, regresan a la condición legal que tenían antes de la aprobación de ello. Los acreedores posteriores al pedido serán reclasificados (Coelho, 2014, pp. 276-277).

5.8 Esquema del proceso de recuperación judicial, ley 11.101/05



5.9 Microempresas y empresas de pequeño porte

Las disposiciones que rigen el plan especial se describen en los artículos 70,

71 y 72 de la Ley 11.101 de 2005 – ley brasileña de concursos y quiebras-.

El propósito, consistente con la lógica del sistema, es también, en este campo de insolvencia, proporcionarles un tratamiento legal menos costoso y más simplificado, de acuerdo con los dictados establecidos en el Artículo 970 del Código Civil. La idea, sin embargo, no excluye la posibilidad de que se les aplique, además, el procedimiento establecido para la recuperación judicial en los demás artículos (Franco, 2008, p. 251).

Las microempresas -ingresos brutos anuales hasta 360 mil reales- y empresas de pequeño aporte -ingresos brutos anuales entre 360 mil reales y 4,8 millones de reales- están sujetas a un sistema simplificado de reglas para adquirir la recuperación judicial. También se lo denomina, plan especial.

El proceso comienza con la petición del deudor que indica los motivos de la crisis, y con una propuesta de renegociación de las obligaciones. El juez puede aprobar de inmediato una propuesta presentada por el deudor o decretar su quiebra. Esta modalidad solo afecta a los acreedores quirografarios y permite el pago de la deuda en hasta 36 cuotas mensuales sucesivas, más intereses. La primera cuota es en 180 días de la solicitud inicial de recuperación (Coelho, 2014, p. 272).

Este procedimiento dispensa la asamblea de acreedores, e con la homologación de lo pedido son suspensas las acciones y ejecuciones contra el deudor, habiendo solamente novación de las deudas comprendidas en el plan especial.

5.10 Recuperación extrajudicial

Según Araújo (2009), la recuperación extrajudicial ya existía en el derecho romano:

...bajo el nombre de moratoria convencional, que era equivalente al *pactum de non petendo intra tempus*. Mediante este pacto o acuerdo, el deudor ya no buscaba al príncipe *praescriptio*. Hubo una evolución en el sistema: las partes interesadas celebraron el acuerdo, particularmente sin intervención estatal. Así, la bancarrota comenzó su andar en privado. Los acreedores podrían suspender el

pago o canjear parte de la deuda. La recuperación, cuyo propósito es permitir un acuerdo convencional entre acreedores, después de la liquidación de las partes, se presentará al juez para su aprobación (p. 311).

En la ley de bancarrota brasileña, las reglas del instituto de recuperación extrajudicial se rigen por los artículos 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167.

Los requisitos para la homologación de la recuperación judicial, según Coelho (2014), son subjetivos y objetivos. Los subjetivos: participar en actividades comerciales regularmente durante al menos 2 años; no haber estado en quiebra. Si lo ha estado, se declaran extintas por un juicio final; no haber sido condenado o no tener, como administrador o socio controlador, una persona condenada por delitos concursales; no registrar pedidos pendientes de recuperación judicial; no haberse concedido recuperación judicial o extrajudicial hace menos de dos años. Los requisitos objetivos: no se puede proporcionar el pago anticipado de ninguna deuda; todos los acreedores sujetos al plan deben recibir el mismo trato; solo puede cubrir los créditos constituidos hasta la fecha de la solicitud de aprobación; solo puede contemplar la eliminación de bienes registrados o la supresión o reemplazo de garantía real si el acreedor garantizado acepta expresamente; no puede establecer la desviación de la variación cambiaria en créditos en moneda extranjera sin el consentimiento expreso del acreedor respectivo (pp. 526-527).

Hay dos tipos de recuperación extrajudicial: convencional u opcional, que solo afecta a los acreedores que se adhieren a ella -artículo 162-; y la modalidad obligatoria que se impone a todos los acreedores, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 163. Araújo (2009) explica:

La diferencia entre la aprobación de la solicitud de recuperación extrajudicial simple y no obligatoria, como dijimos, la recuperación convencional, y la aprobación de la recuperación de impositiva, es que la primera no obliga a terceros. La aprobación del plan de recuperación extrajudicial en la forma del artículo 163 es esencial para su fijación de impuestos a los acreedores en su contra, siempre que se adhiera al 60% de los otros acreedores del mismo grupo o especie. Los acreedores que no se adhieren al plan de recuperación extrajudicial solo se vinculan con él después de la aprobación. Además, la homologación del plan de recuperación extrajudicial de impuestos genera los mismos efectos aplicables a la recuperación de la homologación (p. 317).

Por lo tanto, cuando todos los acreedores cuyos créditos son cubiertos por el plan, lo aceptan, la aprobación del tribunal no es obligatoria. Este plan debe

llevar la firma de todos los acreedores afectados por él, y en adelante los obliga por su propia voluntad, lo que hace innecesario el acto judicial.

Por otro lado, sucede que a veces es obligatoria la aprobación judicial; son los casos en que el deudor ha logrado éxito con una parte importante de sus acreedores, pero hay una minoría que se resiste a las consecuencias del plan. Con la homologación, los efectos del plan se extienden hasta los acreedores que no lo aprobarán. Para que ocurra la recuperación extrajudicial con homologación obligatoria es preciso que el plan contenga firma de al menos 3/5 de todos los créditos de cada tipo cubierto por aquél. Así lo explica Coelho (2014):

...la adhesión al plan de recuperación extrajudicial, para autorizar su homologación obligatoria, debe ser de acreedores que posean al menos 3/5 de los créditos de garantía reales, acreedores que posean al menos 3/5 de los créditos de privilegio especial, de acreedores que posean al menos 3/5 de los créditos con privilegio general, etc. (p.533).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la recuperación extrajudicial, la doctrina afirma su carácter contractual y, según las palabras de Franco (2008):

... acuerdo especial entre deudores y ciertos acreedores, sujeto a aprobación judicial, un contrato solemne, que requiere forma escrita, con carácter cooperativo, como ven otros, que ven además de un negocio legal consensuado un negocio de cooperación, recaptura en la división de riesgos, que en cierta medida se asemeja a negocios plurilaterales. Que debería ser lo más completo posible. Desde este punto de vista y de las disposiciones del artículo 165 la LRE, el contrato estaría sujeto a la condición suspensiva de efectividad, ya que solo a partir de entonces producirá sus efectos, vinculando así a los signatarios (p. 257).

5.11 Datos, consideraciones y críticas

Una investigación realizada por Estadão - uno de los principales periódicos de referencia en Brasil- fundada en datos de un estudio de Serasa Experian, cuenta que desde la creación de la actual ley de quiebras y recuperación judicial en Brasil - junio de 2005 - hasta diciembre de 2014, indica que durante este período las 3522 empresas a las que se les concedió su solicitud de recuperación judicial, solo 946 tuvieron sus casos cerrados. De estas 946 compañías, 728 fueron declaradas en quiebra y solo 218 pudieron reconstruir sus negocios y

regresar a ellos. Así, de un total de 3.522 empresas, solo el 6,2% de las empresas resolvió sus problemas en el proceso de reorganización judicial. En comparación con los que lograron terminar el proceso, las 218 compañías que reestructuraron el pase, el 23%, nos dicen que cada 4 compañías 1 pudieron permanecer en el negocio (<https://economia.estadao.com.br/noticias/releases-ae,apenas-uma-a-cada-quatro-empresas-conseguem-se-recuperar-judicialmente,10000096626>).

Según el Serasa Experian, de enero de 2015 a diciembre de 2018, 5.978 empresas presentaron una solicitud de recuperación judicial. De este total, a 4.968 empresas se les concedió su solicitud -la documentación ha sido revisada por el juez y es correcta y la solicitud puede pasar al siguiente paso, que será la presentación del plan de recuperación, pero eso no significa que se otorgará la recuperación- y 1981 tenían sus solicitudes concedidas- una vez que ha pasado por todos los pasos y cumplido con los requisitos de la ley, la solicitud ha sido aceptada, cuando la compañía permanecerá en recuperación judicial hasta que se cumplan todas las obligaciones del plan. Por lo tanto, notamos una gran malversación de empresas en la fase de presentación del plan, y entendemos que, si se mantiene el promedio del 6,2%, tendremos alrededor de 370 empresas que podrán mantenerse activas.

En contacto con dos abogados experimentados en el proceso de recuperación judicial, cuando fueron interrogados sobre la gran dificultad legal que enfrentan, en una conversación a través de la red social-*WhatsApp*- en día 19 de septiembre de 2019, mencionaron algunos puntos que obstaculizan el proceso de recuperación.

Para el doctor João Tomás, registrado con el número 47.940 en el registro de abogados de Goiás, la ley 11.101 de 2005 es muy buena y completa, así como el proceso de recuperación judicial. Según él, uno de los grandes defectos es el retraso del poder judicial en sus decisiones. Otras situaciones, que también son obstáculos al proceso de recuperación, son la justicia del trabajo y la demora del empresario en presentar la solicitud. Generalmente el pedio se formula cuando la situación de la empresa ya no es tan buena.

Confirmando lo que dijo el Dr. João, en la acción número 5206532.77.2016.8.09.0051 -recuperación judicial-, de su propia oficina, tenemos un gran ejemplo de la demora en el poder judicial en Brasil. Esta es una acción de recuperación judicial, distribuida el 22 de agosto de 2016, y tuvo su primer

respaldo poco más de un año después, exactamente el 26 de septiembre de 2017.

Partes: SANEFER - CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., TERRA FORTE CONSTRUTORA LTDA. Y EFFICIENCY COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. Empresas en recuperación informan que llevan a cabo contratos para la construcción, montaje e implementación de proyectos de infraestructura en las áreas de saneamiento básico, implementación de carreteras, presas, pavimentación urbana, drenaje, canalización de arroyos, entre otros, teniendo como principal cliente el Gobierno del Estado y La Unión Federal. Después de analizar el expediente del caso, queda claro que los solicitantes cumplen con los requisitos enumerados en el artículo 48 de la Ley N ° 11.101 / 2005 para reclamar la recuperación judicial, y también es cierto que, en el caso inicial, todos los documentos exigidos por el artículo 51 de dicha ley. Como se alega, los solicitantes enfrentan serias dificultades para cumplir con sus compromisos financieros al presentar la lista de acreedores, valores protestados y acciones en el que aparecen como parte. Por lo tanto, para hacer viable todo el plan de reestructuración financiera de los demandantes, es necesario utilizar el mecanismo de reorganización judicial saludable previsto en la Ley 11.101 / 05. Además, la situación patrimonial de los demandantes, como lo demuestra la documentación adjunta al documento exordial, ciertamente los califica para beneficiarse del instituto de reorganización judicial.

Aunque es una decisión que defiende el beneficio de la reorganización corporativa, la demora prolongada en tomar la decisión es motivo suficiente para dañar la continuación de la empresa o las empresas, y ponerlas en una posición que las lleve a la quiebra.

En relación a la justicia laboral, a pesar del artículo 96 del Código de Procedimiento Civil de Brasil determinar que los tribunales deben buscar la uniformidad de la jurisprudencia y mantenerla estable, integral y coherente; Cuando hablamos de recuperación judicial, no siempre tenemos esta seguridad. El propósito del legislador, en este texto, es buscar la tan discutida seguridad jurídica que, en opinión de João Carlos Tomás dos Santos, todavía existe cuando se aplica la ley de recuperación judicial en la justicia laboral brasileña.

Para demostrar su posición, afirma que cuando observamos las decisiones en el campo de la justicia laboral, en realidad, encontramos incertidumbre jurídica debido a decisiones contradictorias y que poco respetan el espíritu de la legislación concursal brasileña – que es posibilitar a la empresa y al empresario continuar la exploración de la actividad económica. Esta declaración se puede

verificar a través de la decisión adoptada por el juez federal del Tribunal Regional del Trabajo de la Región 18, Geraldo Rodrigues, el cual entendió en el fallo nº AP - 10800-13.2017 que la justicia laboral es incompetente para desconsiderar la personalidad jurídica de la empresa, determinando que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal establecida en el Recurso Extraordinario nro. 583955, llamado de "Tema 90", es pacífica en el sentido de que el Tribunal Laboral no tiene jurisdicción para ejecutar empresas en Recuperación Judicial y tampoco desconsiderar su personalidad jurídica, una vez que la competencia del juez en que se procesa la recuperación judicial atrae la jurisdicción de forma exclusiva, tanto para afectar los activos de la empresa cuanto lo de sus socios.

Por otro lado, la sentencia de la apelación interlocutoria No. 0011638-12.2016, por el juez Israel Brasil Adourian presenta un razonamiento completamente diferente:

QUIEBRA. EFECTOS NO EXTENDIDOS A LOS MIEMBROS POR JUICIO UNIVERSAL. Aplicación continúa de la mano de obra en su deforestación. POSIBILIDAD STJ, RESUMEN 480. "El tribunal de recuperación judicial no es competente para decidir sobre la restricción de los activos no cubiertos por el plan de recuperación de la compañía" (STJ, SUM-480). Por lo tanto, la aplicación de la ley laboral puede continuar en detrimento de los socios si los efectos de la bancarrota no se les han extendido por juicio universal.

Por lo tanto, João concluye que la seguridad jurídica esperada a respecto de la desconsideración de personalidad jurídica de empresas en recuperación judicial, especialmente en el área de la justicia laboral, está lejos de lograrse y debe ser urgentemente tratada por el Poder Legislativo y también por los Tribunales Superiores, especialmente por el Tribunal Federal Supremo debido al "Tema 90" ya fijado, que trata de la competencia del juez concursal.

El abogado Paulo Cezar Simões Calheiros, registrado con el número 242.665 en São Paulo, especialista en recuperación judicial, dice que hay muchos problemas legales inmiscuidos en la recuperación judicial, y entre ellos exalta: dificultades para acceder al sistema financiero; restricción en la obtención de crédito con proveedores; interferencia judicial en asuntos económicos del plan; actos de jueces no relacionados con el proceso judicial, y con las ejecuciones; y que la renegociación de recuperación judicial no implica deuda fiscal.

Las deudas tributarias son un problema importante en el desarrollo del proceso de recuperación judicial. Es lógico pensar que una empresa con

dificultades financieras, registra deudas tributarias. Existe un gran error del legislador al no incluirlos en la renegociación del plan que busca reestructurar la empresa, y este es uno de los principales factores de la ineficiencia de este tipo de recuperación judicial en Brasil.

Muchas empresas tienen activos bloqueados por deudas tributarias, e incluso si intentan legalmente revertir ello, sus solicitudes serán rechazadas. Como se muestra en la siguiente sentencia judicial de la corte de Rio Grande do Sul.

Recurso interlocutorio. Procedimiento fiscal y civil. Ejecución fiscal icms empresa en recuperación judicial. Suspensión de implementación de impuestos. Sin cabeza pago de valores efectuados antes de proceder a la recuperación judicial. Solicitud de suspensión rechazada en origen. Mantenimiento análisis de caso de hormigón. 1. Art. 6, § 7, de la Ley N ° 11.101 / 2005, establece expresamente que la concesión de recuperación judicial no suspende las ejecuciones hipotecarias, lo que está respaldado por las disposiciones de los artículos 5 y 29 de la Ley de ejecuciones hipotecarias, que establecen la jurisdicción exclusiva de Tribunal de Hacienda Pública procesará y juzgará la ejecución de la deuda activa de la granja pública y garantizará su no presentación al concurso o calificación de acreedores en quiebra, quiebra, liquidación, inventario o listado. El crédito fiscal tiene preferencia sobre el crédito privado. Por lo tanto, no es posible regularizar los créditos privados sin la regularización de los créditos fiscales, al menos a través de pagos a plazos. 2. Considerando que la incautación de valores se efectuó mucho antes de que se procesara la Reorganización Judicial, así como que el Plan de Reorganización Judicial aún no se ha preparado y agregado al expediente del caso (con el que se desconoce si los créditos del Tesoro Público fueron / será incluido en la Reorganización Judicial), al menos en el contexto de la cognición sumaria, propia de una apelación interlocutoria, ninguna reparación merece la decisión severamente aprendida de la Sentencia de Ejecución ... Fiscal, que rechazó la solicitud de suspender el proceso de ejecución impuesto y permitió el retiro, por parte del solicitante, de la cantidad que había sido bloqueada antes de la concesión de la Recuperación Judicial. APROBACIÓN DEL INSTRUMENTO NO APROBADO. (Apelación interlocutoria No. 70070871850, Segunda Sala Civil, Tribunal de Justicia de la RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Juzgado el 18/11/2016).

Otro problema con respecto a las deudas tributarias es el requisito legal que establece el artículo 57 de la Ley 11.101, solicitando la presentación de un certificado de inexistencia de estas deudas, después de la aprobación del plan, bajo pena de perder el beneficio legal de la recuperación judicial. Incluso si la ley permite que se le pague al deudor en cuotas al estado, es muy criticado, porque

ante una situación de crisis, se sabe que la compañía aún no puede asumir ese compromiso.

Otro estorbo que enfrenta el sistema es la falta de transparencia del deudor, y la dificultad del acceso financiero para comprender realmente la verdadera situación de la empresa y las acciones tomadas por ella. Este problema también afecta a los acreedores, que no liberan créditos, y a menudo ven al instituto de recuperación judicial utilizado para fraude.

Decisión que tenía un efecto suspensivo aplicado al enfoque del instrumento. Recuperación judicial. Eliminación de activos. Móvil y aeronaves. Sin transparencia en venta. Necesita escuchar a los involucrados. Recurso no proporcionado. Efecto suspensivo sobre el recurso. Falta de transparencia en el negocio. No hay indicios de que tanto el avión como el lote de bienes muebles se ofrecieron a la venta en el mercado y obtuvieron otras ofertas. Tampoco se descubrió que las cifras de ventas son las que realmente se practican en el mercado para los bienes que se venderán, especialmente el avión. Necesita escuchar a los involucrados para formar una convicción adecuada. Ausencia de documentos que instruyan a la presente apelación para fundamentar las alegaciones de los factores agravantes. Decisión confirmada. Característica no proporcionada. (TJ-SP - AGR: 21741839120158260000 SP 2174183-91.2015.8.26.0000, Relator: Carlos Alberto Garbi, Fecha del fallo: 10/05/2015, Segunda Cámara de Derecho Comercial, Fecha de publicación: 10/09/2015)

También, a menudo, el poder judicial recurre a los ingresos federales, buscando información sobre la empresa en crisis, lo que lleva tiempo, gastos y dificulta el progreso del proceso.

Recurso interlocutorio - Recuperación judicial. Decisión impugnada que ordena el envío de oficinas oficiales al IRS para promover la supervisión de los recuperados, especialmente en lo que respecta a la consolidación de las tres empresas del Grupo en recuperación - Necesidad de conocer la situación económica y financiera real de las empresas, incluso en relación con responsabilidad fiscal - Falta de pruebas necesarias para demostrar la viabilidad de la elevación - Cumplimiento del principio de transparencia - Decisión retenida - Recurso denegado. (TJ-SP – AI: 20835344120198260000 SP, Relator: Maurício Pessoa, Data de juzgado: 27/08/2019, 2ª Cámara de derecho empresarial, publicación: 02/09/2019).

Con respecto al síndico, o administrador de la corte como lo establece la ley brasileña, sus deberes en el proceso de recuperación judicial son básicamente de supervisión y consisten en: presentación de informes mensuales, ejecución del plan y prestación de cuentas; dirección de la primera fase de verificación de crédito; fiscalización durante el proceso; presidir la reunión y desempeñar la

función del comité de acreedores si no existe; contratación de profesionales especializados para ayudar; declararse en quiebra si es necesario (Negrão, 2009, pp. 118-119).

El administrador judicial debe actuar desde el momento en que es designado por el juez, al otorgar el procesamiento de la recuperación judicial, pues, desde la publicación de esta decisión, el plan de recuperación judicial debe presentarse dentro de los sesenta días. Este es un período crítico, donde las actividades del deudor deben ser supervisadas para frenar el fraude y simplemente retrasar las medidas. Es de destacar que las empresas que no pueden recuperarse deben ser eliminadas, ya que la postergación del decreto de bancarrota genera una pérdida de tiempo y valor. (Santos, 2008, p. 162).

Otro problema importante al que se enfrenta el deudor es la cuestión del período de suspensión: el artículo 6, párrafo 4, establece que la concesión de la recuperación judicial suspende el curso de todas las acciones y ejecuciones presentadas contra el deudor por el plazo improrrogable de 180 (ciento ochenta) días contados desde el otorgamiento del trámite de recuperación, restableciendo, una vez vencido el plazo, el derecho de los acreedores a iniciar o continuar sus acciones y ejecuciones, independientemente de pronunciamiento judicial.

Desde la fecha de su aprobación si se suspenden las acciones contra el deudor, pero el artículo 49 de la misma ley establece que "los acreedores del deudor en recuperación judicial conservan sus derechos y privilegios contra los co-deudores, garantes y deudores de la devolución". Esto hace que el acreedor, al tener asegurado su derecho, dificulte el proceso y, a menudo, hace que el plan sea inviable.

La gran crítica hecha por gran parte de la doctrina es la profesionalización del administrador judicial, el simple hecho de ser un profesional adecuado, preferentemente abogado, economista, administrador de empresas o contador es un factor insuficiente para garantizar la velocidad procesal deseada. Las tareas requeridas son multidisciplinarias, y requieren conocimientos contables, administrativos, económicos y legales específicos adecuados para la recuperación empresarial. Lo que realmente necesita para calificar al profesional, como se hace en otros países, como Francia que tiene como "requisito específico para el ejercicio de la función tener un título universitario y estar calificado en los exámenes de acceso y aptitud conferidos por un curso de capacitación profesional de administrador judicial" (Negrão, 2009, p. 209).

5.12 Recuperación judicial en tiempos de COVID-19

El 20 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud de Brasil declaró el estado de transmisión comunitaria del nuevo corona virus- COVID-19- haciendo necesario el aislamiento social, por un período de dos semanas, según lo indique la agencia nacional (<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/covid-19-governo-declara-transmissao-comunitaria-em-todo-o-pais>).

Cuando hay transmisión comunitaria, ahora en todo el país, la orientación es aislar a las personas con síntomas durante dos semanas y a aquellos que viven en el mismo espacio que aquellos que mostraron signos de infección. Esto significa permanecer permanentemente en casa y evitar a toda costa no solo las aglomeraciones, sino también la circulación fuera del hogar.

El estado de aislamiento fue más allá de lo esperado y se extendió por mucho más tiempo del esperado en varios lugares, siendo un desastre para las empresas, especialmente para aquellos que ya estaban en recuperación. Considerando esta situación, el consejo nacional de justicia, el 31 y marzo de 2020, publicó algunas recomendaciones -No. 63 del 31/03/2020- y directrices para los jueces de recuperación judicial y bancarrota, con el fin de garantizar los mejores resultados, especialmente durante el período excepcional de pandemia del nuevo coronavirus que causa COVID-19.

Art. 1 Recomendar a todos los Tribunales con jurisdicción el juicio de recuperación corporativa y acciones concursales que den prioridad al análisis y la decisión sobre asuntos relacionados con el cobro de montos a favor de acreedores o empresas recuperadas, con la emisión correspondiente de una Orden de Retiro Electrónica, considerando la importancia económica y social que tales medidas tienen para ayudar a mantener el funcionamiento regular de la economía brasileña y para la supervivencia de las familias, especialmente durante la pandemia de Covid-19.

Entre las recomendaciones, también fue dirigido a los jueces competentes no celebren asambleas presenciales; extender la duración del período de suspensión establecido en el art. 6 de la Ley N ° 11.101; para autorizar al deudor que cumple con el plan aprobado por los acreedores a presentar un plan de modificación; determinar administradores judiciales para continuar inspeccionando las actividades de las empresas en recuperación; evaluar con especial precaución la concesión de medidas urgentes, el decreto de desalojo por falta de pago y la ejecución de actos ejecutivos de carácter patrimonial en detrimento de las empresas y otros agentes económicos en los juicios.

Los procesos de recuperación son sensibles y urgentes y su progreso tiene un impacto directo en la economía. Del buen desempeño del proceso depende el mantenimiento de la actividad, la circulación de bienes, productos y servicios esenciales para la población, en la generación de impuestos que son esenciales para el mantenimiento de los servicios públicos, y en el mantenimiento de los empleos y los ingresos del trabajador.

Para una mejor ejecución procesal, durante el período de pandemia, el senador Confúncio Moura lanza proyecto de ley – No 2.409 de 2020- que crea reglas de transición, aplicables durante el estado de calamidad pública resultante de la pandemia de coronavirus, relacionadas con la recuperación judicial o extrajudicial y la quiebra de las empresas.

El proyecto de ley, ya aprobado por la Cámara de Diputados, pendiente en el Senado, suspende las ejecuciones basadas en el incumplimiento de las obligaciones en los planes de reorganización judicial o extrajudicial concluidos antes del 20 de marzo de 2020 y que vencen después de esa fecha; el administrador judicial tiene prohibido declararse en quiebra en caso de incumplimiento de la obligación asumida en el plan de reorganización judicial; dispensa a los fines de examinar la solicitud de recuperación extrajudicial y la solicitud de recuperación judicial, los requisitos del art. 48, caput, y sus artículos II y III, y del § 3 del art. 161, toda la Ley N ° 11.101, de 9 de febrero de 2005.

5.13 Conclusiones

La ley brasileña de insolvencia prevé dos tipos de mecanismos de reorganización de la actividad empresarial. La recuperación judicial, objeto de estudio del trabajo, y la recuperación extrajudicial, aquella con menor intervención jurisdiccional. El gran vector de estas acciones, además de satisfacer el interés de los acreedores, es el interés social reflejado de la función social resultante del ejercicio empresarial.

El proceso de reorganización judicial tiene en su estructura operativa, junto con el poder judicial el administrador judicial o síndico, el comité de acreedores y la asamblea general de acreedores.

El gran problema, muy cuestionado por toda la doctrina, y demostrado en esta tesis es la ineficiencia de este instituto, que tiene dificultades para cumplir su

función. Esto ha llevado a varios investigadores en el área, a buscar algunas explicaciones sobre lo que realmente está limitando el éxito de la recuperación judicial en Brasil. Mediante doctrinas, artículos, conversaciones con especialistas en recuperación judicial, análisis de jurisprudencia, pude detectar ciertos aspectos legales, conducta judicial, la capacidad de algunos órganos operativos que socavan la funcionalidad del instituto de preservación empresarial.

El primer aspecto, muy criticado, es el tiempo de retorno del poder judicial. Como podemos vislumbrar en lo expuesto a lo largo de este capítulo, casi un año para deliberar el pedido y dar continuación al proceso de recuperación judicial. Además de dañar el principio básico de la ley, la velocidad procesal, este retraso puede aprovechar la interrupción de la empresa y evitar el mantenimiento de aquellos que aún tenían posibilidades de reorganización. El tiempo es vital para este tipo de proceso. La duración de este tipo de proceso en Brasil es de 4 años, todavía lejos del promedio de países como Estados Unidos -1 año-, China -1.7 años-, Japón -0.6 años-, Argentina -2.4-, Rusia -2 años- e Italia -1.8 años (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-ineficiencia-do-atual-processo-de-recuperacao-judicial-de-empresas-no-brasil-21012019>).

Otro defecto importante fue el desorden del Tribunal Laboral que no interrumpió la ejecución de las demandas laborales con la empresa en el proceso de reorganización. Por mucho que se entienda la preocupación por las demandas laborales según la ley, este problema fue causado por la inseguridad jurídica en la protección de los trabajadores. Mientras, ya se está resolviendo la idea que el Tribunal Laboral, no tiene jurisdicción para ejecutar empresas en Recuperación Judicial.

La ley brasileña tiene un problema grave, no requiere un documento apropiado –estado contable-, hecho profesionalmente, por un experto en la materia, que ensalza la verdadera posición del estado de negocios del deudor. Este es un problema que desencadena la falta de confianza del acreedor, que será responsable de aprobar el plan, además del hecho de que debe invertir sus propios recursos para esta auditoría. Agrego también los deberes desempeñados por el síndico o administrador judicial, que tiene una función puramente supervisora y no está completamente profesionalizada para ejercer una participación intensa en el proceso y producir evidencias importantes para todas las partes de la situación real de la empresa.

Otro problema que enfrenta la empresa en recuperación es la necesidad de que el deudor presente certificados de que las deudas tributarias no existen después de que el plan haya sido aprobado por la junta general de acreedores bajo pena del juez simplemente desestime la recuperación judicial. De hecho, una empresa en crisis tendrá deudas con el Estado, que deben incluirse en el plan de recuperación, para facilitar la reanudación de la actividad y no cobrar los certificados de deudor que demuestren su ausencia.

También se entiende que la legislación elimina mucho el contacto entre los acreedores y el deudor. En otras leyes que permiten una mayor segmentación entre clases de acreedores, se percibe que la negociación entre las partes se vuelve más fácil. Y en algunos casos, los acreedores pueden hacer el plan de reorganización, lo que puede reforzar el financiamiento y la liberación de créditos para el restablecimiento del negocio.

Finalmente, entiendo que los criterios económicos adoptados por la legislación desde la búsqueda de la situación comercial real, y la deficiencia en el conjunto de información, afectan constantemente el proceso. Tanto la satisfacción de los acreedores como el daño a aquéllos se desencadenan por la omisión e interferencia de la legislatura en asuntos que no puede ejercer. La ley debería exigir el uso de profesionales especializados, para realizar dicho ejercicio.

CAPÍTULO 6: DERECHO COMPARADO

6.1 Introducción

El capítulo seis se refiere al derecho comparado empleado en el presente trabajo. Aquí se expondrán cómo las legislaciones de Alemania, Francia y Estados Unidos trabajan con los mecanismos de preservación y reorganización de la actividad empresarial, sus características y cómo el estado interactúa en estas acciones, a través de sus empleados y sus órganos.

Se discutirán los tipos de procedimientos adoptados, el papel de los acreedores durante los procedimientos, el papel desempeñado por el estado, en la elaboración y aprobación del plan; y también los efectos en la persona del deudor.

6.2 Alemania

La ley de insolvencia alemana del 5 de octubre de 1994, que entró en vigor en 1999, *Insolvenzordnung*, presenta en su primer artículo, como objetivo de sus procedimientos: “Satisfacer colectivamente a los acreedores de un deudor mediante la liquidación de sus activos y la distribución de su producto, o mediante un plan de insolvencia destinado especialmente al mantenimiento de la compañía”.

Como se indicó en el primer capítulo, la legislatura alemana optó por el sistema de insolvencia unitario bajo el cual la denominación general de insolvencia puede ser la liquidación del patrimonio del deudor, la presentación de un plan de insolvencia para el mantenimiento de la fuente de producción o transformación, la fusión o *spin-off* de la empresa. “El procedimiento es único; esto significa que hay un período inicial común (período de información) al procedimiento liquidativo y al procedimiento de reestructuración o reorganización; terminado el período de información se decide si opta por una u otra alternativa” (Rivera, 2010, p. 75).

El presupuesto de abrir cualquiera de los procedimientos es insolvencia, identificada por el incumplimiento, pero como explica Rivera (2010), la legislación alemana acepta presupuestos especiales:

La amenaza de insolvencia, situación que se configura cuando es previsible que el deudor no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones pendientes en el momento de vencimiento; el sobreendeudamiento que se aplica sólo a las personas jurídicas, y que existe cuando el patrimonio del deudor no cubre las obligaciones contraídas; para la valoración del patrimonio del deudor se toma en cuenta la continuación de la empresa cuando de conformidad con la mayor parte de las circunstancias ella sea verosímil (p. 75).

La reclamación hecha en base al incumplimiento puede ser realizada tanto por el deudor como por los acreedores. Cuando se trata de una amenaza de incumplimiento, la solicitud debe ser realizada exclusivamente por el deudor (Negrão, 2010, p. 55).

En la ley alemana, la preservación de la compañía se deriva de varios planes, que difieren en el propósito.

La preservación de la empresa se puede obtener mediante un plan de transferencia (*Übertragungsplan*) de la empresa a un tercero; un plan de reorganización (*Sanierungsplan*), que contempla la preservación y continuidad de la empresa; un plan de liquidación (*Liquidationsplan*), que establece qué procedimiento se adoptará para la realización del activo y la distribución del resultado obtenido; un plan de aplazamiento de pagos (*Moratoriumsplan*), según el cual se otorga un período de pago más largo. Estos planes se pueden combinar para tratar, de manera diferente, las diversas partes de la actividad realizada (Franco, 2008, p. 226).

Debido a que es un procedimiento unitario, los efectos de la decisión de apertura son típicos de la declaración de quiebra.

Abierto el procedimiento de la insolvencia el juez designa un administrador que sustituye a los administradores naturales; ante el administrador se insinúan los créditos; lo interesante es que en la primera junta de acreedores posterior al nombramiento del administrador, los acreedores pueden elegir a otra persona para ese cargo, y el juez sólo puede denegar el nombramiento si el propuesto no es idóneo. Una vez nombrado, éste administra y dispone de la masa de la insolvencia, tomando su posesión inmediatamente (Rivera, 2010, p. 76).

Otros efectos de la apertura son la relativa suspensión de las acciones y ejecuciones, la formación de la masa de los acreedores, la formación del patrimonio insolvente y la restricción del derecho constitucional de correspondencia, de correo y de telecomunicaciones.

La influencia de los acreedores en estos procedimientos es considerable, ya que el legislador los proporcionó la elección del procedimiento a ser adoptado y determinó que al menos 6 semanas y un máximo de 6 meses a partir de la

apertura del procedimiento de insolvencia debe celebrarse una reunión general de acreedores para deliberar la forma de continuación de la acción de insolvencia.

Luego de cerrar la etapa preliminar del proceso, cuando el administrador da su opinión sobre la situación económica del deudor en estado de crisis y una propuesta para reestructurar la compañía.

En vista de esto, los acreedores, con base en esta información, deciden si la compañía debe ser liquidada inmediatamente, con el cierre de la actividad económica, o continuar ejerciendo su actividad para amortizar los créditos debidos, según lo dispuesto en las secciones 156 y 157 de InsO (Perin Junior, 2009, p. 72).

El plan de insolvencia puede ser presentado por el deudor en la solicitud inicial, o de manera incidental de lo proceso, por el deudor y el administrador de la insolvencia. Negrão (2010) entiende que:

Si el plan no es presentado por el empresario o por la sociedad empresaria deudora, debe presentar el plan con la solicitud inicial, se debe proponer en el período anterior a los tres pasos procedimentales: antes de la última reunión de acreedores convocados para deliberar sobre las cuentas finales del administrador; antes de las impugnaciones al cuadro general de acreedores; antes de la deliberación sobre los bienes no realizables (p. 61).

La estructura del plan consta de 2 partes, una de ellas descriptiva, en la que se ubican las medidas que se adoptarán después de la apertura del proceso. Y la otra parte, organizativa, que corresponde a la nueva situación legal de los involucrados, ya que se distribuyen la nueva clase de acreedores.

El juez puede descartar el plan de oficio si las disposiciones sobre legitimidad y contenido no se cumplen, o se rehacen dentro del período propuesto; cuando es evidente que el plan no tendrá éxito; cuando es obvio que los derechos de los participantes no se pueden cumplir; cuando es evidente que el plan no tendrá éxito; cuando es obvio que los derechos de los participantes no se pueden cumplir (Negrão, 2010, p. 61).

Todos los acreedores de insolvencia deberán votar, excepto los que no estén perjudicados, según lo dispuesto en el artículo 237 de la *Insolvenzordnung*. De acuerdo con el artículo 244 de la misma ley, el plan debe obtener en cada grupo, organizado según lo dispuesto en el artículo 222, una doble mayoría

calculada sobre el número de acreedores que votan y sobre el valor de los beneficios correspondientes a ellos.

Existe la posibilidad de que la ley alemana con el título de *Obstruktionsverbot*, prohibición de obstrucción, el artículo 245 de la *Insolvenzordnung*:

...trae la regla de aprobación del plan incluso cuando no se han alcanzado las mayorías necesarias. Esto ocurrirá cuando: (1) los acreedores no sean colocados por el plan de insolvencia; (2) los acreedores del grupo participarán con un monto económico razonable que, debido a los principios básicos del plan, debe ser satisfecho con los participantes; y (3) La mayoría de los grupos autorizados para votar en el plan han votado con las mayorías necesarias (Negrão, 2010, p. 62).

En resumen, las principales medidas adoptadas por el legislador alemán, por Perin Junior (2009):

1. se ha concentrado en única legislación todos los asuntos relacionados con la insolvencia, liquidación y recuperación de la empresa, ya que el tratamiento conjunto del tema facilita la recepción de la respectiva disciplina legislativa por parte de los destinatarios y corresponde al carácter más restrictivo de la legislación;
2. introdujo la reorganización extrajudicial de las obligaciones;
3. estableció varias medidas destinadas a prevenir la inexistencia y / o insuficiencia del patrimonio en quiebra;
4. fortalecimiento de la autonomía de los acreedores;
5. extendió el derecho de igualdad entre acreedores privilegiados y no privilegiados en el reparto de activos en masa;
6. ha introducido procedimientos de insolvencia para la persona física, no comercializadora y / o deudora de pequeñas empresas, así como la exención de obligaciones residuales (p.73).

Graziabile (2016) exalta la ley alemana y expone:

...resultó ser un adelanto muy importante en la legislación concursal internacional, con un sistema muy moderno, seguido ahora por otras legislaciones contemporáneas. Sin, embargo, en 2008, se reforma, como consecuencia de los avatares de la crisis mundial, el presupuesto objetivo de los concursos, incorporando el concepto de sobreendeudamiento para los casos en que la continuidad de la empresa es bastante probable o verosímil. Ello se suma al presupuesto clásico de la insolvencia (p.27).

En este contexto, caracterice la legislación de insolvencia alemana como una de las más simples en la actualidad y con una fuerte participación del Estado y los acreedores.

6.3 Estados Unidos

La ley de insolvencia de América del Norte está actualmente regulada por el *Bankruptcy Code* derivado del *Banruptcy act* de 1979, que sustituyó la ley de 1898, como mejor explica Franco (2008):

En los Estados Unidos de América, el *Bankruptcy Act*, de 1979 reemplazó a la de 1898, y es en gran medida la base del *Bankruptcy Code*, ley federal, que adoptó dos modalidades concursales: la *bankruptcy liquidation* (capítulo 7 del *Bankruptcy Code*), y la *bankruptcy reorganization* (capítulos 11, 12, y 13 del *Bankruptcy Code*) (p.224).

En la fase de reorganización también llamada rehabilitación:

...el deudor debe presentar un plan en el que se propone pagar la totalidad o parte de sus deudas durante un período de tiempo, generalmente de tres años. La particularidad aquí es que, a diferencia de la legislación europea, los acreedores no necesitan aprobar el plan. Si el tribunal de quiebras específico aprueba el plan, los acreedores quedarán obligados por él, aunque pueden presentar objeciones cuando el plan no cumpla con ciertos requisitos, una circunstancia en la que el tribunal no puede confirmarla (Franco, 2008, pp. 224-225).

“El capítulo 11 denominado Capítulo de la Reorganización es un procedimiento normalmente utilizado por las grandes empresas, aunque nada impide su uso por parte de individuos particulares, personas físicas o empresas pequeñas y medianas” (Dasso, 2014, p. 20). En él se encuentran las reglas que debe seguir el deudor que pretende seguir con su negocio para realizar el pago de los acreedores y, en consecuencia, superar la crisis.

El proceso de reorganización adoptado por el Capítulo 11 se puede abrir de dos maneras, a iniciativa del deudor -solicitud voluntaria-, que es la forma más frecuente, o a solicitud de los acreedores -solicitud involuntaria-. Este proceso es destinado a la *Bankruptcy Court*. Rivera (2010) lo mejor explica:

El voluntario es iniciado a pedido del deudor no siendo necesario que demuestre estar en cesación de pagos, insolvencia o dificultades, bastante su voluntad de someterse a la protección del sistema legal; los acreedores podrían oponerse a este procedimiento demostrando la mala fe del deudor que pretende abusar del sistema de bancarrotas.

El proceso involuntario es el promovido a pedido de los acreedores, supuesto en el cual, en caso de oposición del deudor, deberán acreditarse las causas de tal pretensión, fundamentalmente la insolvencia del deudor (p. 71).

En este nuevo paradigma de la ley de quiebras de los Estados Unidos, existe una mayor libertad de los acreedores para actuar.

Ante una situación de crisis, los deudores pueden actuar, siempre que se respeten los criterios establecidos por la ley: se requerirán tres (3) o más acreedores, que en conjunto conforman un crédito de al menos cinco (5) miles de dólares. Necesario para subsumir una de las dos hipótesis i) no pagar sus deudas al vencimiento; ii) se transfirieron sus activos a un liquidador, que venderá a los acreedores (Santos, 2014, p. 41).

En el Concurso Preventivo de Estados Unidos, el deudor está por delante de la continuación de su negocio –*debtor in possession*–, porque se entiende que él es el mejor que comprende su actividad y al haber adquirido el Know How se convierte, naturalmente, en el más capacitado para reestructurar su negocio. Además, el deudor disfruta del *Fresh Start*, básicamente, consiste en la posibilidad del deudor de reiniciar inmediatamente sus actividades, sin demoras para volver al proceso productivo (Santos, 2014, p. 38).

Como en cualquier otro procedimiento de reorganización, la presentación produce un *automatic stay* o suspensión de procedimientos de ejecución contra el deudor y éste debe presentar un plan que se somete a la aprobación de los acreedores” (Rivera, 2010, p. 72).

En el concurso preventivo en este país, la participación de los acreedores es intensa y la discusión entre ellos y el deudor es intensa en la búsqueda del mejor plan y el plan más justo.

Para que el deudor salga de la crisis, la participación de los acreedores se ha vuelto esencial. Así, la legislación creó una serie de garantías para el proceso efectivo de establecer el plan de reorganización. Estos son: (a) la posibilidad de solicitar el procedimiento de reorganización; (b) Junta General de Acreedores; (c) comités de acreedores; (d) presentar una propuesta de plan después del período de exclusividad; (e) aprobación del plan, inclusión de los acreedores en las clases, homologación del plan, incluso no aprobada por todas las clases; (f) la exclusión del deudor en posesión y el nombramiento de un fiduciario; (g) la posibilidad de nombrar un examinador para la inspección (Santos, 2014, p. 42).

La presencia del síndico –*trustee*– en el proceso no es obligatoria, pero en cualquier momento el Estado puede designar a un fideicomisario a solicitud de una parte interesada, cuando exista evidencia de fraude en el proceso, falta de honradez, incompetencia, administración negligente o si dicho nombramiento se hace en defensa de los intereses de los accionistas de la empresa y protección de la masa de la quiebra (Dasso, 2014, p. 489).

Las atribuciones de los comités de acreedores están previstas en el subtítulo 1103 del capítulo 11:

Para seleccionar y autorizar la contratación de abogados, tasadores y otros agentes que no puedan actuar en otras acciones con intereses adversos o en conexión con los de la causa; buscar información del administrador o deudor con respecto a la causa; investigar los actos, la conducta, los recursos, los pasivos y las condiciones financieras del deudor, las actividades comerciales del deudor y la conveniencia de su continuación, así como otros asuntos relevantes; participar en la formulación del plan y asesorar a sus miembros sobre cualquier plan formulado; requerir el nombramiento de un administrador; Realizar otros actos de interés de sus representados (Negrão, 2010, p. 87).

Con respecto al plan, el deudor puede presentarlo de forma independiente si el deudor ha solicitado la apertura del proceso o no, en cualquier momento puede hacerlo y exclusivamente para esto dentro del período de 120 días. La excepción es si después de 180 días a partir de la fecha de distribución de la petición, cada plan de acreedores no ha aceptado el plan representado de manera única. Y si son solicitados por pequeñas empresas, Negrão (2010) explica que “solo el deudor puede presentar una solicitud en un plazo de 100 días y el plan debe recibirse en un plazo de ciento sesenta días” (p. 88).

El plan debe estar acompañado de un *disclosure statement*, que permite ponderar las ventajas y defectos del plan, además “el *statement* debe contener una comparación entre el resultado del plan y lo que resultaría de la liquidación de la compañía o de los activos del deudor, pues es preciso demostrar que el plan resulta más beneficioso que la liquidación” (Rivera, 2010, p. 72).

Para la aprobación del plan por una clase de acreedor, la ley requiere al menos dos tercios del total de créditos de esta clase y más de la mitad del número de titulares de esa clase. (Dasso, 2014, p. 527).

Se observa que el *chapter 11* permite una mayor segmentación entre las clases de acreedores, lo que facilita la negociación de las deudas.

El plan debe contemplar a todos los acreedores; aquellos cuyo status crediticio no se modifica están excluidos de la votación. El plan debe ser aprobado por todas las categorías de acreedores, aunque la ley prevé que el juez la imponga a alguna clase disidente (*cramdown power*) (101); y siempre el plan debe ser confirmado por el juez luego que el deudor pruebe una serie de requisitos estrictos. Dos circunstancias son muy características del sistema: el acuerdo o plan es generalmente negociado por el comité de acreedores; los accionistas son tratados como acreedores subordinados; de allí que si los activos sociales y las proyecciones financieras son insuficientes para cubrir los pasivos externos, los titulares del capital habrán de ceder su participación en aras de satisfacer a los terceros,

a menos que estén dispuestos a suministrar recursos adicionales a cambio de un porcentaje de acciones de la sociedad reestructurada (Rivera, 2010, p. 72).

La confirmación del plan depende una extensa lista de requisitos que debe cumplir, según lo dispuesto en la subsección 1129 del capítulo 11. Es importante enfatizar que debe ser un plan que cumpla con los requisitos legales y las disposiciones de la ley; que se ha propuesto de buena fe; y también debe ofrecer una perspectiva de éxito, entre otros requisitos. Negrão (2010) explica que “los cursos de derecho en los Estados Unidos tienen solo cuatro de estos requisitos: mejores intereses de los acreedores; trato especial para acreedores prioritarios; viabilidad del plan; aceptación por al menos una clase involucrada” (p.90).

La aprobación del plan depende de la aprobación de todas las clases. Sin embargo, el consenso no siempre se logra. Ante la negativa de al menos una de las clases para aprobar el plan, el Juez puede usar una herramienta establecida por el legislador, conocida como *cramdown*, de modo que en los casos en que la aprobación del plan no se haga cumplir porque no hay acuerdo dentro de una de las diferentes clases de acreedores.

Para que se aplique el *cramdown*, es necesario que el plan no cause ninguna discriminación entre los acreedores y que sea justo y equitativo, evitando que vaya en contra del principio del mejor interés de los acreedores.

La figura del síndico *-trustee-* se reserva para los casos en que sea verificada fraude, mala fe o cuando se verifique su incompetencia administrativa para administrar su propio negocio, hasta el punto de poner en peligro los intereses de los acreedores, los accionistas o la quiebra, que están esperando la recuperación para recibir los dividendos.

Para aquellos casos en los que no se ha demostrado que un fideicomisario sea necesario, se puede nombrar un examinador *-examiner-*, que recibirá funciones de investigación para investigar el fraude, la deshonestidad, la incompetencia, la irregularidad en la administración.

Por lo tanto, la función del examinador es recopilar evidencia que se llevará al análisis judicial para probar la existencia de algunos de los factores que llevan a la eliminación del deudor o fideicomisario de la administración de los activos, especialmente el fraude. Su nombramiento es opcional, en la mayoría de los casos, debe seguir los intereses de los acreedores, pero cuando la deuda de la empresa en recuperación supera los \$ 5 millones, se convierte en obligatoria la designación (Santos, 2014, p. 50).

Todavía en el capítulo 11, vale la pena mencionar que en el plan de recuperación, todas las deudas de la compañía están involucradas, incluidos los impuestos que serán examinados por el mismo tribunal, y tienen la posibilidad de pagarse a través de las acciones de la compañía en recuperación.

Otra modalidad de reorganización, distinta de la mencionada en el Capítulo 11, es la posibilidad del *prepackaged*, por lo que entiende Negrão (2010) es un procedimiento más simple donde el plan es preconcebido por el deudor con el pedido inicial y tiene la necesidad que ya exista un comité de acreedores pre constituidos (p.93).

Esta es una modalidad de la reorganización del Capítulo 11, consistente en un plan que es negociado y aceptado por una significativa cantidad de acreedores en un ámbito extrajudicial, esto es, antes de ser promovido el procedimiento de reorganización bajo el capítulo 11, pero que está destinado a ser presentado al juez para su confirmación bajo a las reglas del mismo. Así, los *prepacks* suponen el cumplimiento de los mismos recaudos que cualquier otro plan de reorganización bajo el Capítulo 11. Una notable característica de esta instancia es que durante el período de negociación el deudor no está protegido contra acciones judiciales (Rivera, 2010, p. 73).

Esta modalidad hay inspirado de Acuerdo preventivo Extrajudicial en Argentina, incorporado por la ley 25.589 de 2002.

6.4 Francia

En las últimas décadas los cambios en la legislación concursal francesa fueron constantes. Fue con el decreto de 20 de mayo de 1955 que se creó en paralelo con la liquidación judicial, existente para el comerciante de buena fe, el procedimiento denominado *Règlement judiciaire*, que permitía la concordata, y reservaba la quiebra para comerciantes indignos y de mala fe. “Ambos procedimientos (*Règlement judiciaire* y la liquidación) fueron preservados en la Ley nº 67-563, de 13 de julio de 1967, que suprimió la quiebra reservando la posibilidad de reajuste para las actividades empresariales con aptitud para tanto” (Franco, 2008, p. 219).

El régimen concursal francés giró desde entonces en base a tres procedimientos colectivos: el procedimiento extraordinario de la suspensión provisoria de las ejecuciones, reservado para las empresas de gravitación nacional o regional que pasaban por una situación financiera difícil, pero sin llegar a la cesación de pagos

(ordenanza 67.280 del 23 de setiembre de 1967), y otros dos procedimientos ordinarios, el reglamento judicial y la liquidación de bienes, a los que quedaban sujetos los comerciantes y todas las personas morales, incluso las no comerciales, que estuvieran en cesación de pagos (Rubin, 1991, p. 34).

En la búsqueda de perfeccionar el sistema legislativo de las empresas en situación de crisis el legislador incluyó modificaciones importantes derecho concursal francés en los años 1984 y 1985.

La ley de 1984 fue responsable de aumentar la confidencialidad de la información de la empresa, con el fin de evitar sacudir su credibilidad y evitar cualquier empeoramiento de la situación crítica; predijo una hipótesis de capitalización de emergencia para empresa en crisis a través de la emisión de nuevos valores mobiliarios, generando la posibilidad de aumento de capital; y también fue responsable de la implantación del reglamento amistoso, *règlement amiable*, una especie de acuerdo preventivo extrajudicial, que depende de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores para tener éxito.

En este procedimiento - *règlement amiable*-, no hay necesidad de participación de la totalidad de acreedores, tampoco se ven obligados a aceptar las condiciones propuestas. Sin embargo, el deudor debe buscar la adhesión de la mayor cantidad de acreedores posible para el éxito de esta empresa, pues, de lo contrario, sería sólo una forma de prolongar artificialmente el ejercicio de la actividad de la empresa en crisis, antes de la instauración del procedimiento en juicio (Perin Junior, 2009, p. 81).

En lo que se refiere a las reformas de 1985, es importante destacar que su artículo primero hace mención al instituto de recuperación judicial, *redressement judiciaire*, en el intento de armonizar la preservación de la fuente productiva y empleos y la satisfacción de los acreedores.

Las modificaciones legales de la ley de 1985 traen a la superficie un carácter más social de la ley además de un tono de racionalidad para conducir el proceso. La racionalidad aquí expresa, se refiere a la etapa inicial de observación la empresa, donde los expertos en crisis económicas tratan un diagnóstico a la empresa. Al final de la observación, el profesional encargado de ello traduce la situación empresarial en un balance y propone al tribunal un plan de continuación de actividad, transmisión de la empresa a terceros o la liquidación de los bienes (Rubin, 1991, pp. 40-41).

“Por primera vez se ajusta el sistema procesal al objetivo de combinar el interés en el mantenimiento de las empresas socialmente útiles y

económicamente viables, y la satisfacción de los derechos de los acreedores” (Rubin, 1991, p. 40).

Es importante explicar que en 1989 el código francés implanta el llamado sobreendeudamiento de particulares, procedimiento administrativo-judicial que regula la insolvencia de personas físicas por obligaciones no profesionales (Graziabile, 2016, p. 25).

Mediante desaciertos y la ineficiencia de la ley de 1985 surgen las reformas de 1994 que se basan en tres puntos fundamentales: refuerzo de los medios de prevención a través de la simplificación y racionalización del procedimiento; tutela reforzada de los derechos de los acreedores; y la moralización de los planes de recuperación y enajenación de las empresas.

Sobre las reformas de 1994, 1985 y 1994 Graziabile (2016) explica:

...la reforma de 1984/1985, que norma el sistema de prevención y solución extrajudicial, incorporando la ley 1984 las figuras pre-insolvencia de *l'information prévisionnelle*, el procedimiento de alerta o *lalerte* y el *règlement amiable*, y la de 1985 el *redressement* o reflotamiento que entraba a actuar ya con la insolvencia instaurada en la empresa. Este proceso de reforma culmina con la ley 1994 que modifica el sistema de prevención y las soluciones de la empresa en dificultades. Si bien no resulta la profunda reforma, la ley de 994 mantiene el sistema de liquidación judicial y en la fase preventiva establece como procedimiento primordial al *règlement amiable*, dejando al *redressement* como solución excepcional (p. 25).

La ley de bancarrota francesa registró otras reformas, las leyes de 721/2003 de agosto de 2003 y la ley 845/2005 de julio de 2005. Para Rivera (2010):

La nueva ley da protagonismo a la conducta preventiva. La prevención debe ser gesto-reflejo de quien gobierna la empresa y por ello se anticipa el acceso a las soluciones, aunque no haya cesación de pagos. También se amplía el cuadro de los legitimados para recurrir a ciertos procedimientos, al incurrir a los profesionales liberales. Y otros aspectos son muy relevantes: se establecen mecanismos extrajudiciales y se asignan roles más decisivos a los acreedores como ya lo hemos visto (p. 54).

O sea, en otras palabras:

Se dicta la ley sobre salvaguarda de la empresa (*Loi de Sauvegarde*) que crea un nuevo instituto concursal preventivo basado en el antiguo *Rapport Sudreau* de 1975, que se desarrollaría previo a la existencia del estado de cesación de pagos, pues su existencia patrimonial excluye la salvaguarda empresarial. El nuevo presupuesto objetivo son las dificultades patrimoniales que el deudor no está en condición de superar, y que son susceptibles de conducirlo a la “cesación de pagos”. Se busca así el mantenimiento

de la empresa para conservarla no sólo como actividad sino como fuente de trabajo (Graziabile, 2016, p. 25)

A partir de entonces, el *Code de Commerce* francés comenzó a presentar 3 procedimientos de prevención y tratamiento de crisis económicas y financieras y 2 procedimientos de liquidación: *procédures de conciliation, de sauvegarde y redressement; y procédures de liquidation y de liquidation simplifiée* (Negrão, 2010, p. 93).

El procedimiento de *conciliation*, artículo 611-7, antes denominado *réglement amiable*:

Se establece un procedimiento de conciliación ante el tribunal comercial que puede beneficiar a las personas involucradas en una actividad comercial o artesanal y enfrenta dificultades legales, económicas o financieras, ya sean verificadas o previsibles, siempre que no se encuentren en el estado de cesación de pagos por un período superior a cuarenta y cinco días. La solicitud se presenta ante el Presidente del Tribunal por un deudor que no ha estado en cesación de pagos durante más de cuarenta y cinco días. Después del examen, el magistrado designará un conciliador, que tendrá un período de cuatro meses, prorrogable por un mes más, para solicitar a los principales acreedores del deudor una solución amistosa diseñada para poner fin a las dificultades de la empresa y, para este fin, presentar propuestas. La empresa, mantiene la actividad económica y mantiene el empleo (Negrão, 2010, p. 94).

En el procedimiento *sauvegarde*, artículo 620-1, se implementa básicamente un sistema de supervisión de la actividad empresarial. Presupone una situación económica que puede llevar al empresario a la cesación de los pagos, aún no se ha producido, pero que el deudor no está listo para enfrentar.

El deudor entrega al sindicato la lista de acreedores, deudas y contratos, así como los procesos de cobro pendientes. La apertura del proceso de *sauvegarde* permite que el juez de bancarrota supervise todo el proceso, asigne la misión del administrador, designe a un representante de los empleados, elegido por ellos; experto directivos en número de empleados y facturación; un representante legal designado para actuar en nombre de los acreedores; uno o más acreedores (Franco, 2008, p. 223).

Hasta ese momento de los procedimientos preventivos, se presentaron la conciliación y la protección, para lo último contamos con el procedimiento de recuperación denominado *redressement judiciaire*, artículo 631-1, para cuando el deudor se encuentra en el estado de cesación de pagos.

Ante la insolvencia (*cessation des paiements*), la disciplina de *redressement judiciaire* alienta a los órganos del procedimiento a buscar alternativas para la liquidación de activos y preservar la empresa. Para ello, cuenta con la asistencia de expertos y del empresario. Si bien el procedimiento se lleva a cabo durante un período de tiempo limitado, las decisiones se concentran en las manos de los jueces, y solo las contribuciones nominales se reservan para los acreedores, ya que incluso la liquidación (*liquidation*) se puede decidir sin la participación de los acreedores (Franco, 2008, p. 223).

Es necesario que la solicitud de recuperación se realice dentro de los 45 días posteriores al cese de los pagos, a menos que el deudor haya solicitado previamente una conciliación.

De acuerdo con el artículo 631-2, los comerciantes, las personas registradas en el registro de profesiones, los agricultores, cualquier persona física que ejerza una actividad profesional independiente, incluidos los profesionales regulados y cualquier entidad legal de derecho privado, tienen derecho a solicitar el *redressement judiciaire*.

El líder de la empresa tiene el poder de iniciativa para todas las medidas de prevención, exclusivamente para el *mandat ad hoc*, *conciliation* y *sauvegarde*. En concurso con acreedores de cualquier clase, con el Tribunal, *ex officio* o mediante propuesta del ministerio público para el *redressement judiciaire*.

Con respecto al plan de recuperación, se ofrecerá por el administrador con el apoyo del deudor, después de evaluar las condiciones económicas y sociales de la compañía, especificando el origen, el alcance y la naturaleza de sus dificultades, ya que el administrador es responsable de todas las decisiones de gestión y conservación de la compañía, aunque con el apoyo del deudor.

Además de los procedimientos antes mencionados, la legislación francesa establece en los artículos 611-2 el *procédure d'alerte* o una medida de alerta

...que consiste en la posibilidad de que el presidente de Tribunal do Comercio llame a los gerentes de la compañía, al enterarse por acto, documento o proceso que una compañía, un grupo económico, una compañía individual, una empresa comercial o artesanal tienen dificultades capaz de comprometer la continuidad de la actividad (Negrão, 2010, p. 95).

Y en el artículo 611-3 una medida preventiva “que otorga al magistrado la posibilidad de nombrar, a petición de los administradores de la empresa en

dificultades, uno cuya función es ayudarlo a encontrar soluciones a la crisis y mantener la actividad empresarial" (Negrão, 2010, p. 95).

Se puede ver que en las acciones de recuperación, el Estado está muy presente y juega un papel importante, y puede otorgar incentivos, incluso préstamos y condonación de la deuda, de la forma en que los acreedores deberían preocuparse menos por el reembolso total e inmediato de sus créditos. El trabajo es constante en la búsqueda de soluciones que permitan la continuidad de la actividad, el mantenimiento del trabajo, el turno del dinero y para ello es necesaria la comunión de esfuerzos de todos los involucrados (Perin Junior, 2009, p. 84).

6.5 Conclusiones

La Ley de insolvencia alemana es muy simple por utilizar el sistema unitario, donde hay un período común inicial para el procedimiento de liquidación o el procedimiento de reestructuración corporativa, que puede ser a través de un plan de reorganización, transferencia o el aumento del plazo para cumplimiento de las obligaciones.

Los acreedores juegan un papel importante en esta legislación, ya que son responsables, a través de una junta general, de decidir cuál será el mejor curso de acción para los procedimientos de insolvencia interpuestos por el deudor, respetando los plazos establecidos por la ley. Esta decisión se tomará en base a la información proporcionada por el administrador de insolvencia, el agente responsable de asumir los deberes del empresario deudor después de la apertura del proceso.

Además del juez y el fiscal del órgano público, participan del proceso el administrador de insolvencia, el agente fiduciario -acciones de personas física-, comisionado responsable de supervisar los actos comerciales del deudor después de elegir el procedimiento a adoptar, comisión de acreedores y asamblea general.

El deudor puede presentar el plan junto con la solicitud y la insolvencia, o dejarlo al administrador de la insolvencia. Los acreedores no pueden presentar un plan, pero pueden participar en la elaboración del mismo con la ayuda del administrador.

En la ley de los Estados Unidos, *Bankruptcy Code*, Los problemas de las empresas insolventes se exponen en los capítulos: 7, que se ocupa con la liquidación; 11, que dispone sobre la reorganización e recuperación de la empresa, *business reorganization*; 12, trata con liquidaciones de deudas de una granja familiar; y el 13, que habla sobre el deudor persona física, no empresaria.

Por lo tanto, el Capítulo 11 es responsable de dirigir al deudor a los pasos correctos para continuar ejerciendo su actividad comercial. La solicitud de reorganización, destinada a los tribunales, puede ser solicitada tanto por el deudor como por los acreedores.

La participación de los acreedores en el plan de reorganización es intensa y constante, y tanto ellos como el deudor pueden presentar un plan de rehabilitación para la actividad.

El Capítulo 11 permite que el deudor se mantenga por delante de los negocios, y tan pronto como sea posible para volver a los negocios, entendiendo que tiene el conocimiento para que su negocio vuelva a la normalidad.

El tribunal puede o no ser asistido por un síndico, *trustee*, para las causa de reorganización en que se ha probada alguna fraude, o por solicitud de los acreedores. Son pocos los órganos de ayuda a lo Estado, porque los comités de acreedores son responsables por muchas e importantes funciones, como descrito anteriormente.

La ley estadounidense todavía tiene un dispositivo llamado *cramdown*, En los casos en que el plan no es aceptado por todas las clases de prestamistas, es una forma de forzar la aprobación como la mejor solución a la situación en la que se encuentra la empresa.

Además de las formas de reorganización antes mencionadas del Capítulo 11, también existe la posibilidad de presentar un plan preconcebido por el deudor, con la solicitud inicial, con la aceptación previa de los acreedores y los comités previamente constituidos. Esta modalidad se conoce como *prepackaged*.

Los procedimientos de insolvencia adoptados por el *Code de Commerce* son un total de cinco, donde dos son de liquidación destinados a terminar el negocio de la empresa o liquidar la deuda adeudada por una asignación total o parcial de sus derechos o activos. Y también hay 3 procedimientos que buscan el mantenimiento de la actividad comercial, bajo la dirección del propio empresario deudor: procedimiento conciliatorio, basado en el trabajo de un conciliador y

acreedores importantes, para el deudor que aún no está en incumplimiento, pero enfrenta dificultades económicas, legales o financieras; un procedimiento de protección o salvaguardia diseñado para facilitar la reorganización del negocio para los empresarios que no están en estado de insolvencia pero que ya no tienen los medios para enfrentar una crisis; y procedimiento de recuperación, para deudores ya en cesación de pagos, que buscan mantener la actividad comercial, el empleo y la verificación de activos.

El estado francés ha separado a la empresa en crisis de tres maneras: empresa insolvente o en cesación de pagos; aquellas que puedan ser reestructuradas por procedimiento judicial; aquellos que pueden recuperarse sin el uso de medios judiciales agotadores, utilizando la técnica de prevención.

Los acreedores no son tan participativos, pero sus derechos están muy bien impuestos por la legislación. El Estado ya es muy participativo e influyente en las acciones de protección y recuperación de las empresas, y para ello designa órganos de ejecución: Juez Comisionado que debe ocuparse de todos los intereses y puede nombrar especialistas y varios expertos para llevar a cabo sus funciones; el sindicato que tiene la obligación de ayudar y supervisar al deudor para su administración; lo *mandataire judiciaire* o fiscales designados por la función principal de la corte es actuar en la corte y fuera de la corte en defensa de los intereses colectivos de los acreedores; y el comité de acreedores.

El síndico propondrá el plan de recuperación con el apoyo del deudor, luego de un análisis detallado y crítico de las condiciones de la empresa.

Lo que está claro es la preocupación que el Estado francés tenía en preservar el interés de los acreedores y al mismo tiempo crear un mecanismo para evitar el estado de cesación de pagos de las empresas, que pudo hacer con mucha eficacia esta legislación de 1994.

CAPÍTULO 7

MARCO METODOLÓGICO

7.1 Introducción

El presente capítulo tiene por objetivo exponer la estructura del trabajo y cada decisión metodológica tomada para presentar mejor el contenido y el material elegido para abordar el tema.

Se presentará la metodología para alcanzar los objetivos, la guía de procedimientos, los pasos utilizados para la pesquisa y todos los mecanismos para analizar el problema de la investigación.

7.2 Tipo y diseño de la investigación

El diseño de la investigación hace referencia al plan utilizado para obtener la información necesaria para la resolución de la problemática presentada por el autor de la investigación. Es la estructura a seguir con el objetivo de obtener resultados confiables congruentes con la hipótesis presentada anteriormente. Como enseña Alesina (2011):

Es por tanto el plan global de la investigación, que integra de manera coherente objetivos, técnicas a emplear y análisis a realizar. Su objeto es proporcionar un modelo de verificación que permita contrastar hechos con teorías, y su forma es la de una estrategia general que establece los pasos necesarios para hacerlo (p.34).

Sabino (2009) entiende que no existe un criterio único que abarca todos los tipos de investigaciones científicas, ellas se clasifican atendiendo diversos aspectos simultáneamente. No existe coherencia entre los distintos autores que estudian el tema. Por lo tanto, cita los tres tipos básicos y más populares de investigación: exploratoria; descriptiva y explicativa (p. 92).

Los estudios descriptivos, adoptado en el presente trabajo, es utilizado para “describir situaciones y eventos. Esto es, decir cómo es y se manifiesta determinado fenómeno. Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, -comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis” (Sampieri, 1997, p. 71).

Este método fue utilizado, para que a través de la observación de las leyes, de la doctrina y de algunos datos fue posible caracterizar, especificar y analizar las características legales y procesales de los concursos preventivos y la recuperación judicial, y describir lo que no permite la ejecución adecuada de estos institutos y compromete la preservación de las empresas. Es una investigación no experimental, donde lo que hacemos es:

...observar los fenómenos como lo hacen en su contexto natural para analizarlos. Como señala Kerlinger (1979, p. 116). "En la investigación experimental, el hecho expuesto es cualquier investigación en la que es imposible manipular variables para asignar al azar a los sujetos o las condiciones". Por lo tanto, no hay condiciones para que los estímulos expiren en los sujetos del estudio. Los objetos se observan en su entorno natural, en su realidad (Sampieri, 1991, p. 245).

7.3 Unidad de análisis

Para comprender completamente los defectos, cualidades, características de los concursos preventivos y de la recuperación judicial – objetos principales del estudio- primero buscamos entender los orígenes y toda la ruta histórica de los institutos legales de preservación de negocios. Para eso, utilizamos de la doctrina especializada, argentina y brasileña, en esto principio, como por ejemplo: Rubin (1991), Rivera (1998), Vítolo (2016), Negrão (2010)

También fue utilizada la doctrina encargada de hablar sobre los principios y derechos fundamentales del orden económico y social, enfatizando el tema de la preservación empresarial, como: Dubois (2016), Silva (1998). Y por fin la doctrina que aborda sobre las crisis empresariales, el estado de cesación de pagos y la importancia del mantenimiento de la empresas: Berstein (2018), Coelho (2014), Junior (2009).

Además, fue utilizada la ley argentina y brasileña de concursos, datos de institutos de investigación y también publicaciones periódicas e informes sobre la situación económica actual de estos países y el reflejo de esto en las empresas como consecuencia en la sociedad. Por lo tanto, se explicó la gran necesidad social que existe en la actividad empresarial con el fin de buscar en la ley más amplia - constitución - fundamentos y principios que respalden los mecanismos que tienden a proteger la vida de las empresas y consecuentemente los intereses sociales y colectivos.

Al comprender esta gran necesidad, a través del análisis de la investigación realizada por los institutos se dio cuenta de la baja eficiencia de los concursos preventivos y de la recuperación judicial, Por lo tanto, estudiamos estos institutos en detalle junto con análisis de jurisprudencia para entender mejor cuáles son los principales obstáculos que enfrenta el deudor que busca esta oportunidad para reorganizar su negocio y continuar su actividad satisfaciendo a los acreedores.

Finalmente, en la búsqueda de mejoras, nuevos recursos, utilizamos la ley comparativa de preservación de empresas, Alemania, Estados Unidos y Francia, en la investigación doctrinal y legal, en un intento de reforzar la legislación argentina y brasileña de preservación de empresas.

Resumiendo:

- Doctrina, legislación y decisiones judiciales de Argentina y Brasil acerca del Concurso preventivo y la Recuperación Judicial;
- Constitución nacional argentina y brasileña;
- Leyes de preservación de empresas de Alemania, EE.UU. y Francia;

7.4 Variables

Las variables de investigación son factores que pueden ser medidos, manipulados y es probable que cambien durante la investigación. Representan una característica que muestra diferencias, vale decir que una variable es generalmente cualquier cosa que puede asumir diferentes valores categóricos o numéricos. Son factores utilizados por los investigadores para observar y medir los cambios en una cosa o las relaciones de causa y efecto (<https://www.lifeder.com/variables-de-investigacion/>).

En los procesos relacionados con la recuperación de la empresa, los factores que pueden causar grandes variaciones en este tipo de acción son los cambios en la legislación reguladora de preservación de la empresa. Los cambios pueden afectar la eficiencia del proceso, bajo aspectos cualitativos y cuantitativos, de modo que al cambiar la ley podemos tener mejores resultados y, en consecuencia, un mayor valor de las empresas en Argentina y Brasil que pueden reorganizarse y mantenerse activas.

7.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Las técnicas de recolección de datos son las diferentes maneras adoptadas por el investigador para obtener la información. Sampieri (1991) entiende que básicamente recolectar datos implica tres actividades estrechamente vinculadas entre sí:

Seleccionar un instrumento de medición de los disponibles en el estudio de comportamiento o desarrollar uno (el instrumento de recolección de datos). Este instrumento debe ser válido y confiable, de lo contrario no podemos basarlo en sus resultados; Aplica este instrumento de medición. Para decidir, obtener las observaciones y medidas de las variables que son de interés para nuestro estudio (variables de medida); Prepare las mediciones obtenidas para que puedan analizarse correctamente (esta actividad se denomina codificación de los datos) (p.285).

Para este trabajo fueron utilizadas las técnicas cualitativas y cuantitativas de estudio.

Para Alesina (2011) las investigaciones cualitativas recogen datos de campo desde donde los participantes experimentan el fenómeno del Por otro lado, las investigaciones cuantitativas: describen y explican los fenómenos sociales desde una mirada objetiva y estadística (pp. 77-78).

La técnica cualitativa fue empleada con el objetivo de entender cómo actúan las leyes de preservación de empresas de los referidos países. Esa técnica fue utilizada por medio de observación indirecta por análisis documental de doctrina, artículos, tesis, legislación y decisiones judiciales respecto al ordenamiento jurídico de insolvencia – preservación de empresas- de Argentina y Brasil, incluyendo la legislación de Alemania, Estados Unidos y Francia en las cuestiones de recuperación de actividad empresarial.

Se utilizó la técnica cuantitativa cuando se buscó estadísticas en gráficos, investigaciones y estudios de la demanda y efectividad de los procesos de concursos preventivos en Argentina y de recuperación judicial en Brasil, para transcribir de manera documental estos datos secundarios, y comprender la eficacia con que funcionan estos mecanismos de preservación empresarial. La técnica cualitativa nuevamente fue utilizada cuando se buscó saber la actual situación económica de Argentina y Brasil, y su consecuencia para las empresas y sociedad a través de gráficos y estudios.

Los instrumentos son los medios utilizados para recoger y almacenar la información. En este trabajo los datos recogidos fueran transcritos de manera descriptiva. Pero se utilizó una especie de esquema procesal, en los capítulos 4 y 5, para demostrar el camino del proceso legal de concursos preventivos y de recuperación judicial. Y, en capítulo 2 utilizamos gráficos, sacados de órganos de pesquisa, que demuestran la situación económica de Argentina y Brasil.

7.6 Análisis de datos

El análisis de datos es básicamente la ciencia empleada para sacar conclusiones respecto las informaciones estudiadas, y así facilitar la respuesta al problema investigado.

La técnica utilizada para la interpretación de datos fue la observación de datos secundarios. Toda la información adquirida- los datos y las estadísticas- fue recopilada y transmitida al trabajo de manera descriptiva (Dieterich, 2001, p. 200).

Con todo el material organizado, difundimos el contenido en 6 capítulos. Todo ordenamiento jurídico tiene un origen y pasa por innumerables evoluciones hasta que se materializa como lo conocemos en el derecho moderno. Por eso dedicamos el primer capítulo a describir la evolución histórica del sistema concursal, desde la antigüedad hasta las leyes más recientes.

Usamos el segundo capítulo para describir y conceptualizar situaciones de crisis, el presupuesto legal cesación de pagos. Y con el objetivo de demostrar la importancia del instituto de recuperación empresarial, también exponemos en este capítulo la situación económica de Argentina y Brasil, las dificultades que sufren las empresas y los problemas que surgen cuando desaparecen del mercado.

Como ocurre con cualquier ley, los mecanismos de preservación empresarial deben contar con el respaldo constitucional. Por tanto, tenemos el tercer capítulo para exponer la constitucionalidad de los concursos preventivos y de la recuperación judicial, además, señalamos la función social como condición previa para la existencia de la actividad empresarial e destacamos los principios inherentes las acciones arriba citadas.

En los capítulos 4 y 5 seguidamente planteamos sobre las leyes 24.522 y la ley 11.105 – concursos y quiebras de Argentina y Brasil- enfatizando sobre los concursos preventivos y la recuperación judicial, objetos principales de la tesis,

pero aún hablamos de procedimientos extrajudiciales y de pequeñas empresas relacionados con la preservación empresarial.

Por fin, en el capítulo 6, trabajamos con el derecho comparado, porque consideramos importante buscar ejemplos y otras formas de utilizar el sistema de conservación de empresas. La legislación de diferentes países puede contribuir a actualizar y modernizar la legislación local.

CONCLUSIÓN

El derecho concursal y el cobro de deudas desde la antigüedad han sufrido varias transformaciones. Fue un largo proceso evolutivo para que la empresa fuera vista como de interés social y para que el legislador introduzca la continuidad de la actividad en el derecho concursal.

En la antigua ley romana, las ejecuciones de deuda se llevaban a cabo de forma personal, lo que implicaba sanciones físicas y castigos con el deudor. A causa del gran desarrollo comercial y mercantil durante el período medieval, el derecho de ejecución dejó de tener un carácter privado y condujo a la participación de las autoridades públicas responsables de su gestión. En la edad moderna el estado emerge como una entidad política y legal, regulador de todas las transacciones de crédito, y también como el único responsable de penalizar al deudor.

En el derecho contemporáneo surge el reconocimiento de la empresa como entidad social, y gran evolución de la ley concursal y los mecanismos de prevención de crisis. Durante este mismo período, entre guerras, aumenta el interés del deudor en preservar la empresa.

En Argentina, la primera regulación sobre infracciones se produjo en 1794, pero la primera vez que se mencionó la continuidad del negocio fue en 1862, en el Código de Comercio. Fue por primera vez en la ley de Castillo en 1933 que la preservación de los negocios fue tratada como de interés estatal y social, basado en la ley italiana y francesa.

En Brasil, el régimen de infracciones se origina en la ley romana y ha estado presente desde el descubrimiento del país en 1500. En 1850, aparece el concordato por abandono en un intento de evitar la ruptura del deudor, y en 1890 con la evolución del sistema bancario se habla sobre la continuación comercial del negocio fallido.

Con respecto al derecho comparado, se puede decir que Alemania habló sobre la reestructuración del negocio en 1935; Estados Unidos por primera vez en 1867; y Francia en 1838.

Tanto los concursos preventivos, como la recuperación judicial son acciones promovidas por una situación de crisis en la empresa, que pueden ser de origen económico, financiero o patrimonial. La ley 24.522 de 1995, asume

como suposición procesal el estado de cesación de pagos –insolvencia económica-, situación donde el deudor no tiene crédito disponible para cumplir con sus obligaciones, es un estado permanente y no transitorio. Para esto adopta la teoría amplia, donde este estado es externalizado por los hechos reveladores.

Por otro lado, la Ley brasileña, 11.101 de 2005, explica que el deudor que tiene derecho a la recuperación es el que está en crisis económica financiera. Propone un concepto vago, pero entendido por gran parte de la doctrina, interponer acciones de recuperación judicial, incluso en caso de insolvencia temporal, iliquidez o malversación de fondos.

De hecho, la situación de insolvencia es una realidad experimentada por las empresas argentinas y brasileñas. Ambos países atraviesan un escenario de recesión económica, influenciado por las altas tasas de interés, la inflación incontrolable y los altos costos de mantenimiento -factores responsables de la baja productividad, baja circulación de productos en el mercado y la dificultad de la empresa para cumplir con sus obligaciones.

La empresa deudora tiene como futuro el cierre de actividades y, por lo tanto, como sucede actualmente en la economía argentina y brasileña, desata una serie de problemas sociales como el desempleo, la falta de recolección de productos, la falta de competitividad comercial, el cierre de una cadena de lazos económicos que hacen que su inexistencia sea un problema social y no solo el de los propietarios, socios o aquellos que se benefician directamente de él.

En la concepción actual de una empresa, en Argentina y en Brasil, se consolida la idea de propiedad privada que lleva a cabo una actividad que va más allá de los intereses privados. Se habla, entonces, de una fuente acogedora de interés social que alcanza trabajadores, proveedores, medio ambiente, fisco y todo el medio donde ejerce sus actividades.

Estamos ante un instinto que combina el interés colectivo con el interés social, y se vuelve tan valioso para esta segunda función que el estado busca a través de sus legisladores formas de prevenir la extinción de empresas y alentar su crecimiento.

La función social de la compañía ya estaba materializada en la ley argentina, en la constitución de 1949, pero actualmente es aceptada por la jerarquía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San

José de 1969, artículo 21º. En el derecho brasileño la función social se materializa en la actual constitución federal, más precisamente en el artículo 5º.

La capacidad de la empresa para satisfacer las necesidades de la sociedad y garantizar que se cumplan los principios constitucionales y los derechos fundamentales descritos en la Constitución, significa que la preservación de la empresa es un principio de origen constitucional.

En la búsqueda de protección social, valorando el buen funcionamiento judicial, una serie de principios expresados o implícitos coordinan y guían los procesos de preservación de la actividad empresarial para que este mecanismo actúe de manera coherente y más simple posible, para resolver todas las disputas y mantener la empresa en funcionamiento.

El concurso preventivo, sistema de recuperación de la actividad empresarial y satisfacción de los acreedores, en la ley argentina, opera bajo el deudor. Es un mecanismo de continuación de la empresa basado en el *Bankruptcy Code* y básicamente se desarrolla a instancias del deudor, que tiene el poder de la solicitud, relacionar las clases de acreedores y formular la propuesta para los acreedores, además de estar a cargo de la administración de la empresa en el período de recuperación.

En este sistema, el síndico tiene un papel muy importante. Entre las diversas funciones, siempre realizadas con métodos adecuados, debe ser responsable de presentar donde analiza todos los negocios, activos y pasivos y activos del deudor, a fin de proporcionar mayor transparencia y facilidad en la toma de decisiones en busca del mejor desarrollo para el concurso.

El concurso preventivo está muy bien estructurado, claro y legalmente organizado, es una legislación muy sólida y bien compuesta que no deja vacíos. A través de personas con experiencia en el área, está claro que los acreedores siempre están dispuestos a trabajar juntos, la información proporcionada es la más clara posible y el conjunto de órganos ayuda al juez a trabajar de manera armoniosa con todos.

La gran dificultad, factor responsable de varias quiebras, está fuera del alcance legislativo, que es la forma en que el deudor está utilizando el sistema y la actual situación económica del país. En el primer punto, nos referimos a la demora del deudor en solicitar el concurso. Este retraso, según los expertos en el área, deja a la compañía deudora en una situación irreversible, especialmente en

países como Argentina, entrando en el segundo punto, que atraviesa un período económicamente inestable, altas tasas de interés, desempleo, baja circulación de productos y alta inflación.

Con respecto a la recuperación judicial, después de la comprensión legislativa y doctrinal, notamos un ordenamiento muy preocupado por la función social proporcionada por la empresa, lo que hace de este un vector de su existencia. Legalmente tenemos un derecho de recuperación empresarial muy completo y seguro desarrollado sobre la base de las principales leyes de insolvencia extranjeras. Para entender la poca eficiencia de la recuperación judicial, buscamos el conocimiento de la experiencia práctica de aquellos que trabajan en este campo.

Al profundizar la investigación en conocimiento práctico, detectamos algunos de los principales problemas que enfrentan las empresas que buscan el beneficio legal de la recuperación judicial. La mayoría de los problemas no provienen de la legislación, sino del poder judicial, donde podemos citar la falta de respeto al principio de la celeridad procesal, por la demora de cumplimiento plazos, e por la gran incertidumbre jurídica relacionada con las acciones del juicio laboral y de la recuperación.

Legalmente, uno de los principales errores cometidos por la legislatura fue no involucrar créditos fiscales en el conjunto de recuperación, sabiendo que una empresa en crisis comienza incumpliendo estas obligaciones. Otro problema importante es la falta de especialización del síndico, lo que hace que los acreedores no confíen en los informes que visibilizan la salud de la empresa y genera que el juez se involucre en asuntos que no lo competen. Por ende, se advierte una gran falta de transparencia del deudor, en relación con su situación real. Como consecuencia, los acreedores piensan mucho en el fraude cuando hablamos de este instituto.

Fuera del campo judicial y legal, podemos enfatizar la demora del deudor en presentar la demanda, a menudo lo deja en un estado agravado y sin posibilidad de reorganización de la actividad.

Claramente, Argentina y Brasil, tanto en el contexto económico como legal, demuestran un tratamiento protector para las actividades comerciales y los tratan como un instituto social. Los mecanismos de preservación materializados en la legislación de estos países se basan en el interés social, por reconocer que la

empresa genera empleos, impuestos, producción y circulación de productos y / o servicios.

Los concursos preventivos y la recuperación judicial son bastante convergentes en algunos puntos legales, entre ellos podemos mencionar: suspensión de acciones contra el deudor; mantenimiento del deudor en la administración de la empresa; aprobación del plan por los acreedores; voto de los acreedores por clase; la solicitud debe ser realizada por el deudor; hay que demostrar la viabilidad de la empresa para reorganizarse.

Entre los diferenciales, podemos mencionar que según la ley argentina el deudor puede solicitar el concurso preventivo antes o, por cierto, después de que se haya decretado su quiebra; En relación con el síndico, también es importante mencionar que en la legislación argentina, el hecho de que sea contador lo hace más calificado para estudiar la situación y los informes de la empresa, así como los cursos de calificación que ya se necesitan en algunos lugares, como Córdoba, de manera diferente a lo que ocurre en Brasil, donde el síndico puede ser abogado, contador, economista, empresario o cualquier persona especializada y calificada para hacer ese papel. Dejando las calificaciones necesarias muy abiertas y vagas para quien tiene derecho a ejercer esta función.

En el ejercicio del derecho comparado, se estudió la conservación de las empresas en tres sistemas diferentes, el alemán, el norteamericano y el francés.

La ley de insolvencia alemana, poco diferenciada de las demás, como se ve, tiene un procedimiento unitario, el mismo período de información para decidir entre la liquidación o la reestructuración de la empresa. En el caso de la reestructuración, hay varios planes que se pueden adoptar, como la transferencia, la reorganización y el aplazamiento de los pagos.

En esta ley, uno de los efectos de la acción es la pérdida del poder del deudor en la administración de la empresa, que es responsabilidad del administrador de la insolvencia, el síndico en la ley argentina. Hay excepciones donde el plan prevé la continuación de la actividad por parte del deudor. Pero lo interesante es que muchas veces el problema de la empresa puede ser el propio empresario y otra persona en la administración abre una oportunidad para ejercer la actividad con una nueva metodología, aunque en muchos sistemas se entiende que el único capaz de administrar el negocio es quien tiene el *know how*, una nueva ideología puede ser muy interesante para varias ocasiones.

Es un sistema moderno con gran participación del estado, que ahora cuenta con procedimientos para particulares, mayor autonomía e igualdad entre los acreedores.

En Estados Unidos, capítulo 11 de la ley de quiebras, responsable de la reorganización de la actividad empresarial. Es interesante decir que tanto para la liquidación como para la continuación de la actividad, además del deudor, la solicitud también puede ser hecha por el acreedor.

Este es el proceso más eficiente del mundo, con un promedio de 20 a 30% de empresas en recuperación y con la inmensa participación de los acreedores, quienes, a diferencia de la mayoría de las regulaciones, también pueden ingresar a la administración de la compañía o recibir acciones como pago de la deuda, y no solo votar sobre el plan.

En la ley estadounidense hay libertad para formar la clase de acreedores, algo que no es muy común y permite una mayor libertad de negociación. El deudor continúa frente la administración de la empresa, excepto cuando hay fraude o solicitud de los acreedores para que el *trustee* – síndico- hacerse cargo del negocio del deudor.

Con respecto a las deudas tributarias, el capítulo 11 las incluye en el plan de recuperación, donde serán analizadas por el mismo tribunal, con la posibilidad de concesiones y pagos a través de las acciones del deudor.

En Francia, la preservación de empresas es materializada en tres procedimientos dispuestos en el *Code de Commerce*: el procedimiento conciliatorio para las personas que no se encuentren en cesación de pagos más de 45 días; el procedimiento de protección que tiene como objetivo facilitar la reorganización empresarial para aquellos que están en situación que puede llegar a la cesación de pagos; y el procedimiento de recuperación, equivalente al concurso preventivo, destinado al deudor en estado de cesación de pagos.

El procedimiento de recuperación – *procédure de redressement* -, mantiene al deudor a cargo de la empresa, pero bajo la supervisión de un representante legal. La solicitud puede ser hecha por el deudor, los acreedores de cualquier clase o por el tribunal, *ex officio* o por pedido del Ministerio Público.

La prevención de la quiebra y buena ejecución del derecho concursal francés es en función de la gran cantidad de informaciones contables de la empresa, por ley que requiere la publicación de las cuentas de todas las

empresas y de los grupos de la sociedad. Documentos garantizados por *commissaire aux comptes*, órgano responsable por la auditoría y por depósito de toda la información en el registro, lo que permite una mayor publicidad de la información, sin embargo, controlada para evitar cualquier daño a la confiabilidad de la empresa.

Además, vale la pena señalar la participación del estado francés preocupado por la dimensión del problema social, causado por la desaparición de grandes empresas y referencias económicas en su país. El reembolso total de la deuda se deja de lado, se otorgan préstamos e incluso condonación de deudas para mantener el empleo, la circulación de bienes y convertirse en un ejemplo para los acreedores, lo que demuestra que para el mantenimiento de la actividad económica el esfuerzo comunitario es excelente protagonista.

Como se vislumbra, el derecho comparado trae consigo la adversidad de situaciones, disposiciones legales y regulaciones. Y cuando hablamos de la preservación de las empresas, todos los legisladores deben dar la bienvenida y analizar todo lo que pueda agregar y ser útil para mantener la actividad comercial, dada el tamaño de este instituto y lo que representa para la sociedad. Por más nuevos que sean, cada sistema legal necesita actualizaciones y mejoras, principalmente para satisfacer el interés colectivo.

Primero, citamos como un gran ejemplo la ley de recuperación de empresas estadounidense, que permite que los acreedores hagan la solicitud. Una de las principales causas de la quiebra es la solicitud tardía realizada por el deudor, que lo hace en un estado que la compañía no tiene otra solución sino la quiebra. Teniendo esto, el acreedor, al darse cuenta de la dirección que está tomando el deudor, estamos aumentando las posibilidades de supervivencia y continuidad de la empresa en el mercado, y también aumenta las posibilidades de los acreedores de recibir las obligaciones.

La ley alemana llama la atención sobre el hecho de que los acreedores deciden la dirección de la empresa –liquidación o recuperación-, y dicha participación permite un mayor acceso a la información y al verdadero estado en el que se encuentra, además de hacer el procedimiento rápido y simple. Esta ley también permite la elaboración del plan por el administrador de la recuperación, lo cual puede ser esencial al dar confianza a los acreedores.

Además, es interesante la ley alemana usar el supuesto especial “amenaza de insolvencia”, que puede ser esencial para evitar una situación agravada que incurre directamente en quiebra y mencionar el estado francés que prevé procedimientos que preceden al estado de cesación de pagos en un intento de anticipar situaciones irreversibles de una crisis empresarial.

Al tratar de resolver los problemas de las deudas tributarias, la ley francesa es un gran ejemplo para innumerables ordenanzas. El estado está tan presente que perdona las deudas del deudor en un intento por mantener la actividad y, por lo tanto, los trabajos y la función social de la empresa. Todo guiado por un diagnóstico social y económico de la empresa, realizado por un especialista que investigará la posibilidad de reorganización y mantenimiento de la fuente de producción.

Lo que está claro es que, en el estudio del derecho comparado, cada orden puede contribuir de alguna manera, que sea legal, social o incluso conductual. Pequeños detalles y nuevas ideas pueden resolver problemas que retrasan el desarrollo social y evitan que los ciudadanos accedan a los derechos y principios fundamentales básicos ofrecidos por el Estado o por entidades que, como las empresas, son responsables de desempeñar este papel junto con el Estado y servir a todos cumpliendo la función social.

Ante toda esta diversidad legislativa sugiero que los legisladores locales – argentinos y brasileños-, disfrutan del conocimiento y la forma en que las legislaciones utilizadas en el derecho comparado –Alemania, Estados Unidos y Francia- manejan el sistema de preservación de empresas y buscan mecanismos que puedan ayudar a todos los pasos procesales y aumentar la eficiencia, menos tiempo agregado a mejores resultados, dejando la quiebra como última opción.

Entre los contrastes legales estudiados, propongo los que sean apreciados aquí y que a primera impresión podrían aportar mucho a nuestro ordenamiento jurídico: el acreedor puede solicitar la acción de recuperación de la empresa; el deudor tenga libertad para formar la clase de acreedores; la dirección de la empresa no siempre es del deudor; ampliar el contexto legal para un supuesto previo a la insolvencia; exigir anualmente informaciones contables de las empresas; especializar todos los órganos envueltos en las acciones recuperatorias; solicitar diagnóstico social y financiero de la empresa por especialistas.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía

- Alesina, L., Bertoni, M., Mascheroni, P., Moreira, N., Picasso, F., Ramírez, J. Rojo, V. (2011). *Metodología de la Investigación en Ciencias Sociales: apuntes para un curso inicial*. Universidad de la Republica Uruguay.
- Almeida. A. P. (2017). *Curso de Falência e Recuperação de Empresa* [Curso de quiebras y recuperación de empresas]. Saraiva.
- Andrade, A. (2013). *Interesses Difusos e Coletivos* [Intereses colectivos y difusos]. Método.
- Araújo. J. F. (2009). *Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas* [Comentarios sobre la Ley de quiebras y recuperación de empresas]. Saraiva.
- Bernazza, C. (2015). Función social de la propiedad en la Constitución del 49: la vigencia de una convicción. *H. Cámara de Diputados de la Nación*. <http://www.claudiabernazza.com.ar/web/23-textos/37-documentos-politicos-y-de-gestion>.
- Berstein, O. R. (2018). *Inminente Cesación de Pagos*. Astrea.
- Calcagno, E. (2013). La función Social de la Propiedad en el Nuevo Código Civil. *Miradas al Sur*. <http://www.infonews.com/nota/109478/la-funcion-social-de-la-propiedad-en-el>.
- Castro, C. A. (2007). *Preservação da Empresa no Código Civil* [Preservación de la empresa en el Código Civil]. Juará.
- Coelho, F. U. (2014). *Comentários a Lei de Falências e Recuperação de empresas* [Comentarios sobre la Ley de quiebras y recuperación de empresas]. Saraiva.
- Dasso, A. G. (2014). *Código de Quiebras de los Estados Unidos de América*. Errejus.
- Dieterich, H. (2001). *Nueva Guía para la Investigación Científica*. México: Ariel.
- Dubois E. M. F. (2016). *Manual de Derecho Comercial*. La ley.
- Franco, V. H (2008). *Falência e Recuperação de Empresas em Crise* [Concurso y recuperación de empresas en crisis]. Campus.

- Frick, P. D. (2018). *Manual de Concursos y Quiebras* (Tomo 1). Edial.com.
- Frick, P. D. (2018). *Manual de Concursos y Quiebras: Tomo 2*. Edial.com.
- Graziabile, D. J. (2016). *Manual de Concursos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Junior, E. P. (2009). *Preservação da Empresa na Lei de Falências* [Preservación de la empresa en la Ley Concursal]. Saraiva.
- Junior, W. F. (2015). *Lei de Falências e Recuperação de Empresas* [Ley de quiebras y recuperación empresarial]. Atlas.
- Junior, E. P. (2009). *Preservação da Empresa na Lei de Falências* [Preservación de la empresa en la Ley Concursal]. Saraiva.
- Maciel, H. D. (2017). *El Concurso Preventivo*. Ad-Hoc.
- Negrão, R. (2010). *A Eficiência do Processo Judicial na Recuperação de empresa* [La eficiencia del proceso judicial en la recuperación de una empresa]. Saraiva.
- Novelino, M. (2016). *Curso de Direito Constitucional* [Curso de Derecho Constitucional]. Juspodivm.
- Pesaresi, G. M. (2018). *Ley de Concursos y Quiebras Explicada*. Editorial Estudio.
- Recalde, A. (2006). La Constitución Argentina de 1949 Génesis y Caída. *Blog Alia*. <http://www.alia.com.ar/Memoria/1949-1.htm>.
- Rivera, J.C. (1998). *Instituciones de Derecho Concursal: Tomo 1*. Rubinzal-Culzoni.
- Rivera, J. C., Martínez, C. A. C., Graziabile, D. J., Ribera, C. E. (2010). *Derecho Concursal*. La Ley.
- Rouillon, A. A. (2017). *Régimen de Concursos y Quiebras*. Buenos Aires: Astrea.
- Rubin, M. E. (1991). *Continuación de la Actividad Empresarial en la Quiebra*. Ad-Hoc.
- Sabino, C. A. (2009). *Cómo Hacer una Tesis y Elaborar Todo Tipo de Escritos*. Lumen.
- Saguez, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Sampieri, C. R., Collado, C. F., Lucio, P. B. (1997). *Metodología de la Investigación*. McGraw Hill.
- Santos, E. (2008). *Principais Controvérsias na Nova Lei de Falências*. Fabris.
- Silva, A. J. (1998). *Curso de Direito Constitucional Positivo* [Curso de derecho constitucional positivo]. Malheiros.
- Vítolo, D. R. (2016). *Manual de Concursos y Quiebras*. Estudio.

Fuentes de información

Chapter 11 of Title 11 of the United States Bankruptcy Code, 26 de octubre de 1976. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/chapter-11>

Constituição da República Federativa do Brasil, Brasil, 5 de outubro de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Constitución de la Nación Argentina, Argentina, 11 de marzo de 1949. <https://www.elhistoriador.com.ar/constitucion-de-la-nacion-argentina-1949/>.

Constitución de la Nación Argentina, Argentina, 22 de agosto de 1994. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/04999/804/norma.htm>

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Costa Rica, 7 a 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Insolvenzordnung, Ley de Insolvencia Alemana, 1 de enero de 1999. <https://www.gesetze-im-internet.de/inso/>

Ley 11.101/05. Lei de Falências e Recuperação Judicial. Brasil, 9 de fevereiro de 2005 [Ley de Quiebras y Recuperación Judicial. Brasil, 9 de febrero de 2005]. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2005/lei/l11101.htm

Ley 19.551, Ley de Concursos, Argentina, 4 de abril de 1972. Recuperada de <http://data.triviasp.com.ar/files/L19551.htm>

Ley 24.522, Ley de Concursos y Quiebras, Argentina, 20 de julio de 1995. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/2500029999/25379/texact.htm>

LOI no 94-475 relative à la Prévention et au Traitement des Difficultés des Entreprises, 10 junio 1994. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000731608&categorieLien=id>

Segunda Cámara comercial. Tribunal Justicia de São Paulo. Agravo Instrumento – recuperación judicial. <https://tj->

sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254843838/agravo-regimental-agr-21741839120158260000-sp-2174183-9120158260000?ref=serp

Segunda Câmara direito empresarial. Tribunal Justiça de São Paulo. Agravo Instrumento – recuperação judicial. <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/755944547/agravo-de-instrumento-ai-20835344120198260000-sp-2083534-4120198260000?ref=serp>.

Segundo tribunal civil de Goiânia: processo de conhecimento - recuperação judicial 5206532.77.2016.8.09.0051.

Segundo tribunal civil. Tribunal de justiça del Rio Grande do Sul. Apelación interlocutoria - procedimiento fiscal y civil 70070871850. <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/407376978/agravo-de-instrumento-ai-70070871850-rs?ref=serp>.

Supremo tribunal de Justiça- Brasil. Apelación interlocutoria – recuperación judicial 0011638-12.2016.