

El concurso perfecto.-

Israel Creimer

1.- Antecedentes.-

Este trabajo tiene dos antecedentes.

El primero es la oración final del primer Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Jesús María Sanguino, en el Tercer Congreso organizado por el Instituto llevado a cabo en Barcelona, España, en noviembre de 2007.

Es lamentable no disponer de la versión escrita del discurso, pero recuerdo, perfectamente, el mensaje central que Sanguino transmitió: han pasado siglos, casi un milenio y muy poco ha cambiado en el Derecho Concursal, no hemos sido capaces de modificar sus estructuras a pesar del tiempo transcurrido y los cambios operados en el mundo.

El segundo antecedente es el análisis de tres trabajos presentados en el XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal.¹

Hay un informe de las tendencias en los procedimientos de insolvencia, en el marco de las legislaciones del Derecho Civil, cuyo autor es Edoardo F. Ricci, Profesor de la Universidad de Milán. Otro, sobre tendencias en el ámbito del Common Law de Jay Lawrence Westbrook y , finalmente, un trabajo de Peter Gottwald sobre una síntesis de las nuevas tendencias en materia de insolvencia.

Estos actualizados informes deben resultar, en cierto modo, algo decepcionantes para el maestro colombiano.

Si bien se nota una evolución, para no ir muy lejos, desde el Código de Napoleón, hasta nuestros días. Podemos decir que la estructura básica del concurso sigue siendo la misma. Casi todos los avances provienen de la influencia en las legislaciones en nuestras latitudes de las soluciones del Common Law y, más particularmente, del derecho norteamericano.

Es que la problemática que enfrenta el concurso sigue siendo la misma, en este nuestro mundo capitalista, como era en los primeros

¹ Publicado por Editora Firenze, Río de Janeiro, 2007.

siglos del segundo milenio donde desde los burgos nace, precisamente, el nuevo régimen económico.

2.- Plan.-

La intención es repasar los principales problemas que, desde mi punto de vista, se deben afrontar en el Derecho Concursal. Cuales son las mejores soluciones, también y obviamente, desde mi ángulo particular.

De allí podríamos sacar las coordenadas para el sistema concursal perfecto.

Por supuesto, me apresuro en señalarlo, la perfección es lógicamente imposible, pues es un valor que, por su propia esencia, es inalcanzable.²

Además, hay tradiciones, costumbres de cada lugar, de cada plaza, que siempre habrá que respetar. No se puede formular un derecho de espaldas a la actividad de los comerciantes. Ellos siempre se ingenian para hacer las cosas a su manera.

3.- Los temas.-

1.- Hay aspectos más fáciles de resolver que otros: no nos cabe duda que son convenientes los **Jueces especializados**. Esto no precisa fundamentación. Así los ejemplos de España y Uruguay son bien ilustrativos. En el Uruguay, la implantación de Juzgados de Concursos, dio un giro copernicano al trámite de los concursos. Aún manejando un derecho sustancial inarmónico, perverso y absurdo.

2.- Menos unanimidades concita, aunque la tendencia básica en el derecho comparado es hacia la **unidad y simplificación de procedimientos**. En algunas legislaciones aún quedan multiplicidad de procedimientos concursales tomando en cuenta diversos criterios.

¿De acuerdo al tipo de actividad habrá que variar de procedimiento? En general, la respuesta es no, pero puede haber

² Como han dicho los filósofos, el valor no es la cosa deseada sino el objeto deseable. No es la cosa en el sentido de que no es necesariamente un objeto real. Perry ha dicho: “todo objeto, cualquiera sea, adquiere valor cuando está revestido de un interés cualquiera.”

Max Weber insistió en la pluralidad de los valores y vio la lucha entre valores diferentes ofrecidos a la elección del hombre.

Y bien, es con estas premisas filosóficas que debemos elegir la que creemos –subjetivamente- cuales son las mejores soluciones.

excepciones, como los procedimientos de insolvencia en las entidades de intermediación financiera.

No tiene sentido que el procedimiento dependa del tipo social que tenga la empresa, como rige en la envejecida legislación uruguaya.

En general es bien visto que para “pequeños concursos” se usen procedimientos más sumarios que para los grandes, según se verá.

3.- ¿Deben admitirse los concursos, por lo menos los preventivos, que se tramitan por **fuera de una Sede Judicial**? En la Argentina, aunque en principio muy discutido, hoy se puede decir que la solución ha sido exitosa.

Estas soluciones extrajudiciales –dice Ricci- están más favorecidas por la ineficiencia de la vía judicial que en la bondad intrínseca de la solución adoptada.

Pensamos que esto facilita y simplifica el trámite concursal. En el Uruguay tenemos una ley de “Concordato Privado” que puede llegar a tener efecto obligatorio, sin una sentencia judicial.

La solución uruguaya, es quizás, demasiado extrema, pero un mecanismo como el Acuerdo Preventivo Extrajudicial argentino es un camino plausible.

4.- Y esto conlleva al otro gran problema que nos divide en el derecho comparado: ¿es admisible que el concurso se tramite **ante órganos administrativos** que dependen del poder político como en Colombia o Perú? También se afilian parcialmente a estas soluciones otros países como la propia Italia.

Nuestro punto de vista es que, como lo hemos reiterado, el concurso supone un conflicto de intereses y, en consecuencia, debe procesarse ante el Poder Judicial, respetando el principio de separación de poderes formulado por Montesquieu.

5.- Hay un claro **enfrentamiento entre las tesis conservacionistas** de la empresa frente a aquellos que impulsan **soluciones liquidatorias**, que anteponen el repago a los acreedores a cualquier otro derecho, enfatizando el derecho de propiedad del crédito del acreedor.

En doctrina y en la mayoría de las legislaciones modernas, aunque no unánimemente, se han inclinado por las tesis conservacionistas de la empresa. Solución a la que, claramente, se afilia la legislación de los E.E.U.U.

La tendencia en la doctrina se inclina más que a la liquidación a la reorganización de la empresa concursada. Ello es muy claro en los países anglosajones.

De cualquier manera el remate o licitación de la empresa concursada en marcha y la adquisición por un tercero, sin desarticularla por la situación del concurso, puede ser una buena solución que armoniza los intereses de los acreedores que cobrarán el producido del remate, con la preservación de la unidad empresarial y sus puestos de trabajo.

6.- Sin perjuicio de lo que se acaba de decir hay una clara tendencia, positiva por cierto, de que los involucrados lleguen a la **autocomposición**. Acuerdo, de los tipos más variados entre deudores y acreedores, con cualquier tipo de soluciones además del pago liso y llano de todo o parte de la deuda en un plazo más o menos extenso, como la capitalización de las dudas, la reestructuras empresarias, fusiones, escisiones, etc..

7.- Una innovación, relativamente reciente, inspirada en la ley norteamericana (Chapter 11) es la posibilidad de **agrupar acreedores** que están en situación similar para dar soluciones diversas según las categorías de acreedores. No hay, muchas veces, una homogéneo colectivo y tratar desigualmente a los desiguales resulta lo más equitativo.

Hace años que esto está así establecido en la ley argentina.

8.- La idea de un necesario **“plan de recuperación”** es loable y recogida en varias legislaciones modernas. Todavía no hay demasiada experiencia en esto. Muy poco en España donde, si bien está previsto, la ley concursal todavía no ha sido probada a fondo.

9.- Deben afrontarse, hoy más que nunca en la economía globalizada la problemática de la **insolvencia internacional**.

En este tema nos inclinamos por la quiebra única considerando la unidad del patrimonio.

No deberá discriminarse entre acreedores nacionales con acreedores extranjeros y sólo podrán ser agrupados por categorías en función de otros criterios tal como ya lo hemos enunciado. Además, como dice Westbrook: "Thus a global market require global bankruptcy law".

10.- Hay que enfatizar principalmente –sostienen calificados tratatistas- en la **responsabilidad de los directores** que llevan a las empresas a situaciones de crisis. Pero en esto, como en otros temas, debemos cuidarnos y dejar operar al derecho societario que ha legislado el tema con mucho cuidado. Allí ha habido una evolución desde la responsabilidad objetiva o casi a una responsabilidad subjetiva que es la justa.

11.- Debería considerarse de manera dispar y más favorable al **acreedor involuntario**. Un suministrador de materias primas ha elegido contratar con un comerciante que luego se concurso.

Esto no es lo mismo que la situación de un acreedor que choque con su automóvil a un transeunte o acreedores de empresarios que generan daños por agresión al medioambiente o ponen en venta productos defectuosos o peligrosos.

Esto fue enseñado magistralmente por Angel Rojo cuando se le otorgara el título de Dr. Honoris Causa en la Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario (República Argentina) hace un par de años.

12.- No debe tramitarse por el mismo procedimiento los **pequeños concursos** que aquellos que tienen gran o mediana envergadura económica.

El tiempo del Tribunal es precioso y, generalmente, no se justifica pasar por el barroco procedimiento concursal (por más simplificado que lo intenten hacer las modernas leyes) a el concurso de una pequeña empresa.

La doctrina argentina, a través de sus exponentes más notorios, se han inclinado positivamente en este sentido.

Hay también una tendencia con soluciones más benevolentes para los concursos de consumidores. En la legislación canadiense se accede, en estos casos, fácilmente al “discharge” lo que podemos traducir por un perdón. Hay, ciertamente, una tendencia “pro debitor”, no sólo para consumidores.

4.- Colofon.-

Sin duda puede haber otros temas y otras soluciones, pero estos son los que hemos querido reseñar.

Es la problemática concursal de nuestro tiempo en el mundo en que nos toca vivir.

Como se ve, el concurso no ha cambiado tanto desde sus orígenes, a pesar de la exhortación del Prof. Sanguino.

Fue una solución de una economía capitalista que aún impera.