

Los “privilegios pretorianos” ante la legislación y una judicatura ebria de omnipotencia^(*)

por PEDRO JOSÉ GONZÁLEZ LÓPEZ^(**)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL. – III. LOS PRIVILEGIOS “PRETORIANOS”. – IV. EL CASO QUE ABRIÓ EL PARAGUAS: “INSTITUTOS MÉDICOS ANTÁRTIDA S/ QUIEBRA S/ INC. DE VERIFICACIÓN”. – V. EL CASO PREVIO CONTRARIO Y LA ACTUACIÓN DE LA CORTE “ORIGINAL”. – VI. ¿QUÉ “PRECEDENTE” DE LA CSJN ESTÁN OBLIGADOS LOS TRIBUNALES MERCANTILES INFERIORES? – VII. LA IMPORTANCIA DE RESPETAR LA LEGALIDAD DE LOS PRIVILEGIOS. – VIII. CONCLUSIONES.

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) define de manera precisa a los privilegios como “la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro” (art. 2573). A renglón seguido, indica que los mismos *resultan exclusivamente de la ley* y que el deudor no puede crear a favor de un acreedor un privilegio sino del modo que la ley lo establece (art. 2574, énfasis agregado).

Por su parte, la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante LCQ) –si bien no define ni describe a los privilegios– señala que créditos gozarán de privilegio en el marco de un concurso preventivo o una quiebra.

El fundamento principal del origen legal de los privilegios es que constituyen una excepción al principio de la *par conditio creditorum* en el marco de un proceso concursal, por el cual todos los acreedores concurren en pie de igualdad a ejecutar los bienes del deudor concursado o quebrado.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El concurso y la quiebra del empleador: Efectos de la crisis sufrida y su influencia en las relaciones laborales*, por RICARDO A. FOGLIA, TySS, 02/1999-129; *Acerca del conflicto sobre el interés protegido en el marco de la tutela cautelar en un concurso de acreedores. Comentario sobre las resoluciones de segunda instancia en el caso “Boneti”*, por HUGO R. MEDINA, ED, 238-220; *Sobre el patrimonio y la insolvencia*, por CARLOS BERNARDO LARRUY, ED, 240-864; *Reflexiones en torno a los intereses tutelados en la Ley 26.684. A propósito de las reformas a la ley concursal en materia laboral y en orden a la continuación de la empresa por las cooperativas de trabajo*, por FRANCISCO JUNYENT BAS, EDLA, 2011-B-1055; *La defraudación fiduciaria, acertada incorporación al Código Penal*, por VICTORIA ELIZALDE y RAÚL GONZÁLEZ GARRIDO, ED, 258-748; *El acreedor laboral versus el derecho de información en el contrato de fideicomiso. Disquisiciones e importancia de las diligencias preliminares*, por GUSTAVO A. ESPARZA y GUSTAVO MONTENEGRO, ED, 261-868; *El crédito laboral ante el fideicomiso. Notas sobre prevención de fraude, sujeto empleador e insuficiencia del patrimonio*, por GUSTAVO A. ESPARZA y GUSTAVO MONTENEGRO, ED, 266-720; *Los privilegios de los créditos laborales en la insolvencia del patrimonio fiduciario*, por GUSTAVO A. ESPARZA y GUSTAVO D. MONTENEGRO, ED, 290. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Es un orgullo presentar los trabajos premiados en la Jornada para Jóvenes Investigadores “Mi Primera Publicación”, edición 2024, organizado por la Facultad de Derecho de la UCA, con el auspicio de la editorial EL DERECHO.

En esta oportunidad, los alumnos expusieron un tema para un artículo en Jornada, que se realizó el 3 de junio de 2024. Los docentes presentes evaluaron los tópicos propuestos, y por votación resultaron elegidas las siguientes ideas:

1er lugar: Guadalupe Galarraga: “Fundamento de la obligación de reparar el daño inmaterial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”

2do lugar: Pedro José González López, “Los ‘privilegios pretorianos’ ante la legislación y una judicatura ebria de omnipotencia”

3er lugar: Camila Cevasco, “El fallo ‘Rueda’ y su posible aplicación a otros cultos”

A los alumnos ganadores se les dio un plazo para la entrega de la idea plasmada en un artículo, que ahora se publican en diario EL DERECHO.

Agradezco profundamente a EL DERECHO, en la persona de su Director, Alejandro Borda, y de Sofía Calderone, el apoyo que significa brindar oportunidades para que los estudiantes de la carrera de Abogacía de la UCA puedan encontrar cauces para iniciarse en la investigación y ver sus esfuerzos coronados en una publicación en una de las revistas jurídicas más prestigiosas del país. También agradezco a los investigadores que alientan a esos jóvenes investigadores y participan en todas las actividades de investigación de la Facultad.

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina

(**) Contacto: pedrojosegonzalez@outlook.com o pedrojosegonzalez@uca.edu.ar.

No obstante, algunos tribunales comenzaron a ampliar este régimen incorporando nuevos privilegios, principalmente a la luz de la Constitución Nacional reformada y el nuevo plexo de Tratados Internacionales (en adelante TTII) incorporados a ella, tanto de jerarquía constitucional como de rango supralegal.

Así llegamos al año 2019, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) emitió una sentencia que alteraría el régimen de privilegios, declarándolo parcialmente inconstitucional y estableciendo, por vía “pretoriana”, uno nuevo.

Por todo lo expuesto me pregunto: ¿Qué fundamentos tuvo en cuenta el legislador al crear un orden cerrado de privilegios y establecer su origen legal? ¿Está bien que la Corte, último intérprete de la Constitución Nacional y Tribunal de mayor jerarquía de todo el país, contradiga un precepto explícito del legislador y altere un orden taxativo de privilegios? ¿Cuál es el mensaje que se le envía a los tribunales mercantiles inferiores del país? ¿Están ellos obligados por el “precedente” de la Corte?

El objetivo de este trabajo es analizar esta “crisis” del régimen taxativo de los privilegios, analizando la jurisprudencia de la CSJN y hasta dónde esta se tornaría vinculante para los tribunales mercantiles inferiores. Asimismo, repasar brevemente el régimen legal de los privilegios y qué dice la doctrina acerca de este asunto. Indagar hasta dónde la creación de privilegios por parte de los jueces en contradicción al carácter legal de estos puede alterar la buena marcha de los procesos falenciales y las relaciones comerciales. Finalmente, plantear una postura que se encuentre en consonancia con los objetivos propuestos e interrogantes planteados en la introducción del trabajo.

II. Análisis del régimen de privilegios en la legislación nacional

Vélez Sarsfield tomó como referencia al Derecho Francés e incorporó el sistema de privilegios en la Sección Segunda, Título I del Código Civil argentino de 1869. Asimismo, el Código de Comercio –que también tuvo como coautor a Vélez Sarsfield, junto al jurista uruguayo Eduardo Acevedo– dedicó inicialmente una sección a la “insolvencia de los comerciantes” y luego, al reformarse en 1889, incorporó un capítulo sobre “las Quiebras” en su Libro Cuarto que refería a las diferentes clases de créditos y su graduación.

Con posterioridad, se dictaron sucesivas leyes que fueron modificando y reformando el régimen de los concursos y quiebras hasta llegar a la actual y vigente Ley 24.522 de 1995.

La LCQ reguló el sistema de privilegios en su Título IV, Capítulo I, sin hacer mención sobre la definición del concepto, su naturaleza jurídica como tampoco de sus caracteres. Sin embargo, analizando exegéticamente el artículo 239 de la ley, parecería que establece de manera implícita el principio de legalidad del régimen: “existiendo concurso, solo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones”.

En el año 2015, se derogaron y unificaron los códigos Civil y de Comercio, y en su Libro Sexto se le dedicó un Título al asunto de los privilegios, haciendo un enriquecedor aporte al régimen, sintonizando con el esquema ya previsto en la LCQ.

En el artículo 2773, primera parte, define al privilegio como “la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro”. A su vez, el artículo 2574 establece el origen legal de los privilegios y le veda al deudor la posibilidad de crear nuevos a favor de un acreedor. Luego, el artículo 2575 establece como principio que el acreedor puede renunciar o postergar sus privilegios respecto de deudas presentes o futuras y siempre que no afecte derecho de terceros, salvo los acreedores laborales, cuyo crédito es irrenunciable e impostergable.

Del régimen expuesto, pareciera que el carácter y principio de legalidad es el más fuerte y característico del régimen de privilegios. Esto significa que los privilegios, al implicar una alteración al principio de igualdad de con-

currencia de los acreedores, son de origen estrictamente legal y de interpretación restrictiva.

III. Los privilegios “pretorianos”

La convención reformadora de nuestra Constitución Nacional del año 1994 otorgó jerarquía constitucional a diversos TTII en el artículo 75 inciso 22, y en dicho precepto también mantuvo lo dispuesto en el artículo 31 y la doctrina legal sentada por la CSJN en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” de 1992⁽¹⁾ en torno a la supremacía legal de los TTII.

Esto generó una gran modificación en todo el sistema jurídico, en un proceso que Lorenzetti denomina como “la Constitucionalización del Derecho Privado”, que fijó una “nueva comunidad de principios” entre la CN, el Derecho Público y el Derecho Privado, ampliándose la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, derechos de incidencia colectiva, de tutela del niño, de las personas con discapacidad, de la mujer, los consumidores, el medioambiente, entre otros⁽²⁾.

Claramente, no solo la reforma constitucional vino a imbuirse en lo que fue la unificación de los códigos Civil y de Comercio de 2015, sino que también generó el cambio en la manera de interpretar ciertas normas de carácter especial por muchos tribunales y operadores del derecho, tal como la LCQ.

No es ajeno que ya desde comienzos de siglo algunos autores del derecho concursal avizoraban aquello que es tema de este trabajo. El Dr. Vítolo se refería a que se está pasando de un “orden cerrado” a un “orden poroso e inestable” de los mismos⁽³⁾. Igualmente, Truffat mencionó en alguna ocasión la apremiante cuestión de los “acreedores involuntarios”, que se estaba tornando en una cuestión urgente a tratar en el ámbito concursal⁽⁴⁾. Lo mismo manifestó Junyent Bas al comentar los primeros pronunciamientos jurisprudenciales sobre el asunto⁽⁵⁾. En ese sentido, cierta jurisprudencia comenzó a pronunciarse en tal sentido⁽⁶⁾.

Pero la palabra más rimbombante la tuvo la CSJN en los años 2018 y 2019, tema del que me ocuparé a continuación.

IV. El caso que abrió el paraguas: “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación”

Como se dijo, en el año 2019 la CSJN se pronunció en autos “Institutos Médicos Antártida”⁽⁷⁾, en lo que fuera un incidente de verificación de créditos que logró acceder a su jurisdicción por la vía del Recurso Extraordinario concedido en relación a lo que fuera materia federal por la Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Se trató de un caso en el que el actor, el menor B.M.F., representado por sus progenitores, obtuvo derecho a una indemnización por mala praxis médica ocurrida durante su nacimiento en mayo de 1990. Este incidente le provocó una parálisis cerebral con cien por ciento de incapacidad irreversible, que condujo al sufrimiento fetal agudo con afección de todos sus órganos y especialmente el cerebro. Como consecuencia, padeció desde su nacimiento lesiones cerebrales gravísimas con una incapacidad total e irreversible, parálisis de los cuatro miembros que le impidió moverse, y un retraso en el crecimiento. La sentencia que decretó el derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivada de la mala praxis adquirió firmeza en 2003,

cuando fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

El 10 de febrero de 2003, se decretó la quiebra del Instituto Médico demandado, lo que generó que los beneficiarios de la indemnización debieran presentarse a la verificación de su respectivo crédito.

Al pronunciarse el juez de la quiebra sobre la categorización de los privilegios, verificó el crédito de los actores como uno con privilegio especial de primer orden. Para ello, el magistrado declaró parcialmente la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los arts. 239, párrafo 1º, 241, 242 parte general, y 243 parte general e inciso 2º, de la ley 24.522.

Luego, dos acreedores hipotecarios –con privilegio especial– apelaron dicha resolución, y la Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial hizo lugar al planteo, asignando carácter quirografario al crédito por indemnización del menor.

Es así como tanto los progenitores de B.M.F. y la Defensora Pública de Menores e Incapaces dedujeron el mencionado Recurso Extraordinario Federal (en adelante REF), que fue concedido por la Cámara.

La CSJN, en un voto dividido y con la integración de una conjuez, declaró formalmente procedente el REF, dejó sin efecto la sentencia apelada, y, en uso de las facultades que le otorga el artículo 16 de la Ley 48, declaró, para el caso concreto, la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los arts. 239, párrafo 1º, 241, 242 parte general, y 243 parte general e inciso 2º, de la ley 24.522, y admitió que el crédito a favor de B.M.F. gozaba de privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio.

Como asunto preliminar, quiero aclarar que no pretendo adentrarme a discutir lo que es el controvertido instituto del “conjuez”⁽⁸⁾ ni tampoco extenderme demasiado en el contenido de la sentencia, sino que procuro ingresar al análisis de los principales argumentos que tuvieron en cuenta los magistrados –y la conjuez– intervinientes en cada uno de sus votos para apartarse de un régimen previsto por el legislador como de naturaleza legal, y declarar su inconstitucionalidad.

En líneas generales, los tres magistrados ponderaron la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentra el actor. Luego de analizar los TTII en juego que fueron incorporados a nuestra CN en el art. 75.22, procedieron a declarar la inconstitucionalidad del régimen de privilegios.

El Dr. Maqueda ponderó el derecho a la vida, su valor fundamental y su inviolabilidad con respecto a los demás, y que las normas concursales no daban una respuesta adecuada a la situación de vulnerabilidad⁽⁹⁾. El Dr. Rosatti entendió que declarar la inconstitucionalidad del régimen se veía como la única forma de tornar operativa la protección especial de los TTII en el caso concreto⁽¹⁰⁾.

Finalmente, la Dra. Medina –que interviene como conjuez ante la excusación del Dr. Rosenkrantz– alude a que aplicar en este caso el régimen de privilegios del CCCN y la LCQ no solo no respeta el derecho a la salud del vulnerable, sino que agrava sus condiciones físicas ya deterioradas, por lo que sería aún más perjudicial si no se establece un pronto pago⁽¹¹⁾. Luego de aludir a diversas Observaciones Generales realizadas por Comités Internacionales de Derechos Humanos, arriba a la conclusión de que el régimen de privilegios de la LCQ no permite dar una respuesta adecuada, definitiva y acorde a la situación de B.M.F., por lo que declara la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales⁽¹²⁾.

Los tres jueces aludieron a un precedente de la Corte, “Pinturas y Revestimientos Aplicados SA”⁽¹³⁾, en el cual el Tribunal desplazó reglas de los arts. 239 primer párrafo,

(1) CSJN, Fallos: 315:1492.

(2) Lorenzetti, R. L. (2014). *Código Civil y Comercial Comentado dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti*, 1º ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 29-30.

(3) Vítolo, Daniel R. (2016). “La evolución del régimen de privilegios en la Ley de Concursos y Quiebras. De un “orden cerrado” estable a un “orden poroso” inestable”, *Diario El Derecho*. Cita Digital: ED-DCCLXXV-922.

(4) Truffat, D. E. (2009). “La cuestión apremiante de los ‘acreedores involuntarios’ en los concursos”, *Diario El Derecho*. Cita Digital: ED-DCCLXX-684.

(5) Junyent Bas, Francisco (2007). “Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales”, *Diario La Ley*. Cita Online: AR/DOC/2741/2007.

(6) A modo de ejemplo, ver: Cám. 1º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, “González Feliciana c/ Micrómnibus Gral. San Martín s/incte. verificación tardía”, sentencia del 18 de mayo de 2004; SCBA, “Persini, Ada Susana. Incidente de revisión en autos Racing Club. Concurso preventivo”, sentencia del 17/6/2009.

(7) CSJN, Fallos: 342:459.

(8) Controvertido por cuanto la Constitución Nacional es la que crea y establece el sistema de integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dejando el resto para la legislación. Así, el instituto del conjuez, creado por vía legal y no por el constituyente (originario o derivado), fue variando a lo largo del tiempo. Actualmente rige la ley 23.498. En Estados Unidos –fuente inmediata de nuestra organización judicial– no existe el sistema de conjueces. Allí, en caso de empate por no poder intervenir un *justice* o por estar un puesto vacante, queda firme la sentencia del tribunal recurrido. Para ampliar sobre este asunto, recomiendo: Carnota, Walter (2014). “La regulación de los conjueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: historia y actualidad”, *El Dial*. Cita Online: elDial DC1CEE.

(9) Considerando 14.

(10) Considerando 16.

(11) Considerando 13.

(12) Considerando 19.

(13) CSJN, Fallos: 337:315.

247 y 249 de la LCQ aplicando el Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT).

Llegados a este punto, cabe preguntarse: ¿Efectivamente los instrumentos internacionales que fueron aplicados al caso “Institutos Médicos Antártida” establecen un deber expreso de otorgar privilegios a cualquier crédito que afecte los derechos por ellos reconocidos? ¿Los privilegios se otorgan a un crédito o a un sujeto? ¿De ser así, por qué el legislador no amplió la gama de privilegios al unificar los códigos civil y de comercio en 2015? ¿La omisión de medidas de acción positiva por parte de las autoridades públicas implica que los jueces adopten decisiones que en principio corresponden al legislador? ¿Qué ocurre con el derecho de los demás acreedores verificados y declarados admisibles? ¿Este “precedente” acaso no puede abrir un camino en el que el orden de privilegios legales y excepcionales se vuelva pretoriano, y se transforme en la regla general, simplemente por la mera afirmación de que se trata de un derecho tutelado por un Tratado Internacional?

V. El caso previo contrario y la actuación de la Corte “original”

En primer lugar, no puedo dejar pasar la mención de una sentencia con una plataforma fáctica muy similar, dictada por la Corte en noviembre de 2018 (cuatro meses antes) en autos “Asociación Filantrópica Francesa”⁽¹⁴⁾, en el cual, a diferencia de “Institutos Médicos Antártida”, la Corte mantuvo el régimen legal y de excepción de los privilegios y responde a varios de los interrogantes planteados en el final del apartado anterior.

A pesar de que la composición del Alto Tribunal era distinta en aquel caso, ya que no intervino ningún conjuer y decidieron el caso los cinco magistrados “originales” de la Corte, es importante tener en cuenta que en este caso tres de los cinco magistrados –Dres. Rosenkrantz, Lorenzetti y Dra. Highton de Nolasco– arribaron a una misma conclusión en un voto conjunto.

La mayoría de la Corte señaló que el carácter privilegiado de un crédito implica otorgarle el derecho de ser pagado con preferencia a otro, *extremo que únicamente puede surgir de la ley* (énfasis agregado). Sentenció que los privilegios, en tanto constituyen una excepción del principio de la *par conditio creditorum*, *deben ser interpretados de manera restrictiva* (énfasis agregado).

La Corte entendió que el régimen contemplado en el título IV, capítulo I de la ley 24.522 *responde a la causa o naturaleza del crédito con independencia de la condición del sujeto, y que la preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces* (énfasis agregado).

Finalmente, en tanto a los TTII y demás normas de protección invocadas, el Tribunal señaló que están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y personas con discapacidad puedan alcanzar el más alto nivel de vida posible, y de manera particular en lo que hace a la salud, rehabilitación, desarrollo individual e integración social. Entendió que, si bien los pactos internacionales invocados contienen cláusulas vinculadas con la asistencia y cuidados especiales que se les debe asegurar a los niños y discapacitados, *de ellos no se deriva el reconocimiento de un privilegio crediticio como el reclamado* (énfasis agregado).

Además, como bien sostuvo la CSJN en el precedente “Asociación Filantrópica Francesa”, los TTII invocados por la parte actora para fundamentar el otorgamiento de un privilegio a su crédito *no establecen expresamente el deber de los Estados signatarios de otorgar un privilegio en el marco de un proceso concursal* (énfasis agregado). Esto contrasta con el mencionado pronunciamiento “Pinturas y Revestimientos”, donde la Corte cita un Convenio OIT que sí explicita esa obligación para los Estados parte⁽¹⁵⁾. Esto podría justificar, al menos en parte, la ruptura de la legalidad del esquema de privilegios, sin que ello

(14) CSJN, Fallos: 341:1511.

(15) En efecto, el Convenio OIT 173, en su Parte II “Protección de los créditos laborales por medio de un privilegio”, establece en el art. 5: “En caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda”; y el art. 8.1 fija: “La legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social”.

implique abandonar la postura de la taxatividad del sistema.

La Corte acierta en señalar que los privilegios se instituyen a favor de un crédito específico y no de un sujeto determinado. Este aspecto es muy importante, ya que a partir del pronunciamiento en “Institutos Médicos Antártida” comenzaron a asomarse en el horizonte jurisprudencial y doctrinario planteamientos sobre la posibilidad o necesidad de ampliar el espectro de privilegios en cuestiones ambientales o de violencia de género, entre otras⁽¹⁶⁾. Esta tendencia es una consecuencia derivada del exceso de atribuciones que, en algunos casos, ejerce la CSJN como máximo y último intérprete de la CN y del bloque de legalidad, tema sobre el cual me explayaré más adelante.

VI. ¿Qué “precedente” de la CSJN están obligados los tribunales mercantiles inferiores?

El vocablo “precedente” en materia jurisprudencial es cuando menos controvertido, pues alude a cuestiones en las que no hay unanimidad conceptual. En Argentina lo más común es el uso del término “precedente” de manera intercambiable con el de “sentencia”, es decir, con ambos se alude a una decisión judicial anterior que resuelve un caso; en cambio, en el *common law*, el término “precedente” no alude a cualquier sentencia, sino a aquella parte de una sentencia que contiene una doctrina legal con valor vinculante para la decisión de un caso análogo posterior⁽¹⁷⁾. Pero a veces en Argentina los jueces utilizan dicho término para aludir a lo que los operadores jurídicos del *common law* entienden como “precedente”, es decir, a la *doctrina legal vinculante y extraíble de un caso anterior*, sea tanto del mismo tribunal que se va a pronunciar, como de uno de su misma jerarquía o de uno superior (énfasis agregado)⁽¹⁸⁾.

Sin ánimos de extenderme sobre este asunto –del que ya otros se han ocupado con mayor agudeza⁽¹⁹⁾–, cuando me refiero a la importancia del “precedente”, lo hago aludiendo a aquella doctrina legal extraíble de un caso previo resuelto por un tribunal anterior, en este caso, por el Máximo Tribunal de nuestro país; e intento destacar cómo una decisión de este, resuelta en mayoría, se proyecta a las futuras decisiones no solo de la misma Corte, sino también de los tribunales inferiores del país, tanto federales como ordinarios y nacionales. La única posibilidad de apartarse de un “precedente” sentado por la CSJN es mediante argumentación fundada de los motivos de dicho alejamiento⁽²⁰⁾.

Como se mencionó, la sentencia “Asociación Filantrópica Francesa” no solo cuenta con la composición original de la Corte, sino que además tenemos un voto de una mayoría compuesta por tres jueces de cinco que integran el Tribunal. Por el contrario, en el caso “Institutos Médicos Antártida” intervienen solo cuatro de los cinco magistrados de la Corte, e interviene una conjuer en lugar del Dr. Rosenkrantz, que se excusó de intervenir por haber sido abogado del demandado con anterioridad a ser magistrado de la CSJN.

(16) A modo de ejemplo, ver: Siano, Juan Martín (2024). “El crédito por recomposición ambiental y la legislación falencial argentina”. Disponible en: <https://abogados.com.ar/el-credito-por-recomposicion-ambiental-y-la-legislacion-falencial-argentina/34455>. Última visita: 10/04/2024; Marega, Alexis Matías (2023). “Reinterpretación del derecho concursal en clave de perspectiva de género”, El Dial. Cita Online: elDial DC3334; CNACOM, sala F, “Fundación Educar s/ concurso preventivo”, 15 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2022/02/07/fallos-indemnizaciones-vs-concursos-la-indemnizacion-otorgada-a-un-menor-que-sufrio-abusos-sexuales-en-su-ninez-no-puede-ser-sometida-a-concurso-ya-que-impacta-disvaliosamente-sobre-la-acreencia/>. Última visita: 08/08/2024. Recomendando leer también el dictamen de la Fiscal ante la Cámara Comercial.

(17) Ratti Mendaña, F. S. (2020). “¿A qué nos referimos cuando hablamos de ‘precedente?’” [en línea], Prudentia Iuris, p. 89. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10132>.

(18) Ob. cit. Ratti Mendaña, F. S. (2020).

(19) Ob. cit. Ratti Mendaña, F. S. (2020); Legarre, Santiago (2016). “Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ábaco.

(20) En esta materia rige el *leading case* de la CSJN “Cerámica San Lorenzo” (1985), Fallos 307:1095, en el que el Tribunal sostuvo en su considerando segundo que “... carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia...”. Esto es lo que el Dr. Legarre denomina “obligatoriedad atenuada” en Argentina, en ob. cit. Legarre, Santiago (2016).

Del caso “Asociación Filantrópica Francesa” podemos extraer claramente una doctrina legal vinculante que debería ser seguida tanto por la misma Corte como por los tribunales mercantiles inferiores de todo el país, tanto nacionales como ordinarios. Se desprenden las siguientes tesis: i) que los privilegios son únicamente de origen legal; ii) que constituyen una excepción a la *par conditio creditorum*; iii) que solo los pueden estatuir el legislador y no los jueces; iv) que se establecen en virtud del crédito y no del sujeto, y v) que lo dispuesto por los TTII son deberes impuestos a las autoridades públicas del Estado, pero que de ellos no deriva un deber de alterar el régimen taxativo de privilegios establecido por el legislador argentino.

Cuestión diferente es lo resuelto en “Institutos Médicos Antártida”, donde la Corte no solo no cuenta con su integración original, sino que además arriba a una conclusión a partir de tres votos divididos, es decir, con diferentes argumentaciones.

En casos con similitudes fácticas tan marcadas, donde la Corte, en un fallo anterior y con su composición original, por mayoría tanto en la argumentación como en la resolución, realizó una interpretación de las leyes y Tratados involucrados y arribó a una solución, una composición variada posterior del Tribunal debería –al menos– seguir dicha doctrina legal. El o la juez interviniente debería alinearse con el voto mayoritario del caso anterior.

El “volantazo” en una materia que ya fue decidida en un caso anterior, como ocurrió con el caso “Institutos Médicos Antártida”, no solo genera inseguridad jurídica, sino que distorsiona la doctrina legal a seguir por los tribunales inferiores del país, que se nutren de lo expresado por la CSJN en sus sentencias.

A pesar de las circunstancias fácticas padecidas por la actora del caso “Instituto Médicos Antártida”, considero que la LCQ y el CCCN son claros en cuanto al carácter legal y restrictivo del régimen de privilegios. Además –y como bien menciona la Corte en “Asociación Filantrópica Francesa”–, el deber de realizar acciones positivas en torno a aquellos grupos históricamente postergados es un deber de las autoridades públicas en el marco de su competencia, es decir, legisladores y poder administrador, y no una carga que deban soportar los acreedores en el marco de un concurso, que también son sujetos que, si ya de por sí deben tolerar el concurso o la quiebra de su deudor para aunque sea lograr cobrar un porcentaje de su acreencia original, más aún se verán afectados sus derechos si se altera el carácter preferencial de su privilegio creando otros por vía judicial.

Además, cabe interrogarse por qué los acreedores del concurso deben tolerar las obligaciones impuestas por TTII cuando, en realidad, corresponde a las autoridades públicas cumplir con dichas obligaciones. Si debiéramos atenemos estrictamente a los hechos del caso de “Institutos Médicos Antártida”, el damnificado nació –*mala praxis* mediante– en 1990; en 1992 sus progenitores iniciaron la acción de daños y perjuicios; en 1998 se obtuvo la sentencia de primera instancia y fue recién en 2003 que la Cámara Civil confirmó la sentencia apelada. Se decretó la quiebra del Instituto Médico y en 2007 el juez interviniente dictó sentencia donde declaró parcialmente inconstitucional el régimen de privilegios. Luego, en 2010, la Cámara revocó la sentencia, e interpuesto el REF por los progenitores y la Defensora Pública de Menores, cuatro años después hubo dictamen de la Procuradora General de la Nación. Finalmente, la CSJN se pronunció en 2019. Es decir, entre la *mala praxis* y la sentencia de daños pasaron más de diez años y, luego, el incidente de verificación llevó también más de diez. En total, la misma Corte señala que pasaron veintiocho años. Entonces, ¿por qué una grave violación al plazo razonable por parte de las autoridades públicas debe ser soportada por los legítimos acreedores de la quiebra?

Estos acreedores están viendo afectado su derecho fundamental a la inviolabilidad de la propiedad, también reconocido por nuestra CN en su artículo 17 y por diversos TTII⁽²¹⁾. ¿Dónde está el fundamento legal para privar a los legítimos acreedores de su crédito? Si justamente es la propia ley la que expresamente dispone que los privile-

gios son de carácter legal y no pueden ser creados por los particulares ni por los jueces.

Con esto no quiero decir que las situaciones como las padecidas por la actora en “Institutos Médicos Antártida” no deban ser consideradas, sino que deben ser tratadas donde y por quien corresponde, que no son los jueces. Citando al Dr. Truffat, los jueces deben hacer justicia sin sacrificar al derecho, no brindando soluciones para la tribuna ni pretendiendo elaborar “trajes a medida” que impliquen de modo indirecto usurpar facultades legislativas⁽²²⁾.

VII. La importancia de respetar la legalidad de los privilegios

El principio general en materia de obligaciones es que el patrimonio constituye la garantía común de los acreedores y todos ellos se hallan en pie de igualdad cuando los bienes son suficientes para satisfacer los créditos (arts. 242 y 743, CCCN). Pero en algunos casos, obedeciendo a fundamentos basados en el interés general, la justicia, la humanidad, o la misma conveniencia del propio deudor, el legislador decide romper ese principio de igualdad y otorgar a determinados créditos una situación especial de preferencia, teniendo en cuenta la naturaleza o causa del crédito y no del sujeto acreedor⁽²³⁾.

Es por ello que los privilegios son únicamente de origen legal y, como bien expresa el CCCN, no pueden ser creados ni por las partes ni por los jueces. Es decir, el mandato no es implícito o tácito, sino que explícitamente el legislador les veda a los jueces –entre ellos a los “cortezanos”– la posibilidad de crear privilegios.

Alterini sostiene que reivindicar el principio de legalidad del privilegio admite más de una lectura: descarta la posibilidad de cualquier creación convencional de calidades de algún crédito; precisa el carácter de atributo legítimo que recibe un crédito, lo que no puede ser otorgado por particulares; y predica también el carácter legal de la organización jerárquica del concierto de privilegios⁽²⁴⁾.

También el legislador fue claro en el CCCN al señalar la interpretación de carácter restrictivo del sistema de privilegios ya que, como toda excepción, no puede jamás constituirse en regla del sistema. Ante la duda, no hay privilegio.

Declarar parcialmente la inconstitucionalidad del referido esquema –sea en la LCQ como en el CCCN– provocaría una incertidumbre gigantesca en el tráfico mercantil y jurídico⁽²⁵⁾, ya que el otorgamiento de determinadas garantías con privilegio como lo podrían ser una hipoteca, una prenda, un *warrant*, etc., es muy común en los negocios a los fines de conceder préstamos dinerarios, garantizar obligaciones de dar o de hacer u otorgar contragarantías.

Todos estos negocios y sus respectivas herramientas podrían verse frustrados por una interpretación judicial aislada y carente de fuerza legal vinculante. Si los operadores comerciales tienen incertidumbre sobre la posibilidad de que su crédito mantenga el carácter de privilegiado ante una futura insolvencia o quiebra de su deudor, paralizarían o aumentarían los costos de transacción e indicadores económicos⁽²⁶⁾.

La valoración del legislador al estatuir el esquema de privilegios fue rigurosamente pensada y discutida, ya que, como bien señaló la Dra. Mariani de Vidal, “... tratándose de la colocación que tendrán los diferentes acreedores al agredir el patrimonio del deudor...ellos involucran al crédito y aun a la propiedad, que son motores del progreso de las sociedades...cada sociedad organizará su sistema de privilegios de conformidad con la concepción que pretenda de sí misma y los valores que desee resguardar...”⁽²⁷⁾.

Se tornaría peligroso y hasta poco democrático querer corromper dicha concepción de valores si se sigue la tendencia marcada por una decisión de la Corte como lo es la de autos “Institutos Médicos Antártida” que, como refe-

(22) Ob. cit. Truffat, D. E. (2009).

(23) Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Marisa Herrera (2015). *Código civil y comercial de la Nación Comentado*, 1º ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, Tomo VI. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>. Última visita: 7/4/2024.

(24) Alterini, Jorge Horacio (2016). *Código Civil y Comercial Comentado: Tratado Exegético*, 2º ed. actualizada y aumentada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley.

(25) Ob. cit. Paniagua, J. M. (2023).

(26) Ob. cit. Paniagua, J. M. (2023).

(27) Mariani de Vidal, Marina (2012). “Los privilegios en el Proyecto de Código”, La Ley. Cita Online: AR/DOC/4279/2012.

(21) Paniagua, J. M. (2023). “Los privilegios de los acreedores involuntarios dentro del régimen concursal vigente a la luz del fallo “Institutos Médicos Antártida” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Prudentia Iuris*, (95), pp. 145-180. <https://doi.org/10.46553/prudentia.95.2023.pp.145-180>.

rimos más arriba, no constituye un precedente en sentido estricto y además violenta un mandato legal expreso.

VIII. Conclusiones

La Constitucionalización del Derecho Privado es un proceso que está en marcha en Argentina desde la década de 1990 y al que no se le puede hacer la vista gorda.

Pero el codificador de 2015, al unificar los códigos Civil y de Comercio y habiendo transcurrido veinte años aproximadamente desde la reforma constitucional, estableció un régimen de privilegios taxativo, que no contempla la posibilidad de los magistrados de crear privilegios, ni siquiera en aquellos casos cuyo fundamento sea basado en la dignidad, derecho a la vida, la salud, la igualdad, el género o el ambiente, que, si bien son derechos incluidos en TTII de los que la República Argentina es signataria, de ellos no se deriva un deber para los jueces de alterar un esquema que solo le corresponde al legislador ponderar. El régimen del CCCN es claramente extensible a la LCQ para la interpretación de los privilegios estatuidos.

Si se pretende crear nuevas excepciones al régimen de la *par conditio creditorum*, se debe hacer como corresponde, reforma legislativa mediante, sea al CCCN como a la LCQ. El carácter taxativo del sistema de privilegios no es antojadizo, sino que, como excepción, debe ser cerrado y

de interpretación restrictiva como bien remarca la ley⁽²⁸⁾. No debe caerse en el peligro de hacer de dicha excepción la regla, ya que ello desvirtuaría el régimen excepcional de privilegios y crearía un ecosistema donde la mayor o menor importancia de un crédito estaría determinada por los jueces, mediante su “mejor” juicio ante un caso falencial.

Finalmente, en torno a las sentencias de la CSJN que son objeto del presente comentario, considero que los tribunales mercantiles que deban resolver planteos sobre la posible inconstitucionalidad del esquema legal de privilegios deben seguir el criterio sentado por el Alto Tribunal en el caso “Asociación Francesa Filantrópica” de 2018. Este caso constituye un precedente en sentido estricto, del cual se extrae una doctrina legal clara, expuesta por tres de los cinco magistrados “originales” de la Corte, quienes comparten un voto para arribar a la misma solución: la legalidad, taxatividad y objetividad del sistema de privilegios.

VOCES: PRIVILEGIOS - ACREEDOR - DEUDOR - CRÉDITOS PRIVILEGIADOS - CONCURSOS - FIDEICOMISO - CONTRATO DE TRABAJO - FIANZA - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - CRÉDITOS LABORALES - EMPRESA - COMERCIO E INDUSTRIA

(28) Ob. cit. Paniagua (2023).