

HACIA UN PROCESO CONCURSAL EFICAZ

Por Jorge A. Rojas y Raúl Calvo Soler

I.- Demás está describir la situación por la que atraviesa el país debido a la pandemia que asuela al mundo. También abruman los datos económicos que ya aparecen en escena e insinúan un escenario sumamente complejo. No solo la retracción que se produjo en la actividad económica es altamente preocupante por la realidad, sino por sus secuelas, solo la pérdida constante de fuentes de trabajo –sean formales o incluso informales- muestran una realidad agobiante y devastadora.

No es menos cierto que esto importa avizorar el futuro como grave. Esto no es una insinuación a la luz de los datos que hoy se recogen. Sin embargo –como decía Borges- el presente está hecho un poco de pasado y un poco de futuro. El lector ya habrá pasado los primeros renglones de estas reflexiones. Ya quedaron en su pasado. Sin embargo, es necesario advertir que el futuro no tiene una fecha de inicio. Se construye desde el ahora. Somos nosotros quienes lo vamos diseñando a partir de nuestra realidad, de cómo la asumimos, de los caminos que adoptamos seguir, con lo cual como bien decía Borges, también el futuro es ahora.

Y frente a esta realidad angustiante, desde el punto de vista del derecho, en especial en el ámbito económico, con el impacto social que ello conlleva, la pregunta que nos hacemos es ¿qué mecanismos nos brinda el derecho para afrontar este tipo de situaciones?

Es evidente que -circunscribiéndonos ahora a los aspectos económicos que se generan desde esta situación de excepción- solamente encontramos un sistema procesal, que concretamente brinda la posibilidad de desarrollar un proceso de carácter universal sea que se desenvuelva como un concurso o una quiebra, todo ello sin perjuicio desde luego

de lo que significa la restante legislación que impacta en este tipo de circunstancias (vgr. laboral, fiscal, civil, etc.).

Precisamente estas breves líneas apuntan a reflexionar sobre la respuesta que podemos brindar desde el mundo del derecho para contemplar este tipo de situaciones que por cierto son excepcionales.

II.- Desde la teoría general del derecho se señala que al derecho se lo construye con reglas y principios. Desde la escuela egológica del derecho, Cossio nos diría que el derecho es conducta humana, y precisamente apunta a su regulación. Por lo tanto, las primeras (las reglas), nos fijan pautas específicas para esa regulación, de tal modo se puede construir una sentencia, subsumiendo los hechos fijados en el proceso para sumergirlos en el plexo jurídico que es abstracto y luego crear desde allí una norma individual.

Mientras que los principios tienen un alcance mayor, porque no fijan pautas específicas, sino que por el contrario fijan otras que son genéricas, y que precisamente son las que permiten una operatividad mucho más idónea de aquellas reglas, porque brindan un marco de cierta discrecionalidad en la interpretación de la normativa que resulta de aplicación al caso concreto, a fin de hacer más reales y eficaces los pronunciamientos judiciales.

Sirva como ejemplo de ello la asunción por parte del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, al seguir una línea claramente principiología en sus tres primeros artículos, al consagrar un diálogo de fuentes a través de sus dos primeros artículos, para poder evaluar adecuadamente una situación, ponderando una realidad mucho más amplia que la letra de la ley, pues el Estado de Derecho Constitucional permite advertir que el derecho es más que la letra de la ley.

En este sentido, la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) que tiene una neta raigambre procesal, se destaca por consagrar una serie de principios en sus primeros artículos, que lejos de ser tales constituyen claramente sistemas de aplicación de la ley, por lo que conviene precisar el alcance de un sistema.

Agregamos a la distinción entre reglas y principios, la que corresponde a la voz sistema, que constituye el conjunto de formas adecuadas, metódicamente expuestas a los fines de que los principios que tuvo en miras, tanto el constituyente como el legislador, puedan cobrar vida en la realidad en forma concreta.

Esto implica la existencia de un sistema procesal que no pueda apartarse de aquellos principios, so pena de incurrir en un sistema carente de legitimidad y desde luego de validez.

Por lo que la pregunta que cabe es, si con estos principios que tuvo en miras el legislador en la década de los '70, alcanza para el diseño de un sistema adecuado para dar respuesta a situaciones de excepción como la que se presentan en la actualidad.

Es evidente que si un principio, en la visión aristotélica, lo consideramos como un norte, o un rumbo que nos marca una directriz a seguir para llegar a un fin determinado, a la luz de la legislación actual dista sensiblemente de ese alcance.

Se advierte así que se alude a la competencia de los jueces, a la existencia de los concursos en el extranjero, u otros aspectos que lejos de marcar un rumbo a seguir conforman los sistemas que luego se desarrollan en la realidad, pues determinan por ejemplo, quién es el juez competente para entender en un concurso.

Esto no constituye una pauta de interpretación con la ampliación que la concibe Dworkin cuando alude a aquellos estándares interpretativos que permiten acceder a una adecuada aplicación de las reglas para resolver situaciones que se presentan complejas, ni tampoco como los concibe Guastini al considerarlo como valores ético-

políticos que por un lado informan todo un ordenamiento, y por otro, le dan fundamento o justificación, ni la que concibe Alexy cuando alude a los principios como mandatos de optimización aplicables en varios grados según las posibilidades normativas y fácticas.

Si hay un denominador común en la teoría general, reconocida inclusive por los mencionados autores, es que las reglas se aplican a todo o nada, contrariamente a los principios que requieren de su ponderación precisamente porque permiten la más adecuada aplicación de las primeras.

El viejo refrán que dice que la excepción confirma la regla, es precisamente lo que da la pauta de la necesidad de tener claridad en el razonamiento y desde luego en su argumentación al exponer posiciones a los fines de poder morigerar, adecuar o incluso sustituir –por inconveniente- la aplicación de una regla, precisamente porque la excepción podrá confirmar su propia existencia.

III.- Hoy nuestra LCQ –solo por su antigüedad- requiere de su reformulación, y la realidad, como se ha presentado, impuso su adecuación. Sin embargo, lo que se puede vislumbrar es que se sigue cayendo en lugares comunes con las propuestas que han tomado estado público por los medios masivos de comunicación.

Desde luego se apunta a la suspensión de ejecuciones, se reclama una mayor amplitud de plazos para habilitar negociaciones, sea en el período de exclusividad, o bien en otros estadios, tal vez con mayor color político, se apunta a una especie de apoyo gubernamental con líneas de crédito flexibles, todos aspectos muy valiosos por cierto.

Sin embargo, todo ello se pretende insertar en un bloque que podríamos considerar como rígido, sería una especie de bloque de cemento, sin flexibilidad alguna. La jurisdicción está inserta en ese bloque, pero con habilitación especial alguna para intervenir entre los sujetos involucrados en un proceso que encima es universal.

Y aquí aparece la primera gran confusión sobre un principio que tiene una honda raíz hermenéutica en este ámbito que es el de la *pars conditio creditorum* que alumbra a todo el proceso, que es partir de la indisponibilidad de los derechos, atándose a las formas del proceso por considerarlo universal.

Esto desafía notablemente la importancia que tiene el conflicto, para sumergirlo en un caso que se amolde a las previsiones legales de modo de encontrar solución únicamente en el esquema binario que contempla la LCQ que no es otro que o hay acuerdo o no hay concurso, o hay acuerdo o hay quiebra, sería la aplicación estricta de una regla, es decir a todo o nada.

Y los intereses que juegan en todos los casos en general básicamente son de índole patrimonial, es decir son derechos que resultan disponibles para las partes, por lo tanto, se produciría una especie de transformación en el proceso, porque lejos de contemplarse las situaciones que originan el conflicto y darle la posibilidad a deudor y acreedor de componer su situación, se genera un límite contrario al mantenimiento de la empresa, porque una solución transaccional no se pueda lograr, y en donde la participación de la jurisdicción es inocua.

Es oportuno recordar el caso Vicentín, en donde se produjo prácticamente un acercamiento que hubiera podido componer la situación, más allá de desconocer los pormenores, pero que tuvo gran trascendencia periodística. Ello obedeció a una simple razón. La jurisdicción adoptó una posición diversa, llamo al deudor y a los representantes de la Provincia de Santa Fe a una audiencia restaurativa.

Esto no está contemplado en la LCQ, pero abrió las puertas a un acuerdo. Por lo tanto, en la actual LCQ existe un principio que brinde al juez la potestad de seguir esa línea de trabajo, como podría ser el principio de colaboración. Existe una posibilidad a la jurisdicción a valerse de un apoyo interdisciplinario (vgr. economistas, analistas de

sistemas, psicólogos sociales, entre otras ramas del conocimiento) para conocer las consecuencias que genera el conflicto al que se enfrenta.

Existe en la LCQ la posibilidad de que la jurisdicción observe el principio de proporcionalidad, desde luego a los fines de adaptar el desarrollo del caso a las pautas que estime mejores para todos los involucrados. No es lo mismo tramitar un concurso de una empresa con varias plantas en el país, que tiene miles de empleados, aunque no llegue al grado de ser una empresa multinacional, que tramitar el concurso de una pequeña empresa que tiene cien empleados y que si bien tiene un giro comercial razonable no tiene la misma envergadura que la anterior, y mucho menos lo será para una pequeña empresa de 30 empleados.

El sistema de trabajo que debe observar la jurisdicción es el mismo. No hay variantes. No puede haber nunca proporcionalidad. No está dentro de las potestades de la jurisdicción adaptar el proceso a pautas diversas a las que señala la ley, con lo cual caemos en generalizaciones que no siempre son apropiadas, tal como lo refiere Schauer en su obra jugando con las reglas (Playing by the rules).

Cuando se generaliza se legisla con opciones en virtud de las cuales se producen en algunos casos inclusiones y otras exclusiones, por lo cual se puede incurrir en el riesgo de sobre inclusiones o de sobre exclusiones, y es aquí donde se pierde de vista el verdadero conflicto para caerse en la observancia del caso.

El caso el abogado lo adapta a la letra de la ley. El conflicto que está subyacente ¿se conoce en algún momento? Es difícil la respuesta, pero con este esquema de trabajo es probable que no se conozca. ¿Cómo se lo puede conocer? Es evidente que solo a través de un cambio de reglas del juego, porque si el sistema es el mismo, nunca va a haber contacto de la jurisdicción con el conflicto, nunca se va a escuchar a los interesados, y nunca se va a poder tener registro que el bien común que existe entre ellos es que el acreedor necesita cobrar su crédito y el deudor poder seguir trabajando para pagarlo.

Esto requiere de un proceso que se desarrolle sobre otras pautas de trabajo, que resulte cooperativo y no binario, que en definitiva termina siendo confrontativo. Todos generan desconfianza entre sí porque cada uno mira sus intereses particulares, y nadie puede apreciar el bien común, que no es otro que ambas partes puedan acceder a resguardar sus intereses del mejor modo posible, esto es tratando de evitar los mayores perjuicios para todos.

Y en este punto la Corte Suprema ha sostenido que la igualdad debe entenderse como tal entre iguales, esto es aquellos que están en las mismas condiciones, precisamente cabe a la jurisdicción asumir el peso de equilibrar esos eventuales desequilibrios, y tal como está concebido el rol de la jurisdicción en el proceso concursal o en el de quiebra es muy escaso el rol que le cabe jugar, salvo que opte como lo hizo el Juez del caso Vicentín, por generar esos espacios a los fines de poder escuchar a las partes y acercarse a conocer el conflicto, que tal vez con apoyo interdisciplinario pueda advertir una salida razonable.

El debate que proponemos no puede ser resuelto en base a la modificación de elementos que hacen a un discurso de la eficiencia del proceso (plazos, etapas, documentación, facilitación de las presentaciones, etc.) El debate de la eficiencia asume, precisamente, la idoneidad del proceso tal y como está estructurado. Y justo es esto lo que pretendemos poner en cuestión. A nuestro parecer cualquier modificación debe apuntar al discurso de la eficacia del proceso, esto es, a la cuestión de si ese proceso así diseñado puede o no conducir a los objetivos que consideramos pertinentes. Por ejemplo, entre otros, la viabilidad del desarrollo de dinámicas negociales, la estructuración de aspectos relacionados con la supervivencia de la empresa, especialmente las pequeñas y medianas, la mejora del rol de los acreedores en una perspectiva más creativa y colaborativa, etc. En resumen creemos que cualquier cambio que se proponga debe

enfocarse hacia un proceso concursal de carácter cooperativo, colaborativo y compositivo.

No existen en las propuestas formuladas, ningún aspecto de los señalados, con lo cual se volvería a transitar el mismo camino que ya se ha recorrido en otras oportunidades, para repetirnos en conductas que tienen que ver con pautas culturales que no podemos cambiar, no porque sea difícil comprenderlas, sino porque lo difícil es materializarlas en la realidad asumiendo otras conductas, y la ley en este punto se constituye en un eslabón fundamental para permitir ese acceso.

El proceso concursal, como cualquier otro tipo de proceso, requiere la concepción de nuevos sistemas que acerquen más a la jurisdicción al conflicto, y no lo restrinjan solo a la mirada del caso. Así se podrá advertir el carácter sistémico que requieren las reformas, que no se pueden restringir a un mero parche de lo que existe, sino por el contrario a trabajar en otras líneas para en definitiva obtener los resultados esperados por esta realidad excepcional por la que se atraviesa, los que seguramente no se van a obtener si seguimos utilizando la misma rigurosidad y los mismos criterios de siempre esperando que mágicamente se produzca un cambio o un resultado distinto.