

DINAMICA COOPERATIVA, COLABORATIVA Y COMPOSICIONAL

DEL PROCESO CONCURSAL

Por Jorge A. Rojas y Raúl Calvo Soler

1.- INTRODUCCION

La realidad que se refleja en el país en estos tiempos atravesado –como todo el mundo- por la pandemia provocada por el Covid-19, es distinta a la de otros países por diversas razones: políticas, económicas y sociales, pero en todos los casos con un denominador común que busca morigerar los efectos provocados por este penoso contexto.

Países del primer mundo (vgr. Alemania o Estados Unidos) han inyectado apoyos financieros de magnitud para asistir a sus economías, otros países, como los latinoamericanos, enfrentan otras realidades que golpean de un modo más severo sobre todo aspectos de índole social; y requieren de apoyos más amplios, que abarquen diversos aspectos de la persona.

Así sucesivamente podemos encontrar distintas situaciones por las que atraviesan otros tantos países, que por sus particularidades, han decidido transitar estos tiempos de pandemia, adoptando diverso tipo de decisiones que relegan aspectos esenciales desde el punto de vista económico.

Nuestro país, aun cerrado al crédito externo ve envuelta su vorágine cotidiana con un futuro sombrío. Incierto, desde el punto de vista social, porque los presagios de un aumento de la inseguridad, desempleo, pobreza y delincuencia asoman cotidianamente, con avisos que inclusive emanan de los propios organismos gubernamentales, con el impacto psicológico que ello provoca para la población, que no resulta un dato menor a tener en cuenta.

Desde el punto de vista económico, nuestro país se encuentra expuesto a tiempos más complejos aún, no quiere decir que no hayamos pasado diversas crisis económicas, sino que esta aparece golpeando todos los flancos posibles, e irrumpió cuando ya nuestra economía estaba comprometida.

Dentro de esta vorágine sombría se insinúa un escenario conflictual complejo, con un notorio auge de esa conflictividad en el ámbito empresarial, toda vez que pequeñas y medianas empresas pueden verse enfrentadas a una realidad impensada a partir de la cual no puedan hacer frente a sus obligaciones, no ya porque se haya roto la cadena de pagos, como se viene anunciando reiteradamente, sino porque no exista siquiera giro comercial a desplegar por carencia de demanda.

Esto es evidente que no tiene un límite en el ámbito empresarial o comercial, sino que sus proyecciones nos transportan al ámbito laboral y consiguientemente provocan un impacto social de segura envergadura, como para tener en cuenta qué actitud asumir para atender semejante situación.

Si partimos de la premisa que el modo de resolver nuestros conflictos nos define como sociedad, y delimitará la sociedad que resultará de estos tiempos, entonces nos preguntamos ¿Qué respuestas vamos a tener los operadores jurídicos para este tipo de conflictos?

Si elegimos andariveles tradicionales, terminaremos en los mismos lugares de siempre, con los juzgados comerciales abarrotados de concursos preventivos y quiebras, sin soluciones reales a los conflictos de las empresas, de los deudores, de los propios acreedores, ni de los trabajadores y sus familias.

Son tiempos en los que se nos exigen respuestas diversas, que resulten creativas y adaptadas a las particularidades de los conflictos que se susciten, en concordia con las exigencias del hombre y el empresario del siglo XXI.

De eso se tratan estas líneas, para repasar lo que tenemos, y desde luego, si ello es suficiente en el mundo del derecho para atender necesidades de toda índole como las que se avizoran, a través de instrumentos tradicionales por históricos, y además, por resultar los que están legalmente contemplados en nuestra legislación común.

2.- EL PROCESO CONCURSAL EN CONTEXTO DE CRISIS. PROBLEMAS PARA LOGRAR LA COLABORACIÓN

Afirmar que el mundo del derecho opera mayoritariamente en el contexto de relaciones conflictivas es algo que no sorprende a nadie. Tampoco debería llamar la atención la idea de que el mundo jurídico, en general, y el proceso judicial, en particular, buscan desarrollar dinámicas que ayuden a los ciudadanos a resolver esa conflictividad. Esto último puede buscarse mediante la aplicación de un conjunto de valores que el sistema incorpora previamente (espacio no disponible por las partes) o, mediante la creación de dinámicas para que los ciudadanos encuentren una mejor manera de dejar atrás esos conflictos (lo disposicional).

Ahora bien, que el derecho logre este objetivo de ayudar en la resolución de los conflictos de los ciudadanos es una cuestión que cada vez se discute con mayor intensidad. No es extraño que las dinámicas de resolución que el propio derecho plantea, generen a su vez, diversas problemáticas, al menos, en tres ámbitos; en referencia a cuál es la solución jurídica propuesta, en lo tocante al modo en que se constituyó esa solución o, finalmente, en relación a las consecuencias específicas que se seguirán de este modo de finalización.

En el primer supuesto lo que ocurre es que el derecho genera soluciones para un caso jurídico pero las partes se llevan a sus domicilios el conflicto que buscaban resolver en el espacio judicial. En el segundo, la intensidad de las interacciones dentro de un proceso judicial que tiende a premiar las estrategias esencialmente competitivas no sólo dificulta el sostenimiento de la relación entre las partes del conflictos sino que tiende a agravarla creando procesos de escaladas entre los sujetos que participan. Por último, y por si esto no fuera suficiente, no es extraño que los dos aspectos anteriores generen consecuencias negativas que van más allá de la relación entre las partes que acudieron al proceso buscando solución a su conflictividad.

Por supuesto que cuanto mayor sea la intensidad conflictiva de las relaciones que llegan al ámbito del proceso judicial para encontrar una solución, más fácil será que se repliquen en estos tres niveles los problemas, y que cada uno de ellos se exprese de una forma dramática. Y un aspecto que puede detonar en ese aumento de la intensidad conflictiva, es un contexto poco favorable para la resolución de conflictos, como por ejemplo, un caso de crisis social y económica vinculada, al menos en parte, a una pandemia con la subsiguiente cuarentena.

Por supuesto que en el ámbito del derecho y del proceso judicial hay espacios que son especialmente sensibles a este tipo de dinámicas y a la producción de estos tres tipos de efectos. Quizás un ejemplo paradigmático de este tipo de procesos es, precisamente, el ámbito concursal en contextos de crisis. De hecho, en un contexto normalizado el desarrollo de lo concursal tiende a estructurarse naturalmente en una serie de dinámicas que cuentan con un fuerte componente competitivo. Acreedores y deudores compiten en este espacio en una lógica de intereses que tienden a ser presentados en la característica lógica del Worse Case; esto es la peor versión posible del comportamiento del otro y de la incompatibilidad de nuestros intereses. Esta dinámica del Worse Case puede tener diferentes fundamentos aunque en general está vinculada a tres aspectos importantes.

El primero, el diseño de ingeniería del proceso concursal no tiende a favorecer los espacios composicionales para la construcción de acuerdos; hay poco de concursal y mucho de pre-quebra en múltiples aspectos del proceso. En este sentido, si bien no los ignora tampoco los promueve de manera clara. El segundo, muchas veces presionados por los clientes y otras en una lógica respuesta a la manera en que han sido formados, los abogados tienen serios problemas para sostener una actitud colaborativa con la contraparte. Incluso en la dinámica interna de un grupo categorizado, no es extraño que surjan problemáticas de conflictividad tan o más competitivas que las que están relacionadas con el propio deudor.

Y por último, en muchos casos, la presión externa que se genera hacia el ámbito de las relaciones del espacio concursal (instituciones públicas, privadas, entidades intermedias, grupos de presión sociales,

económicos, etcétera) tienden a convertir a este último, especialmente en los casos de gran impacto, en un lugar para dirimir contiendas, o dinámicas conflictivas, que sólo tangencialmente están relacionadas con lo que constituye el espacio concursal. Al final, la lógica del proceso, por éstas y otras razones, tiende a estar más relacionada con el discurso del "sálvese quien pueda" más que con una dinámica de "a ver si nos podemos salvar todos".

Obviamente todo esto se potencia cuando el contexto en el que se desarrolla el espacio concursal se encuentra atravesado por una sucesión de crisis sociales, laborales, económicas, etcétera. En estos casos la posibilidad de desarrollar dinámicas cooperativas, colaborativa y composicionales se ve seriamente condicionada por la falta de aspectos que son condición necesaria, aunque no suficiente, para favorecer este tipo de propuestas.

La pregunta que surge a esta altura sería ¿en qué medida el proceso concursal puede proveer herramientas para enfrentar esta avalancha de problemas que pueden generarse en un contexto de crisis? Comencemos viendo de manera general qué aporta hoy el proceso concursal para una lógica cooperativa y colaborativa.

3.- LA NORMATIVA CONCURSAL Y SU PROYECTADA REFORMA

Es conveniente tener en cuenta que la normativa concursal para atender esta realidad, no está concentrada exclusivamente en la ley 24.522 y sus modificaciones, sino que por el contrario hace referencia en su parte final, a una remisión a los ordenamientos adjetivos locales en todo aquello que no estuviera previsto, con lo cual tenemos la particularidad de que esa ley remite a 24 ordenamientos procesales, representados por 23 provinciales y desde luego el nacional que rige en la Ciudad de Buenos Aires, más allá de las remisiones que importan situaciones puntuales a códigos sustanciales como el Civil y Comercial o bien el Penal.

Pero al margen de estos aspectos, que desde luego son trascendentes para advertir cómo tenemos legislado este tipo de proceso universal, es dable tener en cuenta que la propia LCQ que se aplica en todo el país por resultar derecho común, consagra una serie de principios en sus primeros artículos, que lejos de constituir lineamientos o directrices que apunten a la flexibilidad que requiere la adaptación de esa normativa a situaciones puntuales, refiere a aspectos que lejos de ser principios constituyen los sistemas que va a observar esta legislación en su aplicación.

Ejemplo de ello, son las cuestiones que tienen que ver con los sujetos del proceso, o cuestiones de competencia, claro sistema que tiende a la organización de la tarea y la asignación de las causas, o bien con los concursos que se declaran en el extranjero, con lo cual se advierte una superposición conceptual que ab initio no permite advertir claramente un principio, como directriz esencial que marca un rumbo a

seguir, y distinguirlo de un sistema que es precisamente la forma a través de la cual se instituyen dentro de un determinado ordenamiento esos principios a fin de hacerlos concretamente operativos.

Desde luego que incide en todo ello la antigüedad de más de 20 años que trasunta la ley, y que requiere indefectiblemente de una actualización para dotarla de la flexibilidad que resulta necesaria para abordar este tipo de conflictiva, y dejar de lado la forma binaria en que resuelve las situaciones que se plantean en un concurso o en una quiebra.

Sirva como ejemplo, las restricciones que se plantean con las categorías de acreedores, pues si bien el art. 41 alude a la posibilidad de establecer propuestas diferenciadas según la categoría de acreedores, después aparece un límite entre quirografarios y privilegiados, con la sola distinción dentro de los primeros de los laborales.

Todos estos aspectos terminan teniendo una incidencia directa en la relación que identificamos como binaria que surge de la normativa en cuestión, y se refleja en el período de exclusividad, en la forma en que influye la identificación de formas de acuerdo que vienen preestablecidas por el legislador, como asimismo en las consecuencias, que no desembocan más que en la quiebra del deudor.

¿Es conveniente el plazo que se establece para el período de exclusividad? O ¿que se establezca por parte del legislador los porcentajes por debajo de los cuales no se pueden hacer renunciaciones a privilegios?

¿Los derechos que están involucrados son disponibles o resultan indisponibles? ¿Genera confusión que exista un proceso de índole colectiva porque existe un interés público en su desarrollo, con la afectación de normas de orden público? Porque en definitiva no se debe pasar por alto que en todos estos casos son cuestiones de índole patrimonial las que están en juego, por supuesto en la incidencia o con las proyecciones que en cada caso tengan.

Parecería sin más que estamos frente a exclusiones que se pretenden generar desde la ley, partiendo de generalizaciones desde luego abstractas, que pueden no resultar de aplicación al caso del que se trate. Por lo tanto ¿conviene mantener este esquema procesal para regular el concurso?

Vemos así que de esa manera el art. 43 inicia señalando todas las formas de acuerdo que pueden existir, para concluir luego señalando: "o cualquier otra que se obtenga con la conformidad suficiente dentro de la categoría de la que se trate".

La pregunta sería entonces ¿para qué necesitamos que el legislador imponga por ley distintas formas, si todo eso puede ser suprimido y señalarse que las vías por las cuales se llegue a un acuerdo puede ser

cualquiera que las partes decidan, ya que nos debemos preguntar si los derechos que están involucrados son disponibles o no.

Parecería que el tránsito por un proceso universal –en aras al resguardo de la *pars conditio creditorum*– transformaría a los derechos en indisponibles, y en verdad ello no puede interpretarse de esa manera sino en desmedro del propio proceso concursal, toda vez que lo que están en juego aquí son los derechos e intereses de las partes involucradas, y tal vez a un acreedor le resulte conveniente participar de un fideicomiso que proponga el deudor, y a otro percibir su crédito sin intereses y con una quita que resulte razonable en función del tiempo que se le ofrece pagar.

Y mirar esto con la rigurosidad que luego se proyecta en el art. 45, donde se indica la forma en la que “el legislador” dice que deben agruparse determinados acreedores, según la índole de la negociación mantenida con el deudor, impide la disposición de esos derechos en virtud de una abstracción que puede exponer a un riesgo la continuidad de una empresa.

Algo similar sucede con la forma en que es concebido el acuerdo preventivo extrajudicial, pues basta advertir los requisitos que se exigen para su homologación que más que superar un conflicto, parecería ser una especie de requisita legal para conocer las condiciones que reviste el deudor, porque de lo contrario se rechazaría lo que pudo haber acordado con sus acreedores.

Esto es alejar a la jurisdicción del conflicto, o si se quiere, generar trabas para el acceso a la jurisdicción que en lugar de facilitar soluciones conciliatorias acordadas entre los directos interesados, le hacen asumir un rol carente de toda empatía, desde luego contrario a toda simplificación procesal.

Es más importante para la ley que el deudor informe todos los libros comerciales que lleva, y cuál es el último folio utilizado que conocer las conformidades que obtuvo y conocer las razones –por boca de los propios interesados- de aquellos que se opusieron para encontrar una solución superadora.

La formalidad o rigurosidad sigue prevaleciendo sobre la importancia que debe revestir el proceso concursal para solucionar conflictos comerciales, por las consecuencias de índole no solo económica sino social que proyecta su resultado.

Desde luego que los intereses individuales no pueden estar por sobre los colectivos, pero se trata de dos situaciones que merecen un análisis diverso para su abordaje, pues lo contrario significaría confundir el derecho sustancial con el sistema procesal que permite su desenvolvimiento, por lo cual se requiere de la flexibilidad necesaria que permita encontrar vías de solución adecuadas, sobre todo teniendo presente que entre acreedor y deudor existe un denominador común, que es que uno proteja su crédito de la

mejor manera que le convenga, y que el otro permita atender esa obligación con la explotación de su empresa propendiendo en primer medida a su mantenimiento.

Ese criterio riguroso se aprecia a lo largo de toda la ley, y en lugar de crearse canales de diálogo entre las partes interesadas, para tratar de avenirlas y encontrar fórmulas que permitan superar una situación conflictiva en beneficio de ambas, apuntando a restaurar las relaciones que existían, de modo que ambas partes resulten beneficiadas porque encuentran una solución que conviene a sus intereses, se mira al conflicto como una simple adjudicación de derechos, y se imparte justicia "castigando" a una parte con una eventual declaración de quiebra, sin advertir que tal vez de esa forma se castigue a todos los intervinientes procesales, porque las proyecciones que tiene una decisión de esa índole van mucho más allá que el desguace de una empresa importa, pues el impacto social que provoca, puede tener la envergadura que se vio reflejada recientemente con el impacto social que provocó la pretensa "expropiación" de la empresa Vicentín.

En ese caso tan sonado en los medios masivos de comunicación, dejando de lado la lamentable intervención que pretendió el Ejecutivo Nacional, se ha informado que el Juez a cargo del concurso convocó a las partes a una "audiencia restaurativa", y en idéntica forma se hizo saber por esa vía que esa audiencia había tenido un resultado satisfactorio, más allá de destacar la novedosa e inteligente actividad desplegada por el Juez de la causa a fin de encarrilar el conflicto y evitar que sigan sus escaladas, que desde el punto de vista social han tenido prácticamente a un pueblo entero en vilo.

Por lo tanto, la pregunta que cae de maduro sería ¿qué se hizo de diferente para transitar una vía diversa a la tradicional? Es muy simple se concentró el Juez en el conflicto y convocó a los actores principales – que fueron los representantes de la empresa y los representantes del gobierno provincial- a dialogar para encontrar mecanismos que superen el conflicto.

El Juez dejó de lado "el caso", para no atenerse a la rigurosidad de la letra de la ley y enfrentó "el conflicto", para ver cuál era la mejor manera de superarlo. Eso fue todo: oír directamente de las partes sobre la situación que atravesaban y conocer directamente de ellas las vías que consideraban adecuadas para superarla.

Más allá de desconocer los pormenores del caso, y también los términos en que aparentemente, según los medios masivos de comunicación, por vía de la figura de un fideicomiso se empezara a transitar un carril superador del conflicto, conviene destacar la importancia del rol de la jurisdicción creando las vías adecuadas para atender las necesidades de las partes involucradas en el conflicto.

Y estas vías o estos canales no solo no están contemplados con la amplitud y la facilidad necesaria para que las partes que enfrentan un conflicto de esta índole puedan tener acceso a la jurisdicción para ser oídas, sino que ni siquiera se constituye en un principio liminar que tenga en miras la LCQ.

Que ello se constituya en un principio liminar de la LCQ, importaría por sí mismo que se diseñen los sistemas adecuados a fin de que ese estándar de trabajo cobre vida en la realidad por medio de los sistemas que habiliten a la jurisdicción a asumir un rol diverso al tradicional, que no consiste en la mera aplicación de una norma que viene “premoldeada” por el legislador, para darle vida a un caso y luego adjudicar derechos conforme a esa norma, sin importar las consecuencias ni menos aún los efectos que puede provocar.

Desarrollar un sistema así parece exponer más a un deudor, que por las razones que fueran, más allá que están latentes en este tiempo las que se han generado con motivo de la pandemia que asuela al mundo, a una quiebra y la destrucción de una empresa que a su resurgimiento, o su reactivación, o su salvataje, con los beneficios que no solo desde el punto de vista económico, sino además social puede ello generar.

Ese mismo rigorismo se lo puede apreciar en la regulación de la situación por medio de la cual el deudor es declarado en quiebra, por ejemplo porque en el exiguo plazo de diez días podría solicitar su conversión en concurso.

¿Cabe considerar ese plazo como suficiente? En verdad resulta aventurado señalar si resulta razonable ese plazo, porque es evidente que la declaración de quiebra hizo que previamente se hayan suscitado – seguramente- gestiones entre deudor y acreedores para tratar de superar la situación, y es altamente probable que su fracaso haya llevado tanto al deudor como al acreedor a solicitar esa declaración de quiebra.

¿Cuál es el rol que le cabe a la jurisdicción? Por lo visto ninguno. Tal vez se hubiera suscitado una situación similar en el caso Vicentín si luego de las gestiones hechas por el deudor con sus acreedores, ante su fracaso, se encaminara directamente a la quiebra, aunque el rol de la jurisdicción mostró una alternativa distinta, que no fue otra que apostar a “restaurar” en lugar de “reparar”.

En los arts. 143 y ss. se señalan por parte del legislador las consecuencias que tienen las relaciones que mantenía el fallido con sus acreedores, y desde luego no está mal contemplar previsiones para encuadrar algunas situaciones especiales y las partes sepan a qué atenerse.

Pero obsérvese que en ningún caso se señalan variantes o alternativas que habiliten negociaciones entre las partes a los fines de encontrar salidas diversas a las contempladas en la ley, que parte de la base de

la inmediata clausura de la empresa y del desapoderamiento de los bienes al fallido, y desde luego el manejo de la administración de los bienes de la empresa, más allá que se autoriza al síndico en algunos supuestos a continuar con la explotación de la empresa, pero sin caminos intermedios que permitan una solución superadora.

El sistema vuelve a mostrarse binario. Quiebra es igual a desapoderamiento y cierre de la empresa, salvo las situaciones especiales que se contemplan en el art. 189, y se pone en manos de un tercero –el síndico- la información de la viabilidad de la empresa. Ínterin el Juez sigue distante.

Su distancia del conflicto aquí resulta evidente. No escuchó al deudor. Tampoco escuchó a los acreedores. Sigue los lineamientos de la ley. Está para atender el caso. No importa el conflicto que plantea la empresa de la que se trate. No importa si es una Pyme que involucra a 30 empleados o una empresa que tiene 600 empleados. No importa si las consecuencias sociales, tanto directas como indirectas, afectan a un número importante de familias. No importa socialmente el impacto que ello provoca.

La única salvedad es la que mostró el Juez a cargo del concurso de Vicentín, que logró frenar la escalada de un conflicto social de envergadura. Qué fue lo que hizo. Sencillo, dejó de lado la fría letra de la ley, y escuchó a las partes para asumir la forma de resolver el conflicto, pues se habrá preguntado ¿si el proceso concursal no sirve para resolver conflictos, se habrá cuestionado para qué sirve?

Mutatis mutandi, cuando se suscitó el caso Mendoza (Fallos 329:2316), la Corte Suprema con competencia originaria, decidió resolver el caso rompiendo los límites que tradicionalmente contempla un proceso de conocimiento.

Para ello convocó a los actores principales, porque además del Estado Nacional, estaban demandados el Estado provincial, varios municipios y más de 40 empresas, con un número importantísimo de varios miles de personas infectadas por vivir a la vera de la cuenca Matanza-Riachuelo, en su gran mayoría en un estado de absoluta vulnerabilidad que era evidente.

Decidió audiencias públicas que había regulado vía Acordada 30/07 y amplió la figura del *amicus curiae*. Transformó así el proceso adaptándolo a las necesidades del conflicto. Mientras desarrolló las audiencias públicas ordenó una serie de medidas probatorias, una vez que se produjeron esas pruebas ordenó correr traslado de la demanda a todos los interesados y finalmente dictó sentencia.

¿Dónde está regulado ese proceso colectivo? En ninguna norma. Sólo surgió de la razonable proporcionalidad que consideró la jurisdicción para atender una demanda de esa envergadura –sin lesionar el debido proceso- y encarrilar una causa excepcional por una vía adecuada, por lo cual –como

fuera señalado- una situación de falencia económica de una empresa –al margen de las razones- no es una regla que se mide siempre con la misma vara, sino que es una situación de excepción que requiere de una contemplación particular.

Ya tiene una regulación específica. Tiene que tener una flexibilidad adecuada esa situación falencial pues no es la finalidad buscada en los negocios, sino que es exactamente la opuesta, aunque no es menos cierto que no pueden ser zanjadas por vía de acuerdos en todos los casos, hoy sí se impone encontrar moldes adecuados que exceden las previsiones de los tradicionales para contener esta conflictiva.

Desde luego que ello requiere un enfoque sistémico que no se agota en la simple letra de una ley, sino por el contrario en la capacitación en negociación de los operadores jurídicos, en el diseño de una política pública que propenda a la defensa de las fuentes de trabajo resguardando la iniciativa privada, y de una política judicial que amplíe el acceso a la jurisdicción con el diseño de principios acordes a este tiempo que es el del siglo XXI, con factores de poder diversos a los tradicionales, con instituciones que requieren su resguardo y defensa constante, y con el diseño de una nueva cultura negocial que le dé el valor que corresponde a la palabra para trabajar con transparencia estas situaciones por el impacto social que proyectan.

Los proyectos de reformas que periódicamente toman trascendencia porque se ha transformado en una necesidad imperiosa del Congreso Nacional la reforma de la LCQ, por lo que se informa apuntan todos en líneas similares a la suspensión de ejecuciones, lo que aparece lógico, o a la ampliación de plazos del plazos, sea para el desarrollo de los acuerdos extrajudiciales, como a los del período de exclusividad, entre otros aspectos, a pesar de que también en alguno se señala –con buen criterio- el apoyo razonable de entidades financieras.

La pregunta que cae de maduro es luego de esos “nuevos” plazos ¿se va a seguir trabajando con el mismo sistema procesal? Si así fuera la pregunta que cae de maduro sería ¿cuál es el cambio? Dentro de ese nuevo cómputo de plazos ¿cuál es el rol de la jurisdicción? Por lo visto ninguno, con lo cual solo con la suspensión de las ejecuciones y las ampliaciones de plazos parecería que el legislador considera que resultaría suficiente.

Con lo cual se advierte sin mayor esfuerzo que se cae en un nuevo “parche” legislativo para atender una situación excepcional, sin ningún tipo de incentivo para la negociación, ni menos aún para crear canales adecuados dentro de la propia LCQ que permitan esa flexibilidad en las negociaciones, es decir no se diseña ningún sistema para que la jurisdicción actúe en otra línea diversa a la tradicional, más aún su rol en el conflicto parece restringido a aplicar la fría letra de la ley.

Desde luego que con cualquier reforma de esta índole nos volvemos a quedar a mitad de camino, porque ni se contempla el principio de flexibilidad o adaptabilidad de las formas para que la jurisdicción pueda actuar y tener un rol más trascendente en la colaboración con las partes para superar el conflicto, ni tampoco se consagra el principio de colaboración como otro norte fundamental a tener en cuenta para que la jurisdicción con las partes involucradas pueda superar las situaciones de las que se trate.

Ni menos aún se propende a la búsqueda -a través del principio de proporcionalidad- de adaptar las formas del proceso a las circunstancias que en cada caso sean necesarias ponderar por parte de la jurisdicción, sistemas todos que el legislador omite, cayendo en moldes tradicionales que tienen que ver con el rigorismo que sigue siendo regla en este tipo de procesos.

Los sistemas que se pueden generar desde una mirada diversa a la tradicional, son los que van a permitir advertir que la normativa de índole procesal, como la que nos ocupa, no tiene sustantividad sino que propende al desarrollo de las formas adecuadas, las cuales expuestas metódicamente van a permitir que la jurisdicción asuma otro rol y que el proceso se desarrolle de una forma cooperativa porque se ajuste a otras reglas que estimulen la colaboración entre las partes para que ambas puedan obtener satisfacción a sus pretensiones, desde luego cuando ello sea viable, pero para trabajar en esa línea se requiere contar con sistemas de trabajo que resulten adecuados, los que no se reflejan ni en el proceso concursal con la estructura que actualmente posee, ni menos aún con las reformas que se proyectan.

4.- REFLEXIONES PROPOSITIVAS

El tiempo que atraviesa el país, al igual que el mundo, requiere de esfuerzos diversos a los tradicionales y una conducta creativa para encontrar soluciones superadoras que no limiten la situación a una aprobación de un concurso o una desaprobación que conduzca a una quiebra a través de un proceso que constriña al simple cumplimiento de la ley.

Es evidente que se requiere de una mirada diversa. Para ello es necesario reconocer en primer lugar, que los procesos de crisis fuera del concurso dificultan la credibilidad de cualquier plan de salvataje. Resulta realmente difícil asumir un plan para la empresa concursada cuando todo fuera del concurso se está cayendo a pedazos. A corto plazo la visión del plan es realmente difícil de sostener en el entorno de la crisis que evidencia este tiempo.

En segundo lugar, la crisis que rodea al concurso va a dificultar la construcción de propuestas a medio y largo plazo que, suelen ser imprescindibles para consolidar el avenimiento en el concurso. La variable tiempo, que es clave para la configuración de los acuerdos en un contexto de crisis se convierte en algo difuso y muy poco confiable.

En tercer lugar, la crisis externa dificulta el surgimiento de recursos que creen utilidades positivas de dentro hacia afuera, por ejemplo, acuerdos con instituciones que no están en el concurso y que puedan ayudar en la configuración de nuevos núcleos de negocios. Esto hace que dentro del concurso todo se configure en términos de un juego de suma cero; todo lo que alguien consigue, lo pierden los otros.

La culminación de esta dinámica de suma cero se produce cuando su lógica se impone no sólo en las relaciones entre el deudor y sus acreedores sino también en las relaciones entre las categorías de acreedores entre sí o, directamente, los acreedores entre sí.

En cuarto lugar, el contexto de crisis también tiene impacto a nivel de la utilidad estratégica del fracaso concursal. Cuestiones como el impacto que tiene el quebranto de una empresa en relación a la distribución del mercado entre los competidores supervivientes pueden favorecer la presión por hacer fracasar el concurso. En la crisis, todo aquello que favorezca la redistribución de los porcentajes del mercado que cada uno tiene puede ser realmente interesante.

En la misma lógica, están los supuestos encaminados a no generar precedentes que creen un efecto llamada, o de contagio con otras empresas que ven en el concurso una opción para limpiar sus cuentas. Cuando la crisis crea fuera del concurso esta predisposición, es más riesgoso para los acreedores generar pactos concursales. La quiebra es una lección para todos aquellos que puedan sentirse tentados.

Por último, también los contextos de colapso potencian las dinámicas intangibles que rodean a un concurso; no es extraño que lo que se dirime en el proceso trascienda a la cuestión del impago de una deuda. Los aspectos simbólicos juegan un papel importante en estas dinámicas; ¿qué simboliza en un contexto de crisis permitir la construcción de un pacto para que ciertos acreedores tomen el control de una determinada empresa que cuenta con un fuerte ascendente social, económico o simplemente ideológico? También tiene su relevancia el tema de lo emocional. La traición de la confianza que algunos acreedores sienten cuando el deudor se declara concursado tiene un papel que jugar en el razonamiento concursal. Y, en este sentido, la crisis económica fuera predispone a una crisis emocional dentro.

La consecuencia primordial de todo esto es que, especialmente en contextos de crisis, las posibilidades de que las empresas encuentren en el concurso una vía para avanzar hacia la reestructuración de la empresa y la restauración de los vínculos entre deudores, acreedores y el entramado social son más bien escasas. Justo en el momento en que más se necesita de un espacio que recomponga y no que destruya el concurso empieza a tambalear. No en vano los contextos de crisis acompañados de concursos poco colaborativos concluyen con el desmantelamiento, en especial, de la red de pequeñas y medianas empresas que después tanto se echan en falta para avanzar hacia los procesos de recuperación.

5.- A MODO DE CONCLUSIÓN. UNA MIRADA DESDE LA EFICACIA DEL SISTEMA

Todo lo que aquí estamos planteando puede ser presentado de una manera concreta en la siguiente afirmación: hay una tendencia, que se pone de manifiesto en todos los proyectos de reforma del proceso concursal que hoy se encuentran presentes en el debate, a enfocar las propuestas de modificación en el problema de la eficiencia del sistema sin prestar atención al problema de su eficacia.

Discutir la eficiencia es dar cuenta de aspectos particulares dentro del proceso, que en el fondo sólo provocan transformaciones puntuales, las cuales, siendo relevantes, no producen una modificación en la lógica del sistema procesal. Más o menos plazos, más o menos etapas, más o menos documentos no conducen a una mejor posibilidad de avanzar en el salvataje de empresas a través de acuerdos entre acreedores y deudores.

Sin embargo, el discurso de la eficacia habilita el debate sobre en qué medida el proceso concursal tal y como está diseñado, tanto en la ley como en los proyectos de modificación, propugna un adecuado desarrollo de interacciones a partir de la identificación de los intereses comunes entre las partes. Sólo el discurso de la eficacia puede, finalmente, conducir a un entorno concursal que proteja el entramado de pequeña y mediana empresa, que con el tiempo resultará fundamental para repensar los aspectos económicos y sociales post pandemia.

En nuestra opinión el debate de la eficacia del proceso concursal en particular, y del proceso judicial en general, debe constituirse a partir de tres grandes conceptos; lo cooperativo, lo colaborativo y lo compositivo. En primer lugar, es imprescindible el desarrollo de un proceso que se constituye a través de interacciones de carácter cooperativo entre las partes. La cooperación debe informar al proceso con el objetivo de crear las mejores posibilidades para el desarrollo de los intereses comunes. Éstos, que existen entre las partes, suelen estar tapados por la lógica puramente conflictiva y confrontativa que el mismo diseño del proceso propone. La cooperación es una característica de la ingeniería procesal que diferentes países, especialmente anglosajones, han empezado ya a transitar.

En segundo lugar, creemos en la necesidad de avanzar en la construcción de sistemas que respalden la incorporación de actitudes colaborativas entre las partes, los profesionales que los representan y la jurisdicción. Lo colaborativo es una característica actitudinal de los profesionales que hoy responden, por diversas razones, a una predisposición hacia lo competitivo y adversarial en un sentido estricto. En todo caso, si queremos que los profesionales colaboren, y con ello las partes que ellos representan, es imprescindible avanzar en un proceso cooperativo.

Un contexto colaborativo en un proceso cooperativo ayudará, sin lugar a dudas, a mejorar las interacciones entre las partes y, en lo que aquí más nos interesa, a crear propuestas que en el corto, mediano y largo plazo permitan la pervivencia de las empresas que hoy, por razones contingentes, están

en peligro de desaparecer. Y, en tercer lugar, resulta imprescindible que junto a un proceso cooperativo en el marco de actitudes colaborativas haya espacios restaurativos, como intentó la jurisdicción en el caso Vicentin antes citado, donde puedan surgir las dinámicas compositivas entre las partes. Los pocos acuerdos que puedan surgir en un proceso conflictivo con profesionales competitivos son siempre subóptimos.

Mientras que no se tome conciencia de la trascendencia de las transformaciones en los tres planos mencionados, cualquier propuesta de modificación que apunte a una pretendida eficiencia del sistema, no permitirá una mejora en su eficacia, esto es, el diseño de un proceso concursal pensado como una oportunidad para todos los implicados más que como la antesala del desmantelamiento de la red empresarial que el país necesitará en el futuro.