

ATRIBUCIONES DEL JUEZ CONCURSAL EN LA POSMODERNIDAD.

Eduardo M. FAVIER DUBOIS

SUMARIO:

1.-La cultura de la Posmodernidad, el modelo económico del neoliberalismo y de la globalización, y la especificación de los Derechos Humanos, han impactado sobre el Derecho dando lugar al paso del Derecho Moderno al Derecho Posmoderno.

2.-El Derecho Argentino recibió los impactos de la posmodernidad jurídica, principalmente, por vía de la reforma constitucional de 1994 y del Código Civil y Comercial de 2015, los que importaron la constitucionalización del derecho privado, el cambio de paradigmas concursales, la adecuación de las reglas procesales a los derechos de fondo y el aumento de las atribuciones de los jueces.

3.-Los poderes y atribuciones de los jueces concursales se han incrementado en el derecho procesal posmoderno, particularmente, en las siguientes materias:

i.-Fuentes de decisiones: El juez debe aplicar un “principio” o una “regla” constitucional o convencional, o proveniente del CCCN o de otra ley, identificando los consensos básicos de la sociedad, en lugar de aplicar una norma expresa de la ley de concursos (vgr. admitiendo la prioridad de los acreedores “vulnerables” sobre los privilegiados, etc.).

ii.-Procedimientos; El juez puede apartarse de las disposiciones procesales locales y de la propia ley concursal, para adecuar los procedimientos a los derechos de fondo y finalidades de la ley (vgr. “revocatoria in extremis”, verificaciones informáticas, suspensión de plazos, etc.).

iii.-Cautelares: El juez puede dictar medidas cautelares no previstas en la LCQ, atípicas, de oficio, sin contracautela, no vinculadas a una sentencia posterior, que pueden afectar derechos de terceros y la competencia de otros jueces (vgr. disponiendo la apertura de una cuenta corriente inembargable por acreedores posconcursoales, etc.).

iv.-Acuerdos preventivos y cumplimiento: El juez puede dictar resoluciones, aún de oficio, tendientes a cumplir las finalidades de concordato (vgr. excluyendo del voto a acreedores fuera de la nómina del art. 45 LCQ, admitiendo la reformulación de un acuerdo preventivo homologado, etc.).

DESARROLLO:

1.-El Derecho frente a la Posmodernidad.

La Posmodernidad, como movimiento cultural con valores opuestos a los de la Modernidad (reemplazo de la "razón" por la "emoción", modelos múltiples en lugar del modelo único, celebración de la diversidad y soluciones a la carta, en lugar de soluciones universales), el neoliberalismo, como orientación económica que suprime al Estado de Bienestar (individualismo, prioridad del Mercado y privatizaciones en lugar de la solidaridad, la prioridad del Estado y los servicios públicos), y los Derechos Humanos en permanente avance y especificación (tutela de "consumidores" y de "vulnerables"), han impactado de diversas formas sobre el Derecho Privado dando lugar a la configuración del denominado "Derecho Posmoderno"[1].

Son características del Derecho Posmoderno:

i) Tiende al reemplazo de las funciones del Estado por las del Mercado; ii) Da prioridad a la voluntad, al individualismo y a lo contractual; iii) Protege especialmente a los derechos del consumidor; iv) Abandona las soluciones universales y uniformes para admitir soluciones particulares atendiendo a la existencia de diversos intereses individuales o grupales; v) Abandona un modelo único de persona humana para admitir diversas formas legítimas de ser y de comportarse; vi) Tiende a resolver las cuestiones particulares conforme a principios y reglas superiores por encima de la ley especial vii) Reconoce nuevos sujetos/objetos jurídicos (animales como "personas no humanas"; robots, inteligencia artificial, etc.).-

Como se advierte, se trata de un Derecho en construcción que presenta una dialéctica interna entre soluciones "privatistas y de mercado", por un lado, y soluciones basadas en los Derechos Humanos por otro.

2.-El derecho argentino en la Posmodernidad.

El derecho argentino recibió el impacto de la posmodernidad jurídica por dos vías principales.

En primer lugar, por la reforma constitucional de 1994 que recepitó el paradigma posmoderno del "Estado constitucional y democrático de derecho", donde la Constitución es el eje fundante de la práctica del derecho en su conjunto. Esa reforma incorporó directamente a la C.N. ciertos Tratados

de Derechos Humanos (art. 75 inc.22, segunda parte), y reconoció los derechos de niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75 inc. 23), categorías propias de la Posmodernidad.

Asimismo reconoció derechos a los pueblos originarios (art. 75 inc. 17) y consagró con rango constitucional valores de la posmodernidad como son la tutela del medio ambiente (art.41) y de los consumidores (art.42).

En segundo término, el Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015, que marcó un cambio de paradigmas al modificar esa igualdad abstracta, basada en la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado, para convertirla en una igualdad concreta y real[2].

El Código establece un sistema de Derecho basado en principios y reglas y se “constitucionaliza” al Derecho privado lo que permite aplicar directamente normas superiores, constitucionales o convencionales.

Por su lado, el derecho concursal también acusó impactos directos de la posmodernidad[3].

3.-El Derecho procesal Posmoderno.

La constitucionalización del derecho privado motivó que para la defensa jurídica efectiva de los derechos, se desborden las previsiones de los códigos rituales a lo que se suma una impronta que privilegia la oralidad de los procesos y la autocomposición de intereses.

Ello se manifiesta en diversas formas: la posibilidad de saltar etapas recursivas (“per saltum”)[4], la interpretación de la acción de amparo con un criterio amplio[5], el acogimiento de las medidas auto-satisfactivas[6], aun donde los ordenamientos locales no las prevén, en las novísimas medidas anti-cautelares[7], en los recursos de “revocatoria in extremis”[8], en la figura del “amicus curiae”[9], en la convocatoria de audiencias públicas[10], en la ponderación del análisis económico del Derecho[11], entre otras.

También forman parte de estos cambios la tendencias hacia el funcionamiento de los juicios por jurados criminales y a la oralidad de los juicios civiles, y las normativas sobre mediación obligatoria previa al juicio o dispuesta por el propio juez durante el proceso, extensión del beneficio de litigar sin gastos, y gratuidad de los procesos de consumidor.

Asimismo, aparecen principios procesales de base constitucional como el del “acceso a la justicia”, por el cuál deben los jueces facilitarlos, especialmente tratándose de personas vulnerables (vgr. Art. 706 CCCN) y de “la tutela judicial efectiva”, que es el derecho a hacer valer los otros derechos y se manifiesta en la debida y pronta ejecución de los mandatos judiciales contando con mecanismos como las astreintes no pecuniarias, medidas conminatorias y conminaciones personales

4.-El nuevo rol de los jueces.

La fe en los magistrados es una nota propia del activismo procesal civil democrático[12].

El fenómeno de la “juridización” de la Constitución y la incorporación a las convenciones humanitarias trajo consigo el ascenso, bajo forma de principios y valores de textura abierta y conceptualización indeterminada, de derechos y situaciones antes relegadas a los preceptos infraconstitucionales.

Quedaron así disponibles anchos márgenes para la interpretación judicial intersticial y aun creativa, acicateada por la imposición constitucional del deber de asegurar y tornar efectivos los derechos constitucionales en concreto[13].

La aplicación de “principios” para resolver los conflictos ha alterado la concepción clásica de las fuentes del Derecho y, correlativamente, la misión de los jueces. La apertura “principiológica” provoca, de algún modo, la ruptura con el modelo subsuntivo derivado de un derecho basado en simples reglas.

En ese contexto, el juez pasa a ser observado como quien identifica los consensos básicos de la sociedad, el ethos jurídico dominante, para erigirlos en sustento de sus decisiones[14].

El CCCN incluye en su Título Preliminar ciertas reglas para el ejercicio de los derechos subjetivos que participan de los caracteres propios de los principios, en el sentido ante referido[15] que, por su ubicación, tienen una irradiación y fuerza expansiva singular.

En el punto, cabe destacar los principios procesales para los procesos en materia familiar, como el caso del art. 706 que enuncia los principios de tutela judicial efectiva, inmediatez, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente, agregando que “las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos”.

Ahora bien, el activismo judicial propio del derecho de familia se proyecta sobre todos los rincones del sistema jurídico nacional[16].

En el aumento de los poderes de los magistrados y su posibilidad de actuar de oficio.

En la manda de “juzgar con perspectiva de género” con sus efectos sobre la apreciación judicial y, en particular, invirtiendo la carga de la prueba[17].

En la flexibilización de la congruencia procesal: el juez no se encuentra constreñido por lo que dicen o hacen las partes pudiendo la sentencia otorgar algo diferente a lo pedido si determina un resultado práctico equivalente[18].

En el sistema de cargas procesales dinámicas: flexibilizando las reglas comunes y disponiendo, entre otros principios, que corre con la carga de la prueba la parte que se encuentre en mejores condiciones profesionales, fácticas o técnicas para producirla[19].

5.-Las facultades de los jueces concursales.

El tema vinculado a las facultades del juez concursal es uno de los más candentes en los últimos tiempos, primero a partir de la reforma que la ley 25.589 dio al art. 52 de la ley 24.522, y luego a partir del nuevo Código Civil y Comercial y de lo establecido por sus arts. 1° y 2°.

Al respecto, para calificada doctrina el tema de las reales facultades de los jueces trasunta una cuestión ideológica (o si se quiere política): el juez como mero espectador de la heterocomposición de intereses o un juez activo, dinámico e interesado en la solución de los conflictos suscitados teniendo en cuenta las verdaderas necesidades que impone la realidad actual[20].

Es que el proceso concursal es complejo y diferente a otros procesos y es por eso que no es posible dar una respuesta única e igualmente aplicable a cualquiera de sus facetas o etapas respecto de las actividades del juez ya que hay instancias en las que su labor es “cognoscitiva”, en otras es “declarativa-constitutiva”, en otras es “de ejecución” y en otras es “asegurativa”[21].

Ahora bien, conforme pacífica interpretación de los arts. 52 y 274 de la ley 24.522, el juez del concurso tiene amplias y genéricas facultades judiciales, siendo las medidas de impulso de la causa y de investigación meros ejemplos de sus facultades instructorias, las que no agotan sus poderes[22].

Ello se explica por los intereses público, generales y sociales que existen en los procesos concursales y que exceden los intereses individuales del deudor y de sus acreedores, lo que confiere a los mismos un carácter prevalentemente inquisitorio[23] y justifica la existencia de normas imperativas e indisponibles[24].

Pero, además, como consecuencia de los impactos de la reforma constitucional de 1994 y del Código Civil y Comercial de la Nación de 2015 (CCCN), los poderes de los jueces concursales se han incrementado.

Es que, como ya se señaló, se ha insuflado al juez un rol más activo, de mayor amplitud, y superador de las trabas procesales que conspiran contra la eficacia, rapidez, búsqueda de la verdad y respuesta judicial útil.

Es así que el juez concursal está obligado, conforme con los arts. 1 y 2 del CCCN, no solo a subsumir los hechos en las “reglas”, sino a ponderar los “principios” en las gran cantidad de casos en que entran en conflicto, como así debiendo atender prioritariamente a los “fines de la ley” que a la “intención del legislador”[25].

Es que el nuevo CCCN confiere a los jueces, en virtud de leyes abiertas y flexibles y la adopción de estándares jurídicos, una amplitud interpretativa que pone en consonancia esas reglas y estándares con la equidad y el sentir de la comunidad en un momento dado[26].

6.-Algunas manifestaciones de los poderes del juez concursal en la posmodernidad.

i.-En materia de fuentes de decisiones.

El juez concursal debe aplicar un “principio” o una “regla” constitucional o convencional, o provenientes del CCCN o de otra ley, identificando los consensos básicos de la sociedad, en lugar de aplicar una norma expresa de la ley de concursos. Tales poderes se manifiestan en la posibilidad: a) de postergar a los acreedores privilegiados a favor de acreedores involuntarios y “vulnerables”[27]; b) de reconocer el derecho al reemplazo de la vivienda del fallido con base constitucional y contra

lo establecido por la ley aplicable; c) de juzgar con “perspectiva de género” situaciones donde estén involucrados derechos de las mujeres; d) de declarar inoponibles al acuerdo homologado los créditos por liquidación de sociedad conyugal y alimentos pertenecientes a la ex cónyuge del fallido y sus hijas.

ii.-En materia de procedimientos.

El juez concursal puede apartarse de las disposiciones procesales locales y de la propia ley concursal, para adecuar los procedimientos a los derechos de fondo y finalidades de la ley. Tales poderes se manifiestan en la posibilidad: a) actuar de oficio; b) de citar al proceso a terceros públicos y privados ajenos al mismo; c) de declararse competente para juzgar situaciones ajenas a los créditos preconcursales pero vinculadas a la continuación de la empresa; d) de extender los plazos concursales y prorrogar determinados actos; e) de disponer que las verificaciones de créditos, ciertos procedimientos y audiencias puedan llevarse a cabo por vías informáticas y no presenciales; f) de disponer subastas virtuales.

iii.-En materia de medidas cautelares.

Puede dictar medidas cautelares atípicas, de oficio, sin contracautela, no vinculadas a una sentencia posterior, que pueden afectar derechos de terceros y la competencia de otros jueces[28]. Tales poderes se ordenan a proteger: a) al valor del patrimonio de la concursada o fallida; b) a la igualdad de los acreedores; c) a los fondos de la empresa respecto de acciones de los acreedores preconcursales; d) a los fondos de la empresa respecto de acciones de los acreedores posconcursales[29]; e) a la inscripción o al mantenimiento de autorizaciones, concesiones o licencias de la empresa respecto de Organismos Públicos; f) a las contrataciones de la empresa en el mercado en situaciones de competencia g) a la actuación de la empresa en el mercado financiero institucional; h) a la compraventa de divisas; i) a la situación de la empresa frente al Fisco.

iv.-En materia de acuerdos preventivos y de su cumplimiento.

Puede dictar resoluciones, aún de oficio, tendientes a cumplir las finalidades del concordato. Tales poderes se manifiestan en la posibilidad: a) de modificar la categorización de acreedores y de crear nuevas categorías[30]; b) de excluir el voto de acreedores aunque no estén enumerados en el art. 45 LCQ; c) de imponer una propuesta no votada suficientemente mediante el “cramdown power” del art. 52 LCQ, o si el acreedor se niega abusivamente a votarla; d) de dar un plazo al deudor para mejorar la propuesta; e) de reformular la propuesta y homologarla; f) de no homologar una propuesta aprobada por abuso o fraude a la ley; g) de readecuar el acuerdo homologado en base a nuevas circunstancias; h) de extender los plazos para el pago de cuotas del concordato.

Favier Dubois, E.M “El Derecho en la Posmodernidad. Cultura, economía y orden jurídico”, publicado en Rev. De Jurisprudencia Argentina SJA el 03/02/2021, Cita Online: AR/DOC/3958/2020.

Higton, Elena I. “Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del Derecho Argentino”, en “Claves del Código Civil y Comercial”, número extraordinario de la “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As. 2015, pag. 18 y stes

Como la ley 24.522 en su texto original; ver Favier Dubois, E.M. “El derecho concursal posmoderno. Un nuevo modelo para la insolvencia”, Doctrina Societaria de Errepar, Junio 2021.

Ver Sagües, Pedro “Constitucionalidad del per saltum”, LL, 1989 –B-318. Hoy regulado por el art. 257bis del cod.proc., ley 26.790. Cuestiones de legitimación y personería en el amparo José María Torres Traba T LA LEY 2020-E

PEYRANO, Jorge W., La medida autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución, en Medidas Autosatisfactivas, dirigida por Jorge W. Peyrano, Santa Fe, 1999, Editorial Rubinzal Culzoni

Peyrano, Jorge W., “Las medidas anticautelares”, LL 2012-B-670; Fernández Balbis, Amalia, “El despuntar de las medidas anticautelares”, LL 2015-A-591; ESPERANZA, Silvia L., «El ideario anticautelar», en PEYRANO, Jorge W. (dir.) – ESPERANZA, Silvia L. (coord.), La acción preventiva en Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 678

Peyrano, Jorge W. (Director), Esperanza-Pauletti (Coordinadoras) “Revocatoria in extremis”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As.-Sta Fe, 2012.

Acordada 28/2004 de la CSJN.

Acordada 30/27 de la CSJN.

Conforme una Unidad en la Corte Suprema creada por Acordada 36/2009.

Peyrano, Jorge W. “Sobre el activismo judicial” en “Activismo y garantismo procesal”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, pag. 1

Berizonce, Roberto Omar “El principio general del abuso de derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal”, en Revista de Derecho Procesal 2015, número extraordinario “Introducción a las normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As-Sta.Fe, 2015, pag.41

Berizonce, Roberto Omar “El principio general del abuso de derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal”, en Revista de Derecho Procesal 2015, número extraordinario “Introducción a las normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As-Sta.Fe, 2015, pag. 36.

Falcon, E.M. "El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, pags. 150/153.

Peirano, Jorge W. "Algunas facetas activistas del derecho de familia resultante de la sanción del código civil y comercial", en Revista de Derecho Procesal 2015, número extraordinario "Introducción a las normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As-Sta.Fe, 2015, pag. 87.

La perspectiva de género es un método que busca modificar la forma de comprender a la realidad a partir del género como categoría de análisis y hoy es una obligación para los jueces en tanto la CEDAW y la Convención de Belem do Pará fueron incorporadas a nuestro derecho interno como normas internacionales; Ver Fappiano, Oscar L. "Juzgar con perspectiva de género. Pautas dadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación", LL AR/DOC/3719/2020; Medina, Graciela "Juzgar con perspectiva de género..." (www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf)

Peyrano, Jorge W. "La flexibilización de la congruencia", LL 5-9-2013, pag.1

Peyrando, Jore W. "Cargas probatorias dinámicas", LL 1-8-2011, pag.4.

Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos A. "Facultades del juez concursal", Ed. Advocatus, Córdoba 2004, pag. 193.

Baracat, Edgar J. "Derecho Procesal Concursal", Ed. Nova Tesis, Rosario, 2004, pag.23.- ↑

Prono, Ricardo S. "Derecho Concursal Procesal. Adaptado al Código Civil y Comercial", Ed. La Ley, Bs.As., 2017, pag.54.

Rouillon, Adolfo A.N. "Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522, Ed. Astrea, Bs.As., 2006, pag. 306.

Prono, Ricardo S. y Prono Mariano R. "La novísima legislación de concursos y quiebras. Algunas consideraciones sobre la ley 25.589", La Ley 2002-D-1087.

Etala, Carlos Alberto "Interpretación de las normas en el nuevo Código", Héctor "El derecho privado y la innovación jurídica", LL 2013-C-1020, AR/DOC/2014/2013. Ver recientemente en el caso "Fundación Educar s/concurso preventivo", las diferencias entre el fallo del Juzgado Comercial nro. 7, del 28-12-2020 (expte. 23.177/2016) y el dictamen de la Fiscalía de la Cámara Comercial, Nro. 284/2021 del 25-3-2021, a resolver por la Sala F de la Cámara Nacional en lo Comercial. ↑

Favier Dubois, E.M "Las medidas cautelares concursales", RDCO, 1991, pag. 117 y stes. ↑

Ver en el caso «TELEPIU S.A. s/concurso preventivo si incidente 250» (COM 27089/2017/14/CSI) la resolución negativa de la CNCom, Sala D, de fecha 5-2-2019 y el dictamen a favor del Procurador General del 3/12/19. ↑

Es el caso de "Correo Argentino S.A. s/concurso preventivo", Juzgado Comercial nro.9 y Sala D de la CNC, verlo en Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos, "Facultades...", op.cit., pag. 194 ↑