

Doctrina

Por **Marcelo Barreiro**, presidente del Instituto Argentino de Derecho Comercial y consejero académico de Dictum.

Concurso, interés general e interés público

- Introducción:

El derecho concursal se encuentra en un proceso de cambio permanente en el que trata de aprehender el cada vez más extendido y complejo universo de la crisis instalado en el mundo. La pandemia desatada en China a fines de 2019 ha intensificado este fenómeno. Ello ha motivado una gran tarea de la doctrina y de las entidades mundiales dedicadas al tema (INSOL, Banco Mundial, etc.) en la búsqueda de soluciones concursales para la crisis pandémica¹ que, en alguna medida, se ha visto plasmado en cambios legislativos² en numerosos países. Como hemos dicho más de una vez la crisis desde hace alguno tiempo se ha instalado y parece haber venido para quedarse como estado cuasi permanente de la economía mundial. Como consecuencia de ello el derecho concursal (pretendiendo atender el fenómeno) vive también una crisis, crisis de expansión, una crisis evolutiva, que hace que se encuentre más vivo y que sea más necesario que nunca.

Antes de la pandemia (la crisis desatada a consecuencia de las medidas restrictivas adoptadas por los países para paliarla no ha hecho otra cosa que ratificarlo) la cuestión del abordaje tempestivo del fenómeno ya era un tema esencial

en la agenda concursal. En ese orden de ideas la dogmática concursal ha venido consagrando la PRECONCURSALIDAD como un intento de abordaje anticipado de la crisis. Entendida esta como la posibilidad de “dar acceso a procedimientos o mecanismos que **permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados**”³. 1

Como hemos sostenido en un trabajo en preparación en nuestro país⁴ al referirnos a la preconcursalidad: “Dicha fenomenología es la mejor y más adecuada para las grandes insolvencias, aquellas en las que no existen asimetrías significativas en punto al poder de acreedores y deudor, ni posibilidades disimiles de asistencias técnicas”.

En definitiva, la preconcursalidad (como lo probo el éxito del APE⁵ en el periodo post crisis del año 2001) es muy útil en aquellas insolvencias de tal magnitud en donde es inexorable y obligada la tarea conjunta de deudor y acreedores en donde nadie puede sacar los pies del plato.

Ese universo de la preconcursalidad parece acercar al derecho concursal a su original privado,

de solución del tema de los deudores entre sus acreedores con escasa intervención estatal. En él, el “interés concursal” de la conservación de la empresa parece hoy llevarse mejor a cabo en procesos de amplio contenido conciliatorio consensual con reducción de tiempos y de costos. Allí donde la paridad de fuerzas es tal que nadie prevalecerá en dicha situación para “abusar” del otro es en donde mejor aplican los procesos extrajudiciales puros o mixtos. Goldenberg⁶, en un recomendable trabajo, sostiene que, en realidad: “La “privatización del Derecho Concursal” es un concepto equívoco. No sólo da la idea de que hay un enfoque que atiende exclusivamente a los intereses particulares, sino que despoja a la autoridad de toda forma de control. En este sentido, creemos necesario reconducir el término hasta entender que aquél implica una nueva jerarquización de los intereses implícitos ante el fenómeno de la insolvencia, situando la finalidad distributiva en el punto focal (subordinando a ella los demás fines del Derecho Concursal) y advirtiendo que serán los propios interesados (principalmente, los acreedores) quienes lograrán negociar un resultado más eficiente, medido en razón de la maximización de sus posibilidades de cobro. Entonces, el Derecho Concursal debe ser redimensionado a efectos de crear estructuras que permitan la coordinación de los derechos de crédito (únicas normas que, en tanto estructurales, deben ser imperativas) e incentivando el acuerdo, como paradigma de la autonomía negocial, por medio de la disminución de los costos de transacción y el tratamiento de las asimetrías informativas”. En esta sintonía, en nuestro criterio esa definición de intereses por los propios interesados resulta mucho más aplicable en tan amplio sentido en las grandes insolvencias.

Pero no es ese el universo al que pretendemos referirnos en este trabajo, sino que en el presente

pretendemos referirnos a las insolvencias mayoritarias en nuestro país, las de las pymes y micropymes. Frente a su crisis creemos que una solución extrajudicial sin control judicial resultara dificultosa en nuestra patria por la falta de una cultura conciliatoria extendida en los operados de la economía⁷.

Sin una regulación específica de instancia preconcursales con “escudos protectores” en nuestro criterio resulta inexorable la iniciación de un proceso concursal preventivo típico con suspensión coactiva de la agresión patrimonial por parte de los acreedores para intentar la superación de la insolvencia. Sin una regulación específica que proteja el periodo negocial⁸, dichos deudores no cuentan con la fuerza ni el poder suficiente para plantarse de igual a igual frente a los grandes acreedores, los acreedores institucionales, los financieros o los laborales para intentar una solución extrajudicial como es lo que propone en general, la Preconcursalidad⁹.

2

2. El derecho concursal y los intereses tutelados. El interés concursal:

La crisis evolutiva del derecho concursal¹⁰ ha modificado y reformulado sus paradigmas, sus principios y presupuestos, generando una nueva agenda. En ese camino también se ha ampliado el universo de intereses que se pretenden tutelar¹¹ en la legislación concursal generando una indisputable “tensión entre ellos”¹².

En esa sintonía, los principios de UNCITRAL¹³ nos refieren que “(...) Una ley de insolvencia efectiva es un terreno en el cual se entrecruzan múltiples intereses y que requiere soluciones eficientes. En suma, el sistema concursal es una pieza clave de la economía de mercado”. Es decir, multiplicidad de intereses y eficiencia parecen ser hoy dos componentes claros que caracterizan el derecho concursal moderno.

La eficiencia en el abordaje de la problemática concursal está aún lejos de alcanzarse y ello exige y espera una reformulación de nuestra legislación concursal que ha quedado atrasada¹⁴.

Y en punto al conflicto de intereses será -es- (en los procesos judiciales) el juez quien deba definir qué interés prevalece ante cada situación concreta armonizando la ley aplicable, con los principios ordenadores y la tésis del derecho concursal¹⁵, en tanto microsistema jurídico propio. El eje mismo del derecho concursal y de los procesos colectivos de insolvencia es claramente un intento de convergencia, armonización y síntesis entre todos los intereses tutelados para construir, aplicar y definir ante cada situación el aplicable de modo prevalente que será el interés concursal¹⁶ en tal supuesto¹⁷.

Esta es, en nuestro criterio, la forma de establecer el denominado “interés concursal”¹⁸ en cada caso concreto, al que hemos definido como el **“interés de la ley determinado a través de su contenido, de su espíritu y de su integración con los principios concursales de los que la ley está imbuida y se nutre”**.

En el derecho concursal que atiende a la insolvencia empresarial¹⁹ seguimos creyendo que, dentro de esa polifonía de intereses que deben atenderse siempre debe estar, como telón de fondo para la toma de cualquier decisión, el de entender que hoy más que nunca en la crisis – mucho más en la sistémica- debe prevalecer el de **conservar empresa económicamente viable y socialmente útil**²⁰.

Este cambio de paradigma fija en la segunda mitad del siglo XX un nuevo interés tutelado en los procesos concursales: **la empresa**²¹. Paradigma que, en nuestra consideración sigue, a día de hoy, más fuerte que nunca en tanto esta constituye un motor de la economía, al que debe dársele protección como un bien de interés público en el orden económico. Ello ha motivado la proliferación de mecanismos preventivos (con modalidad reestructurativa) por sobre los liquidativos en las legislaciones modernas como medio de abordar la superación de la insolvencia. ³

El Estado y la sociedad tienen un indisputable **interés social en la empresa**, su protección va más allá del interés del empresario, por lo que los principios protectores de una buena ley de empresas en dificultades exigen, incluso, **distinguir a la empresa del empresario**.

3. Características publicísticas del derecho concursal. El interés general y el concurso:

Sabemos que el Derecho concursal es un derecho excepcional²², no por lo poco habitual (lamentablemente las últimas décadas nos demuestran lo contrario) sino porque ante la aparición del presupuesto excepcional de la

crisis²³, se dispara su aplicación, desplazándose así todo otro derecho aplicable.

Este derecho, amén que resolver el conflicto colectivo que la insolvencia plantea, pretende atender la “paz social”, por lo que se constituye en un derecho de claro interés público²⁴ también por ello. Cámara²⁵ nos recuerda que, en armonía con el carácter especial que posee, como enseña Provinciali, el Derecho Concursal atiende “al interés público por su destino para la represión de la insolvencia cuando esta se revela”, y es por ello que “deroga a los otros derechos especiales, eliminando su aplicación a todas aquellas situaciones en que normalmente sería aplicable”. Provinciali²⁶ negaba que el procedimiento concursal fuera una mera “administración pública de intereses privados”, entendiendo que este atiende tanto intereses públicos como privados, con “una constante **prevalencia de los primeros**”.

Si bien toda ley, toda norma sancionada por el Estado, lleva insita una carga de valores en juego que se presumen prioritarios para la sociedad y el momento histórico en que se promulga²⁷, existen algunas respecto de las que la carga de interés u orden público resulta superior, siendo la ley concursal una de éstas²⁸.

En definitiva, el derecho concursal judicializado es hoy cada vez más: **DERECHO PRIVADO DE INTERES PÚBLICO**. ¿Y ello, por qué? Porque atiende en su esfera al “**interés general**”.

¿Qué entendemos por interés general? La expresión de la voluntad general, que confiere al Estado la suprema tarea de atender el bien de todos y cada uno de los ciudadanos (el Bien

común). Ese **bien común** representa²⁹ “el compuesto de presupuestos sociales necesarios para que los individuos, los grupos y las sociedades alcancen sus **finalidades existenciales y logren su pleno desarrollo**, como partes de un todo”, y está presente de modo inequívoco en el Derecho Público, pero no ausente en el privado.

Hay una justicia en general, que importa la distribución de bienes por el estado tendiente al bien común. Esta es la denominada “justicia social”³⁰, entendiendo que “*el objeto de la justicia es la estructura básica de la sociedad, más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por instituciones más importantes entiendo la **Constitución Política y las principales disposiciones económicas y sociales***”. Esta justicia es para Rawls la justificación de la organización política.

4

Frente a ella, existe otra, la justicia particular, la justicia para el caso que aplica en el ámbito del principio de responsabilidad patrimonial. Esta justicia particular sabemos todos, tiene dos caras:

- **Conmutativa**: aquello de dar a cada uno lo suyo (satisfacer la obligación debida), la igualdad aritmética de la que hablaba Ulpiano en su definición.
- **Distributiva**: en los que cada uno recibirá algo en una pretendida proporción equitativa (principio de proporcionalidad), a la que se considera tendiente a una igualdad geométrica.

En el incumplimiento individual aplica la justicia conmutativa, mientras que en el incumplimiento colectivo (actual o inminente, cesación de pagos o insolvencia) aplica la justicia distributiva. Y es allí

donde aparece el derecho concursal³¹, como un claro ejemplo de esta última para salir del igualitarismo e ingresar en la proporcionalidad o la prorrata, con una conexión de reparto del daño entre la comunidad afectada³². Hay claramente aquí, en este derecho de crisis una lógica distributiva que pretende la aplicación de un concepto de justicia general, relacionada con el interés general –bien común-. Está en él implícita la asignación más justa de los bienes de la que nos hablaba Aristóteles, saliendo del igualitarismo para ir a un reparto más justo.

En esta pretensión de resguardo de la paz social (asociado ello al bien común o interés general) se crea y traba entre el individuo y la comunidad de reparto –sus acreedores- una regla de igualdad geométrica o proporcionalidad

Amén de lo expuesto (que de por sí acerca al derecho concursal al interés general), nos coloca en esa conexión también la finalidad última de este, que es la defensa de la “**Paz SOCIAL**”, resolviendo el conflicto de la insolvencia de un modo que claramente excede la relación bilateral obligacional típica, y que tiene por objeto cuestiones de orden económico y de políticas de estado: evitar que la crisis se extienda como una “mancha voraz”³³ y lo contamine todo, subvirtiendo el orden económico general.

Ello, entiende Richard³⁴, trae como consecuencia que frente a la insolvencia aparece un “sistema procesal **publicístico**, con normas sustantivas dirigidas al **bien común**” en tanto mantener la actividad económica productiva involucra un **interés estatal** en la cuestión lo que hace que los principios que movilizan a la justicia concursal “**exceden a los intereses de los particulares que intervienen directamente en el proceso**”.

De lo expuesto – de la conexión directa entre el derecho concursal y el interés general- se desprende su carácter **publicístico**³⁵, **universal**³⁶, **oficioso**³⁷, y es allí donde se define una competencia exclusiva y excluyente, de orden público³⁸, la del juez concursal.

Sigue existiendo hoy, en nuestro criterio un claro interés publicístico en el derecho concursal que atiende al “interés general” y que respecto de las insolvencias de pymes y micropymes sigue mejor atendido en nuestro país a través de los procesos concursales típicos con participación judicial.

¹ La “insolpandemia” conforme el exacto nombre alumbro en nuestro país Juan Anich.

² No es eso lo que sucedió en Argentina donde ninguna modificación de la legislación concursal tuvo lugar a pesar de numerosos proyectos y anteproyectos en tal sentido.

³ Uncitral, sesión trabajo nro. 45, año 2014.

⁴ “Facultades judiciales y medidas cautelares”, en preparación.

⁵ El acuerdo preventivo extrajudicial del art. 69 de la ley 24.522.

⁶ Juan Luis, “BASES PARA LA PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL”, en Revista chilena de Derecho Privado, *versión On-line* ISSN 0718-8072, RChDP no.20, Santiago jul. 2013.

⁷ El fracaso de los denominados clubes de banco en los ochenta (el antecedente de nuestro Acuerdo Preventivo Extrajudicial) tuvo lugar porque siempre algún acreedor -atento la no existencia de escudos protectores- se escaba trabando cautelares o iniciando juicios individuales lo que terminaba haciendo naufragarlos.

⁸ No lo hace hoy el Acuerdo preventivo extrajudicial de

nuestra ley 24.522 que solo otorga los escudos protectores del art. 21 cuando se presenta a homologación judicial con las mayorías de ley. Es decir que el periodo de negociación se hace sin protección, lo que resulta una de las cosas a revisar en una reforma legislativa en nuestro criterio).

⁹ Salvo que tuviéramos la chance de que alguno de los intentos de modificación legislativo sean atendidos por nuestro Congreso y se regularan procedimientos “preconcursoales” que –al modo del modelo español o de alguno de los nuevos procesos que regula la ley colombiana- permitieran un “stay” por un período determinado mientras se negocia un acuerdo fuera de los Tribunales.

¹⁰ “La crisis del derecho de la crisis”, en Libro homenaje a Emilio Beltrán Sánchez del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Edit. Legis, Colombia, 2014, pág. 593 y sgtes.

¹¹ Amén de las referencias generales en el art. 16 y el art. 159 LCQ, existen referencias específicas sobre algunos intereses tutelados (vgr: fisco –art. 14-, trabajadores –art. 14-, créditos laborales, servicios públicos –art. 189-).

¹² Tirado, Ignacio, “El «interés concursal. Ensayo de construcción de una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal”, adC, tomo IXii, 2009, fasc.

¹³ Ver Guía legislativa uniforme sobre el Régimen de la insolvencia.

¹⁴ Nuestros constantes contactos con amigos de Lationamérica y Europa dedicados al estudio de la insolvencia nos animan a sostener que dicha idea que no impera solo en mi país.

¹⁵ Finalidad u objetivo que -según el informe FMI 2000: “Por procedimientos de insolvencia ordenados y eficaces”- sería el de “Distribuir de modo previsible, equitativo y transparente los riesgos entre los actores de una economía de mercado”, lo que nosotros hemos calificado como socialización del daño o esfuerzo compartido ante el perjuicio que la insolvencia provoca. Es en estos procesos donde aplica el principio de comunidad de perdidas o principio de contribución (que atiende al Interés General) como aplicación del principio de justicia distributiva, que en el modelo norteamericano es el

loss allocation model (frente al *creditors bargain model*), que suelen explicar aplicando la teoría de los juegos y el ejemplo del caladero.

¹⁶ Que claramente existe (Vazquez CNCom. Sala “D”, idem Coop. De trabajo y consumo Textil del Oeste, 12/6/2014).

¹⁷ A partir de la referencia normativa específica si la hay en la 24.522, o por vía de analogía aplicando los arts. 16 y 159 de dicho ordenamiento.

¹⁸ Barreiro, Marcelo Comunicación titulada “El interés concursal” presentada en el “Segundo Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal”, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, en la ciudad de Mérida, República Federativa de México, los días 8; 9 y 10 de noviembre de 2006, que obran en los documentos del evento y en su página web: www.iidciberoamericano.com/editor/index.php, Vaiser, Lidia, “El interés concursal”, MJ-DOC-14964-AR | MJD14964, 18 de julio de 2019.

¹⁹ No es posible hoy seguir sometiendo a un mismo y único proceso a una persona humana y a una empresa, siendo la segmentación de los procesos concursales por magnitud e incluso por área de actividad una necesidad.

²⁰ Cabe referir que las directivas europeas van en esta sintonía al referido que se debe “Proteger y maximizar el valor de la empresa en el interés de todas las partes comprometidas en la economía en general. (Recomendación Directiva Europea 2014)”, lo que culminó en la DIRECTIVA de la U.E. (11/octubre/2018) que establece que se debe “Proteger y maximizar el valor de la empresa – Preconcuralidad y segunda oportunidad-“.

²¹ Este paradigma se ha ido consolidando en el último tercio del siglo XX desde la ordenanza francesa 67/820 (de 25 de septiembre de 1967) sobre “suspensión provisoria”, y que terminó por perfilarse al modelo conservativo puro con los institutos concursales del *redressement* y la *liquidation judiciaires des entreprises* de la ley francesa ley 85-98 (25 de enero de 1985), que han resultado modelos a seguir.

²² Es como diría Tirado, Ignaci una “excepcionalidad Institucionalizada” o una “patología necesaria”.

- ²³ Bajo el nombre que este fenómeno posea en cada sistema legislativo.
- ²⁴ Como sostiene el maestro Efraín Richard.
- ²⁵ EL CONCURSO PREVENTIVO Y LA QUIEBRA”, Héctor Cámara. Primera Edición. Edit Depalma.
- ²⁶ Provinciali, Renzo (1969) pp. 7-8.
- ²⁷Lo que Alegría, Héctor denomina “criterios predominantes en la sociedad” en su excelente trabajo “Dialogo de Economía y Derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”, revista L.L. 9 de mayo de 2007 de lectura imprescindible.
- ²⁸ “El juicio de convocatoria de acreedores es un proceso contencioso, que hincado por el deudor tiene como partes a los acreedores e interesa al orden público...” (del voto de Halperin en “Vila, José M.”, CNCom. en pleno, 3/2/1965, JA 1965-I-620).
- ²⁹ En la definición de Werner Goldschmidt, “Introducción al derecho”, 3ra. Edición, pág. 462 y sgtes.
- ³⁰ RAWLS, John, “Teoría de la Justicia, México: Fondo de Cultura Económica”, 1997, pp. 20.
- ³¹ Ver Richard, Efrain Hugo, DECONOMI, AÑO IV – NÚMERO 11, “Meditaciones sobre el bien jurídico que tutelaría un sistema concursal.”
- ³² Ver análogicamente Expte CSJ Nº 654-91 sentencia, 29 de Noviembre de 1994Nro. Interno: AST112P394Tribunal origen: Tribunal Electoral, Revista ZEUS del 01-03-1995, T 67 Nº 5122/5123, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SANTA FE, Magistrados: Ulla – Alvarez - Barraguirre - Falistocco - Carboneld SAIJ: FA94090235, en la explicitación de cómo fluye ese reparto en la justicia distributiva.
- ³³ Como le gusta decir a Truffat.
- ³⁴ Art. citado.
- ³⁵ CSJN 31/5/2005, “Gowland, Carlos s/quiebra” 328:1797, CNCom. Sala “A”, “Boeing S.A. s/quiebra s/inc. de distribución” –MJJ110242-).
- ³⁶ CNCom. Sala “D”, “Banco Hipotecario s/APE”, 28/4/2006.
- ³⁷ Conforme art. 274 LCQ que define al juez como director del proceso (Maffia, Osvaldo, E.D. 190-788).
- ³⁸ CSJN fallos llos 306:546; 310:1637; 320:2007 entre otros.