

CONCURSOS Y NEGOCIACIÓN PREVIA. UNA “RED DE SEGURIDAD” QUE SE NECESITA.**E. Daniel TRUFFAT**

Obviamente la solución concursal -sea en su versión de concurso preventivo o aquella teóricamente más sencilla del acuerdo preventivo extrajudicial- parece la respuesta acorde al fenómeno de cesación de pagos; respuesta que sin embargo carga con los costos elevados de tales trámites y que exige una activa y preponderante actuación judicial que puede terminar saturando a los Tribunales.

En estos tiempos terribles del covid 19, donde aún estamos “en gateras” respecto de la teórica catarata de incumplimientos y crisis empresariales que se supone se suscitarán una vez que se efectivice el descongelamiento del inmovilismo general que vino con el ASPO (y que se matiza y reduce con el DISPO), es válido preguntarse si ese posible “cuello de botella” judicial no exigiría alguna solución práctica y efectiva que permita minimizar los daños de la denegatoria de Justicia. Digamos que los ciudadanos de a pie suelen tolerar todo, salvo que les amputen la última esperanza de que los jueces vendrán en su auxilio evitando la consagración de la injusticia. La famosa anécdota del molinero vecino de Federico II de Prusia y su afirmación sobre la seguridad que le brindaba que hubiera “jueces en Berlín” es, en verdad, un hallazgo sobre un sentir común.

Por eso la gente del común se vuelve loca y nos mira de modo irreproducible a los abogados cuando tratamos de explicar dilaciones irritantes en las decisiones judiciales o debates curialescos muy caros al sentir de los Magistrados –los debates de competencia propuestos por uno y resistidos por el otro-, que los simples mortales viven como denegatoria de Justicia. Buena parte de la usual crítica a las ferias judiciales nada tiene que ver con falta de reconocimiento al legítimo derecho de los jueces y sus auxiliares al descanso y sí con las reiteradas posturas de que la apertura de la feria debe ser excepcional y restrictiva (para defender el importantísimo pero lejano concepto del “juez natural” –tesis esta que no comparto porque no tengo dudas que durante la feria el juez natural es el juez de feria-)

Allá por el 2002 cuando fracasó la pretensión de la ley 25561 de que se recompusiera la relación de cambio entre pesos y dólares por vía de mediación, la solución que arbitró la CSJN fue hacer trizas el principio del juez natural y alguna que otra previsión de competencia, para llamar a los demás jueces de fueros de derecho privado a sumarse al tratamiento de pedidos de cautelares y similares que atosigaban al fuero federal.

En la herida piel social ese llamado masivo a los jueces, que previno un atoramiento de los Juzgados, atoramiento de intolerables consecuencias en la administración de Justicia, semejante herejía fué un bálsamo y ayudó, y mucho, a encauzar esos meses de espanto.

Es imprescindible, entonces, buscar vías y modos para que los jueces concursales puedan tener tiempo para atender las presentaciones en concurso o los pedidos de homologación de APEs. Y, obviamente y siendo una materia de alta especialización, la solución no es abrir el tratamiento a Magistrados con otra formación y mirada sino “preservar” a aquellos que saben y tienen experiencia en el tema de un cuello de botella que les impida cumplir adecuadamente su función. Es justo recordar que hay Provincias con formadísimos Juzgados especializados y que los temas concursales son, junto con las cuestiones societarias, el “thema” paradigmático de la Justicia Nacional en lo Comercial.

El fomento de arreglos privados, el énfasis en los acuerdos más o menos colectivos y no

necesitados de homologación que lleven a solucionar este hecho de Dios (la pandemia) y el hecho del príncipe (el ASPO) que tanto han acentuado la hecatombe de una economía que ya era un dechado de infortunios y fracasos en la última década, aparece como una vía sobre al cual insistir académicamente y desde el ejercicio efectivo de la profesión. Desde el minuto cero de esta tragedia el maestro Richard, así como su coequiper, el Dr. Fushimi, han venido machacando con la necesidad de exaltar la negociación previa y, de ser posible, definitiva y sustitutiva, que dejaría espacio a los Tribunales para los supuestos que no pueden transitar ese sendero.

En aquellos casos donde la negociación impone cautelares imprescindibles y la asistencia y tutela judicial, se presentarán concursos preventivos o acuerdos preventivos extrajudiciales.

Todos sabemos que la autocomposición, en tanto se llegue a ella con libertad y con información veraz y confiable, es la mejor sentencia. Pero aquí, léase: respecto de la crisis empresaria, se tratará de arreglos plurisubjetivos que exigen –para su eventual éxito- hacer algo de memoria y algún dispositivo legal que hoy brilla por su ausencia.

Permítaseme hacer un poco de historia.

Por gusto innato por ella y porque el estudio y análisis del APE, en ocasión de escribir algún trabajo sobre él, me familiarizaron con una realidad lejana y ajena.

Todo esto ocurría cuando cursaba las últimas materias y el grueso de los trabajos y cursos concursales se focalizaban en el desarrollo de cierta figura (el acuerdo preconcursal) sin reparar lo suficiente –creo yo- en el mejor y más brillante de sus artículos y previsiones: el art. 125 I.

En las postrimerías de la dictadura militar, cuando se derrumbaba la economía tras el fracaso de la tablita y algún ministro de Economía de facto hacía famosa una de las tantas frases poco felices de tales funcionarios (“el que apuesta al dólar, pierde”), se puso de moda una forma de rescate de empresas en debacle, que buscó permanecer ajena al mecanismo judicial de la ley 19.551 y que capitaneaban las entidades financieras. Por eso se los conocía popularmente como “clubes de bancos”.

Como todo intento de rescate de un sujeto baldado y en cesación de pagos, se trataba de una apuesta de altísimo riesgo –que no parecía ser mensurada por quienes la llevaban adelante-. El fracaso de los intentos de rescate y la ulterior quiebra del cesante tenía servidas en bandeja ineficacias concursales y acciones de responsabilidad (la ciencia decocciones estaba garantizada para los partícipes). Hasta hubo algún solitario caso de un juicio de extensión de quiebra – imputando a la entidad financiera un obrar promiscuo con el ulterior quebrado-, cuya solución final se me ha olvidado y que no he podido recuperar, aunque hace daños que la pesquisa.

Para evitar estos riesgos es que se pensó el acuerdo preconcursal (abuelo del actual APE) y se lo consagró en la ley de facto 22917. Junto, vale la pena recordar, con el nuevo art. 4 (muy parecido al actual) al que Sancinetti imputaba ser la auténtica causal de esa ley en un memorable trabajo en RDCO: Historia e histeria de una reforma.

Cabe aclarar que aquel acuerdo preconcursal tenía semejanzas con el APE de la ley 24.522, versión 1995 –en ambos casos acuerdos destinados a superar la cesación e inmunizar ciertos actos frente a acciones concursales en caso de quiebra- y muy pocas con la figura que con el mismo nombre y artículos parecidos pero una naturaleza jurídica muy diversa (un subtipo concursal) emergió con la ley 25.589.

Básicamente el acuerdo preconcursal preveía la homologación de un plan de rescate celebrado por todos o parte de los acreedores, en tanto no hubiera oposiciones, o se las rechazara previo

dictamen, o se desinteresara a los oponentes o se los incorporara de quererlos al plan; todo lo cual preservaba a los actos habidos de ineficacia concursal en caso de que todo terminara en la quiebra del preconcursado. Por implicación entiendo que serviría como un potente disuasivo en caso de querer promoverse acciones de responsabilidad contra el banco que había dirigido el accionar.

La ley tenía sin, además, con una redacción muy compleja y desalentadora, una perla (que pasaba desapercibida en algún punto)

ARTICULO 125 - 1.- Los acuerdos preconcursales celebrados con todos o parte de los acreedores, tendientes a superar dificultades económicas o financieras del deudor de carácter general o su cesación de pagos, son ineficaces respecto de la masa solamente cuando, de los estudios realizados al momento de celebrarlos o de otros elementos objetivos conocidos por los acreedores, fuere indubitable que mediante ellos a las medidas previstas como presupuestos para su concreción, resultare imposible conseguir la superación de las dificultades o del estado de cesación de pagos.- Aún no dándose los supuestos previstos en el párrafo anterior las prendas, hipotecas o cualquier otra preferencia constituida en virtud de estos acuerdos son inoponibles, en la quiebra posterior, en la medida del interés de los acreedores de causa o título anterior a su constitución o registración, en caso de ser esta última necesaria.

Esta regla no exigía ni imponía la homologación que venía en artículo siguiente.

Aquí está lo que nos falta hoy si queremos que la negociación sea una vía apta y elegida por los deudores: hay que estatuir que el acuerdo privado plurisubjetivo destinado a superar la cesación de pagos o las dificultades económico financieras de carácter general solamente será ineficaz si no es serio. Si estudios profesionales y adecuados o datos objetivos conocidos por los celebrantes lo habían señalado como inviable.

No admito como cierto ni verosímil que ello pueda ocurrir sin norma expresa; que basta el miedo al abismo y el sentido común.

Cuando se supere la grave crisis que se apronta a venir sobre la economía nacional, cuando los miedos se vayan, todo se volverá a juzgar con la impunidad y suficiencia de quien lee el diario del lunes.

No es que descrea de la bondad humana. Es que conozco el paño y creo conocer el modo de pensar de la dogmática concursal.

Salir a rescatar una empresa en crisis por vía negocial es un acto de fe y de coraje. Hay que establecer una red. Sin ella, y con miedo de destrozarse al caer, no veremos audaces haciéndolo sino temerarios. Y ello será de lamentar y redundará en la saturación judicial que cabría tratar de evitar.