

ARTÍCULOS

## La insolvencia de las pymes derivada de crisis sistémicas y la negociación con los acreedores tributarios

*The insolvency of SMEs derived from systemic crises  
and negotiation with tax creditors*

Gabriela Ulas 

*Universidad de Buenos Aires y Universidad de Flores, Argentina*

**RESUMEN** Ante la insolvencia de las pymes, los sistemas jurídicos no han encontrado soluciones adecuadas. Los procesos concursales habituales resultan instrumentos costosos, lentos y poco aptos para los pequeños y medianos deudores que se encuentran en cesación de pagos. Por ello, las leyes han creado procedimientos alternativos que intentan dar soluciones anticipadas o que promueven la negociación personal. Pero los acreedores tributarios son otro problema: ellos no se encuentran habilitados para negociar con el deudor, y por ello el fracaso del proceso es una realidad que aún no cuenta con solución.

**PALABRAS CLAVE** Pyme, insolvencia, crisis, acreedor, tributos.

**ABSTRACT** Given the insolvency of SMEs, legal systems have not found adequate solutions. The usual bankruptcy processes are costly, slow and unsuitable instruments for small and medium debtors who are in default. For this reason, the laws have created alternative procedures that try to provide anticipated solutions or that promote personal negotiation. But tax creditors are another problem: they are not authorized to carry out negotiations with the debtor and therefore the failure of the process is a reality that still has no solution.

**KEYWORDS** SME, insolvency, crisis, creditor, taxes.

## La insolvencia como consecuencia de las crisis sistémicas

El tráfico mercantil que se presenta en nuestra era como una generalización casi universal del libre mercado trae, a su vez, ciertas consecuencias nocivas y que no siempre pueden preverse con demasiada antelación. Entre las secuelas más indeseables que la globalización mercantil ha traído se encuentra la insolvencia derivada de las crisis sistémicas. Pero esta situación quizás se torna más gravosa cuando en ella se ven inmersas aquellas empresas que poseen una organización de características mediana o pequeña y que denominamos *pymes*, sigla universalmente aceptada que se traduce como «pequeña y mediana empresa».

Para comenzar al análisis que este trabajo convoca, debemos señalar que la propia palabra *insolvencia* trae consigo la necesidad de determinar su concepto adecuado. Lo primero que debemos destacar, en orden a satisfacer un apropiado entendimiento, es que la crisis económico-financiera resulta el antecedente necesario de la insolvencia. Por ello, podría decirse que la crisis económica puede manifestarse de distintas maneras respecto del estado del patrimonio y podríamos distinguirla de dos maneras. La primera que distingue la doctrina se denomina *insolvencia relativa* y ocurre cuando un sujeto no puede satisfacer sus obligaciones porque no dispone del patrimonio suficiente. La segunda, en cambio, ocurre cuando no se cuenta con la liquidez necesaria para afrontar los pagos, y se llama *insolvencia absoluta* (Martorell, 1998: 17).

Es por ello por lo que a la insolvencia se la suele identificar —o confundir— con la falta de liquidez. Pero, al mismo tiempo, a la insolvencia se le suelen colocar características similares a la cesación de pagos. El problema es que se trata de tres términos que, en cierto modo, tienen vinculación con situaciones casuísticas.

Así, la insolvencia se asocia con un estado del patrimonio en el cual, en montos absolutos, el pasivo es superior al activo. Pero la cesación de pagos importa una imposibilidad del patrimonio para hacer frente de manera generalizada a las obligaciones exigibles. Allí mismo, en medio de estas dos definiciones, encontramos el concepto de *falta de liquidez* o *iliquidez* como sustrato básico de ambos. Es que, en realidad, la ocurrencia de la cesación de pagos estará necesariamente vinculada con la iliquidez dependiendo de la clase de obligaciones que posea el sujeto.

En el inmenso mundo de las obligaciones nos encontramos con diferentes clases: de hacer, de no hacer y de dar. Entre estas últimas contamos con una subespecie de gran trascendencia, como son las obligaciones de dar sumas de dinero. Por ello, la falta de liquidez o la insolvencia —en las acepciones que hemos señalado— no necesariamente importarán un estado de cesación de pago en una persona.

Si la falta de liquidez importa una falta de dinero o de otras cuentas que componen el activo corriente, las obligaciones de dar sumas de dinero —o similares— serían las que estarían afectadas, pero no así las obligaciones de hacer. De esta manera,

la cesación de pagos quedaría configurada ante el incumplimiento de las obligaciones que correspondan al desequilibrio financiero que se esté manifestando.

De igual manera ocurre con la noción de insolvencia en tanto desequilibrio patrimonial que supone un pasivo mayor al activo: si el activo está compuesto por rubros del activo corriente y las obligaciones que pesan sobre la persona son de dar aquellos bienes que lo componen y de manera suficiente, el peligro de un estado de cesación de pagos sería remoto. Pero aun teniendo en cuenta las diferencias que existen, y que a la noción de insolvencia suele asignársele un sentido contable, es dable reconocer que puede asimilarse dicho concepto con el de cesación de pagos.

¿Cuál es el camino lógico ante la insolvencia generalizada de una persona? Una ejecución colectiva. La razón —aun cuando resulte una solución demasiado drástica— la marca la propia realidad procesal. Lo explicaremos brevemente.

Ante la eventualidad de un incumplimiento, y luego de presentar los reclamos e intimaciones de rigor, es de estricta lógica que el acreedor inicie una acción judicial en torno a la satisfacción de la obligación no atendida debidamente. De allí en más, el deudor demandado cumplirá con la obligación de manera compulsiva con los accesorios que correspondan según estimación judicial. Dado que jurídicamente el patrimonio importa una universalidad jurídica propia de la persona y que se presenta como prenda común de los acreedores, si ante la sentencia condenatoria el deudor continúa renuente al pago, se ejecuta la manda judicial detrayendo lo debido del patrimonio del deudor. En breves palabras, denominamos a esta situación como ejecución individual.

Pero cuando el deudor engendra gran cantidad de incumplimientos, de poco valdrá el inicio de numerosas ejecuciones individuales con la expectativa de cobrarse de un patrimonio limitado que solo alcanzaría para unos pocos. Es por ello por lo que, ante un estado generalizado de imposibilidad de cumplimiento, deberá recurrirse a la solución colectiva.

En síntesis, la ejecución colectiva se iniciará cuando ocurra una situación de cesación de pagos y que supone, además, que quedarán afectados por igual todos los acreedores, frustrando las ejecuciones individuales en curso y tornando infructuoso e inútil el inicio de las nuevas. Es que las ejecuciones individuales y las colectivas poseen niveles de preferencias muy diferentes. La ejecución individual se encuentra construida sobre la prioridad en el tiempo, es decir, la preferencia en el cobro la tendrá quien haya conseguido trabar embargo con anticipación al resto. En cambio, la ejecución colectiva tiene el objeto de reunir a los acreedores para que cobren sus deudas en un nivel de igualdad, aunque respetando un orden de privilegios previamente establecidos por la ley. Por esto mismo, ante la realidad que implica la multiplicidad de acciones individuales contra un mismo deudor, cosa que ocurre en las situaciones de insolvencia generalizada, supone que llegarían todas a resultados improductivos

por el simple hecho de que al final solo cobrarían los primeros, lo que dejaría al resto con su sentencia en una especie de estado meramente declarativo. Por ello, y para evitar el fracaso de una efectiva tutela jurisdiccional, es que ante estas peculiares situaciones deviene la ejecución colectiva como el remedio más justo.

Para conseguir la finalidad de la ejecución colectiva y garantizar el crédito ante la insolvencia del deudor, los sistemas jurídicos han implementado varias medidas que pueden resumirse en la separación del deudor de su patrimonio, la entrega de los bienes a un órgano judicial, medidas para recuperar los bienes que salieron de forma ilegítima, el desapoderamiento, la realización de los bienes y la distribución del producido entre los acreedores comunes de manera igualitaria (Maffía, 1993: 4). Nos encontramos así ante distintos mecanismos de un mismo proceso que concluye con el desapoderamiento e incautación de todos los bienes del deudor, su venta y el pago a los acreedores. Se trata de un procedimiento colectivo que se presenta en los sistemas jurídicos de todos los países, cuyas reglas generales son similares y que importa—dicho en términos coloquiales— la destrucción del patrimonio de una persona.

Jurídicamente, el término persona importa la indicación de toda entidad susceptible de adquirir derechos y obligaciones, es decir, un centro de imputación de normas que opera tanto sobre la persona humana como sobre las de existencia ideal. Pero lo que también merece especial atención es que el sistema de liquidación colectiva no solo se posa sobre la persona individual de características civiles, sino también sobre cualquier sujeto comerciante. De allí radica la importancia de señalar que la liquidación de una empresa supone un perjuicio que se irradia por fuera de ella y que alcanza a sus trabajadores, sectores de logística, productores y finalmente al Estado, que verá reducido su caudal recaudatorio.

El derecho ha ensayado diversas soluciones para intentar mitigar este desenlace final. De esta manera, lo que se suele denominar concurso preventivo, concurso de acreedores o acuerdo concursal, se presenta como una alternativa válida como etapa previa a la liquidación, y que importa la reunión de todos los acreedores con la finalidad de acordar nuevos modos de pago, es decir, provocar la novación de las obligaciones originales sustituyéndolas por otras que el deudor esté en condiciones de cumplir.

Es así como puede intuirse que los sistemas jurídicos han entendido que la conservación de la empresa como entidad útil a la comunidad es un objetivo que debe protegerse. Pero aun contando con un proceso judicial de naturaleza preventiva de la liquidación, la historia del derecho concursal ha visto fracasar muchos intentos de evitarla y presenciado la destrucción de empresas de gran envergadura, situación que provocó la degradación de las estructuras sociales que se montaban a su alrededor.

Nuestro tiempo está determinado por coyunturas complejas que pasaremos a estudiar y que están relacionadas con el concurso de acreedores. En primer lugar se ha

abandonado la idea estigmatizante y apriorística de un deudor-defraudador-culpable que se tenía otrora, una ideología que sería reconocida en el mundo jurídico con la frase latina *decoctor, ergo fraudator*. No debemos dejar de recordar las palabras del exitoso perfumista parisino César Birotteau cuando contundentemente expresó que «todos los quebrados son sospechosos» unas horas antes de caer él mismo en cesación de pagos debido a un mal negocio inmobiliario (Balzac, 2005: 19). Hoy se necesita de una construcción legislativa que tenga en miras la necesidad de preservar la dignidad de la persona, la preservación de la empresa y la integridad de su patrimonio.

Además, la realidad ha mostrado que un patrimonio pujante puede quedar desintegrado por una crisis financiera que quizás ocurrió al otro lado del mundo. Porque, hoy por hoy, el otro lado del mundo tiene una presencia tan cercana que los embates económicos tienen réplicas a nivel mundial. La crisis financiera Tequila de 1994, la quiebra de la empresa Lehman Brothers en 2008 y la pandemia del SARS-CoV-2 de 2020 nos ponen frente a la necesidad de reflexionar que nos encontramos frente a una constante posibilidad de lo que se denomina como crisis sistémica (Alegría, 2008).

Estas situaciones de crisis masivas de alcance global tienen un origen lógico. Por lo general, los mercados solo se extendían a nivel local y con mucha injerencia estatal (Rivera, 2010: 93). En cambio, hoy el derecho convive con un incesante intercambio transfronterizo de bienes, servicios y personas que se suele denominar globalización (Etxarandio Herrera, 2009: 35).

Es así como los sistemas concursales muestran diferentes alternativas que tienen en miras proponer procesos judiciales acordes a la situación real de economía actual. A partir de ellas, se intenta dar solución a las dificultades económico-financieras a través de mecanismos que promuevan el saneamiento del pasivo atravesado por la cesación de pagos. El aparato jurisdiccional se pone en movimiento poniendo a disposición una estructura en la cual el juez será el director del proceso, que contará con un funcionario especializado en temas económicos que informará en el expediente sobre la situación patrimonial del deudor y al cual deberán concurrir todos los acreedores que pretendan cobrar sus créditos.

En este escenario se ve inmersa la pequeña y mediana empresa que, junto con el consumidor sobreendeudado, intenta sin éxito introducirse en el régimen concursal habitual, es decir, en un proceso largo y excesivamente oneroso para que una estructura de características personalista y familiar pueda cargar sobre sus espaldas.

Por ello, ante la palmaria realidad que ha mostrado la vida económica y social de nuestro tiempo, los sistemas concursales debieron acoger esta realidad a través de cambios en sus legislaciones al mismo tiempo que debieron crear nuevas soluciones inspiradas en la equidad y en el bienestar de la comunidad.

## Las crisis en las pymes: Hacia un modelo concursal a medida

Dada la especial situación que se plantea con los pequeños y mediados deudores, el principio de conservación de la empresa y las medidas que se han tomado al respecto resultaron necesarias, aun cuando, según veremos, no son suficientes.

En primer término, corresponde recrear lo que ya hemos señalado bajo el prisma de lo que la doctrina y la realidad cotidiana viene advirtiendo: la gran empresa tiene margen operativo para grandes reorganizaciones y la pequeña empresa no, y, por ello, la gran empresa tiene más posibilidades de subsistir a lo largo del tiempo. Es por esta razón que la economía de hoy lleva a grandes concentraciones, grupos económicos, extensión de las actividades económicas más allá de las fronteras, con la consecuente eliminación gradual de las pequeñas empresas (Martorell, 1998: 168).

La expansión de la empresa privada hacia las grandes concentraciones y las multinacionales hizo que se fuera teniendo en miras el interés individual, pero con un claro objetivo de ejercer el poder económico. Este poder económico se manifiesta en su capacidad de promover el empleo en grandes cantidades, la aptitud para proveer de insumos y servicios a gran parte del mercado y la masa de capital que inyectan en el circuito financiero de un país. Es así como en la historia hemos visto que los Estados han prestado ayuda económica a determinadas empresas solo con la finalidad de evitar el desempleo masivo.

Pero hoy podemos advertir que la atención sobre la gran corporación se ha trasladado hacia la pequeña y mediana empresa. Y ello tiene su razón de ser. El razonamiento económico de nuestros días nos encuentra en la idea de que las pequeñas y medianas empresas son las estructuras que mayor importancia económica tienen en el desarrollo de un país.

A manera de ejemplo, podemos ver que desde estudios publicados por el Consejo de Profesionales de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires (Argentina) se señala que en 2016 se contaba con más de 650.000 pymes, que representaban el 99,6% del total de unidades económicas y aportaban casi el 70% del empleo, el 50% de las ventas y más del 30% del valor agregado en dicho país.<sup>1</sup>

Ante estos datos tan palmarios, no ha de extrañarnos que resulte imperioso poner la mirada sobre la necesidad de reglar instrumentos adecuados que permitan a estas estructuras acomodar sus crisis económico-financieras de manera acorde a su realidad. Es así como podemos encontrar varios ejemplos que se preocupan por darle una solución a este problema. Los llamamos institutos preconcursales y suponen medios judiciales o mixtos que pretenden otorgar a estos deudores instrumentos que poseen una doble cualidad: la negociación extrajudicial y el bajo costo.

---

1. «Informe 16: Informe de coyuntura pymes industriales CABA», Observatorio de Ciencias Económicas del CPCECABA, 2016, disponible en <https://bit.ly/3fodEAL>.

Así, en la República Argentina existe un procedimiento que se propone dar una respuesta mixta: comienza por una negociación privada que, de prosperar, consigue homologación judicial. Estamos hablando del acuerdo preventivo extrajudicial (APE), un mecanismo establecido por la Ley Concursal argentina cuyo objetivo es brindar un procedimiento mediante el cual un sujeto que se encuentre en dificultades económicas, aún sin estar en cesación de pagos,<sup>2</sup> pueda celebrar convenio con sus acreedores por fuera del trámite concursal y con libertad de contenido. Se trata básicamente de un acuerdo que puede ser otorgado por instrumento privado y que, de cumplirse con los requisitos legales para su homologación judicial, es aplicable al resto de los acreedores.

Por otra parte, España también ha puesto su atención en esquemas preconcursales con la intención de facilitar la recuperación de empresas viables y útiles para la comunidad y ha establecido institutos al efecto. Estamos hablando de tres procedimientos que poseen alta importancia por el hecho de que reglan de manera simple posibles vías de saneamiento del pasivo.

### Propuesta anticipada de convenio

La propuesta anticipada de convenio es un instituto legislado desde la primera norma general que regló los concursos en España, Ley Concursal 22/2003 (hoy mayoritariamente derogada), y es un medio de solución que pretende concluir con el proceso mediante la formulación de una propuesta de pagos a sus acreedores de manera adelantada, pero cuando el concurso ya fue iniciado.

Se trata de un instituto que persiste aun con la sanción del RDL 1/2020 que sancionó el texto refundido de la Ley Concursal.<sup>3</sup> Es decir, se trata de una herramienta que hoy tiene el concursado para negociar con sus acreedores antes de llegar a la etapa procesal oportuna.

Puede utilizarse tanto para concursos voluntarios como necesarios y tramitarse antes de que haya vencido el plazo para comunicar los créditos. Es una oportunidad disponible para todo aquel que se encuentre en esta situación, salvo que hubiese sido condenado con sentencia firme por algún delito patrimonial o tributario o hubiese omitido durante los tres últimos ejercicios el depósito de las cuentas anuales. Originalmente, las prohibiciones eran más amplias y llegaban incluso a trasladarse a aquellos que, durante los tres años anteriores a la presentación en concurso, hubiesen

---

2. Ley 24.522, del 9 de agosto de 1995, Régimen Legal de Concursos y Quiebras, de la República Argentina. Artículo 69: «El deudor que se encontrare en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general, puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial».

3. Real Decreto Legislativo 1/2020, del 5 de mayo, texto refundido de la Ley Concursal de España.

constituido garantías reales, pagado obligaciones no vencidas, o realizado donaciones sobre bienes o derechos. Reformas posteriores introdujeron dos modificaciones relevantes.

Del artículo 105, la norma que establece las prohibiciones, se modificó el apartado 1 dejando solo las de contenido delictual y aquella que sobreviene por la falta de depósito de las cuentas anuales. En segundo lugar, se agregó el apartado 3 al artículo 5, mediante el cual se amplió el plazo de dos meses a tres —contados desde que conociere o debiera haber conocido su insolvencia— para que el deudor pueda obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en tanto lo hubiese comunicado al juzgado. Pero lo cierto es que de cumplirse con todos los requisitos, este instituto hace cesar todas las consecuencias de la apertura del concurso.

### Acuerdos de refinanciación

Se trata de un instituto nacido con la reforma de la Ley Concursal española propuesto por el Real Decreto-ley 3/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, que incorporó una disposición denominada «disposición adicional cuarta».

En el texto que antecede al articulado, se explica que la reforma obedece a la crisis económica de 2008, que estaba mostrando características sistémicas e impactaba en la economía española. Se establecieron dos objetivos: el de adecuar a la realidad aquellas normas que inciden sobre la actividad empresarial y el de fortalecer la competitividad en aras a superar la crisis existente. Admite, con gran tino, que la ley original de 2003 fue creada en un contexto radicalmente diferente al que se estaba viviendo en 2009. Por ello, todo hacía suponer que en el futuro acontecería una reforma profunda de la Ley Concursal y que llegaría de la mano de la experiencia en la práctica de los tribunales. El texto también reconoce que el propósito de conservar la actividad profesional o empresarial del deudor no se venía realizando, dado que la mayoría de los procesos se iniciaban o devenían en liquidación, afectando así la actividad económica empresarial del país y provocando la cesantía de los trabajadores.

De la práctica que se estaba presentando en los tribunales, resultaba una situación típica aquella en la cual el deudor, en la etapa germinal de su insolvencia, intentaba y conseguía refinanciar su deuda con alguno de sus acreedores —generalmente con entidades financieras— y con la finalidad de aplazar los vencimientos u obtener nuevos créditos que le ayudasen a evitar la cesación de pagos (Carro Arana y Sousa Fernández, 2009). Correlativamente, estos acreedores se veían en la encrucijada en la cual si no prestaban conformidad, corrían el riesgo de que el deudor no pudiera rehacer sus finanzas y caer en concurso liquidatorio y cobrar poco o nada y, si prestaban, quedaban a merced de los actos rescindibles del artículo 71 de la Ley Concursal si el deudor llegaba a concurso.

Las características principales de este instituto —luego de las sucesivas modificaciones— son la habilitación para homologar dichos acuerdos y hacerlos extensivos a los acreedores disidentes o no participantes, la posibilidad de constituir ciertas garantías sobre estos créditos sin que pese sobre ellas la eventualidad de ser rescindidas y la facultad que se les da a algunos acreedores de adherirse voluntariamente al acuerdo.

Otro detalle novedoso que puede señalarse de esta regulación preconcursal es que su utilización no depende del estado de cesación de pagos como presupuesto objetivo. En síntesis, nos encontramos frente a un instituto que faculta el inicio de negociaciones de una persona que incluso se encuentre en estado prefalencial (Pavón Neira, 2013: 72). Puede advertirse que se trata de un instituto similar al APE argentino, aunque con las diferencias propias de la legislación vigente en cada país.

### Acuerdo extrajudicial de pagos

Otra de las alternativas previas al proceso concursal es el acuerdo extrajudicial de pagos, reglado a partir del artículo 231 de la Ley Concursal española.

El objetivo primario que se buscó fue evitar el riesgo de la liquidación de grandes empresas, las que, entradas en concurso, ostentaban la dramática cifra que demostraba que el 98% de ellas culminaba en liquidación. Con ello, sumado a la necesidad de evitar el continuo aumento de la tasa de desempleo en España, situación ayudada precisamente por la liquidación de las empresas grandes, se inició el camino para la promoción de los acuerdos de refinanciación como medio de protección de la empresa, que se vio aún más con la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011 (Pulgar Ezquerro, 2016: 755). Pero la mirada puesta solo en las grandes empresas resultó una perspectiva insuficiente.

Con motivo de la necesidad de emprender reformas favorables al crecimiento y a la reactivación económica, pero teniendo en cuenta la gravedad financiera que la crisis estaba provocando en los jóvenes empresarios, la Ley Concursal fue nuevamente modificada, en esta oportunidad, a través de la Ley 14/2013. La idea rectora de esta nueva norma fue la de provocar el modelo del *entrepreneurship* entre los jóvenes. De manera indirecta, se buscó acomodar el alto índice de desempleo de aquellos años mediante la autogeneración de empleo como una nueva cultura generalizada. En su preámbulo, se puso énfasis en el entorno normativo e institucional que resultaba de esencial importancia para impulsar utilidades en las empresas y, además, por la necesidad de mejorar las políticas de apoyo al emprendimiento en cuanto a la asistencia, información, y formación de comerciantes.

En síntesis, mientras los acuerdos de refinanciación y reestructuración de deuda implícitamente fueron destinados a evitar el concurso y posterior liquidación de las grandes empresas, esta reforma colocó su mirada en las pymes y en las personas naturales. Por ello, la Ley Concursal habilitó este procedimiento para que cualquier

persona natural, comerciante o no, pueda comenzar a solucionar su crisis mediante un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores.

Este instituto no requiere que la persona se encuentre en estado de insolvencia o cesación de pagos, tal como lo prevé el artículo 2 de la Ley Concursal de 2003, ya citada, sino que también puede acceder a este procedimiento aquel «que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones». Sin duda, la norma muestra una clara intención de ampliar el espectro de sujetos legitimados para hacer uso de este instituto. Pero también la ley impone una limitación patrimonial: no podrán celebrar acuerdo extrajudicial las personas cuyo pasivo sea superior a los cinco millones de euros o que el activo no sea suficiente para cubrir los gastos del acuerdo. Al mismo tiempo se coloca una restricción subjetiva y una temporal.

En el primer aspecto, estarán vedados aquellos que hubiesen sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En cuanto a la limitación temporal, se establece la prohibición de iniciar un nuevo acuerdo extrajudicial antes de que hubieren transcurrido cinco años contados desde el último celebrado con los acreedores, u obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o que hubiesen sido declarados en concurso de acreedores.

El acuerdo extrajudicial de pagos otorga la posibilidad de pactar con los acreedores una nueva forma de pagar las obligaciones, evitando así la necesidad de entrar al proceso concursal regular. La nota que distingue a este procedimiento de otros es la introducción de un mediador que actuará como tercero imparcial y que podrá proponer fórmulas de pago.

En su versión original, el artículo 236 establecía los pormenores del plan de pagos que debía elaborar el mediador como propuesta a los acreedores. Este podía consistir en una espera no superior a los tres años o en una quita de no menos del 25% del importe de los créditos. El apartado 2 también daba la opción para que el mediador pueda proponer una cesión de bienes a los acreedores como una de las formas de pago.

Lo que resulta una innovación alentadora es la ampliación de los medios permitidos para llegar al acuerdo. De esta manera, a partir del 1 de marzo de 2015, los acuerdos extraconcursoales permiten que el plazo de espera para saldar las obligaciones pueda ser de tres a diez años, las quitas las colocan sin topes mínimos y se agrega la conversión de la deuda en acciones o participaciones a nombre del acreedor. Otra posibilidad que da la reforma es la de proponer la conversión en préstamos participativos por un plazo no superior a los diez años en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero vigente.

Ciertamente puede verse la intención de los sistemas jurídicos para dar solución al problema de los deudores individuales y de estructura mediana y pequeña. Pero

hemos detectado que, a pesar de haber posibilitado acuerdos anticipados o soluciones extrajudiciales, no se ha conseguido que las pymes obtengan una reestructuración de su pasivo.

Uno de los obstáculos principales viene dado por parte de los acreedores tributarios, quienes, por su especial vinculación con el principio de indisponibilidad del crédito tributario, vienen al proceso concursal y a los instrumentos alternativos con escasos márgenes de negociación. De allí el fracaso recurrente que se muestra en este sector de la economía.

### **El crédito tributario en el concurso: A la espera de una solución eficaz**

La necesidad de atender al bienestar general de una comunidad es la justificación básica para el establecimiento de tributos. Por dicha razón, y a través del cuerpo representativo de un país, los ciudadanos acuerdan en detracer parte de sus bienes y ponerlos a disposición del Estado, que recaudará la porción establecida y distribuirá el dinero sobre la base de un proyecto previo que se suele plasmar en una ley de presupuestos.

Así, el principio de indisponibilidad del crédito tributario nos muestra el impedimento que pesa sobre los órganos de la Administración pública para acordar quitas o plazos que previamente no hayan sido otorgados por el mismo camino que creó a los tributos: la ley formal.

Pero una situación de insolvencia dista mucho de ser una circunstancia normal y habitual que reclame que dichas erogaciones puedan ser pagadas en tiempo y forma. De hecho, de eso tratan los acuerdos concursales: de que el deudor concursado y los acreedores puedan realizar negociaciones que conduzcan a modificar el vencimiento o la forma de pago de las obligaciones y así obtener un acuerdo conjunto votado por la mayoría de los acreedores que participan. A todo esto, corresponde recordar que si no hay acuerdo, deviene la liquidación del patrimonio y con ello todos sus efectos perjudiciales para el deudor, para la sociedad e incluso para la expectativa de cobro de tributos.

En síntesis, mientras todos los acreedores comunes deben soportar que sus créditos originales sean modificados en menos con la finalidad de colaborar para que el deudor pueda acomodar su desequilibrio financiero, los acreedores tributarios acuerdan solo hasta la medida en que la ley lo permite, es decir, no se encuentran a negociar de manera acorde con la situación de insolvencia generalizada del deudor.

La propia normativa tributaria tampoco ayuda a atenuar el problema. Así, a manera de ejemplo, el artículo 16 de la Resolución General AFIP 3.587/2014 de la República Argentina estipula expresamente que no resultará procedente la solicitud de facilidades de pago que incluya deuda en forma parcial y que a los efectos de incorporar al plan propuesto los créditos a favor de la AFIP que hayan sido declarados

admisibles por el juez del concurso y sean susceptibles de revisión por el concursado, deberá presentar escrito judicial en el cual deberá indicar que se desiste del incidente tramitado.

Por ello, la jurisprudencia ha debido encargarse de encauzar esta desigualdad en pos de atenuar su efecto final. A manera de ejemplo, podemos citar una sentencia de la República Argentina, emanada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala D) en los autos *Starting Servicios S.R.L. s/ concurso preventivo* de 2018,<sup>4</sup> que da cuenta sobre la solicitud hecha por el deudor concursado al juez del proceso concursal para que se ordene la exclusión del cómputo del voto de sus acreedores tributarios, con el fin de evitar que estos puedan frustrar los acuerdos con el deudor, y así devenir el proceso en la liquidación del patrimonio.

Esta modalidad de exclusión del voto suele ser utilizada con frecuencia por los tribunales de la República Argentina en la etapa de acuerdo. Forma parte de una de las tantas opciones de naturaleza pretoriana que fueron creadas con el fin de atemperar los efectos nocivos que provoca la escasa capacidad negociadora de los acreedores tributarios para aceptar propuestas por parte del deudor concursado.

Simplemente se trata de que, del cómputo para determinar los porcentajes para la aprobación de la propuesta, se excluya a los acreedores fiscales. En realidad, esta modalidad se encuentra basada en una norma establecida en la Ley 24.522 (Régimen de Concursos y Quiebras, Argentina) de la cual se hace una interpretación extensiva, por cuanto el artículo 45 señala que «se excluye del cómputo al cónyuge, los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos y sus cesionarios dentro del año anterior a la presentación», por considerar que estos sujetos —dada su especial vinculación con el deudor— tendrán su voluntad viciada.

Pero el juez rechaza la solicitud del concursado provocando el recurso de apelación que nos toca en análisis. Así las cosas, el deudor interpone recurso de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones. Este tribunal rechaza el recurso, pero reconoce la especial problemática que presentan los acreedores tributarios en el concurso y define su estrategia organizando la clasificación de los acreedores de manera diferente a la propuesta por el deudor.

Así, el tribunal definió que, en realidad, la solución correcta es definir categorías separadas exclusivas para los acreedores tributarios. De esta manera, se evita que dependa de ellos la suerte de todo el concurso. Esta opción también posee la ventaja de reservar al concursado junto con sus acreedores tributarios un ámbito más específico para la negociación de sus créditos, pero lógicamente importa una nueva desigualdad

---

4. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, causa 15.381/2016/ca3, autos *Starting Servicios S.R.L. s/ Concurso preventivo*, recurso de apelación, nulidad, síndico, AFIP, concurso, verificación de crédito, 25 de octubre de 2018.

en el concurso, es decir, un nuevo atentado contra el principio igualitario que prima en todo proceso universal.

Pero, además de representar un atentado a la igualdad entre los acreedores del concurso, la creación pretoriana de categorías diferentes a las propuestas por el concursado no goza de buen prestigio. Y no lo tiene porque justamente la facultad otorgada por la ley al deudor para organizar a sus acreedores fue otorgada con la finalidad de darle un margen de libertad razonable en la distribución de los créditos.

Si bien cierto sector de la doctrina considera que el artículo 42 otorga al juez facultades suficientes para rearmar las categorías propuestas (García Martínez, 1997: 167), lo cierto es que también esta modalidad de establecer *ex officio* determinadas agrupaciones de acreedores ha recibido críticas, excepto cuando aquellas realizadas por el concursado hayan pecado de irrazonabilidad (Rivera, 2010: 320).

Otra sentencia, también de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, pero en este caso de la Sala B, se pronuncia sobre los intereses resarcitorios derivados de obligaciones tributarias en situación de concurso. Así, en el expediente *Su Taxi S.A. s/conc. prev. s/inc. de rev. (por AFIP-DGI)*, de 2010, el tribunal decide sobre una disminución en el porcentaje de la tasa de interés que deberá aplicarse en relación con las deudas tributarias incumplidas y comunicadas en el concurso. Como justificación a su decisión, una de las juezas del tribunal (Piaggi) ponderó los principios involucrados en el caso planteado. Al hacerlo, confrontó al crédito tributario en tanto fuente de financiamiento del bien común con los principios que rigen en los concursos señalando que

el Fisco no cumple funcionalmente sus fines más elementales [...] Lo anterior trae como consecuencia lógica, recordar que corresponde al Poder Judicial equilibrar los costos y cargas y la proporción de medios y fines. En tal sentido, a partir del artículo 28 de la Constitución Nacional cabe considerar al menos dos aspectos: 1) el de idoneidad de la medida para obtener el fin perseguido; 2) el de proporcionalidad en sentido estricto; es decir, la ponderación entre los beneficios y ventajas para el interés general y los perjuicios sobre bienes o valores en conflicto.

De esta manera, el fallo sometido a análisis se nutrió de la teoría de ponderación de los derechos fundamentales, elaborada por Robert Alexi (1993: 607), quien formula un método para la resolución de casos difíciles en los cuales estén en pugna dos o más principios resguardados por la norma suprema. Así, el tribunal hizo mención al examen de proporcionalidad (Bernal Pulido, 2003: 151), que propone tres filtros que ha de superar la norma en conflicto: la idoneidad en la intervención, su necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

La idoneidad en la intervención supone el análisis sobre si la injerencia en ese derecho es apta para el logro de algún objetivo constitucionalmente legítimo. Por otra parte, ha de verse la necesidad de la intervención, o sea, si el objetivo del legislador

habría podido alcanzarse con la adopción de medidas más benignas e igualmente aptas para su propósito. Resta la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que implica que cuanto mayor sea el grado de no satisfacción de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del principio contrario.

A estas alturas estamos en condiciones de afirmar que los jueces, al decidir por la morigeración de las tasas, han considerado que las normas que establecen las tasas de interés son idóneas: el crédito fiscal debe ser protegido y resguardado de eventuales morosidades. También se llegó a la conclusión de que la intervención superaba el examen de necesidad, es decir, la aplicación de una tasa de interés diferencial sobreviene necesaria para diferenciar el cumplimiento regular del tardío.

Según esta sentencia, el problema se presenta en el último eslabón del análisis del examen de proporcionalidad. Así, el tribunal infiere que el grado de insatisfacción del principio contrario (*par conditio creditorum*) no guarda proporcionalidad con la importancia del principio protegido por el legislador (el crédito tributario ante el incumplimiento). Por ello la reducción de las tasas de interés devino imperante por una lógica proporcionalidad entre la protección de un principio y la insatisfacción de su contrario.

Ciertamente es muy loable la intención que tienen los tribunales por acomodar la finalidad de los procesos concursales con la realidad legal de las administraciones tributarias, pero ello resulta insuficiente y poco satisfactorio. Insuficiente, porque las sentencias solo tienen efecto hacia el caso que se les plantea y no sobre una generalidad de situaciones; y poco satisfactorio, porque las soluciones que brindan son mecanismos que ya existen en el proceso concursal, pero tienen una utilidad diferente, es decir, se otorga justicia al concursado a través de la utilización forzada de un instituto originalmente creado para dar satisfacción a otra situación radicalmente distinta.

Tampoco podemos conseguir que los acreedores tributarios negocien en el seno de uno de los procedimientos preconcursales que hemos visto, puesto que las normas que los reglan señalan concretamente que los créditos de derecho público no quedarán incluidos en ellos.

Y allí tenemos a las pymes en una situación de desprotección y vulnerabilidad, pero no solo por la carencia de procedimientos de insolvencia adecuados para ellas, sino también porque por lo general llegan a la insolvencia con un monto extremadamente importante derivado de obligaciones tributarias incumplidas.

## Conclusiones

Habiendo planteado el problema a lo largo de los párrafos anteriores, hemos llegado al punto preciso en el cual el trabajo merece unas palabras finales y el delineado de propuestas de solución.

En primer lugar, queda descrito el problema de los créditos tributarios cuando llegan a presentarse en el concurso de una pyme: su incapacidad para negociar de manera adecuada en un proceso que consta de una etapa claramente habilitada para que los deudores propongan fórmulas de pago y los acreedores acepten o no la propuesta. Y esta situación acarrea la frustración del proceso y la consecuente liquidación del patrimonio y destrucción de las pymes.

Hasta ahora este problema no tiene solución excepto a través del reclamo judicial pertinente, situación que acarrea nuevos costos, demora del proceso y dispendio inadecuado de la actividad jurisdiccional. La solución, según nuestra opinión, podría hallarse a través de varias vías. La primera de ellas sería mediante la sanción de normas que habiliten a las administraciones tributarias a transigir en el marco de las negociaciones de los procesos de insolvencia, pero estableciendo limitaciones precisas en la disposición del crédito, con el fin de evitar que la recaudación tributaria se vea menospreciada en comparación con el resto de los acreedores concurrentes.

La segunda opción vendría de la mano de la ampliación legal en torno a situaciones que ya existen en la actualidad, pero que no se aplican a situaciones de insolvencia, sino a otros escenarios.

A manera de ejemplo, tenemos la Ley 11.683, de Procedimiento Fiscal de Argentina, que posee todo un capítulo destinado a «Procedimientos de acuerdo mutuo previstos en los convenios para evitar la doble imposición internacional». Así, el capítulo 1 del título 4 regla todo un procedimiento de entendimiento extrajudicial que podrá celebrarse entre las partes de manera amigable y con la intención de zanjar sus diferencias. Esta norma fue añadida en una reciente reforma (Ley 27.430, del 29 de diciembre de 2017, sobre impuestos) a la citada ley y en virtud de determinadas sugerencias de la OCDE, pero que solo se aplica a supuestos de controversias ocurridas en el marco de los convenios internacionales aludidos, excluyendo cualquier otra situación. Pero allí tenemos un principio de habilitación a las administraciones tributarias para que —en el futuro— puedan iniciar otros acuerdos de naturaleza particular, situación que resulta altamente beneficiosa para los pequeños empresarios caídos en insolvencia.

También, y esta vez haciendo uso de la legislación española, tenemos la Ley 39/2015, «Del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas», que en su artículo 112.2 faculta la incorporación de leyes que sustituyan el recurso ordinario por los medios alternativos de conciliación, mediación y arbitraje. De esta forma, la norma habilita dichos mecanismos, precisamente, cuando los procesos versen respecto de los principios, garantías y plazos que se les reconocía a los ciudadanos y a los interesados en los procedimientos administrativos reglados por dicha ley. Si tenemos en cuenta que esta clase de leyes son el marco normativo general de utilización para todos los órganos de la Administración Pública, la solución estaría a escasos pasos.

Así las cosas, y razonando que los ejemplos abundan, no dejamos de esperar que un medio preventivo de las crisis llegue a las pymes y a los pequeños deudores de la forma en la que ellos necesitan.

## Referencias

- ALEGRÍA, Héctor (2008). «Reflexiones sobre la concursabilidad». Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Disponible en <https://bit.ly/3iBrwCh>.
- ALEXI, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CARRO ARANA, María Mercedes y Francisco Sousa Fernández (2009). «Los acuerdos de refinanciación en empresas con riesgo de insolvencia». Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas. Disponible en <https://bit.ly/3iBs3nL>.
- BALZAC, Honoré de (2005). *Grandeza y decadencia de César Birotteau, perfumista / La casa Nucingen*. Barcelona: Alba.
- ETXARANDIO HERRERA, Edorta (2009). *Manual de derecho concursal*. Madrid: La Ley.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto (1997). *Derecho concursal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MAFFÍA, Osvaldo (1993). *Derecho concursal*. Buenos Aires: Depalma.
- MARTORELL, Ernesto Eduardo (1998). *Tratado de concursos y quiebras*. Buenos Aires: Depalma.
- PAVÓN NEIRA, Carlos (2013). *Institutos preconcursales y refinanciación de deudas*. Barcelona: Bosch.
- PULGAR EZQUERRA, Juana (2016). *Preconcursabilidad y reestructuración empresarial*. Madrid: La Ley.
- RIVERA, Julio César (2010). *Derecho concursal*. Buenos Aires: La Ley.

## Sobre la autora

GABRIELA ULAS es abogada de la Universidad de Belgrano, Argentina. Doctora en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, España. Catedrática de la Universidad de Flores, Argentina. Profesora adjunta de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Su correo electrónico es [ulasgabriela@yahoo.com.ar](mailto:ulasgabriela@yahoo.com.ar).  <https://orcid.org/0000-0003-3449-7513>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

### DIRECTOR

Rafael Plaza Reveco

### EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

### COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España  
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil  
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

### COLABORADORES

Octavio Aguayo Gajardo  
Macarena González Born

### SITIO WEB

[revistaderechoeconomico.uchile.cl](http://revistaderechoeconomico.uchile.cl)

### CORREO ELECTRÓNICO

[jgallegos@derecho.uchile.cl](mailto:jgallegos@derecho.uchile.cl)

### LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial  
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo  
estuvieron a cargo de Tipografía  
([www.tipografica.io](http://www.tipografica.io)).