

## La Supremacía del Derecho Concursal en situaciones de Insolvencia.

Por Ariel G. Dasso

Me maravilla estar hoy aquí con ustedes, en el marco de un evento tan significativo evento, celebrando un nuevo Congreso del nuestro querido instituto.

Para introducirlos en este espinoso tema, quisiera remontarlos a la época en que comenzábamos a trajar las aulas de las facultades de derecho. Y no creo errar si al referir esta anécdota, no estaré repitiendo una escena que casi todos ustedes, más o menos, vivieron en carne propia. El primer día de cada una de nuestras clases el profesor a cargo, envarado en su traje impecable, tenso y feliz ante su nueva camada de cadetes, no tardaría más de un minuto en declarar que prestáramos mucha atención, porque ésta, ésta que comenzaba a impartir, era la materia más importante de la carrera.

Y así fue que cuando, a mi vez, vestido con mis primeras galas de sargento mayor a cargo de una cátedra de derecho concursal, les dije, y les digo todos los años: señores, señoritas, futuros colegas, presten mucha atención, porque está por comenzar la materia más importante de sus carreras, sino de sus vidas.

Y es que el derecho concursal, explico, es al derecho común, entendiéndolo éste por el derecho en general, como la terapia intensiva, la sala de urgencias, es a la medicina.

Y es que al intensivista, al médico responsable de esa área de hospital o de la clínica, le llega un paciente cuya vida corre inminente peligro y por lo tanto su tratamiento no admite demora alguna, debe ser atendido inmediatamente. De lo contrario, morirá.

Y cuando el médico y su equipo encara el tratamiento del paciente no se encuentra con una patología. Se encuentra con varias. El paciente tiene un tiro en el pecho, se halla descompensado hemodinámicamente, tiene una cierta edad, y acarrea las consecuencias de una vida relativamente disipada: es fumador y tiene un principio de enfisema. Sus coronarias están maltratadas por años de mollejas y asados, su intestino irritado de tanto chile, su hígado le pasa factura por su cariño por el Don Julio y el Juancito Caminador, y anuncia una cirrosis en ciernes.

A la vez, toda la familia revolotea en torno al enfermero y la ambulancia, corre desesperada por los pasillos del nosocomio buscando respuestas, apoyo, contención. Allí el profesional se entera que la mujer lo estaba abandonando, que su hijo sufre una adicción a la cocaína y su hija soltera tiene un embarazo de seis meses de un muchacho que no conoce.

Tienes poco tiempo. Las acciones a tomar tienen que ser rápidas, precisas, determinadas. Es muy probable que no haya lugar para el error ni para las medias tintas.

Qué hacer? Por lo pronto internarlo: el paciente ve cómo el equipo lo somete a una separación del mundo exterior y a una suspensión de sus hábitos y obligaciones naturales.

A un paciente en este estado no se le permite comer la dieta común. No se le permiten visitas. A veces ni siquiera se le permite respirar el aire que respiramos todos, y decide el médico protegerlo del entorno nocivo y virulento, protegiéndolo debajo de una carpa de oxígeno estéril.

Obviamente se lo medicará. Si es necesario se lo asistirá, para respirar, para volver a caminar, cuando llegue el momento. En caso extremos, se lo someterá a extraordinarias maniobras de resucitación por vía física, química o de shock.

Dicho en otras palabras un paciente terminal es sometido a un tratamiento excepcional. Porque en ello le va la vida. Y en su vida, va la de otros.

El derecho concursal es la terapia intensiva del derecho.

El cliente, explico a mis alumnos, llega al estudio en una condición desesperante: no sólo no puede pagar con sus recursos propios y del giro ordinario las obligaciones corrientes a su respectivo vencimiento, sino que además, lo acosan acreedores comerciales, con reclamos y embargos, los bancos le han cortado el financiamiento, ha dejado de pagar la hipoteca y el acreedor amenaza con subastar el bien y desalojarlo de la fábrica o el establecimiento mercantil, si es que el mismo no ha sido tomado por un piquete de obreros. Su casa particular está embargada, tiene problemas con el Banco Central por ingresos o salidas de divisas que los vaivenes de las regulaciones cambiarias hicieron que perdiera en el camino, tiene en juego la licencia de comercialización de las marcas que vende y distribuye, en el exterior, ha perdido el crédito de proveedores y bancos y la usura lo está devorando. Además...su mujer lo está abandonando por un joven 30 años menor, su hijo adicto se fue a vivir a Australia y su hija está embarazada de un padre que no conoce.

Y en ese estado, viene a la consulta profesional. Puede ser una persona física o, en general el titular de una sociedad empresa.

Entonces, como en el caso de la terapia intensiva y la sala de emergencias, hay muy poco tiempo para actuar. Será necesario diseñar una estrategia y emplear herramientas adecuadas para sacarlo de la crisis. Pero también de acuerdo a la metáfora que propusimos anteriormente, sería un absurdo pretender que a una empresa en estas condiciones, se le pudieran aplicar las normas de derecho común, las mismas normas que se le aplican a un comerciante, a un empresario, a una empresa "in bonis".

Por el contrario. Si el legislador realmente tiene la intención de preservar, de proteger a la empresa en crisis, pues entonces, debe crear un entorno excepcional para su tratamiento, que reúna estas características excepcionales y protectivas de una terapia intensiva, de una sala de emergencia.

Pera ello es necesario que el legislador asuma, como objetivo a proteger, como bien jurídico protegido, la preservación de la empresa como fuente de producción y trabajo: las dos a la vez. Y que en esa asunción, cargue sobre sí la responsabilidad y el costo económico, financiero y político de encarar un proceso de recuperación de empresas cuyas características procesales y legislativas quedarán delegadas a la imaginación y el talento de quien las diseñe, para su espacio socio político propio. Pero que no puede ignorar, que para que el sistema sea eficiente, debe ser un sistema excepcional y de características de especialidad y superioridad o primacía sobre el derecho común, contundente.

Resulta necesario un régimen ad hoc y universal que implica el alcance a todas las relaciones jurídicas y económicas activas y pasivas del deudor. Por ello es también superior.

Este rango está dado, en algunas legislaciones del derecho comparado, como el caso Argentino o el de los Estados Unidos de Norteamérica, por el rango de código de fondo o de LEY Federal que cada uno de estos ordenamientos le ha otorgado, reservándose el congreso de la Nación la facultad de dictar, el Código de bancarrotas en la República Argentina o Bankruptcy Law de los EEUU, dictándose en ambos casos normas federales de validez en todo el territorio de la Nación, hecho éste de

destacar en países federales en los cuales existen competencias no delegadas por las provincias o los estados al Congreso Federal. Entiendo que ésta es también la conformación en México.

Pero además su rango con relación al derecho común también es excepcional y supremo, porque la situación de emergencia de la empresa amerita la suspensión de las relaciones comunes obligacionales, para dar lugar a un tratamiento excepcional.

Vamos a los hechos: mientras una persona está *in bonis*, el paradigma jurídico es que las obligaciones deben cumplirse a su vencimiento. De lo contrario, la parte cumpliente tendrá a su favor una *actio* de cumplimiento, que de no ser acatada por el deudor, acarrea la inmediata habilitación al acreedor para procurarse los medios para satisfacer su reclamo, recurriendo a la *executio* con el auxilio del imperio del estado. Así, entonces el sistema habilita la agresión del patrimonio de deudor, en procura del restablecimiento del sinalagma contractual, incluso mediante el recurso a la violencia estatal, representada por los actos de ejecución forzada, en el marco de la ley.

Y lo que quiere la ley común es asegurar el cumplimiento de las obligaciones mediante la amenaza del cumplimiento coactivo, si fuera necesario, mediante el recurso a la fuerza del imperio del estado a través del poder judicial mediante los actos asegurativos compulsivos, como el embargo y llegado el caso, el secuestro y la ejecución forzada de la obligación.

Eso es lo que el derecho quiere, en condiciones normales. Eso es lo que asegura una adecuada protección del crédito y la certeza del cumplimiento de las obligaciones, garantizada por la letra de la ley, por el establecimiento de reglas claras en su redacción y por la aplicación sistemática de las sanciones a través del recurso jurisdiccional que ampara el derecho del acreedor, al punto tal de ponerle a disposición la fuerza coactiva del Estado.

Pero cuando al deudor llega a la situación concursal, se encuentra en una situación diferente. Ya ha declarado su impotencia para hacer frente a las obligaciones corrientes y ha solicitado el auxilio de la ley para evitar que por la aplicación de la regla general, el resultado querido no sea el que finalmente se obtenga, porque, si bien mientras el deudor se encuentra *in bonis* la ejecución de la obligación garantiza y asegura el adecuado equilibrio de los derechos de las partes involucradas, cuando se encuentra *in malis*, la aplicación del derecho común tiene un efecto devastador que se proyecta mucho más allá del deudor, expandiendo sus efectos nocivos sobre todos los que lo rodean.

Y es allí donde el derecho concursal empieza a funcionar como un remedio excepcional, como un tratamiento que requiere medidas extremas al punto de retirar al deudor de la vida normal e internarlo en un ambiente controlado, en el cual no se le administrarán las grageas habituales de la vida de relación empresaria *in bonis*, sino un tratamiento diferenciado, bajo permanente supervisión profesional, con todas sus funciones controladas e incluso bajo una protección especial tanto en su faz activa como en su faz pasiva a la manera de una carpa de oxígeno, poniendo la administración de sus activos bajo la protección y el control del juzgado y sindicatura o funcionario afin y sus pasivos sujeto a un sistema de reconocimientos, renegociación y pagos, de alcances muy distintos a los de la regla común que describimos anteriormente.

Y esto es así porque por un lado, el estado reconoce que la situación de insolvencia o de potencial quiebra de una empresa pone en juego bienes tutelados que exceden en mucho el mero patrimonio del deudor, incluyendo la paz social

Y por otro lado, porque el mantenimiento de la aplicación de la reglas generales a casos excepcionales además de ser una necesidad, tiene resultados espantosos para todos. El deudor necesita de un paraguas de protección para recomponer su situación. Y la situación que debe recomponer es la ecuación económica que ha provocado su insolvencia.

Las causas podrán endógenas o exógenas, o la combinación de ambas. Lo cierto es que ha influido en su ecuación económica de una manera tal que su estructura de costos ha hecho que el precio de su producto no sea el que corresponde como para que la demanda lo siga adquiriendo a un valor que justifique su fabricación, pague sus costos y genere beneficio o al menos mantenga a la empresa en punto de equilibrio.

Cuando esta ecuación se rompe, la empresa ya no se mantiene a flote dentro del mercado y termina siendo expulsada de él, y su camino inexorable es la quiebra. Por ende, la suspensión de las ejecuciones y los pagos, que es la protección por excelencia que todos nuestros sistemas incluyen, tienden a darle al deudor tiempo suficiente para recomponer esa ecuación en el marco del proceso al cual accede.

Durante este tiempo el derecho común se suspende. De hecho el deudor no paga (ni se le permite hacerlo) sus obligaciones a su vencimiento. Se trata de un derecho de excepción no sólo por su ubicación en la estructura jerárquica legislativa de un país, como su carácter Federal. También lo está dado por su carácter especial con relación a la ley común, y esto en algunos ordenamientos es reconocido expresamente, como el caso del Código Civil y Comercial Argentino, recientemente sancionado hace una determinación de jerarquía de normas que lo garantiza, más allá del contenido y la intención manifestada de los reformadores de mantener inalterados los llamados microsistemas o sistemas legislativos autosuficientes como el ley de cheques, la ley de concurso, la ley de protección al consumidor, entre otras.

Y es justamente esta especialidad y supremacía, esta característica de excepcionalidad, la que justifica la preocupación de los diseñadores legislativos al preguntarse acerca de cuáles son las condiciones que deben exigirse para acceder a este beneficio: el presupuesto objetivo. Porque si cualquiera que está ante un mero incumplimiento recurre al sistema para excepcionarse de pagar, y con ello resulta que no le paga a nadie e inicia un proceso de estas características, no tardaríamos más de dos o tres días en tener presentadas la inmensa mayoría de empresas que ha dejado de cumplir con una u otra obligaciones y si nadie le paga a nadie, el mismo riesgo de propagación sistémica de la insolvencia que se pretende evitar mediante el sistema excepcional de prevención de la quiebra, se haría realidad, haciendo colapsar la cadena de pagos y quebrando el sistema todo.

Por ello es tan intenso en sus inicios el debate acerca de la definición del presupuesto objetivo, y la configuración de un concepto suficientemente abarcador, a la vez que estricto, como lo es el estado de cesación de pagos. Porque si el presupuesto es muy estricto, nadie logra acceder el beneficio. Y si es demasiado lábil, todos acuden a él, cuando en realidad, lo que pide un sistema saludable es que, antes de recurrir a esta salida, que debe estar establecida como última ratio del deudor, se agoten los medios tendientes a restablecer el equilibrio de la ecuación económica que amenaza con sacar a la empresa fuera del mercado.

Esta polémica de los años 40 revivió hace algunos años cuando se puso en tela de juicio la eficiencia del sistema frente a la enorme cantidad de procesos concursales que no llegan a buen término.

Sin mayores probanzas documentales, ni estadísticas - algo que se reclama, pero a lo que se le teme- la mayoría de la doctrina se ha inclinado por manifestar que el problema está dado porque el presupuesto objetivo de la cesación de pagos es demasiado profundo, se llega demasiado tarde a la intervención concursal y ya no es posible sacar al deudor de su problema.

Repito, no he visto en mi país ni en la literatura extranjera de origen italiano, alemán española, o de ningún otro país, un estudio preciso a cerca de las magnitudes cuantitativas y cualitativas de estas afirmaciones.

De allí que en los últimos años la polémica y la atención de la doctrina ha estado enfocada a determinar por qué los concursos fracasan y la respuesta ha tendido a inclinarse por atacar el presupuesto objetivo, en la mayoría de los casos.

Y entonces se propone flexibilizarlo, darle al deudor la posibilidad de recurrir a este remedio de excepción sin haber llegado a semejante nivel de deterioro, porque, parecería estar probado que este "fondo" al cual nos referimos cuando decimos que la empresa "tocó fondo", es demasiado profundo para el sistema.

También empieza a desarrollarse la idea de que, en realidad, quien demora tanto la presentación es el propio deudor, ya sea por desidia, por megalomanía, por no traicionar su esencia, porque no se da cuenta, porque está en su propia psicología de *imprenditore*, que fracasar en su caso es una admisión imposible, un deshonor intragable. El paso previo al suicidio, que los ha habido y los sigue habiendo.

Se propone, así, no solo flexibilizar el presupuesto objetivo, sino introducir la posibilidad de que quien provoque el concurso no sea ya el empresario, sino un tercero, un acreedor, un trabajador, el sindicato, o un ente de contralor. Y aquí el sistema ya empieza a desnaturalizarse porque como sabemos este proceso de concurrencia está pensado para articular una serie de intereses que, siendo contradictorios, son sometidos a un proceso de armonización y colaboración que en la medida que sea más ajustado y más sofisticado, más se alejará de las características contenciosas del proceso común. El concurso está previsto para la protección del crédito, pero a la vez de la empresa como fuente de producción y trabajo, y a favor del trabajador, para evitar que pierda el empleo cuando puede evitarse y a la sociedad toda para evitar que las consecuencias del quebranto, (que lo hay, indudablemente y ése el objeto del proceso de colaboración concursal: administrar el quebranto), no se propague indebidamente por todo el sistema.

Toda esta tendencia que se ha volcado a este sentido de la solución ha ido avanzando hasta pretender generar subsistemas preventivos planteados fuera del ámbito concursal e introduciendo en el derecho societario supuestas obligaciones o responsabilidades para administradores que no tomen medidas preventivas en momentos previos a la insolvencia. E incluso respecto de los accionistas, para generar conductas obligatorias, que nada tienen que ver con lo negocial, para prevenir supuestamente las situaciones del insolvencia que debería en todo momento ser patentes para ellos, como si fueran clarividentes, por un lado, y como si fuera realmente una obligación para ellos ir mas allá de las condiciones de riesgo y contratación que tuvieron en miras al contratar, para evitar caer en el default.

Estas ideas que vienen derivadas del derecho de daños, y de la responsabilidad objetiva a mi modo de ver trasvasan ilegítimamente la evolución propia y saludable del derecho civil y consumeril en materia de responsabilidad al ámbito societario y particularmente concursal, en donde no resultan aplicables. El sistema concursal ha visto así horadadas sus barreras naturales.

Como dije al principio, el deudor que accede al proceso concursal preventivo, se somete a un tratamiento especial, excepcional, en el que le va la vida. Y para él dejan de existir las reglas comunes. Porque el presupuesto objetivo, la insolvencia, confesado abiertamente por el deudor que voluntariamente concurre a solicitar el auxilio, presupone que, en el marco de las reglas comunes, aplicando las reglas aplicables a todo sujeto del comercio, las tasas de interés del mercado, la normas de evaluación crediticia, las cláusulas de rescisión contractuales comunes, las tasas punitivas fiscales, etc. etc. la empresa no sobrevive. En el marco de esas reglas de mercado, la ecuación económica no se sostiene. Si la voluntad real del legislador es tener un sistema concursal eficiente, deberá entonces afinar muy bien las características del sistema para evitar que la aplicación del derecho común a una situación excepcional, incapacite la solución.

Si por el contrario, pretende admitirlo al sistema concursal pero al mismo tiempo imponerle las reglas del derecho común cae en una decisión histórica, que le obliga por un lado a renunciar a todas las posibilidades de crédito, a someter su administración al escrutinio de jueces, síndicos y acreedores, a soportar cómo sus proveedores de materias primas, créditos y servicios exigen pagos al contado y, a la vez pretende o aparenta ser la salvaguarda de la fuente de producción riqueza, y sobre todos de trabajo. Y guay de que no lo logre, porque en ese caso, serán perseguidos sus administradores como sospechosos culpables de haber vaciado de contenido el negocio, de no haber sabido convencer a los accionistas que debían seguir capitalizando a la sociedad que ya demostraba ser incapaz de sostener la ecuación económica superavitario, cuando no de torcer las voluntades políticas que llevaron a convertir lo que era un negocio promisorio en una quimera por entender que el mismo ya no consultaba los “más altos intereses del pueblo”.

Y es así como hemos ido identificando que los concursos en los que trabajamos, y de los que tenemos noticias en el ámbito internacional que frecuentamos, se encuentran, a partir de la presentación con dificultades de gestión que el concursado no puede sortear, y que no debieran ocurrir, si el sistema realmente estuviere diseñado para sacarlos adelante.

Un primer problema es la escala del deudor y el sistema aplicable. No es posible tener un único sistema de gestión de la insolvencia para el consumidor civil que para la empresa comercial.

Esto ya se viene solucionando en la mayoría de los países, y merced al fuerte impulso que el derecho protectorio del consumo ha tenido en nuestro países, en la mayoría de ellos hay proyecto o al menos existe una fuerte consciencia acerca del tratamiento diferenciado que debe proponerse desde el mundo del derecho al insolvente que llega a ese estado por deudas financiera vinculadas con el consumo y no con la producción de bienes y servicios

La ley americana no ha dado un claro ejemplo tomando la idea del “traje a medida”, en el cual ha generado una serie de subsistemas diferentes aplicables no solo a diferentes deudores nominados por escala, sino también según el ramo de actividad.

Pero el problema más acuciante es el reclamo que tiene el deudor concursado es no poder administrar normalmente un negocio que tiene herida su ecuación económica y que ha ingresado a este sistema en búsqueda de una cierta protección.

Y es que ya ha probado al mercado y se lo ha confesado al sistema judicial, que en las condiciones en las que está, a las cuales ha llegado con situaciones endógenas algunas veces, pero en la mayoría de los casos, en especial en nuestros países por situaciones exógenas, en las cuales la voluntad del príncipe ha alterado la ecuación económica tantas veces como le ha venido en gana, la aplicación de las normas del derecho común la lleva a la quiebra.

Y entonces el sistema prevé una serie de excepción que tiende a proporcionarle al deudor herramientas para recomponer esa ecuación:

Suspensión de pagos

Suspensión del curso de los intereses

Suspensión de ejecuciones

Atracción de los procesos a un único juez

Tratamiento igualitario de todos los acreedores

Exclusividad en la negociación

Derecho a presentar una propuesta de pago

Derecho a categorizar para proponer propuestas diferenciadas

Y hemos visto como poco a poco todas estas condiciones han ido perdiendo potencia, a manos de la presión de cuestiones políticas que han condicionado a legisladores y jueces a pretender darle al sistema concursal virtudes o funciones que no tiene. O, que han puesto en tela de juicio su característica de especialidad y de supremacía, para atravesarlos con normas de derecho común o principios que deben quedar suspensos, porque existe un bien jurídico superior protegido que los posterga.

Y es que el concurso es la administración de una pérdida. Todos pierden. El objetivo es que todos pierdan lo mínimo posible.

Y ahí vemos como, una vez concursado, los acreedores laborales han conseguido un tratamiento diferencial, tienen derecho al pronto pago. No solo no tendrán que esperar a que se les ofrezca un plan, sino que ni siquiera tendrán que verificar su crédito. Cobran a primera demanda y si no hay, pues se genera un sistema especial de apartamiento forzoso de parte de la facturación bruta para atender a estos reclamos.

Y esto es en realidad la consecuencia posterior de una primera reforma que eliminó la suspensión de la aplicación de los convenios colectivos de trabajo, y la posibilidad de que el empresario pudiera negociar un convenio diferencial en el marco del concurso.

Una autentica colisión de normas en las que la jurisprudencia ha hecho prevalecer el convenio por encima de la ley concursal, cuando en realidad la jerarquía es la otra.

Es que no hay trabajo sin empresa.

Por otro lado la suspensión de intereses se aplica a todos los acreedores, mas no al acreedor laboral

Y eso ni siquiera ha merecido la reforma de la ley, sino que ha sido la aplicación de una jurisprudencia plenaria

Lo mismo pasa con el fisco:

El fisco es tratado en la ley como un acreedor preferido, lo cual nunca ha sido discutido: Pero con el tiempo se ha autogenerado otras preferencias que son no solo inadmisibles, sino absolutamente venenosas para la continuidad de una empresa concursada: la aplicación de tasas usurarias, con mas la aplicación de multas y recargos exorbitantes. La aplicación de anatocismo, legalmente consentido. Se ha autoadjudicado facultades jurisdiccionales e incluso cautelares, ya que sin juicio previo ante un supuesto incumplimiento, mediante una orden electrónica al Banco Central embarga la totalidad de tus cuentas por el suma que fuese, la que además es replicada por todos los bancos del sistema por la suma que es única y que se multiplica en su aplicación por la cantidad de cuentas que el deudor tuviese. Todo esto sin intervención judicial. Y esto sucede mientras al deudor esta *in bonis*, pero no termina cuando se concursa.

Se supone que el primer interesado en propender a la solución concursal es el estado. El fisco debería ser el primer socio, con las garantías que eligiera, es verdad, pero con el mayor apoyo para el concursado

Pues aquí pasa lo contrario. El fisco es un obstáculo, que no solo no respeta la *pars conditio*, sino que además pretende generar sistemas propios, que lo excluyen del sistema concurrente. En nuestro país el fisco ha decidido unilateralmente no negociar con el deudor. Le impone un acuerdo, el deudor se adhiere a él o se va a la quiebra.

La cuestión del crédito: es claro que cuando el deudor accede a la solución concursal su crédito está menguado, ya no ha pagado en tiempo alguna vez, le han renegociado con tasas más altas, o ha tenido que conceder garantías extraordinarias. Y luego se concursa.

Pues allí el deudor pierde todo crédito. Y uno puede pensar que es una reacción lógica del mercado. Reacción que es lógica un tiempo, porque cuando al poco tiempo el deudor demuestra que, mediante la adhesión a la suspensión de pagos que su empresa es viable, loa creadores, en especial los comerciales, vuelven a dar crédito, dentro de sus posibilidades., pero el problema es el acceso al crédito financiero, a los bancos, lo que hemos dado en llamar el "new money" .Los bancos no prestan a empresas concursada. Y esto lo intentan justificar porque la aplicación de las Normas de Basilea

Y esto además es tolerado por los jueces quienes, además, sostienen que nada pueden hacer frente a decisiones comerciales del banco, que no los pueden obligar a contratar con un cliente al cual ya no le tienen confianza. Lo cual es contradictorio.

En este tema es necesario llamar a la reflexión de los estados, y tratar de modificar este sistema de calificación crediticia para flexibilizarse a los bancos la posibilidad de volver a prestar, con la garantías que necesiten pero que en principio la mayoría de los sistemas ya reconocen, en la Argentina por ejemplo, quien conceda crédito a una empresa concursada, goza de preferencia absoluta en el cobro de su crédito, preteriendo a todo los acreedores anteriores, incluso los que tienen garantías especiales, ordenando el sistema que sus créditos sean cancelados con los primeros fondos que ingresen. Sin embargo, a pesar de un tratamiento tan preferente, el crédito bancario no aparece.

Apenas si hemos logrado que la normativa administrativa reconozca que los cheques librados con fecha anterior a la presentación pero que venzan en fecha posterior y sean rechazados, no lo sean por la causal de falta de pago o insuficiencia de fondos sino por presentación en concurso, y por lo tanto no generen la aplicación de multas y sanciones

Pero los bancos además, cierran las cuentas del concursado, aun cuando no les deba dinero. Lo hacen, dicen, por razones de política comercial

Las mismas razones que a veces aduce una multinacional para interrumpir su contrato de suministro a una empresa concursada, so pretexto de sus normativas internas, condenando entonces de antemano a la quiebra al deudor.

Y miren la paradoja; el deudor puede aprobar un propuesta de acuerdo, obtener la mayoría de los votos y la mayoría del capital y si el juez entiende que la propuesta es abusiva, se meterá en la relaciones internas del deudor y sus acreedores y violando el principio mayoritario, le obligara a cambiar la propuesta. Pero no hará esto frente a un banco que durante 30 años mantuvo abierta la cuenta del clientes, y ante su concursamiento, no siendo acreedor de él cierra sus cuentas le cancela sus chequeras, y le impide seguir haciendo sus pagos al personal a través de sus cajeros automáticos, por razones de política comercial del banco.

Y cuando le pide al juez que intervenga en esta relación, que la considere en todo caso como una relación o contrato con prestaciones reciprocas pendientes, que debería ser protegido y ordenada su continuación que en nada daña al banco, que merecería ese tratamiento aunque sea por analogía, pues te dice que no, que el no va a horadar la privacidad y la libertad de contratación entre particulares.

Y como si esto fuera poco, la aparición de los derechos de tercera generación, ultra-protectivos, todos ellos de carácter constitucional cuando no supranacional, por efecto de la pésima estructura de modificación constitucional de incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, de derechos del niño, de los derechos de género, de los derechos de los trabajadores, sin ninguna regla que los jerarquice, los interprete los adecuen a realidad de cada país.

Lo que mi amigo Daniel Truffat llama “la sociedad de los derechos insaciables”, en las cuales la política va por delante del derecho y de la realidad, incorporando garantías y derechos en los cuales el estado promete y garantiza cosas que jamás puede cumplir, pero condiciona a sus ciudadanos y a los que viven la realidad del día a día a una carrera de obstáculos insalvables, que carecen de relación entre sí.

Lo que quiero decir, es que no hay ningún dato de la realidad que me permita demostrar que el fracaso de los sistemas concursales preventivos se deba a una inadecuada percepción de la situación de insolvencia por parte del deudor, o de su demora, o si el fracaso se debe a que, una vez concursado, el sistema protector que la ley prometía al deudor que asumía este status excepcional, ha claudicado sus banderas y por vía de la renuncia a la universalidad, porque los acreedores pueden seguir sus juicios donde quiera, por renuncia a fuero de atracción, porque los juzgados comerciales se manifestaron incapaces para contener la oleada de reclamos laborales y adecuarlos a la realidad concursal y sobre todo no quisieron recibir el fuego de los reclamos políticos que la adecuación de los derechos de los trabajadores y los sindicatos y las obras sociales debería soportar en un escenario de insolvencia donde ab initio se ha determinado que TODOS PIERDEN UN POCO, si a eso le agregamos , la incontinencia de los bancos a actuar como actúan frente al deudor concursado, sacándole no solo el crédito, sino también los servicios, con la complicidad del banco central, la intransigencia de la Aduana, y del fisco en general que no solo no cede sus intereses sino que además presiona como si estuviera *in bonis* y decide que ni siquiera participara del juego de negociaciones.

El estado, permanece ajeno a toda responsabilidad por su juego inexperto de la economía, o los fracasos en materia de generación de empleo, pretende darle al sistema concursal la responsabilidad de mantenerlo. Y se desentiende de la propia, que ya ha quedado claro que está fuera del Código Civil y Comercial y que se tratará, a veces, de “cuestiones políticas no justiciables”. Pues entonces poco margen le quedará al deudor.

Y no me diga a mí que el concurso fracasa porque el empresario abusó de su posición crediticia porque se presento dos tres o seis meses tarde... que la situación parece un poco más compleja Todo esto claro está salvando las situaciones de fraude, que quedarán para el juez penal.

Como vemos, la salud de la concursabilidad está en juego.

Y lo que vengo a proponerles es que en el marco de sus pensamiento de mejora de los sistemas e incluso de interpretación de los que hoy gozan o sufren, tengan en cuenta que la situación concursal es excepcional, es especial, tiene un régimen específico y único, que debe suspender en principio la aplicación de todo el derecho común , al menos en lo que confronte con el fin último del concurso que es proporcional a la sociedad toda, no al deudor, no al acreedor, no al estado, sino a la comunidad toda, y de ahí si característica esencial de derecho superior y de orden público, de un sistema no contencioso, sino de armonización de intereses de todos los involucrados en base al principio de igualdad de trato y proporcionalidad de su derechos.

He escuchado decir: “El derecho concursal no puede ser una isla”. Pero sí lo es. Como todo otro derecho que haya ganado autonomía y método propio. O acaso podremos aplicar las reglas concursales en el derecho laboral, donde reina el “in dubio pro opoerari como si fuera una religión inquisitorial? O en el administrativo? O en el propio derecho común? Claro que no. El derecho es un archipiélago de islas, cada una con reglas propias, bañadas por un mismo océano de principios generales comunes, pero que al llegar a cada orilla, se descalzan y caminan bajo las reglas de cada una de ellas.

Por eso, como dije al principio el derecho concursal es el derecho superior y principal del derecho privado, ya que a todos los conoce y los contiene, y los modaliza en busca de un fin especial y superior.