

“TEMAS URGENTES DEL DERECHO CONCURSAL EN EL MARCO DE LA MODERNIDAD LÍQUIDA”**E. Daniel TRUFFAT**

En ocasión de celebrarse los 25 años del Instituto de Derecho de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, y a segundos de iniciar la exposición con la cual me habían honrado, me enteré que esa distinguida Institución pretendía de los disertantes algo así como la versión escrita de su charla o, como mínimo, un breve resumen de esta (una “minuta de las tesis centrales”).

Ignorante de tal requerimiento, yo ya había prometido verbalmente el texto elaborado de lo que diría al Dr. Marcelo Perciavalle, director de DSC, Errepar. Así que, atado por mi palabra previa, debo limitarme a una versión abreviada de tal exposición para su publicación en la REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO. Se que los lectores, y en particular el Dr. Efraín Hugo Richard –querido amigo y eminente maestro que sabe respetar la importancia de la palabra empeñada- habrán de dispensar que me limite a los pocos párrafos que siguen. Como magra penitencia y compensación he deslizado aquí algunas ideas u opiniones que se ajustan a lo que dije pero que difieren de la versión destinada a su publicación.

El título de la exposición (en su versión final, porque originariamente tenía un título análogo pero menos explícito) es “Temas urgentes del Derecho Concursal en el marco de la modernidad líquida”.

Hace algunos años que doy vueltas con esto de la agenda concursal. Alguna vez, incluso, publiqué un trabajo sobre ella. Pero algunos de los temas se han ido de esa “agenda” para devenir en líneas basales de la temática. No tiene sentido, hoy por hoy, considerar que la potencial abusividad de la propuesta concordataria siga siendo un tema actual y apremiante. Ya mucho hemos escrito, analizado y discutido sobre el punto. Existe algún grado mínimo, más que aceptable, de “consagración” del tema, y de los desarrollos en su derredor, como para reputarla definitivamente y por derecho propio como un tema fundante que hace al núcleo de la disciplina. Mi idea de la agenda, si se quiere, es algo hiperquinética –algo muy propio precisamente de estos tiempos de realidad líquida-. Si no urge, si no quema, si no desespera; o es un tema en gateras que aún no ha sensibilizado a la doctrina, o es uno de esos temas dignos de la indiferencia y el olvido, o –como ocurre por ejemplo con el tema de la propuesta abusiva- es un tema clásico, de esos cuya omisión es imperdonable. Para mi gusto la agenda requiere algún grado de discusión. No puede ser mansa ni unánime. Tienen que existir quienes la compartan y quienes la refuten. Y deben ser temas, todos ellos, con potencialidad suficiente para remover estructuras, para forzarnos a volver a pensar cuestiones que estaban cómodamente instaladas en el lugar común. Parafraseando a Lipovetsky en “La era del vacío” los temas de agenda son aquellos que se sienten como si se caminara rápido, con zapatillas tenis, entre las góndolas alocadas del supermercado [esto sin perjuicio, claro está, que deba pensárselo con sosiego y profundidad].

Pero también tengo la convicción que mencionar o proponer ciertos temas para discutir, para destripar, para preocuparnos y ocuparnos, exige encuadrar su urgencia e importancia en la sociedad y momento que nos tocó vivir.

Y este tiempo, como diría algún existencialista francés, una época de la que somos parte y que debemos comprender y con la que debemos comprometernos (Sartre), es un tiempo de cambios desenfrenados. La referencia implícita a Zygmunt Bauman [por el título elegido para el trabajo a publicar] o la mención de Lipovetsky no son inocentes.

¿Cuáles son esos cambios?

En el marco general de nuestro diario vivir podemos constatar: (i) que vivimos en una sociedad de derechos insaciables (Ferrajoli; Pintore), donde a lo muy bueno de que exista plena conciencia de los propios derechos y eminente vocación de defenderlos se contraponen la pobre conciencia de los deberes y de la menguada incardinación individual en proyectos elaborados en función del bien común; (ii) que el principio de autoridad [aún cuando sea la opinión o decisión de sujetos altamente entrenados y calificados] ha colapsado o, al menos, se ha debilitado de modo manifiesto. Y otro tanto ha sucedido con el apego a la lógica cartesiana y la confianza en el progreso como destino probable del ser humano; (iii) que la Justicia (valor último y supremo) ha desplazado definitivamente a la Certeza. Omitiéndose un necesario equilibrio que, sin resignar la supremacía de la primera, evitara la pobreza emergente de carecer de la segunda. Siempre aclaro que una cosa es cuando están en juego valores supremos y fundantes de la dignidad humana (la temática de los derechos humanos y la repulsa a los delitos de lesa humanidad, por ejemplo) donde no hay dudas que debe primar la Justicia; y el resto de los casos, donde es aceptable la sencilla y logiquísima tesis de Radbruch quien sostenía que “el derecho insoportablemente injusto no es derecho” [pero repárese: “insoportablemente injusto”]; (iv) que el lenguaje ha degradado, y sigue degradando, en particular en las nuevas generaciones en una neolengua orweliana –incapaz de cortesía y de expresar ideas abstractas-, mientras que el lenguaje técnico ha renunciado a toda vocación a ser comprendido y se refugia inalcanzable en capillas teóricamente iluminadas y, siendo este último supuesto, el tristemente más importante del cuadro general (v) que nuestra sociedad ha renunciado al “ser” como paradigma. Y lo ha reemplazado por algo tan vacío y ramplón como el “tener”, mientras se encandila con la técnica y como quien no quiere la cosa arrasa con la Naturaleza (Heidegger). Sobre la destrucción del ecosistema, al calor de la veneración acrítica por la Ciencia, dije algo tremendo que no puedo dejar de repetir. “Una vez más la Serpiente nos susurra al oído “Sereis como dioses”. Y lo tremendo es que los sujetos globales vuelven a creerle.

En el escenario más específicamente jurídico se advierten situaciones derivadas de las anteriores, algunas positivas y otras no tanto. Así (vi) el viejo Derecho Natural se ha positivizado y hoy por hoy los grandes principios éticos y de tuición de la dignidad de la persona humana tienen protección convencional internacional. Es cierto, sin embargo, que su carácter necesariamente genérico y difuso nos expone, muchas veces, a aplicaciones caprichosas y si se quiere “a tontas y locas”; (vii) al perderse el principio de autoridad se ha perdido el carácter magistral de las sentencias y hay vocación por los justiciables de agotar todos los recursos posibles hasta alcanzar la ultimísima instancia posible, siendo incapaces de reconocer –en caso de una decisión judicial contrapuesta a sus intereses u opiniones- que tal vez “no tenían razón”. Siempre habrá una buena teoría conspirativa a mano, para explicar el resultado; (viii) se acepta como normal y hasta deseable un debate público (¿debería decir un “cotilleo público”?) de ciertos casos conmocionantes, con magro respeto por la independencia del Juez llamado a juzgar y con mínima piedad por las víctimas, muchas veces “revictimizadas” por los comentarios, las especulaciones o los prejuicios del público.

Con este panorama es fácil advertir que muchas, demasiadas veces, es difícil incluso –cuando entran en confrontación derechos varios- encontrar la línea que permita ordenarlos y determinar cuál debe ceder. Repito un durísimo ejemplo que cité en la conferencia: ante el sonado caso del brutal asesinato de una adolescente cuyo cuerpo se trató de hacer desaparecer en una bolsa de basura, luego cargada en el camión recolector ¿cómo compatibilizar el –en principio legítimo- derecho del pueblo a saber del tópico con el derecho de una pobre víctima fatal al tratamiento

recatado y pudoroso de su desgracia?

En nuestro mundillo concursal los cambios han sido muchos. Dónde han ido a parar la “par condicio”, la concentración de temas en manos del juez concursal, la vieja autonomía? Esta última es casi una pieza de museo –básicamente por buenas razones-. ¿Cómo dejar de integrar el derecho concursal, que no es una isla, al derecho constitucional, al derecho societario, al derecho civil, al derecho laboral, al derecho de defensa del consumidor, etc., etc.

Es aquí y desde aquí que propongo una agenda. Nadie se molestará, y menos que menos Errepar (cuya publicación en diciembre llevará el trabajo íntegro y no esta breve referencia) que haga, eso sí, una “cita parcial” del mismo. Cita que incluye los temas de agenda que humildemente propongo. Temas que, por este gusto personal de asociar el derecho al cine, a la música o la literatura, he titulado a partir de libros memorables o de una exquisita pieza de Paul Dukas –que los cincuentones como el suscripto asociamos necesariamente a una divertísima escena de la película de Disney “Fantasía” que vimos en la infancia.

El mercader de Venecia (con tal de ingresen fondos en una quiebra ¿estamos dispuestos a cobrar en libras de carne cerca del corazón?) La cuestión de la transparencia de fondos. Es menester que las normas concursales y los concursalistas nos ocupemos de encontrar el modo de extender a nuestra área las nuevas y valiosas preocupaciones sobre la transparencia de fondos. En alguna sonada quiebra porteña, y en el marco de un llamado a mejora de ofertas, el Síndico exigió que se acreditara no solo la promesa de aportes a la sociedad oferente por parte de sus socios, sino también la licitud de tales fondos en cabeza de éstos y que declararan ser personas políticamente no expuestas¹;

El Dr. Jeekyll y Mr Hyde. La aparición y tratamiento de “no sujetos” que vehiculizan empresas. La crisis de la subjetivización del derecho se hace explícita en el fenómeno irruptivo de los fideicomisos. No son personas pero actúan y contratan como tales. ¿Qué tratamiento asignar a estos patrimonios de afectación empresariales? ¿Seguiremos tolerando, porque el fideicomiso “no es” persona que el zorro se ocupe de ordenar el gallinero en caso de fracaso (dado que el liquidador señalado por la ley para el fideicomiso con insuficiencia de bienes es, en principio, el propio fiduciario)²? ¿Cerraremos los ojos ante el difundido empleo de fideicomisos de garantía como mecanismo para eludir embargos o para mejorar acreedores relevantes en los concursos?

Crónica de una muerte anunciada³. La urgente necesidad de pensar y establecer políticas y reglas jurídicas para la financiación durante el concurso y después de éste o para asistir a continuaciones empresariales o a cooperativas de trabajadores. El derecho concursal parece haberse reencontrado, a esta altura del partido, con su auténtico fin material. ¿De qué sirve todo esto de la concursalidad si las empresas que superan el concursamiento preventivo no obtienen asistencia financiera para proyectarse a futuro? ¿Qué estamos dispuestos a resignar para conseguir tal resultado? Si no lo discutimos y pensamos nosotros, el mercado lo hará por nosotros. Y, casi seguro, no nos gustará lo que establezca.

¹ JCom.18, “Cerámica Zanon s/quiebra”

² Véase: Cullari, Carlos y Lencova, Liuba, “Breve reseña sobre la aplicación de las normas concursales a la liquidación del fideicomiso ordinario” en “Cuestiones conflictivas en el actual derecho concursal. Homenaje al Profesor Dr. Ariel Angel Dasso” –Director Académico: Truffat, E. Daniel-, pág. 433; y Cristofaro, Giovana E. del Carmen, “El fideicomiso en insolvencia”, en op cit., pág. 491

³ Véase del suscripto: “Financiación concursal (rebuscando en el fondo de la galera)”, Errepar, DSC, Nro. 300, noviembre 2012, pág. 1081

El aprendiz de hechicero. La cuestión ambiental. Los jueces venden establecimientos fallidos, admiten su explotación por cooperativas y muchas veces la situación de contaminación en que se encuentran obligan a quienes los explotan a asumir no solo indemnizaciones sino dantescas “remediaciones”. ¿Se seguirá actuando como si tales pasivos –muchas veces no cuantificados no existieran- o se asumirá su impacto, muchas veces devastador en el valor facial de los activos?

La metamorfosis. El consumidor sobreendeudado⁴. Hay que asumir que desde la concursabilidad poco se puede hacer por esta pobre gente. Puede haber personas que están en tal situación por enfermedad, por fracaso del proyecto de vida (un mal divorcio) o por haber cedido a la tentación de “vivir la vida hoy y ahora, sin pensar en el mañana”. Pero el tema no se solventa con el dedito levantado y la tesis sajona del moral hazard y tampoco podemos aceptar que tras una noche agitada de sobreconsumo un número relevante de personas amanezcan transformados en monstruosos insectos –excluidos del mercado, con sus trabajos en riesgo (si son empleos públicos), etc. La concursabilidad solo puede proponer soluciones que aligeren a los Juzgados, que eviten trámites innecesarios y que prevean liberaciones de deuda emergentes de imposición judicial; y que, en paralelo, desalienten el “negocio de la quiebra rehabilitante”, rescatando a la pobre gente que –adunando padecer al padecer- cae en las garras de las bandas de pícaros que administran y gestionan tal accionar. Es solo algo. Mientras el “ser” no cuente frente al “tener”, mientras el modo social de ser sea el “tener”, mientras no haya proyecto de vida que no se respete si no apalanca en el éxito económico, solo nos estaremos ocupando de los efectos (de algunos efectos). Es posible que esa sea la humilde misión de los concursalistas en esta cuestión.

⁴ Quien quiera entender realmente de lo que se habla, cuando se habla de esta cuestión, no puede dejar de transitar el magnífico libro de Anchaval, Hugo, “Insolvencia del consumidor”. En la misma Jornada en que se expresaron las ideas que ahora se vierten por escrito, Junyent Bas dedicó su charla al tema del “consumidor sobreendeudado” en una exposición magistral que –es de esperar- también alumbra una versión gráfica.