

ESTRATEGIA SUPERADORA DE CONFLICTOS EN EL DERECHO CONCURSAL

Germán GERBAUDO (*)

En anteriores jornadas académicas organizadas por el Área de Estrategia Jurídica del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social hemos referido al Derecho concursal en clave de estrategia jurídica. Así, analizamos la estrategia jurídica en la prevención de la insolvencia, poniendo en dialogo el Derecho concursal con el Derecho societario, entendiendo que la solución de la crisis debe buscarse en primer término en las normas que refieren al capital social, profundizando el Derecho societario de crisis. En tanto que el año pasado, expusimos la estrategia del Derecho concursal frente a la pandemia COVID-19, pensando un Derecho concursal de pandemia, analizando las herramientas que desde el Derecho concursal se pueden suministrar para mitigar las consecuencias dañosas de la crisis extrema que atravesamos.

En esta oportunidad, nos vamos a referir a un Derecho concursal de futuro. Vamos a pensar en un nuevo Derecho concursal, a diseñar la estrategia jurídica del Derecho concursal para mejora el ordenamiento vigente y así poder alcanzar soluciones más justas. Una estrategia que nos permita superar la idea expuesta por Rivera en cuanto el Derecho concursal es el Derecho de la insatisfacción permanente.

Partimos de la afirmación de que el actual Derecho concursal resulta ineficiente para dar una respuesta adecuada a las crisis patrimoniales que se exhiben en la realidad social dando lugar así a situaciones de injusticia.

A partir de allí debemos pensar en un nuevo Derecho concursal, meditar sobre cuál es la estrategia a diseñar desde el Derecho concursal para mejorar el sistema vigente. Es un debate que debe gestarse en el ámbito

(*) Abogado. Magister en Derecho Privado y Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor titular de Derecho de la Insolvencia y secretario del Área Académica tanto de grado y posgrado de Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. E-mail: gergerbaudo@hotmail.com

académico, teniendo en cuenta que la respuesta va a estar en el Congreso de la Nación. Debemos pensar desde lo académico la estrategia para que desde la política —Congreso de la Nación— se termine sancionando la mejor ley concursal posible para la República Argentina.

En esta mirada estratégica hay que tener presente el pasado y el Derecho comparado.

Analizar el pasado —como bien dice Ciuro Caldani— para comprender mejor el presente y conjeturar el futuro. La legislación concursal vigente en nuestro país ha cumplido el año pasado veinticinco años, quedando claro que responde a otra realidad económica. En ese entonces se veía un avance de la economía sobre la política y el Derecho —como señaló Lorenzetti— no era más que un subsidio en beneficio de la empresa. La ley concursal no permaneció al margen de las tendencias económicas imperantes al momento de su sanción. La elaboración del diseño estratégico exhibe tener presente la aplicación de la ley en la praxis, pero siempre comprendiendo que actual ley responde a otra realidad económica diferente a la actual.

El Derecho comparado es importante, pero hay que ser muy cuidadosos con el mismo. Entendemos que no es conveniente receptor instituciones extranjeras sin atender a nuestra realidad. Hay instituciones que pueden funcionar bien en el extranjero, frente a otra sociedad, pero que no es posible en su aplicación local obtener los mismos resultados. No se trata de transpolar derechamente institutos que existen en otras partes del mundo. Este fenómeno lo sufre la ley concursal, llena de “injertos” con reformas “parches” que se fueron incorporando siguiendo las tendencias económicas de los momentos de su sanción. La continuación de la empresa en quiebra se toma del Derecho francés de fines de los años sesenta del siglo pasado, pero no terminó de funcionar en nuestro país porque nuestra realidad era diferente a la europea. Lo mismo con la ley 24.522, que abrevó en el Código de bancarrotas de los Estados Unidos de 1978 y nos encontramos con instituciones que no funcionaron, cayendo en desuso (por ej., el Comité de acreedores o la suspensión de los convenios colectivos de trabajo ante la apertura del concurso preventivo) o arrojando resultados antifuncionales

en la aplicación de nuestros tribunales (por ej. la conversión de los pedidos de propia quiebra).

Trazar la estrategia para un mejor Derecho concursal requiere tener presente que es un Derecho excepcional, de última ratio que opera ante un fenómeno complejo y de consecuencias desastrosas que es la insolvencia. Ésta es el presupuesto de aplicación de la ley concursal. Comprobada la existencia de insolvencia, dejamos de lado la ejecución individual y comenzamos a transitar la ejecución colectiva de los créditos. En la ejecución colectiva, encontramos una pluralidad de acreedores —universalidad subjetiva o colectividad de acreedores— con pretensiones de cobro sobre un patrimonio inicialmente escaso —universalidad objetiva—. El Derecho concursal es excepcional porque implica alterar las relaciones jurídicas preexistentes, impactando fuertemente sobre el régimen contractual y obligacional.

Pensar la estrategia de un Derecho concursal implica adentrarnos en los temas de “agenda concursal”. Se trata de temas de debate actual en nuestra materia y que se encuentran pendientes de ser receptados normativamente. Esta “agenda concursal” impone detenernos en primer término en los presupuestos concursales. Hoy se advierte una crisis del presupuesto objetivo y del subjetivo en sus concepciones tradicionales. No se puede seguir atado al presupuesto objetivo del estado de cesación de pagos o insolvencia en la concepción “bonelliana” de fines del siglo XIX. En nuestro tiempo se advierte que cuando la mayor parte de las empresas llegan a una situación de insolvencia terminan en quiebra porque esta es un estado terminal. Es necesario anticipar la puesta en marcha de los mecanismos concursales con nuevos presupuestos —por ej. estado de crisis, dificultades económicas, insolvencia inminente—. En relación al presupuesto subjetivo, la idea de unidad del proceso concursal está en franca retirada. La tendencia actual exhibe diseñar “trajes a medidas”, es decir, procesos concursales especiales atendiendo a las características del sujeto concursable. Nuestro país en algún aspecto fue a la vanguardia en esta materia con la ley especial para atender a la insolvencia de las entidades deportivas –ley 25.284. Pero, aún quedan cuestiones pendientes, en especial, la necesidad de diseñar una solución concursal particular para atender a la insolvencia del hombre

común —consumidor sobreendeudado— como se observa en el extranjero —Francia, Alemania, EE.UU., Luxemburgo, Austria, Colombia, entre otros—. Procesos más simples, ágiles y económicos.

La legitimación para instar la apertura de los procesos de reestructuración es otro tema de “agenda concursal” que reclama una urgente revisión. Cabe pensar si está bien que el deudor sea el único legitimado para la apertura del concurso preventivo. Tal vez, la mirada a la legislación extranjera y la idea de prevención de la insolvencia, anticipando la puesta en marcha de los mecanismos concursales impone la necesidad de ampliar a los legitimados para la apertura de los procesos de reorganización patrimonial, incluyendo también a los acreedores o al propio Estado.

La insolvencia transfronteriza es otro tópico relevante de actualidad frente a un mundo globalizado y de un comercio interconectado. Sin embargo, la respuesta del Derecho Internacional Privado de fuente interna es insuficiente y anticuada. Las normas de la ley de concursos previstas para dar respuesta a los concursos con elementos extranjeros son escasas —solo dos normas (art. 2 inc. 2 y art. 4)— y anticuadas. Son normas que responden a otra economía, a otro comercio, a otro mundo. Responden a una realidad mercantil de los siglos XIX y XX muy diferente a la economía globalizada de nuestro tiempo. La ley de concursos sigue anclada en el debate de la unidad-universalidad y de la pluralidad-territorialidad. Este debate hoy se encuentra superado y la respuesta a los concursos con elementos extranjeros de nuestro tiempo pasa por la apertura a un universalismo mitigado. Hoy en la ciencia del Derecho Internacional Privado su objeto se integra —no se confunde— con tres problemas —jurisdicción internacional, derecho aplicable y cooperación judicial internacional—. Hay que dar el salto a iniciativas modernas como las que emanan de la Ley Modelo de Uncitral de 1997.

Tampoco puede estar ausente en una estrategia que nos permita avanzar a un Derecho concursal de futuro la apertura a las respuestas extrajudiciales, donde el contrato y la autonomía de la voluntad están llamados a cumplir un papel central en la resolución de las crisis patrimoniales. El camino del nuevo Derecho concursal debe marcarlo la búsqueda de repartos autónomos y la ex-

trajudicialidad, con soluciones que den más importancia al contrato en la salida de la insolvencia mediante la cooperación entre el deudor y los acreedores.

En definitiva, es tiempo de pensar en un nuevo Derecho concursal, con respuestas acordes a nuestro tiempo. Para alcanzar este objetivo desde lo académico debemos trazar la estrategia para sancionar una nueva ley concursal que en su aplicación se exprese en soluciones más justas.