

EL DERECHO CONCURSAL DE HOY.

ALMEIDA JORGE RICARDO

Abogado – Especialización en Derecho de Daños. Profesor Titular de Derecho de Empresas en Crisis – Carrera de Abogacía – Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas – Sede Central – Universidad de la Cuenca del Plata. Profesor Titular de Derecho Comercial II Curso e Industrial – Cátedra "A" – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas – Universidad Nacional del Nordeste.

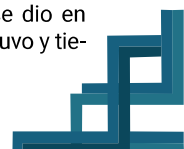
E-mail: almeida@live.com.ar

PALABRAS CLAVES

- Avances
- Crisis
- Empresas
- Nuevos lineamientos

INTRODUCCIÓN

Nadie puede desconocer el proceso de transformación que se ha producido -- y se produce -- en las últimas décadas principalmente en la ciencia, en la técnica, dentro de la cual la informática ocupa un lugar trascendente; todo dentro de un proceso que se dio en denominar de **globalización o mundialización**. Todo esto tuvo y tie-



ne repercusión en toda comunidad organizada, es decir, en lo social, en lo económico, en lo político y como no podía ser de otra manera también en el derecho.

Esto llevó a que en la dogmática jurídica se hable de una nueva teoría del derecho, en la cual se considere con particular énfasis el papel del jurista y la realidad social; y respecto al derecho privado su recepción de fenómeno llamado de la constitucionalización del derecho privado, de la internacionalización del mismo, de la decodificación; y respecto al derecho comercial, con especificidad, se pone de relieve al más el trascendente rol de las empresas en esta economía capitalista y la necesidad de tratar de que en caso de que las mismas entren en crisis, se procure su reestructuración (saneamiento) y continúe con su actividad productiva o prestadora de servicios.

También esos “nuevos vientos” como dice Truffat se receipta en el derecho de quiebra. De la misma manera Dasso siguiendo al alemán Leopold Dieter nos habló ya cercano al año 2000 de “la revolución del derecho de la insolvencia”, sosteniendo que en las dos últimas décadas (años 80 y 90 del siglo pasado) se comenzó a hablar con mucha frecuencia de la “quiebra de la quiebra”, en el sentido de que este instituto jurídico liquidativo, en los hechos ha fracasado, tanto para el fallido, los acreedores, terceros y, en última instancia, para la comunidad toda.

II.- LA REFORMULACIÓN DE LA QUIEBRA

II-a.- “La quiebra de antes”

Un trabajo estadístico llevado a cabo en Alemania, de los años ochenta y noventa del siglo pasado, referido a la quiebra se llegó a esos resultados sorprendente: que en los procesos de insolvencia, las cuotas de pagos sólo superan el 5 %, que el 80% de los mismos fracasan por insuficiencia de la masa y que sólo el 1% cumple con los acuerdos acordados; mientras que en Francia tampoco la irrupción de nuevas leyes, como por ejemplo referida a la prevención y reglamento amigable para las dificultades de las empresas, (ley

84 del 01-03-84) y la de reorganización y liquidación judicial (ley 98 del 25-01-85) tampoco resultaron eficaces, al punto tal que las quiebras aumentaron. Esto produjo un desconcierto y emergió en panorama desolador, tal como lo señala Dasso.

Se inició así todo un proceso de reformulación del instituto de la quiebra, en que aún cuando existe “una sola economía” producto de la globalización, se comienza a ponderar las realidades socioeconómicas particulares de cada país, y consecuentemente se propicia el dictado de leyes que lo solucionen, como por ejemplo, leyes de emergencia económica y social, surgimiento con mas énfasis del derecho transitorio nuevo criterios sobre la función del juez del proceso concursal.

Es que se ha advertido, que aquella ideas rectoras del “viejo derecho continental europeo” – del que nos nutrimos – que ante un proceso liquidativo, de deudores que no lograron obtener un acuerdo preventivo-reorganizativo, lo que seguía era la liquidación de los bienes de la empresa, el cese de su actividad, la venta de los mismos y con su producido satisfacer proporcionalmente a sus acreedores. Es claro que en este caso, el bien jurídico tutelado, era el crédito de los acreedores; fenómeno estrictamente económico.

También podemos mencionar, como otro antecedente, que luego de las gran crisis de los años 1929 y 1930 del siglo pasado, principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica se aprecia – por imposición de la realidad – que en los casos de quiebra no bastaba satisfacer el crédito de los acreedores; sino que también la cuestión implicaba un aspecto social: los desempleados y sus grupos familiares, otros afectados (que modernamente se los denominaría luego acreedores involuntarios). Ante esto el gobierno federal dicta una ley de excepción tendiente a conservar las empresas que puedan reorganizarse. Para nosotros, había surgido en el derecho concursal el principio de conservación de la empresa, que tiene recepción legal en nuestro país recién con la ley 19.551 de 19744 denominada *Ley de Concursos*.

Más abajo, explicitaremos un poco más este punto, y porqué – para nosotros – el derecho concursal o derecho de empresas en



crisis, tiene en esta época en calidad de *pari grado* características económica y social.

Lo real es que en esta quiebra “de antes”, la cuestión se centraba en la relación deudor-acreedores que se daba en el ámbito del derecho privado, más concretamente en el derecho comercial y su tratamiento de excepción, por las particularidades de aquella relación jurídica, se resolvía – y resuelve – bajo una rama cuya terminología es derecho concursal o derecho de empresas en crisis (como también contemporáneamente se lo designa).

Lo que se quiere destacar, que se consideraba que no interesaba al interés público; y por lo tanto, el Estado para unos no debía intervenir y, para otros, lo debía hacer, pero limitadamente, pero siempre garantizando el derecho de los acreedores. Esta posición, legislativamente, se conoció como concepción privatista una de cuyas características era que la dirección del proceso a cargo de los acreedores).

En la historia de la humanidad, en el contexto arriba expuesto, nos situamos en el siglo XIX, con el auge de la doctrina económica de un liberalismo puro, siendo el mercado el eje central y sus reglas no podían ser reguladas, es decir, limitadas, modificadas.

La ecuación: oferta y demanda es la que debe ser respetada por todos y el Estado no podía ni debía inmiscuirse en este ámbito, salvo en determinados ámbitos: seguridad, educación, salud, relaciones exteriores, etc.

Sin embargo, a mediados del siglo XX, por factores relevantes como la crisis de los años treinta y de las dos guerras mundiales, esta idea del libre juego de la ley de la oferta y la demanda comienza a ser reformulada, y se comienza a advertirse la existencia de intereses no sólo privados-económicos, sino también de naturaleza social, y que el Estado no puede estar en una posición pasiva ante un crisis patrimonial de una empresa, por todo lo que ello implica: ya no solo importa lo económico, sino ahora – con aquello del jurista y la realidad social del que nos hablaba Alegría, surgen ante la crisis patrimoniales de las empresas **cuestiones sociales**.

Ante esta nueva realidad, los Estado no pueden dejar de interve-

nir, salvo que se trate de una concepción económica-política aún más incisiva a favor de las leyes del mercado llamada noeliberalismo, que en una especie de *corsi y recorsi* de Vico, aparece, desaparece y vuelve a aparecer (al menos esto es lo que ocurrió – y ocurre – en nuestro país).

II-b.- El derecho concursal de hoy

Habíamos dicho que una empresa en crisis patrimonial-financiera (técnicamente en concurso liquidativo) en caso de no lograr una solución preventiva-reorganizativa, lo que se impone es la liquidación de sus bienes, cesando su actividad como tal y disponerse la venta de sus bienes para satisfacer, proporcionalmente, entre sus acreedores. Otra opción es la venta de dicha empresa como unidad en funcionamiento, reemplazándose al empresario titular por un tercero, quién continúa con su actividad.

Es que si la realidad es mutable, el derecho no puede ser permanente, con lo que se llega a esta premisa: *el derecho no es solamente el texto de una ley, sino que se identifica con la norma actuada, vale decir, como realmente vive el conjunto social.*

Y la aplicación práctica de esta afirmación, lo tenemos concretamente en lo social, cuando observamos es una visión amplia la producción de crisis cuyos efectos se irradian, por la globalización, hacia las economías de todos los países (o al menos a las mayorías). Así pudimos observar la del “tequila”, la del 2001 en nuestro país, la crisis de las “burbujas” en los Estado Unidos, su expansión en los países de la Unión Europea (algunas de las cuales aún están padeciendo sus efectos, España, Grecia por citar algunos).

Obviamente que todo este proceso repercutió en el nuestro derecho de empresas en crisis o derecho concursal; y motivó que los estudiosos lo denominaran *crisis global* (Dasso) o *crisis sistémica* (Alegría), transformando su estructura “vieja” por una totalmente nueva.

Es por ello que se afirma que luego de la crisis global, las **herramientas del derecho concursal** o derecho de empresas en crisis esta signado por cambios totales en prácticamente todo el mundo.

Fuente: Internet: <http://www-cpcecba.or.ar>

Este mismo autor sostiene que el *mundo concursal ha cambiado profundamente*, se está en un mundo diferente en razón de estarse en presencia, ahora, de una crisis global, con lo cual se deja de lado de la crisis de la empresa, de la que se habla en la mayoría de los textos de nuestra materia.

Es así, que las leyes de quiebra del mundo, han receptado esta nueva visión, y así de ellas, podemos extraer algunas de las siguientes características:

1.- Un estándar de humanización del derecho concursal, que se centra en la dignidad de la persona humana o sus derechos esenciales; y esto repercute con la atenuación del rigor con que se trata al deudor concursal. En nuestro ámbito patrio, esto se refleja en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y su relación con la ley de concursos y quiebras.

2.- Mutación del bien jurídico tutelado, anteriormente lo era el crédito de los acreedores; en nuestro días lo que importa es la actividad de la empresa. Ya no más la empresa y el empresario. El salvataje de la empresa, la continuación de la actividad de la explotación de la empresa; interesa que esa organización productiva o de prestación de servicios, continúe en funcionamiento. Se admite la intervención en los procesos concursales de terceros, y en esencia entre éstos, a los trabajadores de la propia organización en crisis o en dificultades por medio de las cooperativas de trabajadores.

3.- Preservación de las fuentes laborales de empresas en quiebra, lo que va a la par de la tutela del trabajo, al influjo de la valoración de los derechos sociales y las nefastas consecuencias que se derivan del desempleo. Se trata, a nuestro entender, de un fenómeno social; es decir, que aquella posición que sostenía – y aún se sostiene (como Roque Daniel Vítolo) – que la quiebra es un fenómeno económico exclusivamente merecería ser analizado. Por supuesto que esto no implica desconocer la legitimidad de la concepción que cada autor posee, conforme a su idea del derecho, a su ideología, a su vivencia social y familiar, etc.

4.- Nuevo presupuesto objetivo, ahora se tienen en cuenta

las dificultades económicas-financieras de alcance general, consideradas antes de la concreción del estado de cesación de pagos. Desde ya que en la legislación argentina y en muchas otras, continúa siendo el estado de cesación de pagos; pero ello no empecé que también se admita la arriba señalada, tal como surge con el A.P.E. (Acuerdo preventivo extrajudicial). Incluso, ahora de habla de tratar los factores desencadenantes de las dificultades, previa al estado de cesación de pagos como ya se dijo; y por ello se habla de derecho pre-concursal o de la pre-insolvencia.

5.- Se admite el fracaso liquidativo, que se traduce con la expresión “la quiebra de la quiebra” o esta de “cuando hay crisis, el derecho de crisis es el primero que entra en crisis”: Desde ya que no se trata de un juego de palabras, sino que tiene concretas aplicaciones prácticas. Pero aún cuando estos procesos liquidativos han fracasado, no pueden ser dejados de lados los concursos, que necesariamente tiene que existir, porque nos dan soluciones, aún cuando no sean las óptimas para la concreción del valor justicia (distributiva en estos supuestos).

6.- Una tendencia hacia la desjudicialización. Esto tiene que ver con la función del juez. Se sostiene que éste debe intervenir lo menos posible; y se propicia soluciones “privadas” como en cierto sentido el A.P.E., e incluso de naturaleza administrativa, por parte del Estado (en Argentina, en el siglo pasado, se dictó la ley 18.832/1970 por la que se facultaba al Poder Ejecutivo a disponer la continuación del funcionamiento de ciertas sociedades (empresas) en quiebra, por “razones de interés público y con el fin de asegurar la paz social”.

7.- Reformulación del concurso como actualmente la conocemos. Tenemos incorporado la idea de que los concursos se rigen por los principios de la universalidad de bienes, igualdad de acreedores y colectividad de estos últimos. Una convergencia hacia la totalidades como sostiene Dasso. El patrimonio todo es el que está afectado. Sin embargo, hoy ya no es tan así; existen legislaciones que admiten reestructuraciones parciales y lo más novedoso, hay

concursos de cada sujeto (mayor especialización) como lo prueba el concurso del consumidor (que puede ser un empleado público, con todas las cuestiones complejas que ello acarrea).

8.- Respecto a la quiebra trasnacional, se busca “modelos únicos” de leyes concursales para los países; y lo propician partidarios de la ley de quiebras de los Estados Unidos en la regulación de la quiebra internacional y los países primer mundo. El fundamento que se formula es que la misma “debe ser incorporada en nuestra legislación porque no se puede vivir sin saber cómo se va a actuar cuando las empresas en crisis tengan bienes fuera del país”. Una cuestión sumamente opinable, pero debemos indicar este parámetro, más allá que nosotros tenemos una posición muy crítica a esto de la unificación legislativa de las leyes de quiebra, y preferimos el sistema de armonización, porque lo que se está en juego no sólo es el crédito internacional, sino la relación acreedores nacionales-extranjeros; es decir, intereses foráneos con los del país.

9.- Nuevos legitimados en los procesos concursales de acceso único. Hoy en día, a mérito de las distintas legislaciones de insolvencia, los legitimados pueden ser: el deudor, los acreedores, terceros e incluso organismos de superintendencia, fiscal, comercial. Dicho proceso se inicia con una faz común o única, en el sentido que se refiere al análisis e información sobre la situación patrimonial de la empresa; luego se determina su posibilidad de recuperación y luego la etapa siguiente es la del juez, que recién ahí resuelve si el proceso será reorganizativo o liquidativo.

10.- Adquisición de la empresa en crisis por parte de los trabajadores de la misma. En este punto, se puede observar que ninguna ley de quiebra dispone el ejercicio de tal derecho por parte de los trabajadores; pero también que reconocer que tampoco lo prohíbe, como dice Raspall.

La doctrina entiende en este caso que la adquisición de los trabajadores de una empresa en crisis está supeditado a ellos mismos, que son los que tienen que evaluar y decidir. Pero en este orden de ideas, también existe la posibilidad que el juez de la quiebra se lo

niegue “porque la ley no lo prevé”.

Legislaciones concursales latinoamericanas, entre ellas la ley argentina, regula el supuesto de que los trabajadores conformen una cooperativa, en cuyo caso puede hacerse efectiva la compra. ¿Puede el juez en estos casos negarse a admitir tal procedimiento? Modestamente para nosotros, no; pues entendemos que luego de la sanción de la reforma concursal de la ley 26.684 del año 2011, se ha consolidado un nuevo principio particular de la misma, cual es la preservación de las fuentes laborales.

Y esto es, a nuestro juicio, a manera de conclusión, lo que nos permite sostener que el derecho concursal de hoy si bien tiene caracteres de un fenómeno económico (crédito de los acreedores); pero también en una relación de igual grado, el derecho de empresas en crisis tiene un condimento social (evitar el desempleo y con ello seguir satisfaciendo el interés público, ya no sólo privado, de la comunidad toda).

Estos, entonces, son algunos de los lineamientos más característicos del derecho concursal o derecho de empresas en crisis de hoy.

BIBLIOGRAFÍA

- Alegría Héctor Luis, Algunas cuestiones de derecho concursal, Abaco, ps. 39/40, Buenos Aires.

- Alegría Héctor Luis, Perfiles actuales del derecho concursal, L.L., Derecho Comercial – Doctrina Esenciales – Concursos y Quiebras, Tomo I, p. 909 y ss., Buenos Aires, Agosto de 2008.

- Alegría Héctor Luis, Diálogo de Economía y Derecho y Convergencia Culturales y Sociales en la Insolvencia, L.L., Derecho Comercial – Doctrina Esenciales – Concursos y Quiebras, Tomo I, p. 1001 y ss, Buenos Aires, Agosto de 2008.

- Almeida Jorge Ricardo, Necesidad de una legislación con-

cursal armonizada en el ámbito del Mercosur, Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, Directores Eduardo M. Favier Dubois (h), Salvador D. Bergel, Ricardo A. Nissen, Tomo III, p. 109, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

- Almeida Jorge Ricardo – Aproximaciones al estudio del derecho concursal, ed. propia, p. 28. Corrientes, Marzo/Abril 2010.

- Almeida, Jorge Ricardo, El nuevo derecho concursal en este siglo y su relación con las empresas recuperadas y cooperativas de trabajadores: sustrato iusfilosófico, en XI Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas – U.N.N.E., Compiladores Hilda Zulema Zárate y Dardo Ramírez Braschi, Moglia Ediciones, p. 7, Corrientes – Argentina, 2015.

- Aznar, Vicente, Hacia un nuevo Derecho Concursal Argentino, Alveroni Ediciones, ps.31/32, Córdoba, 2004.

- Dasso, Ariel Angel, Tendencia Actuales del Derecho Concursal, Ad-Hoc, ps. 44/45, Buenos Aires, 1999.

- Dasso, Ariel Angel, Un “nuevo” Derecho Concursal en el Derecho Comparado, L.L., Derecho Comercial – Doctrina Esenciales – Concursos y Quiebras, Tomo I, p. 929 y ss, Buenos Aires, 2008.

- Raspall, Miguel Angel, La liquidación en el derecho concursal del siglo XXI, en Revista de Derecho Privado y Comunitario – Concursos. Actualización – I, p.93, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013.

- Richard, Efraín Hugo, El bien jurídico tutelado por el Derecho Concursal, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina:

Fuente: Internet: <http://www-cpcecba.or.ar>.

- Vítolo, Daniel Roque, Elementos del Derecho Concursal, Ad-Hoc, 1ra ed., Buenos Aires, 2007.

