

Las recientes novedades en el tema de soluciones negociales de las crisis de las empresas: un primer balance y posibles perspectivas *de jure condendo*⁴⁶³

Le recenti novità in tema di soluzioni negoziali della crisi d'impresa: un primo bilancio e possibili prospettive *de jure condendo*

Francesco Barachini
Università di Pisa

Sumario: 1. La reforma del derecho concursal italiano: ¿un camino aún no completado?. 2. La disciplina de las soluciones de negocio de la crisis empresarial: Una crítica de fondo. A) La ausencia de una regulación o reglamentación del acuerdo de grupo. 3. B) La falta de una disciplina de las soluciones de negocios por la empresa "no falible". 4. La institución de la "demanda prenotativa": implicaciones operativas y sistemáticas. 5. Liquidación concordada y la quiebra alternativa: las posibles (nuevas) condiciones del problema.

Resumen: El documento se propone hacer un censo de las principales novedades que han caracterizado el reciente proceso de reforma de la disciplina concursal italiana, en particular, con el fin de evidenciar las eventuales críticas, así como individualizar posibles hipótesis de evolución de *jure condendo*.

El estudio se concentra, sobretodo, en la nueva disciplina de las soluciones negociadas a la crisis de la empresa, poniendo en relieve cómo, en el plan positivo, aquella disciplina ha resultado carente de resultados debido bien sea a la ausencia de una regulación *ad hoc* de las situaciones de crisis referidas a un grupo de sociedades, así como por la no aplicabilidad de esa disciplina a las empresas así dichas no falibles.

⁴⁶³Traducción al español de Eber Betanzos —con el apoyo de Fernando Navarro— del texto original en italiano.

La contribución se termina con una consideración específica del nuevo instituto así llamado concordato "en blanco" (o "con reserva"), subrayándose sobre el punto como tal novedad asume particular interés porque la misma viene a introducir en nuestro sistema un principio de reglamentación unitaria de diversos procedimientos concursales, contribuyendo en tal modo a individuar-incluso sobre la base de la información deducida del panorama comparativo, así como de la legislación especial- una interesante y posible línea de desarrollo de la materia.

Riassunto: Il lavoro si propone di operare un censimento delle principali novità che hanno caratterizzato il recente processo di riforma della disciplina concorsuale italiana, al fine segnatamente di evidenziarne le eventuali criticità, nonché di individuarne possibili ipotesi di evoluzione de jure condendo.

L'indagine si concentra soprattutto sulla nuova disciplina delle soluzioni negoziali alla crisi d'impresa, mettendosi al riguardo in evidenza come sul piano positivo quella disciplina risulti carente vuoi per l'assenza di una regolamentazione ad hoc delle situazioni di crisi riferibili ad un gruppo di società, vuoi per la non applicabilità di quella disciplina alle imprese cc.dd. non fallibili.

Il contributo si conclude con una specifica considerazione del nuovo istituto del c.d. concordato "in bianco" (o "con riserva"), sottolineandosi sul punto come tale novità assuma particolare interesse in quanto la stessa viene ad introdurre nel nostro sistema un principio di regolamentazione unitaria di procedure concorsuali diverse, contribuendo in tal modo ad individuare - anche sulla scorta di indicazioni ricavabili dal panorama comparatistico, oltre che nella legislazione speciale - un'interessante possibile linea di sviluppo della materia.

Palabras clave: La reforma del derecho concursal italiano, soluciones negociadas a la crisis de la empresa: novedades y

aspectos críticos, el "pre-concordato": las posibles implicaciones de iure condendo.

Parole chiave: La riforma del diritto concorsuale italiano, soluzioni negoziali alla crisi d'impresa: novità e aspetti critici, il "pre-concordato": le possibili implicazioni de iure condendo.

1. La reforma del derecho concursal italiano: ¿un camino aún no completado?

El reciente proceso de reforma de la materia concursal italiana ha sido objeto de una valoración sustancialmente positiva. En efecto, hay una opinión casi unánime en el reconocimiento de que ese camino —a pesar de que se ha traducido en múltiples intervenciones de la *renovación* de la ley de quiebras— se ha desarrollado en un cuadro completamente coherente, permitiendo responder en modo adecuado a una necesidad de "modernización" de aquel sistema que aparecía como no aplazable.

No puede, sin embargo, excluirse que esta etapa de reformas deba considerarse definitivamente cerrada. En efecto, propiamente la elección de la técnica de *renovación* —habiendo dejado sin cambios la base de fondo de la Ley de Quiebras— llevaría a hacer oportuna una intervención de revisión orgánica de aquel sistema: aunque entre otras cosas considerando que permitiría adoptar, en un cuadro unitario, también las indicaciones provenientes de la experiencia de algunos procedimientos "especiales" y, notablemente, de aquella de la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis, de las cuales el decreto legislativo número 270/1999, efectivamente parece prestarse para ser utilizado como posible paradigma de referencia para la constitución de un renovado derecho concursal.

Por otra parte es importante señalar que un último impulso a favor de una revisión completa de aquel sistema (o, en todo caso, de una nueva intervención de reforma en la materia)

ha sido ahora ofrecida en la reciente recomendación de la Comisión Europea “*en un nuevo enfoque a la quiebra de empresas y la insolvencia*” (2014/135/UE), la cual, en particular, se propone señalar al legislador nacional algunos aspectos específicos de intervención sobre los cuales mayormente es advertida la necesidad de una armonización en el ámbito europeo: una ocasión que efectivamente podría ser tomada por nuestros legisladores para completar el proceso de reforma descrito.

Es sobre la base de tales consideraciones, que puede ahora ser útil reflexionar sobre las novedades que se han introducido en la materia: y esto con la finalidad no sólo de hacer un primer balance, pero también y sobre todo para buscar recoger las eventuales críticas o, todavía, para recabar posibles indicaciones en clave *de jure condendo*.

La atención aquí se concentrará de forma prevalente sobre aquello que hoy se conoce como el derecho “negocial” (o “no concursal”) de la crisis de la empresa: no hay duda de hecho que esto es el aspecto sobre el cual las recientes reformas han mayormente afectado o incidido y en donde ahora más consistente aparece el interés en contra un reconocimiento *de jure condito*, aunque *de jure condendo*.

Existe, sin embargo la impresión de que algunas de las soluciones aportadas en esta reforma ya ha contribuido a delinear un posible recorrido de evolución en la materia, poniendo así fin –aunque de manera subrepticia y, todavía, de modo parcial– para anticipar (eventualmente) futuras opciones de reforma.

A partir de, ahora, la utilidad de una reflexión que permita capturar estos elementos de cambio –aunque producidos en forma “progresiva”– resulta fundamental para poder entonces evaluar si efectivamente se trata de una novedad positiva y, por lo tanto, estos susceptibles de ser atendidos (si no, incluso, incentivados) en la perspectiva de una futura (y es de esperar una próxima) reforma orgánica de la materia.

2. La disciplina de las soluciones de negocio de la crisis empresarial: Una crítica de fondo. A) La ausencia de una regulación o reglamentación del acuerdo de grupo

El sistema actual de la Ley de Quiebras revela –por cuanto específicamente concierne a la disciplina de la solución de negocios de la crisis de empresa– dos críticas de fondo.

La primera se refiere a la ausencia de cualquier tipo de atención para la gestión de la crisis de empresas de grupo. Una laguna que es particularmente pronunciada en la ausencia de una regulación expresa del así llamado “acuerdo de grupo”, y que –como se conoce– constriñe a los operadores al inevitable forzamiento del dictado normativo, imponiendo a veces complicadas operaciones extraordinarias para ser recorridas, a menudo no respaldadas por una justificación autónoma, sino por aquella de asegurar o garantizar una gestión unitaria a situaciones de crisis formalmente referibles a una pluralidad de sociedades o entidades.

La citada carencia aparece como remarcada del resto –no sólo considerando que el grupo representa ahora un fenómeno muy difuso también en el contexto de las realidades empresariales de dimensiones reducidas– sino porque teniendo en cuenta el hecho de que, precisamente por esta razón, no se habían olvidado en el debate preparatorio varias propuestas de disciplina de este fenómeno.

Por otro lado, no se puede dejar de señalar que ese fenómeno ya cuenta con una –así sea parcialmente– regulación positiva en el sistema italiano, esto ocurre en particular –como es bien sabido– en el mismo ámbito de la disciplina sobre la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis, recibéndose por tanto –al menos a este respecto– una primera confirmación del hecho de que aquella experiencia muestra ser el modelo más evolucionado de procedimiento concursal vigente en nuestro ordenamiento.

3. B) La falta de una disciplina de las soluciones de negocios por la empresa “no falible”

La otra –tal vez ahora más relevante– crítica que característica al actual sistema concursal italiano concierne a la falta de previsión de forma de la gestión de negocios de la crisis en el control de las empresas así llamadas “no falibles”.

Se ha notado como al respecto, los legisladores de la reforma han reafirmado la opción de fondo que tradicionalmente caracterizaba nuestro sistema, esto es, en el sentido real de confirmar que la sujeción al error – y, más general a todos los procedimientos concursales– representan un estado de mayor articulación de los estados generales de las empresas comerciales, llevando así a la exclusión que del procedimiento puede encontrar aplicación en la empresa cuándo (i) no superan ciertos límites dimensionales considerados relevantes, o (ii) desarrollan una actividad no calificable como comercial, es decir (iii) tiene carácter público.

Se trata, por otro lado, de una elección que – aunque esperando se encuentre en el camino de una perfecta continuidad con el pasado– parece todavía siempre menos justificable: y todo esto sobre todo en el plano del estudio comparado, en la expectativa que la legislación más moderna ahora está orientada a tratar en modo unitario a la crisis del deudor, en algunos casos incluso sin siquiera distinguir de conformidad con la naturaleza civil o mercantil (*rectius*: empresarialmente) de lo mismo. Prevalece por eso ahora la idea que el derecho “especial” de la crisis deba encontrar su aplicación independientemente de una valoración sobre o acerca de la naturaleza y/o la dimensión de la actividad ejercida: uniéndose –en ciertas experiencias– para permitir la operación incluso en la confrontación del sujeto no empresario.

Es sabido cómo esta tradicional configuración de la legislación italiana ha sido modificada –al menos parcialmente– con la introducción de la disciplina sobre la gestión de la “crisis del sobreendeudamiento” referido a la ley 3/2012, la cual, por

primera vez en nuestro sistema, ofrece una reglamentación de carácter concursal de la crisis del deudor “no falible”.

Sin embargo, debe descartarse que tal materia – tornándose ciertamente apreciable sobre el plano general– esté en grado de proporcionar respuestas adecuadas en la perspectiva del derecho de la empresa.

Varias son las razones que nos llevan a expresar tal opinión.

La primera es que la citada disciplina se caracteriza por una cierta originalidad –mostrándose incluso excéntrica– respecto a las soluciones generalmente contenidas en otros ordenamientos: en efecto, nuestro legislador, en vez de optar entre un modelo *unitario* o uno *dual* (como generalmente ocurre en el ámbito comparado), ha dado en cambio lugar a un sistema sustancialmente *tripartito*: en el cual además de la disciplina tradicional del deudor “falible” se ha afianzado una reglamentación concursal del deudor “no falible”, en la que cual están previstas soluciones diferenciadas dependiendo de si estos tienen o no la calificación de “consumidor”.

Motivos adicionales de insatisfacción son de orden –por decirlo de alguna forma– culturales. La legislación italiana sobre “sobreendeudamiento” resulta de hecho fuertemente marcada o connotada por la vida social, de acuerdo con un ajuste típico de aquellos sistemas que adoptan un enfoque así llamado de “*consumer oriented*”. Ésta por decirlo que ello se mueve de la idea según la cual el objetivo de fondo de esta disciplina debería ser desalentar la aparición de situaciones de dificultad económica del deudor o –en donde estas se verifican– de intervenir para tutelarlos en cuanto sujeto considerado “débil”.

Esta visión, en la cual evidentemente las necesidades de la empresa y, aún en general, del mercado permanecen solamente sobre el fondo o, en cada caso, reciben una tutela puramente indirecta y eventual.

Pero esta disciplina aparece insatisfecha aún sobre el plano técnico. En efecto, las decisiones tomadas por el legislador se revelan no del todo apropiadas, realmente en donde

son llamadas a operar en un contexto de crisis de la empresa. Solo por precisar algunos aspectos más significativos, basta considerar lo siguiente:

- (i) La ley sobre endeudamiento no contempla la posibilidad de “anticipar” el bloqueo de la acción individual: siendo para tal fin siempre necesario el inicio formal de uno de los procedimientos regulados en ella;
- (ii) Notables dudas subsisten sobre el contenido mismo de las soluciones concursales previstas (así, por ejemplo, no está claro si, en ese contexto, sea posible articular una propuesta de arreglo de la crisis con la previsión de clases y, por lo tanto, con posibilidad de derogar el tradicional criterio de la *par condicio*);
- (iii) La hipótesis de acuerdos negociales no es acompañada de forma de incentivo o de medida de protección, siendo que en vez de ello representa un trato cualificante de la correspondiente disciplina de la solución de negocios prevista en la Ley de Quiebras.

En consideración a lo arriba señalado, es por lo tanto razonable excluir que la mencionada disciplina o materia pueda jugar un adecuado papel de “suplencia” respecto a la señalada falta de soluciones de negocios *ad hoc* para la gestión de la crisis de la empresa “no falible”: pudiéndose por tanto creer que –al menos en este ámbito– subsista un verdadero y propio voto de tutela, es decir viniendo a determinar una ilógica (y del todo injustificada) disparidad de tratamiento respecto a todo aquellos que es previsto para la empresa “falible”.

Tal conclusión resulta por tanto digna de atención, especialmente en donde se considera que el perímetro de la empresa “no falible” asume hoy una latitud más extendida y no se ha hecho mas ligera en su dimensión cuantitativa. Basta pensar en los nuevos “límites” previstos en el artículo 1º ley de la Ley de Quiebras, la cual condiciona el sometimiento a la ley de quiebras al logro de los límites dimensionales como para ampliar en modo apreciablemente la categoría de las empresas

excluidas; considerando también la circunstancia de que el concepto de empresa agrícola –así como la disposición reformulada en el art. 2135 c.c.– viene además a incluir actividades que presentan una innegable “substancia” comercial, respecto a la cual, por tanto, no se ve por cuáles razones se les debería aplicar la tradicional regla de exoneración del procedimiento concursal. Y no hay duda entonces que, en esta perspectiva, parece encontrarse explicación a la elección recientemente operada de extender también a esta categoría de empresas “no falibles” la posibilidad de acceder al procedimiento del art. 182-*bis* de la ley de quiebras (cfr. art. 23, cláusula 43º d.l. 98/2011), siendo así plausible vislumbrar en la solución una especie de primera “brecha” en el sistema.

Finalmente no puede olvidarse el señalar que otra (y muy insidiosa) área de exención del procedimiento concursal puede abrirse en el frente de la empresa “publica”: y esto sobre todo teniendo en cuenta las dudas que –como es sabido– parten de la jurisprudencia que ha recientemente avanzado acerca de la posibilidad de aplicar el régimen concursal de la empresa comercial en contra de las empresas que operan servicios públicos y, en particular, contra la sociedad *in house*.

Al respecto –a pesar de ser conscientes de que una orientación similar advierte en el plano juspolítico la exigencia (ciertamente no carente de motivación) de reservar un especial tratamiento a la hipótesis en la cual el ejercicio de la empresa sea funcional en la búsqueda de intereses públicos– aparece sin embargo evidente como una opción cargada de consecuencias tanto en el plano teórico, como en términos prácticos: es de hecho claro que, en tal modo, se renuncia a confiar en el mercado (y a sus reglas), la gestión de las crisis de las empresas, terminando así por transferirle los costos a la comunidad –y, aún más precisamente, como en este caso– a la fiscalización general.

Por otra parte, se puede considerar –pero el alivio es de valor más general, pudiendo ser capaz de extenderse también a todas las demás situaciones de “exoneración”– que la elección de no sujeción a la disciplina del procedimiento concursal, en el

pasado respondió a una clara lógica a *favor* –sobre todo considerando la matriz de las sanciones punitivas que tradicionalmente connotaban este sistema–, sin embargo hoy paradójicamente presenta riesgos de representar una especie de “desfavorecimiento” en el confrontamiento con las empresas excluidas: y particularmente en cuanto excluye a estos la posibilidad de acceso a un sistema que está definitivamente orientado no ya a sancionar la situación de crisis, cuanto más bien a buscar la forma de prevenir o de superar la misma crisis, especialmente a través de la valorización de los espacios de autoreglamentación privada.

4. La institución de la “demanda prenotativa”: implicaciones operativas y sistemáticas

Entre la novedad aportada a la ley de quiebras, una de las más significativas concierne sin lugar a dudas la introducción de la así llamada “demanda prenotativa” (o, según otra terminología, del así dicho “concordato en blanco” o “con reserva”) del cual el Art. 161, párrafo 6º, de la Ley de Quiebras: que –como es notado– permite al deudor obtener el “bloque” de las acciones ejecutivas individuales anticipadamente respecto a la presentación de una propuesta concordada (o de un acuerdo de reestructuración), garantizando así la posibilidad de proseguir las eventuales negociaciones con los acreedores lejos de iniciativas que podrían obstaculizar (o incluso perjudicar) un éxito positivo.

Se trata de una solución tomada de otros ordenamientos jurídicos –y, notablemente, de los estadounidenses (en donde se aplica el así llamado “*automatic stay*”)– y que ha recibido un considerable éxito en la práctica, generando por otro lado –recisamente por la razón de esta innegable utilidad (y eficacia) en el plano operativo– el peligro de una utilización instrumental, de manera tan precisa de inducir al legislador italiano a introducir –en un momento posterior a su primera introducción– algunos correctivos ya sea de orden sustancial, ya sea de

naturaleza procedimental.

La citada novedad presenta una multiplicidad de razones de interés en el plano técnico, en cuanto (y sobretodo) en una perspectiva de sistema.

En particular, bajo este último perfil, dos son los aspectos que ameritan atención.

El primero está vinculado con el hecho que la citada previsión se refiere no sólo a la institución del acuerdo preventivo, sino también a la disciplina de los acuerdos de reestructuración establecidos en el Art. 182-*bis* de la Ley de Quiebras.

En efecto, con base a lo dispuesto en el art. 161, párrafo 6º, de la ley de quiebras, el deudor puede obtener el bloque “anticipado” de las acciones ejecutivas individuales, reservándose –en un momento posterior– la facultad de presentar una demanda de acuerdo preventivo conforme a los art. 160 e 161 de la ley de quiebras, o para solicitar la homologación de un acuerdo de reestructura *ex* art. 182-*bis* de la ley de quiebras. Desde este punto de vista, por lo tanto, aparece evidente que, en tal modo, el legislador italiano ha llegado a crear una especie de procedimiento (o de pre-procedimiento) *único*: en el sentido de que la presentación de una “demanda prenotativa” da impulso a un *iter* procesal de carácter unitario, destinado sólo posteriormente a “bifurcarse” de acuerdo con la alternativa indicada anteriormente, y que por lo tanto –en su fase inicial– resulta *común* a las citadas soluciones de negocios.

La otra razón de interés considera propiamente esta naturaleza –por así decirle– “bifásica” del procedimiento de que se trate.

Debe tenerse en cuenta que la interposición de una “demanda prenotativa” permite al deudor el abrir una especie de “pausa de reflexión”: en el sentido de ofrecer a éstos la posibilidad de “congelar” la situación, en espera de evaluar cuáles son las soluciones para sugerir al propio acreedor y al resultado del cual el mismo deudor tendrá facultad de optar tanto por una solución “en continuidad”, cuanto por un tipo liquidatorio,

proporcionando así la elección de la reserva formulada en sede al inicio del mismo procedimiento.

Resulta por lo tanto claro que el citado procedimiento (o pre-procedimiento) es digno de atención no sólo porque llega a someterse –al menos parcialmente– a un *mismo* régimen de soluciones de negocios diversos, contribuyendo así a sentar las bases para su gestión unitaria, sino también por que la misma viene a distinguirse –precisamente porque de ésta “confusión” (o “unificación”) de modelos procedimentales diferentes– por su sustancial *neutralidad* en el plano de la finalidad que la distingue: y esto precisamente en la medida que –al momento de dar inicio a tal procedimiento– el deudor no es llamado a explicar cuál es el plan que se aplicará, en lugar de tener la posibilidad de posponer cualquier decisión en una fase sucesiva, es decir cuando se imagina que éstos han sido capaces de adquirir todos los elementos de evaluación necesarios (y tal vez incluso a compartir con antelación los resultados con los mismos acreedores), optando consecuentemente por una gestión liquidadora o sea conservadora de la crisis.

Puede entonces hacerse notar como la introducción de esta modalidad de gestión unitaria de procedimiento entre su autonomía podría tener algunas interesantes implicaciones en el plano operativo: así, por ejemplo, parece lícito dudar sobre la fortaleza de esa orientación –que en lugar de ello parece recoger un convenio creciente especialmente en la jurisprudencia– según la cual, donde se verifica un cambio en el procedimiento, debería implicar también un cambio de los órganos pertinentes, considerándose notablemente que el comisario judicial nombrado en el ámbito de un concordato preventivo no pueda tomar posesión del cargo de curador en la quiebra “posterior” a ese procedimiento.

Al contrario, precisamente la existencia de un *iter* procesal único podría llevar a la conclusión preferible que no se creen soluciones de continuidad, incluso en el nivel de los órganos, sobre todo por razones de eficiencia (e incluso de coherencia) en la gestión del procedimiento: debiéndose creer

que el que ha sido nombrado comisario (o incluso la de pre-comisionado) es, sin duda, el sujeto más indicado para “supervisar” la gestión concursal de la crisis aunque en cada una de sus fases sucesivas, independientemente de cuáles puedan ser los éxitos de ellas mismas.

En cada caso –y aunque dejando a un lado estos hallazgos más estrechamente operacionales– debe señalarse como la introducción de este régimen procedimental “bifásico” no representa en absoluto una novedad en el panorama del sistema concursal italiano.

Debe de hecho considerarse que ya la disciplina de la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis de los cuales al d.lgs. 270/1999 contempla una solución sustancialmente análoga: en particular, en aquel cuerpo normativo está expresamente previsto que, una vez intervenida la declaración de insolvencia, se abre una fase preliminar dirigida a la verificación de las condiciones para la “recuperación” de la empresa –y que, precisamente por esta razón, se define como “periodo de observación”– destinada después a conducir, en caso de éxito (en donde subsisten los presupuestos para la realización de uno de los dos programas “en continuidad” individuales del art. 27 d.lgs. 270/1999), en una medida de admisión al mismo proceso, o –en caso contrario (y por lo tanto en ausencia de tales condiciones)– en una declaración de quiebras, resultando el inicio de un proceso de carácter típicamente liquidatorio.

A este respecto, es ahora plausible que incluso la presentación de una “demanda prenotativa” dé lugar a la apertura de una especie de “periodo de observación” y que exactamente se substancia en el dejar al deudor la facultad de verificar la factibilidad de una solución que conserve o liquide a la propia empresa: siendo capaz de trazar, bien a este respecto, una ulterior confirmación del hecho de que la administración extraordinaria constituye sin otro el procedimiento concursal mas avanzado de nuestro ordenamiento.

En esa perspectiva, merece por otra parte señalar que una estructura análoga “bifásica” caracteriza también la (nueva) disciplina del ejercicio provisional del cual el art. 104 de la Ley Quiebras.

En efecto —con base en esta previsión, no por casualidad modificada dentro de la reforma— la persecución de la quiebra de la empresa puede ser autorizada por el juez delegado a petición del curador en un momento *posterior* al la declaración de quiebra (y ésta es la hipótesis fisiológica); pero ésta puede alterarse para estar dispuesta *inmediatamente y directamente* del Tribunal con la misma sentencia declarativa de quiebra: esta solución que, evidentemente se presta para ser utilizada con precisión en esta circunstancia —ciertamente menos frecuentemente (pero no por esto menos relevante)— en el cual existe el temor de que una interrupción repentina de la actividad de la empresa pueda acarrear un prejuicio para el acreedor o, todavía, en donde se abre la necesidad de “tener en vida” a la empresa en espera de entender —propiamente en el estilo de un “periodo de observación”— si esta utilidad (o inutilidad) puedan provenir de su continuidad.

5. Liquidación concordada y la quiebra alternativa: las posibles (nuevas) condiciones del problema

Adicionales reflexiones interesantes sobre el resultado del reciente proceso de reforma de la ley de quiebras provienen del examen de la institución concordataria, que —como es sabido— constituye uno de los perfiles sobre los cuales mayoritariamente ha incidido el legislador dentro de la reforma.

Se trata por otra parte de las direcciones que —en tal contexto— no son derivadas (al menos directamente) de la novedad introducida, representando más bien la (posible) “precipitación” de los primeros ordenamientos jurisprudenciales en la materia.

Es sabido como la “nueva” disciplina del concordato preventivo tenía fuertemente “liberalizada” a la institución: en

particular, no hay duda de que la reforma ha hecho mucho más *dúctil y elástico* respecto al pasado el contenido de la propuesta que en el ámbito de tal procedimiento se puede pagar a los acreedores, con una consecuente notable implementación —según aquello que ciertamente era el auspicio legislativo— de la potencialidad del uso de esta tradicional técnica de gestión de la negociación de la crisis.

El resultado de una evolución similar —para efecto del cual puede bien decirse que el acuerdo preventivo representa hoy una “*institución típica, de contenido atípico*”— es que a través del concordato o acuerdo propuesto no sólo se puede perseguir cualquier nivel de tipo liquidatorio —habiendo disminuido el deber de respetar el rígido (y preconcebido) paradigma procedimental previsto en la legislación antes vigente— pero resulta también plausible contar con la misma libertad con las soluciones de la gestión de crisis “en continuidad”, con mayor precisión a modo de ejemplo se muestra la nueva formulación en el Art. 160 de la Ley de Quiebras —y que de hecho no pone límites a la autonomía en la confirmación de la propuesta acordada— es sobre todo la producción de la introducción de una disciplina *ad hoc* precisamente por la hipótesis en el cual el acuerdo “*prevé la continuidad de la actividad de la empresa*” (art. 186-bis de la Ley de Quiebras).

A pesar de esta innegable *libertad* que ahora caracteriza la disciplina positiva de la institución —y de la consecuente *heterogeneidad* de los objetivos que a través de éstos es por lo tanto posible perseguir— es sin embargo no obstante seguro —como claramente testifica la práctica más reciente— que el acuerdo preventivo resulta sobre todo caracterizado por una finalidad de carácter liquidatorio, constituyendo un instrumento bastante eficaz (en algunos aspectos, mucho más que en el pasado) para implementar una liquidación no en quiebra del patrimonio del deudor insolvente.

En esta perspectiva, puede ahora desatarse cierta sorpresa que —de frente a una evolución normativa

decididamente favorable a la institución— la jurisprudencia (especialmente la de mérito) había, al contrario, iniciado a asumir posiciones mucho más cautelosas y que —en ciertos casos— incluso pareciera denotar un ciertoreparo en secundar el uso de dicho proceso, propiamente en donde éste tiene un alcance de liquidación.

Así, por ejemplo, en algunas de las más recientes decisiones en materia de jurisprudencia se ha llegado a reconocer lo siguiente:

- (i) El acuerdo liquidatorio debe ser considerado inadmisile en el caso en el que la propuesta concordada indique un porcentaje de satisfacción *mínima* o, en todo caso, *irrisoria* para el acreedor quirografario (terminándose de tal manera para introducir —aunque veladamente— una especie de revisión judicial de mérito sobre la propuesta);
- (ii) Igualmente inaceptable resultaría una propuesta de acuerdo que provea una cesión solamente *parcial* de bienes (considerándose que —en donde se contempla la cesión de bienes— ésta debía preocuparse de la totalidad del patrimonio del deudor);
- (iii) La propuesta y el plan de acuerdo siempre deben explicitar el *tiempo* y el *porcentaje* asumido a satisfacción del acreedor concursal (precisamente con el fin de permitir un control adecuado de su contenido respecto a la alternativa de quiebra);
- (iv) En un acuerdo de tipo liquidatorio, el control judicial sobre la presencia y los criterios de la formación de las clases deben ser más *severos* (y esto claramente en el supuesto que, en la prospectiva de la liquidación, la excepción al principio de la *par condicio* aparezca menos justificada).

Se trata de orientaciones que —al menos a primera vista— podrían parecer contradictorias, si no incluso esquizofrénicas

respeto a las líneas descritas sobre la evolución del sistema y de las mismas instancias iuspolíticas que han inspirado el proceso.

No puede echarse de menos que aquellas decisiones jurisprudenciales se han inspirado —o de otra manera se han nutrido— de la conciencia de los riesgos de abusos que se presta el “nuevo” instituto concordato y, aun en general, el sistema entero de soluciones de negocios de la crisis de la empresa: un riesgo, éste, que efectivamente los primeros años de aplicación de la Ley de Quiebras reformada parece haber confirmado, precisamente con el fin de inducir a la sospecha de que esas reformas podrían anunciar una nueva era de “uso alternativo” de los procedimientos de concursales.

No es naturalmente ésta la sede para emitir juicios. Sin embargo, lo que parece captarse de las primeras decisiones judiciales es la sensación de que se está haciendo progresivamente camino a la visión de que el juicio sobre el uso de la solución acordada debe ser *diverso* dependiendo de si, a través de ésta, se persiguen objetivos de *prosecución* de la actividad de la empresa o simplemente fines de tipo *liquidatorio*. En otras palabras, parece emerger la idea de que, mientras con respecto a un acuerdo “en continuidad”, ciertamente parece legítimo (y también oportuno) que el sistema es una transposición (y no sostenga) la factibilidad, pudiendo así asumirse que eso —proprio en cuanto contempla la continuidad de la empresa— resulta *seguramente* funcional a los intereses de la clase acreedora o, cuando menos, a las exigencias más generales de eficiencia del sistema, y puede, por tanto, redundar también en beneficio de los propios acreedores; en el caso en que al contrario el acuerdo tenga carácter liquidatorio la respuesta debe ser distinta: siendo así plausible imaginar que, en tal eventualidad, el uso a la solución acordada no responda a los intereses de los acreedores, excepto en donde (y en los términos en los cuales) se ofrezca la demostración —con una especie de carga ideal de la prueba— que eso se muestre *efectivamente* más ventajoso respecto a la alternativa de quiebra. En resumen, siguiendo estas sugerencias parecen retenerse que, habiéndose

acordado una doble naturaleza, la valoración sobre su conveniencia –y por lo tanto su propia viabilidad– debe de cambiar dependiendo si se persiguen sus propios casos de continuidad, o ello representa la única alternativa a la liquidación de la quiebra: y qué es precisamente en el sentido de que, mientras que en el primer caso el juicio debe ser en la línea de maximizar lo positivo, en la segunda hipótesis no deben prevalecer evaluaciones tendencialmente *negativas*, por lo menos –por así decirlo– “hasta que se demuestre lo contrario”.

Y no hay duda entonces que incluso estas consideraciones pueden ser útiles en la prospectiva de una eventual próxima reforma orgánica de la disciplina concursal.