

EL DERECHO CONCURSAL EN EL SIGLO XXI

E. Daniel TRUFFAT

1. Un título excesivo. El título de este trabajo es aquél que me asignó el Instituto Argentino de Derecho Comercial para una exposición a mi cargo ¹. No es que sea manifiestamente inexacto, porque en verdad aquí se tratarán cuestiones atinentes al Derecho Concursal en el siglo XXI, pero sólo respecto a estos primeros catorce (o veintitres años ²) que lleva la centuria y, por cierto, referido exclusivamente a la concursalidad en Argentina.

2. Un sociedad en mutación. Como ya expuse en conferencias y publicaciones previas, es menester, para poder analizar seriamente “dónde está” y “adónde podría ir en lo inmediato” el derecho concursal, efectuar una brevísima ponderación del tiempo que vivimos. Y a fuerza de sincero podría decirse, con Lipovetzky, que transitamos “la era del vacío” o con Bauman, que vivimos en

¹ Cierre de actividades académicas del año 2014: 25 de noviembre de 2014.

² Esto, si se comparte la tesis del historiador inglés Eric Hosbawm, para quien el siglo XX fue un “siglo corto”, que empezó en la Primera Guerra Mundial (1914) y finalizó con el colapso de la Unión Soviética (1991).

una “realidad líquida”. Un tiempo presidido por un cambio acelerado donde todo fluye alocadamente ³

A los fines del presente –y sabiendo que la nómina se limita a una porción minúscula del cambio- repito algo que ya dije varias veces ⁴: (a) Ha caído el mito de los siglos XVIII y XIX, muy propio de la Ilustración sobre el *eterno progreso*, (b) Se ha perdido la confianza en la Razón (y particularmente en la lógica cartesiana) como mecanismo idóneo para interpretar e incidir sobre la realidad ⁵ (c) Se ha instalado una sociedad de “derechos insaciables” ⁶; (d) Se descrea del carácter magistral de las decisiones de quienes están altamente calificados o entrenados para tomarlas (siendo manifiesta la inclinación, ante un traspie, a justificar el fracaso con teorías confabulatorias); (e) El estado ha perdido convicción como conductor de procesos sociales, chocando muchas veces con la imposibilidad fáctica de hacer cumplir sus mandatos; (f) Se ha devaluado el lenguaje corriente que asemeja hoy una neolengua orwelliana, ajena a toda cortesía e

³ Una época angustiante que parece resaltar la tesis de Heráclito el oscuro, en el sentido de la única realidad es el cambio (“En los mismos ríos entramos y no entramos, pues somos y no somos”, o en la formulación más divulgada “no se puede entrar dos veces en el mismo río”).

⁴ El listado está parcialmente tomado (y libremente modificado cuando se entendió necesario) de “Derecho concursal: los paradigmas en crisis y la socialización del daño”, Errepar DSC Nro. 297, agosto 2012, pág. 709 y de una variación de éste de constituyó la exposición del autor en ocasión del 25 aniversario del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, lo que ocurrió en dicha Provincia, el día 29 de octubre de 2013, durante las VI Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro de la República

⁵ Es bueno recordar, como destacó con un aguafuerte estremecedor Goya, que los extremos del racionalismo son pésimos porque “El sueño de la razón, produce monstruos”. El método mecanicista y racional en la aplicación de formas de exterminio en los campos de concentración nazis –obrar abominable por antonomasia- es prueba de ello.

⁶ Derechos insaciables que perturban la convivencia democrática y en mérito a los cuales existe una fuerte y raigal conciencia del propio derecho y una magra predisposición a admitir límites a éste, aún cuando las limitaciones emerjan de su necesaria incardinación al bien común. **Se ha olvidado que los derechos de cada uno encuentran límite en el derecho de los demás.**

incapaz de pensar abstracciones⁷; (g) Como decía Heidegger: el “ser” ha huido. Hoy se enseñorea la técnica que devasta la naturaleza. El “tener” ha sustituido al “ser”⁸, (h) El consumo ha sido deificado como el nuevo “Olimpo” de la sociedad moderna (una sociedad orientada por la ética del trabajo ha sido sustituida por una sociedad gobernada por una estética del consumo⁹), (i) Como consecuencia de lo anterior y de la publicidad abrumadora que motiva y rodea al consumo, los expulsados de la posibilidad de consumir viven “con la ñata contra el vidrio”¹⁰, con los padeceres adicionales que esto irroga y con los efectos dañinos que genera en la sociedad, (j) La ciencia nos fascina acríticamente y de su mano devastamos la naturaleza ¹¹. La Serpiente, como en el Paraíso a la primera pareja, nos susurra una vez más al oído: “*Sereis como dioses*”¹². Y, en verdad somos, como el personaje

⁷ La “neolengua” que postula en el pesadillesco “1984”, el autor inglés Orwell, no es más que el idioma actual (en la novela: el inglés) simplificada a punto tal de hacer inviable cualquier forma de pensamiento contraria a los principios del Partido –el “crimen de pensamiento”-

⁸ A quien quiera acometer la difícilísima tarea de acercarse a Heidegger y carezca, como quien esto escribe, de conocimientos y formación específicos en el área filosófica, le recomiendo un texto –también difícil, pero conmovedoramente esforzado en hacerse entender por los legos-: Feinmann, José Pablo, “La filosofía y el barro de la historia”. Es una cima escarpada que da gusto intentar conquistar una y otra vez.

⁹ Esa terrible frase de Zygmunt Bauman (“Trabajo, consumismo y nuevos pobres) se completa con la idea que los “nuevos pobres” son los que no pueden consumir.

¹⁰ Santos Discépolo, Enrique, “Cafetín de Buenos Aires”

¹¹ Sin ánimo de suscitar espanto: según la Conferencia Internacional sobre desertificación de las Naciones Unidas (UNCOD) el desierto avanza 50.000 kilómetros cuadrados por año. En paralelo se estima que para el año 2100 la temperatura promedio del planeta se habrá elevado un grado y medio, lo que haría crecer el nivel del mar (por derretimiento de parte de los polos, en especial el Polo Norte) unos 50 cm. Al lado de todo esto, y como dice Martín Caparrós en su dolorosísimo libro “El Hambre”, la lectura de un párrafo como este –que insume más o menos medio minuto- coincide con la muerte entre ocho y diez personas por inanición.

¹² Génesis: 3:5. Lo llamativo es que el texto bíblico se completa con la idea de saber lo que es el bien y lo que es el mal. Y la humanidad, cuando sucumbe a esa seducción, en el general pierde la posibilidad de tal distinción.

desesperado de Mickey en “Fantasía”¹³ : meros “aprendices de brujos”¹⁴

3. Una realidad jurídica en mutación¹⁵.

En el ámbito legal y judicial, se han suscitado las siguientes cuestiones: (k) El paradigma legal emanado de la superioridad normativa de la Constitución Nacional (art. 31) se completa con su expansión a través de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que tienen su misma jerarquía; así como de los demás tratados que tienen rango supralegal (art. 75, CN). Ello genera una formidable **cantera motivadora**¹⁶ y regulatoria para el curso de la vía diaria y el tratamiento de conflictos; (l) La pérdida del carácter magistral de las decisiones estatales, abarca obviamente, y quizá más que a nadie a los jueces y sus sentencias. La vocación apelatoria se ha exacerbado al infinito, y se ha debilitado la conciencia del obrar procesalmente temerario; (ll) Buena parte de los problemas que el Estado no sabe como solucionar “se los tira por la cabeza” al Poder Judicial, con la sospecha que muchas veces lo único que se persigue es que sean los jueces quienes

¹³ Estudios Disney, 1940

¹⁴ Episodio de la película que tenía como banda sonora la maravillosa pieza de Paul Ducas, “El aprendiz de hechicero”. Podría pensarse que, inconscientemente, Disney aportó otro matiz al drama: somos meros ratoncitos asustados ante fuerzas que creemos controlar y nos desbordan y que, como las escobas encantadas, bien podrían terminar por barrernos.

¹⁵ Este apartado y el siguiente toman libremente textos e ideas de la versión escrita de la conferencia habida en Córdoba referida “supra”, versión titulada: “Temas urgentes del derecho concursal en el marco de la modernidad líquida”, Errepar, DSE, Nro. 313 –diciembre/13, pág. 313 y de “La “agenda” concursal” Errepar, DSE, Nro. 252, noviembre 2008, pág. 245

¹⁶ Esta bellísima expresión es de la magistral pluma de Morello, Augusto, “Motivación adecuada de la sentencia. Matices”, E.D, 24.8.87

asuman el costo del fracaso. Ejemplo paradigmático es la ley 25.284 y, en algún punto la reforma de la ley 26.684 y la temática de las cooperativas de trabajadores en la quiebra; (m) Se acepta como normal y valioso el incidir indirectamente sobre los fallos judiciales desde la opinión pública y el manoseo de los casos por los medios (piénsese en el caso “Angeles”¹⁷, (n) Se ha instalado cierta fragilidad en la fundamentación judicial. Hay cada vez fallos más extensos y mas bizantinos¹⁸, hijos del **cut and paste**, donde (tal vez porque vivamos en una sociedad que descrea de la razón) “...se potencia al infinito el empleo de “latiguillos”, de razonamientos aparentes, de falacias bien presentadas, para sostener argumentos contra legem...”. Maffía decía que estas son “ocurrencia” como “...decir, mil dividido por jueves...”¹⁹

4. Justicia y certeza²⁰.

Dice el mandamiento Cuarto del imperecedero “decálogo del abogado” del jurista uruguayo Eduardo J. Couture: “**Procura la**

¹⁷ En el marco de la investigación del asesinato de una niña de 16 años y la disposición de su cuerpo escondiéndolo en una bolsa de residuos destinada a terminar en un basurero, hemos visto y vivido una exposición mediática impropia, incluyéndose comentarios de letrados y peritos ante las cámaras (las cámaras de televisión!!). Al público, desgraciadamente, “le encantó” el show. **La gente tiene derecho a saber. ¿pero que pasa con el pudor que debería guardarse respecto de una víctima fatal, que como mínimo merecía un tratamiento recatado de su desgracia?**

¹⁸ La degradación de la lengua es inversa a aquella que padece la gente de a pie. El lenguaje técnico jurídico en contra de las enseñanzas de la Corte Suprema, se vuelve más críptico y propio de capillas de entendidos. “...No deberían existir lenguajes “privados o particulares” que divorcien al pueblo de su libertad política...”, Torres, Sergio, “Hacia un lenguaje democrático”, “Justicia Argentina On Line”, pág. 81.

¹⁹ Maffía, Osvaldo J. “Extraña actualidad de un tema olvidado”, J.A, 2008 –II, fasc. 12, pág. 3, junio 18 de 2008

²⁰ Stricto sensu lo que se desarrolla en este punto debería estar incluido en el anterior. Pero es tan determinante, a mi modo de ver, que he preferido singularizarlo.

justicia. Tu deber es luchar por el derecho; pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia.

Después de Nuremberg, del Juicio a las Juntas, al amparo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ²¹, ya no hay lugar para el positivismo a la vieja usanza. “...Conforme a lo expuesto del Radbruch postnazismo, la validez jurídica no queda ya anclada en el derecho positivo, sin que hay un “derecho suprallegal” cuyo contenido son los derechos humanos, que mida sustancial y axiológicamente a toda norma y que en caso de contradicción insoportable la hace perder la calidad jurídica...”, Vigo, Rodolfo, “La axiología jurídica de Gustav Radbruch” en “La injusticia extrema no es derecho”, pág. 1.

Cabe recordar, sin embargo, que una sociedad sin mínima certeza solo tiene un pobre derecho. La sociedad moderna enfatiza demasiado la Justicia. Pero, fuera de casos que llamen a voces a la iras vengadoras del Cielo²² o que ofendan derechos humanos intocables, se olvida que una cosa es alzarse contra el derecho positivo de regímenes de oprobio (tal como determinaron los Tribunales de Nuremberg respecto del régimen nazi o los Tribunales Federales Alemanes al juzgar como crímenes los actos de la República Democrática Alemana respecto del muro de Berlín), y otra muy distinta –y necesariamente más ardua- es

²¹ Naciones Unidas, resolución 217 A de la asamblea general, 10 de diciembre de 1948

²² Hermosa frase de la encíclica “Rerum Novarum” de S.S. León XIII, que no me canso de citar una y otra vez.

pretender desplazar el derecho vigente en una república democrática de Derecho.

5. La moral como arma de combate²³. La moral social media impregna todo el régimen jurídico argentino (arg art. 953 Cód.Civil) –siendo ello inferible de la propia invocación del Preámbulo a la protección de Dios “fuente de toda razón y justicia”. Pero es menester advertir que la moral referida sólo aparece dirigida al ámbito público e interpersonal (porque las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros ...están exentas de la autoridad de los magistrados, arg art. 19 CN). Y que la moral social media debe tener en cuenta, como diría Max Weber, una ética de la responsabilidad: es decir no se pueden desatender las consecuencias de su aplicación –tal y como proponía Kant²⁴-, siendo válido sacrificar un bien menor en homenaje a bienes mayores. O sea, que no es absoluta²⁵. Se trata de un término cargado valorativamente –como nos enseñó Genaro Carrió-, no es ajeno a la vaguedad²⁶ y, **está de moda**²⁷. Es buena la preocupación por adecuar las relaciones jurídicas, y, como

²³ Este párrafo está inspirado en un trabajo del suscripto: “Otra vez sobre moral y concursos”, “Ensayos de Derecho Empresario 2”. Diversos autores bajo la dirección de Efraín Hugo Richard. El capítulo corre en pág. 291, Advocatus, Córdoba, 2007

²⁴ “Hágase justicia y que perezca el mundo” (frase tomada de Felipe Melanchthon, principal colaborador de Martín Lucero)

²⁵ **Bien entendido, claro está, que la violación de los Derechos Humanos básicos jamás podría justificarse y necesariamente siempre sería inmoral.**

²⁶ Sobre el punto vuelvo a sugerir, una vez más, el increíble ensayo breve de Bertrand Russell sobre la Vaguedad (1923)

²⁷ Las modas son poco científicas y habitualmente insinceras. No responden a una moción seria y profunda y a una verdadera reacción frente a lo que está mal. Muchas veces sólo persiguen el aplauso efímero y están infectadas de gatopardismo.

este trabajo versa sobre la concursabilidad, los concursos en especial. Pero el término se emplea muchas con criterio agonal, con el dedo alzado y con expresión de superioridad. No parece tolerable el tolerar tal escenario. Más allá de mi disenso con algunas conclusiones sobre cuestiones puntuales ²⁸, no puedo dejar de compartir una frase luminosa de Dasso, escrita en su última obra al analizar la legislación chilena: “...resulta impropio atribuir “moralidad” al interés en recuperar el crédito y satanizar como “inmoral” el daño o perjuicio que inexorablemente experimenta el deudor...Ni ángeles ni demonios. Todos víctimas, unos más y otros menos, de la crisis que siempre es económicamente pérdida para el deudor y para el acreedor. Sólo el fraude descalifica porque todo lo corrompe....” ²⁹

6. Cambios evidentes en el ámbito concursal:

- (a) Debilitamiento del carácter de “universalidad”;
- (b) Debilitamiento de la concentración de conocimiento en el juez concursal;
- (c) Cosmovisión más flexible del paradigma de la “par conditio”;
- (d) Pérdida de autonomía. Como venía enseñando la Corte en algún viejo antecedente como “Textil La Bernalesa”, ni el derecho concursal –ni ninguna otra rama del derecho- es una isla.

²⁸ El maestro referido tiene una mirada tal vez demasiado comprensiva sobre supuestos que personalmente veo como expresión de abuso del derecho (Cód.Civil, art. 1071).

²⁹ Autor citado,

Así como el tema de las nulidades absolutas del Código Civil sirvió para esclarecer la mirada de los societaristas que seguían aferrados a una autonomía imposible de su materia, el desafortunado art. 52 (versión original) de la LCQ sirvió para advertir a los concursualistas que los actos jurídicos privados, aún regulados en “microsistemas autónomos” no pueden escapar de reglas determinantes del Código Civil: arts. 18, 21, 953, 954,1047, 1071 Cód.Civil –así lo señaló un olvidado y meritorio fallo de la CNCom, “La Naviera” dictado a pocos meses de la entrada en vigencia de la ley 24.522-. Hoy es imposible pensar el derecho concursal sin correlacionarlo con: (d.1) el derecho constitucional (más en estos tiempos de constitucionalización *del derecho privado*³⁰), (d.2.) el derecho civil, (d.3.) el derecho de defensa del consumidor; (d.4.) el derecho laboral, (d.5.) el derecho tributario, (d.6.) el derecho de defensa de la competencia, (d.7.) el derecho societario.

7. La agenda concursal a esta altura del siglo:

A veces la agenda se construye por innovaciones legislativas que mueven a estudiar cuestiones particulares. Pero, en general, es producto directo de las ideas, de los principios, de los valores, de las preocupaciones que emergen del cuadro descriptivo que antecede.

³⁰ Véase del suscripto: “Los lugares sagrados son inejecutables”, J.A. 2013-II, fasc.9, mayo de 2013.

Fusionando diversos trabajos sobre el punto –y reconociendo que algunos de los temas ya están bastante amortizados y prontos a perder su impronta de “temas candentes- propongo el siguiente listado:

- (i) Abusividad de la propuesta concordataria;
- (ii) Derecho de voto ³¹ del tercero no convocado, cesionario de acreedor concurrente ³²,
- (iii) Alcance de los deberes de información sindical (en especial en función del art. 14, inc. 12 LCQ)³³,
- (iv) Alcance de la rehabilitación,
- (v) El tema de los pequeños deudores y en especial del consumidor sobreendeudado,
- (vi) La cuestión de los acreedores involuntarios,
- (vii) La actuación de las cooperativas de trabajadores en el ámbito concursal,
- (viii) La adecuación de los mecanismos concursales de saneamiento o liquidación a la normativa sobre control de la licitud de los fondos para prevenir el empleo de aquellos provenientes de narcotráfico, terrorismo o corrupción,

³¹ Perdónese la antigüedad, pero es expresiva.

³² Véase: del maestro Efraín Hugo Richard, “Propuesta irrisoria calificada por participación de tercero no convocado” VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, del profesor Daniel Vítolo: “Transferencia de créditos en el concurso y sustitución procesal”, LL., ejemplar del 24.11.2006; de Javier Lorente, “La cesión de créditos concursales (o en su versión política: la “compra de votos”), ¿es contraria a derecho?; mas aún, ¿es inmoral?, VI Congreso de Derecho Concursal, ya citado, y del suscripto: “La cesión de los créditos en los concursos preventivos”, Jurisconcursal, Año II, Nro. 5, pág. 85

³³ Siempre se repara en la primera parte del deber de informar que prescribe el artículo , pero ¿y el mandato final?: “...y el cumplimiento de las normas legales y fiscales...”

- (ix) El tratamiento de la insolvencia de los emprendimientos hechos a través de patrimonios de afectación que no son sujetos,
- (x) La relación entre la concursabilidad y normas de prevención y reparación de daño ecológico,
- (xi) La financiación concursal y posconcursal de empresas concursadas y de empresas recuperadas,
- (xii) La cuestión de las empresas sin activos físicos (las “punto.com”)³⁴

8. Conjeturas.

Conjeturar hacia donde va el derecho concursal y qué podrá pasar con él es una tarea que temo acometer³⁵. A los hombres nos ha sido negado el don de la profecía. Siempre es válido recordar a la desdichada Casandra. Aquí no haré adivinanzas. Me limitaré a especular, a la luz de los antecedentes reseñados (en función de la no muy valorada razón), a ceder a alguna intuición y, seguramente, a expresar algún temor oculto o a confundir deseos con posibilidades³⁶. Cada lector puede formular una conjetura

³⁴ La incorporación de este tema me fue sugerido por la siempre brillante Contadora Alicia Kurlat

³⁵ Incluso, siguiendo el sabio consejo de Maffía en el sentido de tener siempre presente la distinción entre concurso-instituto y concurso-proceso (autor citado, “Verificación de créditos”, pág. 15) podría decirse que “stricto sensu” no formularé tesis de hacia donde va el derecho concursal, salvo algún caso, sino más bien hacia donde va el proceso concursal.

³⁶ Salvo en algún supuesto muy evidente (la admisión en sede civil del “dolo eventual”), estas conjeturas no pivotan sobre el eventual impacto del nuevo Código Unificado, tema que requeriría tratamiento específico (y que ya han encarado destacados maestros como Alegría y Junyent Bas)

propia. Tan válidas como la mía –en tanto mero ejercicio de prospectiva-.

- (I) Fallos tales como “Galassi 2000” y “UAR” y la más que desafortunada reacción del Poder Ejecutivo frente al Juez de la quiebra de “Donnelley” –pues si hay alguien que no se apartó un ápice de lo que prevé la ley en caso de pedido de quiebra por el deudor, fue el juez de la causa³⁷ - permiten vaticinar más dureza de los jueces a la hora de tener por configurada la cesación con base en el hecho revelador previsto por el art. 79, inc. 1 LCQ (confesión del deudor)³⁸. Es de imaginar que, en particular en los pedidos de apertura de concursos preventivos, se pedirán más detalles y explicaciones demorando una tutela jurisdiccional que habitualmente es apremiante.
- (II) Durante años la Corte Suprema de Justicia y también algunas Salas de la Cámara Comercial, han venido revocando decisiones cautelares de los jueces concursales –tomadas en el momento angustioso de la presentación y la apertura reciente-, señalando que tales cuestiones no

³⁷ Sin abrir ningún juicio sobre la regularidad del pedido en cuestión, es bueno recordar que –como posibilidad teórica- la propia quiebra se puede pedir con documentos falsos o adulterados. Y, en este caso: “...estaríamos en presencia, al menos, del delito de falsificación previsto en el art. 292, CPen, sin perjuicio, de la comisión de otras conductas penales (art. 172, CPen –estafa procesal-, abuso de firma en blanco –art. 173, inc. 4-, quiebra –art. 176-, según las características del suceso...”, Cúneo Libarona, Mariano, en la obra de Martorell, Ernesto E., “Tratado de Concursos y Quiebras”, T. III, pág. 892

³⁸ Hay que tener en cuenta que “...la configuración en el caso bajo análisis de algunos hechos susceptibles de acreditar la cesación de pagos no es vinculante para el tribunal, que podrá no decretar la quiebra si no la considera procedente...”, Martorell, Ernesto E., op cit, T. III, pág. 43.

son de competencia de jueces concursales ³⁹. Como la mayoría de las veces el destinatario de tales medidas es el Estado (o alguno de sus entes), cabe postular que los concursalistas nos acostumbraremos a transitar el fuero contencioso administrativo federal, con mucha más frecuencia que antes. Y nos veremos constreñidos a cuestionar con habitualidad, por inconstitucionalidad, a varias disposiciones de la ley 26.854

(III) Así como una política de control fiscal más seria y exigente –como aquella que tiene el país desde hace un par de décadas- sirvió para restringir los acreedores “de favor” (al ser más difícil aparentar un posición que además de frente al tribunal y al síndico, debía ser sostenible frente al Fisco) es de imaginar que la aplicación de reglas sobre la transparencia y origen de fondos, funcionen como un depurador definitivo del trámite verificadorio. Cabe señalar, además, que hoy buena parte de los créditos se discuten en la sede original (conforme el art. 21 LCQ) y que la verificación tardía del art. 56 tiene –en la mayoría de los casos- mucho de trámite formal. Es pensable entonces que en función del

³⁹ Más allá de preciosismos sobre competencia, lo cierto es que tales decisiones estaban inspiradas en una cierta cosmovisión publicista de los procesos concursales. Edgar J. Baracat, quien personalmente no exhibe un particular apego a tal enfoque, rescata la siguiente frase de Maffía que es toda una declaración de principios “...Autorizada y prestigiosa doctrina destaca respecto del iuspublicismo: “ Es cada vez mayor el interés público –a no horrorizarse por anticipado ante la locución, que como tantas otras hace aconsejable cerrar la guardia- que incide en el régimen concursal: dijimos que la quiebra dejó de ser el procedimiento concursal por excelencia y su lugar prominente lo ocupan los procedimientos preventivos, esto último se explica por –y al par explica- la valoración creciente de los intereses plurales que conlleva el desideratum de conservación de la empresa....”, autor citado, “Derecho Procesal Concursal”, pág. 44

ejemplo de los buenos APEs, que fueron muchos y muy efectivos, en algún momento se abandone la verificación como la conocemos y se pase a la denuncia por el deudor (sostenida por declaraciones juradas y constancias documentales) y con posibilidad de cuestionamiento por los omitidos o mal denunciados. Si ocurriera algo así seguramente sería menester acompañarlo de reformas en el derecho represivo, tipificando la falsa denuncia.

- (IV) Cuando la Cámara de Casación Penal dictó el cuestionable fallo “Muller” advertí que se abría la puerta de futuras objeciones al efecto *ultraconcurisal* o *extraconcurisal* de decisiones recaídas durante la tramitación del concurso⁴⁰. Algunas decisiones cerriles de jueces civiles y del trabajo en esa misma línea, anticipan futuras discusiones para hacer valer aquello que se decidió en el ámbito del concurso.
- (V) Se extenderá la tesis que subordina los créditos internos, aún sin norma expresa, en vía de verificación. Ello en función de las previsiones en caso de agrupamientos (aplicado por analogía) y de construcciones sistémicas. Se dirá que no hay restricciones por analogía, pero la experiencia de los últimos años demuestra que los jueces no se conmueven mucho con ese argumento y que, como

⁴⁰ “Homenaje al Dr. Osvaldo Maffia”. Diversos autores bajo la dirección de Marcelo Barreiro –Roberto Antoni Piossek –Ramón Vicente Nicastro y E. Daniel Truffat. Capítulo de mi autoría titulado: “Sobre el sembrado de vientos y la cosecha de tempestades: el cuestionado efecto “extraconcurisal” de la “cosa juzgada concursal”, pag. 113, Lerner, Córdoba, 2008

mucho, recurrirán al segundo (además, siempre está a mano el ejemplo de Radbruch sobre si la prohibición de ingresar con perros incluye a los osos, para justificar que se trata de soluciones implícitas). Esta línea de pensamiento será fatal, además, para la posibilidad del financiamiento de última instancia por parte de los propios accionistas⁴¹

(VI) El comité de control no ha demostrado eficiencia. Es en general una molestia para la concursada, sometida a una articulación adicional. Sin que, salvo honrosas excepciones, funcione como un auténtico colegio. Más tarde o más temprano, o se le dará un formato diverso (menos formal, pero previendo alguna retribución para quienes lo integren) o quedará como una rémora que se irá diluyendo. Llegará el momento en que nadie se moleste en correrles traslado.

(VII) Así como los síndicos se han alzado contra el destrato innmercido de un arancel “congelado”⁴², y en ocasiones han obtenido tutela jurisdiccional, es de imaginar que tal modo de pensar y actuar terminará obteniendo una

⁴¹ Esta alternativa es fuertemente defendida por Dasso, Ariel, quien al comentar la normativa española señala lo siguiente: “...la ayuda del propio socio al reflotamiento societario no explica de ninguna manera su exclusión de los efectos del *fresh money* con que debería estar adunado en paridad con el financiador externo...”, autor y op cit, pág. 254. Más allá de entender las razones que enarbola el querido maestro debo dejar sentado que esta forma de propender a la financiación concursal me recuerda demasiado el malquerido caso “Salomon vs. Salomon” –lejano antecedente donde la Cámara de los Lores, en 1896, denegó la desestimación de la personalidad frente a un controlante que había garantizado sus préstamos a la sociedad de su nombre con una garantía flotante que le permitió llevarse casi todos los activos el día de la quiebra-

⁴² Es conmovedor ver el intercambio digital de los síndicos que pacientemente se informan unos a otros de las presentaciones habidas para pretender la readecuación del arancel, sobre la suerte de esas presentaciones y sobre los variados fallos que hoy la admiten.

recomposición de sus emolumentos. No sólo porque algunas limitaciones arancelarias –atadas según alguna jurisprudencia a la emergencia de la ley 25.563 y sus renovaciones específicas- ya habrían caído, sino porque sigue abierta la herida de la falta de retribución por las múltiples tareas adicionales que estableció la ley 26.086. En casi todas las circunscripciones la inscripción de síndicos para los cuatrienios en curso ha bajado dramáticamente. Los síndicos están cansados de que les paguen con maníes ⁴³. Y la calidad de tarea pretendida es cada vez más compleja y exigida. Incluso, quien sabe, hasta se obtenga (como dispuso algún fallo aislado en Mendoza) una modificación leal que prevea alguna retribución durante el trámite del concurso en concepto de adelanto.

(VIII) No imagino que los APEs vuelvan a ganar significación. El fallo de la Corte Suprema en el caso “Banco Hipotecario” ha despejado dudas sobre su constitucionalidad y carácter concursal, pero no basta. No sólo porque, y pese a los grandes servicios que prestó a la República la figura en los desangelados tiempos posteriores a la salida de la convertibilidad, le costará mucho sacarse el mote de “proceso fraudulento” que le han endilgado la Fiscalía General ante la Cámara

⁴³ Como intuyó genialmente Ariel Dasso

Comercial y el Consejo Profesional de Ciencias Económicas (la primera por una concepción ideológica, el segundo por razones más pragmáticas). Sino porque, y fundamentalmente, si no amaina el fenómeno inflacionario serán mucho más atractivos los tiempos del concurso para los deudores que la teóricamente más breve duración de los acuerdos preventivos extrajudiciales.

(IX) Los tiempos ganados por la clase política respecto de las cooperativas mediante la ley 26.684 y expropiaciones que luego no se abonan y que se renuevan, ya están un poco excedidos ⁴⁴. En situaciones de crisis y cuando no hay soluciones no está mal “para la pelota”. Pero no para siempre. En el famoso caso “Sejean” en que la Corte consideró inconstitucional el art. 64 de la ley 2393, en tanto privaba a los divorciados de recuperar capacidad nupcial, se invocó por los justiciables, entre otras razones, que una norma –en el caso, el artículo 31 de la ley 14394 que establecía el divorcio vincular- no se podía mantener “suspendida” por un cuarto de siglo ⁴⁵. Además diferir la liquidación de activos por más de una década, tal como ocurre en múltiples quiebras –a la espera del

⁴⁴ Es imposible no traer a cuento la juguetona frase del recordado contador chaqueño Oscar Nedel, quien en el prólogo de su “Pronto pago laboral”, al expresar que cargar con el peso del salvataje a las cooperativas serviría tan solo como “combustible residual de incendios anticipados” remató con un irreverente: “Estamos acostumbrados a los parches de nicotina, pero nos seguimos fumando la esperanza”

⁴⁵ Y, por si fuera poco una norma de facto: decreto ley 4070/56; cuyo mantenimiento en vigencia por la ley 14.467, no borró el carácter espurio de la misma; según los dichos de la propia CSJN en el pronunciamiento en cuestión, 27.11.85 (apartado “5”).

pago de una expropiación que nunca llega-, ofende al art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica. Se deberá pensar en una auténtica solución, que, probablemente, pase por admitir asociaciones entre las cooperativas e inversores privados –pues es de imaginar que por la gran cantidad de expropiaciones habidas, los Estados expropiantes no contarán con fondos para llevarlas a cabo. El tema se correlaciona, además, con la cuasi imposibilidad de que, en orden a su ulterior desarrollo, accedan a financiación posconcurzal que no provenga de políticas estatales.

(X) Otro tanto ocurrirá seguramente con la Ley de fideicomiso de entidades deportivas. Doce años es un largo término. Y hay entidades que lo han excedido y siguen en veremos. El tiempo en que la clase política deberá volver a poner manos en el asunto está cerca –los jueces, en la mayoría de los casos, ya han hecho todo lo que podían hacer; que no incluye la resurrección efectiva de tan queribles asociaciones, salvo algunas destacadas excepciones-

(XI) Se impondrá un plan de negocios o de salvataje como práctica habitual en los concursos (esto con todas las reservas que proyecta hoy sobre el tópico la cerril inflación que nos aqueja) El tema de las hesitaciones jurisprudenciales sobre qué es o que no es abusivo, deben encontrar un punto de equilibrio. No se puede depender

de la mayor o menor flexibilidad de un magistrado. Habrá que mostrar claramente a los jueces que se hace efectivamente el mayor esfuerzo, sin inviabilizar la solución preventiva. Y además, y como personalmente considero que la actual sensibilidad social no digeriría medidas heroicas de financiación posconcurso como las tomadas por Italia o Francia, ni siquiera las más tenues de España, lo lógico es que se analice algún fondo estatal de asistencia que, como condición sine qua non, demandará un plan de salvataje. Ya sea durante el concurso o, en su caso, a posteriori de éste. Existe el riesgo de la corrupción de los administradores. Y esto podría frustrar establecer alguna forma de financiación. Pero si no damos algún paso en ese sentido, los concursos no serán sino, en la inmensa mayoría de los casos (y tal como son) una crónica de una muerte anunciada.

(XII) Es indispensable regular seriamente el tratamiento de la insolvencia de los fideicomisos. Resulta ingenuo e intolerable que a través de estos “patrimonios de afectación” discurren negocios de gran enjundia y se los pretenda liquidables por el fiduciario. La pobre remisión del Código unificado no brindará auténtica solución.

(XIII) La extensión de quiebra no ha demostrado sus virtudes. Largos años de litigio para terminar trayendo nuevos activos que vienen, habitualmente, con

significativos pasivos –que tienen derecho prioritario a cobrar del patrimonio de su deudor-, nos instalan frente a un esfuerzo no justificado. La figura debería tender a no ser aplicada, fuera del caso particular de la así llamada confusión patrimonial inescindible. Sin embargo, y ante la inminente aparición de sociedades anónimas de socio único, lo más probable es que ocurra lo contrario: que ingresemos en una desaforada carrera de extensiones ⁴⁶.

(XIV) La valuación de activos en el concurso y el valor asignado en las liquidaciones judiciales va a variar a poco que los jueces adviertan el enorme pasivo ambiental que muchas veces “cargan” los activos en cuestión. Las leyes de remediación convertirán en antieconómica la venta de bienes cuyo valor dominial fuera otro y, consecuentemente, las bases de las subastas –y el número final obtenido- tenderán a descender. Y, en paralelo, ello tal vez incida en una mayor flexibilidad de los acreedores durante el concurso, que advertirán que las sumas a percibir serán menores. Es la ley de la manta corta. Hoy hemos optado por la tuición de ecosistema. Y considero que es una decisión ponderable. Pero, increíblemente, en

⁴⁶ Básicamente de la mano del control que desvíe el interés social del controlado (art. 161, inc. 2LCQ). “Controlar implica poder dirigir, gravitar irrestrictamente en la administración del patrimonio social, ya sea por la propia y personal actuación o por la imposición de su voluntad a quienes actúan por la sociedad como representantes de ella o integrantes de su órgano de administración...”, Kuyumdjian, Bautista, “Extensión de quiebra. Grupos económicos. Responsabilidad de terceros” en “Instituciones de Derecho Concursal”, diversos autores bajo la dirección de Miguel E. Rubín, pág.495 –la cita es de página 507-

los concursos se sigue haciendo “como sí” tal contingencia no existiera.

(XV) El tema de un proceso especial para los pequeños deudores y para el consumidor sobreendeudado no puede esperar más ⁴⁷. Y seguramente no lo hará. Es probable que el mecanismo elegido sea administrativo, lo que sinceramente no comparto. Hay jurisdicciones donde los jueces pretorianamente ya están haciendo diferencias lógicas en el trámite. Ya sea con un concurso mínimo o con otra variante este tema terminará en pocos años.

(XVI) De la mano de la vocación intensa por el litigio y los recursos que caracteriza esta época, los tiempos procesales de los concursos y quiebras tenderá a alongarse por la presión de los justiciables. En parte por esa característica de la sociedad actual y en parte porque la inflación, de mantenerse en los numerales que está hoy, volverá a aparecer como bálsamo para las heridas de las empresas cesantes, al permitirles diluir pasivos.

(XVII) Al calor del quebrantamiento de la universalidad se terminará imponiendo, como ocurría con ciertos APEs, los concursos destinados sólo a tratar deudas financieras, o, en su caso, pasivos emergentes del giro ⁴⁸. Y si esto acaeciera el tema de los involuntarios seguramente

⁴⁷ Lorente, Javier –Barreiro, Marcelo G. –Truffat, E. Daniel, “Otra vez sobre el concurso mínimo; cuando veas las barbas de tu vecino afeitarse, pon las tuyas a remojar”, Errepar, DSC Nro. 246, mayo 2008, pág. 373

⁴⁸ Esto se puede hacer, incluso, sin modificar la ley. Basta ofrecer pagar a los demás acreedores “según título”.

perdería urgencia ⁴⁹. Otro tanto ocurrirá si el sistema de seguros se mantiene sólido y estable⁵⁰. Pero en cualquier caso, los jueces van a exacerbar sus decisiones en función de la equidad y a establecer tratamientos diferenciados (aunque más no fuera, por la vía sugerida en el voto de la Dra. Medina en el caso “González”, donde da a entender que la ausencia de tratamiento diferenciado importaría abusividad de la propuesta). Es de esperar que una ley imponga una solución adecuada –y esto incluye al famoso seguro que exige como alternativa la Convención 173 OIT para el impago concursal de las indemnizaciones laborales-

(XVIII) En un sistema donde las tasas bancarias son negativas frente a la inflación, la conocida reticencia de los jueces a admitir distribuciones parciales (al amparo de la cosmovisión de la regulación legal original de la ley 24.522 –que se dictó, vale la pena recordarlo, en tiempos de convertibilidad)- será altamente cuestionada. Esta postura ya está atenuado muchas veces por la presencia de proyectos de distribución parcial para acreedores laborales. Esa senda se acentuará.

(XIX) Es de imaginar que con el nuevo Código Unificado las acciones de reparación que exigen dolo como factor de

⁴⁹ Barreiro, Marcelo –Truffat, E. Daniel, “El acreedor involuntario”, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Concursos . Actualización I-2013, pág. 241

⁵⁰ El haber tomado “conciencia” de la existencia de esta categoría se debió, en los hechos, a la debacle del sistema asegurador a fines de los noventa. Antes las compañías atendían los infortunios, se subrogaban y concurrían como un acreedor más a verificar.

imputación serán más frecuentes (por la expresa previsión del “dolo eventual”⁵¹).

(XX) La rehabilitación merecerá otra mirada. En algún momento se entenderá que el fresh start está acotado por el abuso de derecho. Y ciertas deudas (responsabilidad por daño a la persona, indemnizaciones laborales) terminarán siendo indescargables. Lo terrible de esta conclusión es que la primera que se anotará para ello será, seguramente, la AFIP.

(XXI) El mecanismo hoy todavía llamado de “bien de familia” no será ya tan inmune al fenómeno falencial: las desafectaciones parciales por abuso de derecho (de tratarse de inmuebles suntuarios) estarán a la orden del día.

(XXII) Etc. Este “etcétera” está librado a la lucidez y sutileza del lector que seguramente no se privará de completar la lista que antecede.

9. Colofón.

Hoy por hoy el derecho concursal no cumple ni adecuada ni acabadamente las finalidades para las que está concebido. Ni es demasiado eficaz para sanear empresas en cesación de pagos ni

⁵¹ Aunque el tema ya se plantea bajo la actual normativa. Véase: Truffat, E. Daniel, “La acción concursal de responsabilidad (LCQ, art.173) y los directores abandonados o groseramente irresponsables. Posibilidades del “dolo eventual” como factor de atribución”, en “La Responsabilidad de los administradores en las sociedades y en los concursos”. Obra colectiva bajo la dirección de Martín Arecha. Publicación del IADC. Legis, 2009, pág. 435

liquida y distribuye rápida y eficazmente fondos en caso de quiebra. El sistema tiene brillo formal, elevadísimo debate y análisis; pero pocos, poquísimos, éxitos concretos.

Nos movemos como los celebrantes de una Iglesia en cuyos dogmas hemos perdido la fé, más allá de que –de tanto en tanto- aparezca una rama exaltada de sacerdotes que se repute dueña de la verdad y quiera reavivar viejos enfoques y proponga encender piras.

Los jueces, más allá de sus méritos y dedicación, muchas veces olvidan que no tienen un expediente delante de sí, sino un negocio en crisis, en el que palpitan historias de vida, de éxitos y fracasos y esperanzas varias. Todo esto, además, en tiempo real. Porque como siempre recordaba con su habitual profundidad Eduardo Favier Dubois (h)⁵² los conflictos concursales, como los societarios, no se juzgan con criterio historicista –como podría ser con una acción de daños y perjuicios, donde se determina si en el pasado existió cierto ilícito, si el accionado es su autor responsable y se determina la extensión de la reparación-. No, son cuestiones que se juzgan en el medio de un drama que discurre. Usando terminología del presidente de la Corte Suprema Lorenzetti, me permito afirmar que si hay un juicio donde no se tiene enfrente a un individuo aislado sino a uno “situado” (en cierto y determinado contexto) es en los procesos concursales.

⁵² Lo escuché exponer tal idea en alguno de los interesantísimos ateneos que coordinaba al amparo de la Universidad Notarial Argentina.

Argentina mantiene como puede, y en general no lo hace bien, viejas glorias ⁵³. El país que venció al analfabetismo antes que ningún otro de la tierra ⁵⁴, de la mano de Avellaneda y Sarmiento y sus escuelas públicas, ve que los alumnos obtienen pésimas notas en las pruebas PISA (pese a dedicar ingentes fondos presupuestarios a la educación). La Nación que, de la mano de los jóvenes socialistas y radicales de 1918, estableció la Universidad más igualitaria que hubiera conocido el mundo, sin perder su excelencia académica ⁵⁵, hoy no tiene ninguna Universidad rankeada en lugar mínimamente destacado⁵⁶. El país que estableció el mejor sistema de salud pública, a la par del canadiense, en América, según las geniales políticas de Ramón Carrillo⁵⁷, hoy ve hospitales derruídos, y acosados muchas veces por maleantes que entran a pedir socorro junto mientras amenazan, ellos o sus cómplices, a quienes los atienden. Y nada de lo dicho omite que haya magníficos y a veces heroicos maestros, profesores universitarios que todavía tienen el fuego

⁵³ Imposible no pensar en el personaje que interpreta Gloria Swanson en “El ocaso de una vida” (o “Sunset Boulevard”), 1950: una antigua diva del cine mudo que no acepta que las viejas glorias han pasado y que no basta su invocación para recrearlas.

⁵⁴ “El primer país del mundo que venció al analfabetismo no fue Estados Unidos, no fue Francia,; fue la Argentina con un sistema educativo que era ejemplo para todo el mundo y que constituía un instrumento extraordinario de creación de igualdad de oportunidades...”, Mario Vargas Llosa. Reportaje en diario Perfil por Ceferino Reato, 30.05.09

⁵⁵ Hablamos de la Universidad que formó a Bernardo Houssay (premio Nobel de Medicina, 1947), a Luis Federico Leloir (premio Nobel de Química, 1970) y a César Milstein (premio Nobel de Medicina, 1984). Aunque educado en la Universidad anterior a la reforma, también era egresado de ella Carlos Saavedra Lamas (premio Nobel de la Paz, 1936). El licenciado en Bellas Artes y Arquitecto Adolfo Pérez Esquivel (premio Nobel de la Paz, 1980), también se formó en la Universidad pública. El último es egresado de la Universidad Nacional de La Plata, en tanto los demás lo son de la de Buenos Aires.

⁵⁶ La Universidad mejor rankeada de la Argentina es la Universidad de Buenos Aires. Está en el lugar 325.

⁵⁷ “El Servicio Nacional de Salud Británico, considerado ejemplo de un sistema universal y público, data de 1949. Ya para entonces el sistema de salud argentino superaba al británico, tanto en recursos aplicados como en resultados obtenidos...”, Borio, Pedro, “Ramón Carrillo, un paradigma para el siglo XXI”, La Nación, ejemplar del 21.11.2007

sagrado, médicos y personal de enfermería que sienten que se les va la vida en asistir a los otros. Pero no basta. Las viejas glorias enorgullecen y, a la par, avergüenzan si no pueden ser mantenidas. Se vuelven cáscaras vacías.

El derecho concursal argentino, en estos años del siglo XXI, más allá del mérito de jueces, abogados, profesores, etc., anda, lamentablemente, orillando una situación parecida. Y lo que nos espera en lo inmediato, al menos según mi interpretación, no nos apartará de ese incómodo lugar.