

Pontificia Universidad Católica Argentina

Facultad de Derecho

Estudiante: Juan Ignacio Ucha

Curso: Quinto año Mañana “A”

Número de registro: 041300538

Trabajo práctico en el marco de “Mi Primera Publicación”: Los privilegios concursales y los derechos humanos

Los privilegios concursales y los derechos humanos

El estado de dicha cuestión constituye uno de los ejes jurídicos más relevantes en cuanto a su debate en la doctrina y jurisprudencia argentina. La reforma de la Constitución Nacional Argentina en 1994 trajo aparejada consecuencias en las ramas jurídicas del Derecho argentino. La incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional y superior a las leyes argentinas ha originado ciertas discrepancias entre ambos.

Dicha discrepancia, específicamente en cuanto a lo establecido por la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras y lo dicho por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional se ha visto reflejada en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado en marzo de 2019. Se trata del caso *Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F)*¹. La Corte privilegió el crédito concursal de una persona con discapacidad, haciendo lugar a los recursos extraordinarios interpuestos por los padres de B.M.F. y la Defensora Pública de Menores e Incapaces y dejando sin efecto la sentencia apelada de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. En uso de las atribuciones conferidas por la ley 48, declaró en esta causa la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los arts. 239, párrafo 1°, 241, 242 parte general, y 243 parte general e inciso 2°, de la ley 24.522, y admitió que el crédito a favor de B.M.F. (la persona discapacitada) goza de privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio.

Lo trascendente es la proximidad en el tiempo que dicho fallo guarda con otro fallo dictado en sentido contrario por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en noviembre de 2018. Se trata de la sentencia *Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros*.² Allí el principio rector fue que las condiciones

¹ CSJN, “*Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ incidente de verificación (“R.A.F. y L.R.H. de F.”)*”, CS, AR/JUR/1632/2019.

² CSJN, “*Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros*”, CS, Fallos: 341:1511, AR/JUR/5636/2018.

personales del acreedor no alteran el régimen de privilegios establecido por el legislador en el marco de una quiebra, respetando el principio de objetividad de los privilegios. Dicho crédito se originó en una condena en un juicio por mala praxis contra un médico y la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia y La Fortuna S.A. Argentina de Seguros Generales. M.B.L. resultó con una incapacidad al momento de su nacimiento. La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la resolución de primera instancia, la cual había declarado la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales y dado al damnificado un crédito con privilegio especial por sobre cualquier otro y le asignó el carácter de quirografario. Contra la decisión de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, tanto los curadores de M.B.L. como la Fiscal General ante la Cámara y la Defensora Pública de Menores e Incapaces y ante el mismo tribunal interpusieron recursos extraordinarios, invocando Tratados Internacionales de Derechos Humanos. La Corte estableció que el carácter privilegiado de un crédito implica otorgarle el derecho de ser pagado con preferencia a otro, extremo que solo puede surgir de la ley. También hizo mención al principio de interpretación restrictiva de los privilegios. En cuanto a los tratados internacionales y normas de protección invocadas, la Corte señaló que es el Estado el sujeto pasivo de dichas obligaciones y es quien debe proteger a las personas con discapacidad y velar por que puedan alcanzar el más alto nivel de vida posible y no los particulares. También dijo que si bien los pactos internacionales invocados (Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) contienen cláusulas vinculadas con la asistencia y cuidados especiales que se les debe asegurar a los niños y discapacitados, los mismos no son operativos en cuanto al reconocimiento de un privilegio crediticio como el reclamado y, por tanto, confirmó la sentencia apelada.

Es de importancia analizar en profundidad ambos fallos dictados en sentido discordante por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si bien la composición de la Corte no ha sido la misma a la hora de dictar sentencia en las dos causas mencionadas, no puede dejar de desconocerse el cuestionado estado actual de la cuestión, ya que también hay fallos tanto de primera como de segunda instancia discordantes en cuanto a esta problemática. Está presente por un lado la Ley Concursal, la cual pretende ser autosuficiente y posee principios que han sido incuestionados hasta hace poco tiempo y por el otro lado se encuentran los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, tratados a los cuales debe agradecerse la protección demandada de los Derechos Humanos. Dicha protección tiene la problemática de no ser siempre de por sí operativa, sino que en ocasiones necesita de una reglamentación y en otros casos surge la cuestión de si además de los Estados son los particulares los obligados a proteger dichos Derechos.

La ley 24.522 de Concursos y Quiebras establece un sistema en principio cerrado en cuanto a las directrices que rigen los privilegios concursales. Se encuentra el principio de legalidad según el cual los privilegios solo pueden ser creados por ley y no dependen de la voluntad de las partes. También se encuentra el principio de accesoriedad del crédito según el cual los privilegios siguen la suerte de la cosa principal (el crédito), el de indivisibilidad que establece que el privilegio descansa sobre toda la cosa sin que la división de la cosa pueda disminuir el alcance del privilegio y el de interpretación restrictiva, el cual excluye la analogía.

Dicha ley clasifica a los privilegios en generales (si se asientan sobre un conjunto de bienes de cualquier tipo y naturaleza) o especiales (según recaigan sobre ciertos bienes en particular). El asiento del privilegio es el bien o los bienes cuyo producido queda afectado al pago con preferencia del crédito amparado por la preferencia establecida. El privilegio es general si se asienta sobre todos los bienes del deudor. La extensión del privilegio es su alcance en relación al capital y eventualmente a sus accesorios y el rango del mismo es el lugar que ocupa en el orden de las preferencias en relación con otros créditos.

En cuanto al orden de cobro de los créditos la Ley Concursal es clara. En primer lugar, se encuentran los acreedores con privilegio especial los cuales concurren sobre el producido de la venta del bien afectado a su preferencia. En esta categoría se encuentran los créditos con garantías reales, los cuales tienen prelación temporal de cobro a través del concurso especial y los créditos laborales, a través del pronto pago. En segundo lugar se encuentran los gastos de conservación y justicia generales, que concurren sobre el excedente total del activo liquidado, después de que se descuenten los créditos con privilegio especial. Pueden percibir hasta el ciento por ciento de sus créditos sobre el mencionado producto. Se pueden percibir a partir de su exigibilidad, no teniendo que esperar al proyecto de distribución y sin tener que verificarse. En tercer lugar se encuentran los acreedores con privilegio general laboral, que concurren sobre el restante total del activo liquidado, una vez que se hayan descontado los créditos con privilegio especial más los gastos de conservación y justicia generales. Estos pueden percibir hasta la totalidad de sus créditos sobre el producto mencionado. En cuarto lugar, concurren los restantes acreedores con privilegio general, sobre la mitad del excedente del activo liquidado, luego de que se haya descontado todos los montos de los créditos de las tres categorías mencionadas anteriormente. La otra mitad del producto queda para la categoría inferior, es decir que en quinto lugar se encuentran los saldos impagos de los créditos con privilegio general de la categoría anterior junto a los acreedores quirografarios. Ambos grupos concurren sobre lo que quede del producto hasta cobrar el ciento por ciento de sus acreencias y se distribuye a prorrata. En sexto lugar concurren los acreedores subordinados generales, sobre el excedente que eventualmente quede. Dentro de cada categoría puede haber concurrencia de acreedores.

Antes de pagar los créditos que tienen privilegios especiales, se debe reservar del precio del bien sobre el que recaen, los importes que correspondan a la conservación, custodia, administración y realización del mismo hechos en el concurso. También se debe calcular una cantidad para atender a los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso, que correspondan solo a diligencias sobre tales bienes, conforme al artículo 244 de la Ley 24.522. Los acreedores con privilegio especial, entre ellos y sobre el mismo bien, concurren como principio según el orden de los incisos del artículo 241 de la Ley de Concursos y Quiebras, es decir:

- 1) Los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta, mientras exista en poder del concursado por cuya cuenta se hicieron los gastos;
- 2) Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por SEIS (6) meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y

maquinarias que, siendo de propiedad, del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación;

3) Los impuestos y tasas que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos;

4) Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante;

5) Lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida a la fecha de la sentencia de quiebra. El privilegio se extiende a la garantía establecida en el Artículo 3943 del Código Civil;

6) Los créditos indicados en el Título III del Capítulo IV de la Ley N° 20.094, en el Título IV del Capítulo VII del Código Aeronáutico (Ley N. 17.285), los del Artículo 53 de la Ley N. 21.526, los de los Artículos 118 y 160 de la Ley N. 17.418.

Dentro de los privilegios reconocidos en el mismo inciso concurren sobre el producto del mismo bien, a prorrata.

Los privilegios señalados en el inciso 4, 5 y 6 escapan a la regla de concurrencia establecida en el artículo 241. Ellos se guían por lo establecido en el artículo 243. Dicho artículo establece que los privilegios señalados en los incisos 4 y 6 del artículo 241 se rigen por los respectivos ordenamientos. Tanto para los acreedores hipotecarios como los prendarios, rige el principio de primero en el tiempo mejor en el derecho. Aquella hipoteca o prenda que se haya constituido primero en el tiempo tendrá preferencia sobre una constituida con posterioridad. Además, la hipoteca naval y la aeronáutica tienen su propio régimen de ejecución.

Los demás acreedores, entre los cuales se encuentran los créditos del concurso, los privilegiados generales laborales, privilegiados generales no laborales y quirografarios concurren entre ellos dentro de sus correspondientes categorías según la regla del prorrateo. En caso de que los fondos que se reparten dentro de cada categoría son insuficientes para pagar todos los montos concurrentes, se repartirán proporcionalmente.

A pesar de que los principios y órdenes establecidos por la ley concursal parecen ser claros, suelen surgir inconvenientes, como la concurrencia de acreedores laborales y prendarios sobre un mismo bien. El Código Civil y Comercial establece la solución a dicho conflicto en su artículo 2586, inciso e. Los créditos con garantía real prevalecen sobre los créditos laborales devengados con posterioridad a la constitución de la garantía. Se mantienen en la Quiebra los privilegios de los acreedores que se admitan en el Concurso Preventivo.

La Doctrina ha debatido acerca de si la categoría de gastos de justicia constituye estrictamente un privilegio. Junyent Bas coincide con Rivera en cuanto a que aunque no se trata de un privilegio stricto sensu sino de una categoría ajena y extraconcursal lo importante es el régimen legal al que están sometidos. Como se dijo anteriormente son los

créditos del procedimiento concursal hechos en el interés común de los acreedores. No deben verificarse y en el caso de insuficiencia de fondos rige el prorratio. Deben abonarse cuando resulten exigibles. Pero en el caso de los honorarios, los mismos deben esperar a la distribución final, recién allí serán determinados. Dichos gastos pueden ser en principio créditos originados en gastos necesarios para la seguridad, conservación y administración de los bienes del concurso o los mencionados honorarios y costas por diligencias concursales. También se encuentran entre otros créditos pertenecientes a dicha categoría la tasa de justicia de los juicios iniciados por el síndico, prestaciones que el contratante in bonis cumple luego de la presentación en concurso preventivo y las remuneraciones devengadas en razón del contrato de trabajo, en la etapa de explotación de la empresa.

En cuanto a la enumeración que la Ley realiza de los créditos con privilegio especial, la misma es taxativa y la prelación de cobro resulta del orden de los incisos del artículo 241. El principio reinante para dichos acreedores es que pueden hacer efectivos sus créditos en el Concurso Preventivo luego de la homologación del acuerdo y en el caso de la Quiebra luego de la liquidación del bien específico. De los anteriormente mencionados créditos en el artículo 241 se dan distintos fundamentos y exigencias para el establecimiento del privilegio. En cuanto a los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa la Ley exige que hayan sido realizados por el deudor concursado o fallido y que la cosa aun exista en poder del concursado.

En cuanto a los créditos laborales, la ley establece el doble privilegio especial y general. Tendrán el especial aquellos que se hayan originado por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses sin importar si son inmediatamente anteriores a la apertura del concurso y aquellos originados en indemnizaciones debidas por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo. En cuanto a la extensión de dicho privilegio la misma alcanza al capital y a los intereses por dos años contados desde la mora. Si no son suficientes los bienes afectados al privilegio especial, los créditos laborales tendrán privilegio general. En dicho caso no estarán sometidos a la limitación del 50% del producido de los bienes como el resto de los privilegiados generales y deben ser pagados antes de que tenga lugar la distribución de este porcentaje. Como asiento, los créditos laborales con privilegio especial tienen a las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación. Los créditos fiscales con privilegio especial son los impuestos y tasas que gravan determinados bienes como los inmuebles. Su extensión no va más allá del capital por lo que no se incluyen multas. A diferencia del crédito laboral con privilegio especial, en caso de insuficiencia del producido del bien sobre el cual recaía el crédito, el mismo pasa a ser quirografario.

Los créditos con garantía real y obligaciones negociables tienen como extensión del privilegio especial tanto al capital como a los intereses por dos años anteriores a la Quiebra y los compensatorios posteriores si es que llegan a abonarse con el producido de los bienes. Son créditos que se rigen por su propio ordenamiento. La hipoteca está regulada en el Código Civil y Comercial (artículo 2586), el cual establece que los créditos con garantía real prevalecen sobre otros créditos con privilegio especial que se hayan devengado luego de la constitución de la garantía. El privilegio se extiende al capital, los intereses pactados debidos por dos años antes de la sentencia de quiebra, y también los moratorios y sancionatorios, incluyendo los gastos y costas. La hipoteca tiene sus propios

gastos de conservación y de justicia. En cuanto a la hipoteca naval, la misma esta reglada por el artículo 474 de la Ley de Navegación y se extiende al capital y a los intereses debidos por un año que tienen también sus propios gastos de justicia. La hipoteca aeronáutica está regulada por el Código Aeronáutico en el artículo 53. El privilegio en este caso se extiende solo al capital y a las costas.

En cuanto a la prenda, la misma esta reglada por el artículo 2582 del Código Civil y Comercial. Lo establecido allí vale para la prenda con desplazamiento o la registral. El alcance del privilegio incluye las costas, los intereses debidos por dos años anteriores a la quiebra y los compensatorios posteriores a ella hasta el efectivo pago con la limitación impuesta por el artículo 126 de la Ley 24.522. El privilegio del acreedor con warrant está regulado por la ley 9643 y prevalece ante cualquier otro crédito salvo los derechos de depósitos, gastos y comisiones de la venta y del impuesto establecido por dicha ley. En cuanto a los debentures con garantía especial, se encuentran reglados por analogía por las disposiciones de los créditos hipotecarios y prendarios. El privilegio especial del retenedor varía según se esté en un Concurso Preventivo o en una Quiebra. La falencia suspende el ejercicio del derecho de retención sobre bienes que puedan ser desapoderados, deben ser entregados al síndico. Si cesada la Quiebra el bien subsiste y el retenedor no fue pagado, la cosa debe ser entregada al retenedor. Dicho crédito prevalecerá sobre el resto de los créditos con privilegio especial si es que la retención comenzó a ejercerse antes de que nazcan los créditos privilegiados.

En el último inciso del artículo 241 de la Ley 24.522 se encuentran los créditos de la Ley de Navegación, del Código Aeronáutico, de la Ley de Entidades Financieras y de la Ley de Seguros. El privilegio marítimo otorga el poder jurídico de perseguir el crédito sobre el buque, carga y flete, con preferencia a otros acreedores. El privilegio aeronáutico está reglado por la ley 17.285. Por su parte, según lo que dice Graziabile, los créditos de las Entidades Financieras de la ley 21.526 constituyen una categoría intermedia entre los especiales y los generales lo cual trae aparejado conflictos con el esquema de la ley 24.522. Todos los acreedores mencionados en el inciso 4 del artículo 241 pueden petitionar la formación del concurso especial pero deben soportar los gastos del mismo.

La subrogación real implica el reemplazo del bien asiento del privilegio por la suma dineraria que puede ser entre otras el precio o el producido. Rige la misma afectación que pesaba sobre el bien enajenado. Los requisitos para que proceda la subrogación son la existencia del bien asiento del privilegio especial, que la sustitución tenga lugar mediante una enajenación regular y que no se trate de una pérdida del bien en cuestión. Si el producto de la realización del bien es insuficiente para cubrir el crédito privilegiado, la porción excedente pasará a ser un crédito quirografario.

Los créditos con privilegio general tienen su enumeración taxativa dada por la Ley 24.522. Entre ellos se encuentran los laborales, los cuales tienen una extensión superior a los créditos laborales con privilegio especial. El capital de estos créditos está cubierto con preferencia a la totalidad del resto de los privilegios generales y sin la limitación del cincuenta por ciento del producido. También alcanzan a los intereses por dos años a partir de la mora y las costas judiciales y la parte de dichos créditos que excedan los seis meses de remuneraciones como los intereses que sobrepasen los dos años de la fecha de la mora, pasan a ser quirografarios.

En cuanto a los créditos de la seguridad social, la Ley les otorga privilegio general como también a aquellos de los que solo puede ser deudor una persona física como los referidos a los gastos funerarios y los de alimentos. Los créditos fiscales entre los que se encuentran aquellos por impuestos, también tienen privilegio general. Sin embargo, la protección solo se extiende al capital. El emisor de la factura de crédito también tiene un privilegio general por el monto del título según lo dispuesto por la ley 24.760. Cabe recordar la doble clasificación de los privilegios generales, encontrándose por un lado los créditos laborales con dicho privilegio que tienen un rango superior al resto de los demás créditos con el mismo privilegio y de una mejor extensión porque pueden llegar a cubrir el total del producido.

El resto de los acreedores con privilegio general solo participan en la distribución del cincuenta por ciento del producto líquido del activo de la Quiebra. El otro cincuenta por ciento se distribuye por prorrato en caso de insuficiencia entre los acreedores quirografarios y los saldos impagos de los acreedores con privilegio general.³

El sistema establecido por la Ley 24.522 junto al Código Civil y Comercial y las demás regulaciones mencionadas parecen no dejar lugar a dudas acerca de los privilegios. Sin embargo, ha surgido y aún con mayor hincapié en los últimos tiempos la cuestión del acreedor involuntario que es aquel que tiene una causa ajena de su crédito al fin querido por el mismo. Dicha persona pasa a ser acreedor por sucesos de la realidad distintos a lo que se entiende por una transacción o la negociación, justamente no se constituye como tal voluntariamente y por eso no tendrá garantía alguna para asegurar el cobro de su crédito. Un ejemplo clásico dentro de lo que constituye la responsabilidad extracontractual es aquel de la persona que sufrió lesiones en un accidente de tránsito. También se encuentran aquellos casos en los cuales hay un daño generado en materia ambiental por contaminación y aquel en el cual la persona quedó total o parcialmente incapacitada como consecuencia de un acto médico.

La doctrina estadounidense parte de la distinción entre acreedores voluntarios e involuntarios. En la Argentina todo acreedor extracontractual es considerado involuntario pero también se incluye a determinados contractuales como el de mala praxis médica. Dentro del universo de los acreedores involuntarios se encuentran aquellos denominados como vulnerables (menores, discapacitados y mayores adultos, entre otros), estando en juego cuando aparecen dichos acreedores los Derechos Humanos reconocidos por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional entre los cuales se encuentran la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos. Aquí aparece el enfrentamiento entre el principio objetivo de los privilegios según el cual la preferencia surge en función del crédito y no de la persona. El enfoque subjetivo es aquel que podría realizar su aparición a partir de la eventual tutela de los créditos cuyos titulares son acreedores involuntarios denominados como vulnerables. Hasta el año 2019, para el régimen de la Ley Concursal son considerados como acreedores quirografarios por lo que se encuentran al final del eslabón en cuanto al cobro de sus acreencias. Otra cuestión es el largo lapso de tiempo que transcurren dichos acreedores entre el

³ Cf. Juyent Bas, Francisco. *Ley de Concursos y Quiebras -24.522-*, t. II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2018, página 580 a 618.

origen de sus acreencias y la sentencia que le reconoce o no derechos especiales mediante una tutela jurisdiccional específica.⁴

Planteada la cuestión, en cuanto a lo impuesto por la Ley 24.522 por un lado y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional por el otro el siguiente paso es analizar la cuestión poniendo el foco en la jurisprudencia la cual obviamente es discordante en virtud de lo mencionado anteriormente. Vale la pena analizar dos fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los cuales han sido dictado con solo meses de diferencia entre este y el anterior año. Constituyen sentencias que versan sobre al asunto de este trabajo donde se encuentra en términos generales un acreedor involuntario vulnerable que tiene como pretensión el reconocimiento de su crédito como privilegiado especial por sobre cualquier otro crédito amparándose en lo signado en diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional frente a las pretensiones de otros acreedores como los hipotecarios que defienden sus privilegios reconocidos en función de la ley. El quid de la cuestión está en que si bien la composición de los miembros de la Corte ha variado de un caso a otro debido a la excusación de Rosenkrantz en el segundo fallo, ambas sentencias tienen un pronunciamiento contrario al de la otra, dejando en claro la tensión actual que reina entre los privilegios concursales establecidos por la ley y el requerimiento de los Tratados Internacionales de proteger los derechos de los individuos que integran el grupo de vulnerables.

El primer fallo es el de Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros (Fallos: 341:1511), dictado en noviembre de 2018. La Quiebra de dicha Asociación se decretó en 2008. Se trata de un caso en el cual el actor reclamó una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de una mala praxis médica ocurrida durante el nacimiento del damnificado directo, quien como consecuencia de la misma sufrió la pérdida de la visión y de la actividad motora de sus miembros más una disfunción cerebral que solo le permite expresarse por sonidos guturales.

Dicha Quiebra motivó al damnificado a pedir la verificación de su crédito, planteando allí la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales. L.A.R requería de un tratamiento de rehabilitación junto a un acompañamiento y como consecuencia de la mala praxis médica no tiene discernimiento, sin dejar de lado que debe alimentarse con botón gástrico. Los hechos generadores del daño tuvieron lugar en 1994. La sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la sentencia dictada en primera instancia donde se había declarado la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales establecido en los artículos 239, 214, 242, parte general e inciso segundo, de la ley 24.522 y verificado en favor del acreedor un crédito con privilegio especial prioritario a cualquier otro.

En primera instancia la inconstitucionalidad se dictó en el año 2014, frente a la existencia de un proyecto de distribución de fondos provisional y anticipado. Sin embargo, la Cámara dispuso que el crédito sea quirografario. Además, los jueces de dicha Cámara entendieron que el régimen de privilegios concursales de la ley era compatible con los derechos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados invocados, diciendo que los mismos no mencionaban específicamente la situación de los créditos de titulares involuntarios vulnerables en procesos universales. Por otro lado también reivindicaron el principio de objetividad que rige

⁴ Cf. Raspall, Miguel A. *Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales*. RCCyC, 4 de marzo de 2019, página 5 a 7.

en materia de créditos según la ley concursal además de soslayar que es el Estado es el sujeto pasivo de las obligaciones establecidas por los Tratados Internacionales por lo que no correspondía trasladar esa obligación al esto de los acreedores concurrentes. Luego de esta situación acontecida tanto el Fiscal General como la Defensoría Pública de Menores e Incapaces más los padres del damnificado interpusieron un recurso extraordinario federal ante dicha Cámara. Allí, los padres de M.B.L dijeron que si el crédito fuese quirografario no se estaría garantizando el derecho a la vida, al disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental espiritual y social. Entendían que se estaba violando lo dispuesto por los distintos Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

La Corte, por mayoría (Rosenkrantz, Highton de Nolasco y Lorenzetti) confirmó la sentencia de la sala A y por lo tanto el carácter de quirografario del crédito verificado. En dicha sentencia se hizo hincapié en distintos fundamentos. Se menciona el principio de legalidad que rige en cuanto al nacimiento de los créditos y la protección de la seguridad jurídica. En el considerando número nueve se habla de la falta de operatividad automática de las Convenciones Internacionales, en cuanto a que no contienen específicamente ninguna indicación en cuanto a personas con discapacidad titulares de un crédito en un proceso concursal, quedando el alcance de dicha protección en la potestad de cada Estado. Se hace referencia al sistema de frenos y contrapesos entre los tres poderes y se dice que el judicial no debe avanzar sobre prerrogativas que son del legislativo como es el caso recordándose en el considerando número catorce que la declaración de inconstitucionalidad debe ser considerado de ultima ratio. Se agrega en el considerando número diecisiete que la preferencia que se le a un acreedor respecto del resto en un concurso es una potestad del poder legislativo. En el considerando dieciocho se hace énfasis en que es el Estado quien debe desarrollar políticas públicas para asegurar el derecho a la salud reconocido por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

Deben analizarse por su parte los votos en disidencia de los ministros Maqueda y Rosatti, respectivamente. El primero recuerda la causa “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.” (Fallos: 337:315), fallo en el cual la Corte enunció que el régimen de privilegios que establece la Ley 24.522 debe complementarse con lo dispuestos por los Tratados Internacionales que tienen jerarquía superior a las leyes. En dicho fallo se dijo que las normas internacionales que invocó el apelante (Convenio número 173 de la OIT) para verificar su crédito laboral con el carácter de privilegiado, establecían expresamente que los créditos que se les adeudaba a los trabajadores por su empleo debían ser protegidos en caso de insolvencia del deudor desplazando así a las reglas de la Ley 24.522. En virtud de los Tratados invocados entre los cuales se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Maqueda alude que los Estados Partes están obligados a tomar las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos. En el caso de la sociedad anónima se daba el enfrentamiento entre un acreedor laboral y otro prendario, recordando que los créditos de ambos pueden llegar a tener como asiento un mismo bien. Por su parte en fallo de la Asociación Francesa, se encuentran por un lado los acreedores hipotecarios y por el otro uno involuntario y vulnerable. Además se invocaron distintas normativas internacionales. En el caso de la Asociación Francesa ninguna de las normas internacionales invocadas alude expresamente a la prioridad de pagos en los procesos concursales. A pesar de esto, Maqueda alude que dadas las particularidades del caso se debe dar una protección jurídica de la vida y la salud del damnificado. Dice que están dadas las condiciones para declarar la inconstitucionalidad de los artículos de la ley Concursal que están en juego, más teniendo en cuenta la urgente necesidad de M.B.L de afrontar los tratamientos médicos para que pueda llevar el nivel más alto posible de

vida digna. Maqueda opta por una postura que pregona la defensa de los derechos establecidos por los Tratados mencionados diciendo que son operativos de por sí, sin que haga falta una reglamentación del crédito del acreedor involuntario vulnerable en dicho caso. Dijo que a la luz de lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño y de la leyes 26.061 y 24.091 respectivamente, los derechos reconocidos al menor prevalecen por sobre la Ley 24.522. Por ello, pidió la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 239, primer párrafo, 241, 242, parte general, y 243, parte general e inciso segundo, de la ley 24.522 y que se verifique en favor de M.B.L. un crédito con privilegio especial por sobre cualquier otro.

Rosatti, en su voto disidente destaca que la situación de vulnerabilidad de M.B.L. exige que lo dispuesto por los Tratados Internacionales se traduzca en el reconocimiento de una preferencia en el cobro del crédito, sumado a lo dicho en el considerando catorce, donde dice que la Corte ha dicho que cuando la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales incorporados a ella reconocen derechos lo hacen para que resulten efectivos y más cuando se trata de un derecho humano fundamental.

El segundo fallo que merece un análisis en virtud del posible cambio de paradigma que puede llegar a darse en la cuestión tratada es el de Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F), dictado en marzo de 2019 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicho fallo guarda similitudes con el de la Asociación Francesa. Sin embargo, aquí la postura de la mayoría es aquella que resultó ser minoría en el anterior fallo. A pesar de que no se puede dejar de un lado que esto tuvo lugar principalmente debido a la abstención de Rosenkrantz y su reemplazo por la conjuenza Medina, lo que deja en claro es la confrontación existente que se vislumbra, no pudiendo dejarse por sentado cual será la postura reinante en los próximos años.

En el caso de Institutos Médicos Antártida, B.M.F., como consecuencia de una mala praxis que tuvo lugar durante el nacimiento (1990) vio comprometida su integridad tanto física como psíquica. Como consecuencia de tal acción, sufre un retraso en el crecimiento y falta de movilidad. Por ello sus padres interpusieron una acción pidiendo una indemnización por daños y perjuicios ante la Justicia Nacional en lo Civil, siendo los demandados el médico interviniente, el sanatorio "Institutos Médicos Antártida" y la Obra Social del Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte. La sentencia de primera instancia se dictó en 1998, donde los demandados fueron condenados a pagar una indemnización a favor de B.M.F. y otra en favor de sus padres más intereses. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó dicha sentencia en 2003.

En el mismo año pero con anterioridad a la sentencia de segunda instancia, se decretó la quiebra del sanatorio tras lo cual los padres de B.M.F. pidieron la verificación de su crédito. En el marco del incidente de verificación, en primera instancia se admitió la solicitud realizada por los padres y se verificó en favor de B.M.F. un crédito con privilegio especial prioritario por sobre cualquier otro, sumándosele al monto del capital los intereses preferenciales devengados en el término de dos años. Dicho juez declaró la inconstitucionalidad de los mismos artículos de la ley de Concursos que se encontraban en pugna en el fallo de la Asociación Francesa y reconoció en favor del requirente otro crédito quirografario en concepto de intereses anteriores a la quiebra devengados por más de dos años.

Aquí también se vieron afectados acreedores hipotecarios, quienes interpusieron recursos de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, la cual revocó la sentencia de primera instancia y le dio al crédito en cuestión el carácter de quirografario. Ante tal resolución los padres de B.M.F. junto a la Defensoría de Menores e Incapaces interpusieron

recurso extraordinarios presentados ante la Cámara. Fue así que en marzo de 2019 la Corte dejó sin efecto lo resuelto por la Cámara y confirmó lo dispuesto en primera instancia.

EL voto mayoritario de este fallo coincide en cuanto a sus fundamentos con el voto minoritario de la sentencia anteriormente analizada, en cuanto a que ponen el foco en los derechos consagrados en los instrumentos internacionales convocados al efecto, dándole lugar al carácter de privilegiado especial al crédito por sobre cualquier otro para garantizar que B.M.F. goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de la salud.

En el considerando 10 donde se detalla específicamente que enuncia cada instrumento internacional de lo cual es tomado como fundamento para que este crédito tenga el carácter de privilegiado. Se menciona a la Declaración Universal de Derechos Humanos, diciendo que la misma reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure junto a su familia la salud, alimentación, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales pertinentes. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ordena el derecho de la persona a un nivel de vida adecuado para ella misma y su familia, a una mejora de sus condiciones, asumiendo los Estados Parte la obligación de tomar las medidas necesarias para asegurar que se efectivicen y el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de todo niño a las medidas de protección que su condición de menor de edad necesiten por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Más allá de los instrumentos mencionados, no debe dejarse de lado aquellos dos cuyas directrices son las más determinantes en cuanto a la cuestión tratada: la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lo establecido por ambas también es mencionado en el mismo considerando. Según la primera, son los Estados Parte quienes se comprometen a que en las medidas relacionadas a los niños que tomen los tribunales y autoridades administrativas y órganos legislativos tendrá suprema jerarquía el interés superior del niño. En la otra Convención se dice que los Estados Parte están obligados a tomar las medidas que permitan asegurar que los niños con discapacidad gocen con plenitud de los derechos humanos haciéndose mención también del interés superior del niño y reafirmando el derecho inherente a la vida y el nivel adecuado de vida de las personas con discapacidad. En el considerando doce se dice que dada la situación de B.M.F. como acreedor involuntario vulnerable en situación de emergencia debida también a su falta de recursos económicos para afrontar los tratamientos médicos para llevar el nivel de vida digna y junto a lo dicho por los ya descriptos Tratados, es que debe declararse la inconstitucionalidad de las normas concursales en juego porque no dan una respuesta adecuada a lo acontecido. En el considerando catorce se recuerda que la Corte ha dicho en el pasado que los menores y más cuando está en juego su salud, impulsan la suma a la responsabilidad de que los protejan quienes están directamente obligados de los jueces y la sociedad (fallos: 327:2127).

Uno de los puntos más importante del voto de la mayoría es que enuncian que de los instrumentos internacionales invocados es operativo el deber de protección de los vulnerables como las personas con discapacidad, debiéndose dejar de lado aquellas normas (en este caso las concursales) que afecten el derecho a la vida, a la salud y a la dignidad de las personas. Vale destacar también el voto del ministro Rosatti, quien si bien también fundamentó su voto por el reconocimiento del carácter privilegiado del crédito en cuestión y la declaración de inconstitucionalidad de las normas concursales en pugna para el caso concreto, lo realizó en parte por distintos motivos a los invocados por Maqueda. Más allá de la mención de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional invocados y la efectivización de los derechos por ellos mencionados, Rosatti en el considerado diecisiete de su voto habla de lo que se entiende por equidad. Allí dice que los jueces no deben limitarse a aplicar la ley automáticamente en el caso concreto, sino que deben tomar también en cuenta las circunstancias fácticas con incidencia

en la resolución del conflicto, eso hace a la naturaleza del derecho, al hacer justicia según lo dicho por el ministro (Fallos: 302:1611; 304:1919, entre otros). Dice que las leyes deben ser interpretadas considerando a todo el ordenamiento jurídico junto a los principios de jerarquía constitucional para llegar al resultado adecuado. Solo así según lo entendido por Rosatti se puede llegar al fin común de la labor judicial.

Ante la excusación del ministro Rosenkrantz fue convocada la conjuera Medina, la cual por su voto declaró la inconstitucionalidad de las normas concursales en pugna y declaró el carácter de privilegiado especial del crédito mencionado por sobre el resto. Merece la pena destacar el considerando quince de su voto, donde hace mención de las Observaciones Generales de los distintos Comités de seguimiento de los Tratados Internacionales, los cuales vienen a ser los interpretes autorizados de cada pacto en el plano internacional, siendo su interpretación tenida en cuenta porque implican las condiciones de vigencia de esos instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional según lo dicho por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Entre otras menciona a la Observación General número 31/2004 del Comité de Derechos Humanos que menciona que las obligaciones que imponen el Pacto vinculan a cada Estado Parte en su totalidad comprometiendo todos los poderes públicos a la responsabilidad del Estado Parte. Aclara dicha Observación que solo se podrán cumplir las obligaciones positivas de los Estados Parte de asegurar los derechos reconocidos en el Pacto solo si el Estado resguarda a las personas frente a toda violación de los derechos reconocidos en el Pacto, incluso aquellas que provengan de particulares. En cuanto a la aplicación interna del Pacto, la Observación General número 9/1998 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entendió como obligación principal de los Estados Parte la de efectivizar los derechos reconocidos en el Pacto. Hace mención de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual dispone un principio rector según el cual una parte no puede invocar una disposición interna para justificar el incumplimiento de un Tratado. Implica que se debe modificar el ordenamiento interno lo que sea necesario para que se efectivicen los derechos consagrados en dichos Tratados, según lo que hipotéticamente se desprende de todo lo enunciado en el voto de la conjuera Medina. En el considerando número dieciséis hace mención de la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados no solo por los poderes públicos sino que también por los particulares en relación con otros particulares. Al efecto cita el fallo "Sisnero", donde conforme a la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la obligación de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos por parte de los Estados derivan efectos en relación con terceros, según lo dicho por la teoría anteriormente mencionada. Finalmente dispone la declaración de inconstitucionalidad de los artículos de la ley 24.522 que imposibilitan la protección de los derechos consagrados por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional más la consagración del crédito como privilegiado especial por sobre cualquier otro crédito.

Con relación a los fundamentos de los votos en disidencia de los ministros Highton de Nolasco y Lorenzetti, los mismos remiten a los que dieron en el fallo de la Asociación Francesa.

Planteada la cuestión en cuanto a lo dispuesto en directrices contrarias en los dos fallos de la Corte, merecen ser citados destacados autores de la doctrina, para vislumbrar que puede deparar el futuro de la materia.

El Doctor en Derecho Christian Cao pone el foco en el fallo de la Asociación Francesa. Menciona que los procesos concursales combinan componentes del Derecho Público y de Derecho Privado, recordando que es potestad del Congreso Nacional el dictar leyes generales sobre bancarrotas (Artículo 75 inciso 12). Por su parte menciona al principio *par conditio creditorum*, derivado del principio del artículo 16 de la Constitución Nacional. Caber recordar que la igualdad debe ser entendida como tal entre iguales, violándose por ejemplo en el caso de una Quiebra si

ante el pedido de un acreedor hipotecario de que tenga lugar el concurso especial se le hace lugar sin que preste fianza. De los caracteres de los privilegios, entre los cuales se encuentran el excepcional, el reconocimiento legal y el criterio restrictivo, es el segundo el que se encuentra en jaque en el fallo de la Asociación Francesa. El voto de la mayoría deja en claro que el régimen de los privilegios concursales no contiene referencias específicas a la situación de niños y personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de una quiebra o concurso preventivo. Se sigue el principio de que “dura ley, pero ley”, se optó por mantener la protección del crédito por sobre la ponderación constitucional concreta excepcional con base en el favor debilis. Lo más importante que interpreta Cao respecto del voto de la mayoría es que dicho voto se encasilló en una posición restrictiva de la función de los jueces para la garantía de la efectividad de los derechos de la Constitución, por encima del rol del juez activo que persigue la efectivización de dichos derechos humanos en un caso concreto.⁵

Por su parte, el abogado Bellotti San Martín en su artículo publicado en abril de 2019 realiza un análisis centrado en la causa “Institutos Médicos Antártida”. Como idea principal destaca que el derecho no funciona despendido del valor justicia, diciendo que los jueces no deben fundar sus fallos solamente en reglas sino que también en valores y principios entendiéndose por tales a exigencias de justicia. Viene a consideración el concepto de la equidad, aplicado por el Doctor Rosatti en su fallo. Tanto el como la Doctora Medina entendieron que la función de los jueces va más allá de la mera aplicación de las leyes, debiendo buscarse que se llegue a una solución razonable. Se debe buscar la justicia en cada caso concreto. Dicho autor recuerda lo dicho en el pasado por la Corte, en el sentido de que es ella quien debe intervenir para impedir el nacimiento de responsabilidad internacional en el caso de que el Estado incumpla sus obligaciones internacionales, si es que falta a lo establecido por los Tratados ratificados. Bellotti San Martín llega a la conclusión de que el fallo analizado reivindica la supremacía constitucional juntos a los tratados internacionales de igual jerarquía por sobre el resto del ordenamiento jurídico, incluso el concursal. Destaca la labor de los ministros, los cuales no se limitan a aplicar las leyes al caso concreto sino que lo toman en sus detalles junto a sus particularidades, dejando en claro que la justicia no siempre es encontrada en las reglas sino que también en las excepciones. También destaca lo dicho por la conjuenza Medina en su considerando diecinueve, en cuanto a que debido a que esta sentencia modifica lo dicho en el fallo “Asociación Francesa”, evita que el Estado se convierta en un segundo agresor y evita la hipotética responsabilidad internacional.⁶

Junyent Bas es junto a Fernando Marcos otro autor destacado en materia concursal. En febrero de 2019 publicaron un artículo en la revista La Ley sobre la cuestión del acreedor involuntario. Allí se trata en profundidad el nuevo paradigma tras la reforma constitucional de 1994 y la unificación de los Códigos privados en el año 2015. Menciona al artículo 2° del Código Civil y Comercial, según el cual el criterio de interpretación de la ley debe tener lugar teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento dejando de lado un criterio meramente positivista. Junyent Bas nos recuerda del fenómeno de la constitucionalización del Derecho Civil, el cual ya había comenzado con

⁵ Cf. Cao, Christian A. *Constitución Nacional y privilegios en los procesos concursales*. La Ley, 19 de marzo de 2019, página 1 a 3.

⁶ Cf. Bellotti San Martín, Lucas. *La Corte Suprema y los privilegios titularizados por una persona incapaz. Un feliz viaje de “Francia” a la “Antártida”*. La Ley, 12 de abril de 2019, página 1 a 5.

anterioridad a la reforma de 1994. Tras la misma, hubo un cambio de preferencia constitucional del patrimonio al ser humano. Se pasó de una Constitución de ribetes liberales a una que consagró los derechos de segunda y tercera generación.

En cuanto al Derecho Privado, esto provocó tensiones a las cuales se les fue intentando dar soluciones. Una de las cuales es la tratada en este artículo. No debe dejarse en el olvido a la seguridad jurídica, la cual debe ser resguardada, tarea dificultosa al estar más derechos en juego. Es por ello que se fijan límites en la labor interpretativa, exigiendo que la misma sea coherente con todo el ordenamiento jurídico y sea fundada, esto según el artículo 3 del Código Civil y Comercial. El autor cordobés pone énfasis en el caso concreto, ya que hasta tanto el legislador no reforme la ley 24.522 o sancione otra para consagrar un nuevo paradigma sobre los derechos patrimoniales de los acreedores involuntarios vulnerables y sobre las preferencias de sus créditos, serán los jueces aquellos quienes darán resolución al caso concreto, viéndose enfrentadas las posiciones el juez activo y el mero aplicador de la ley.

A través de la sanción de la ley 26.378 se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Han habidos más casos además los paradigmáticos de la Corte. Entre ello se encuentra el de la Obra Social del Personal Grafico, la cual estaba en Concurso Preventivo. En dicho caso se analizó la cuestión del crédito de un menor afectado por el síndrome de Down, encontrándose sin ningún privilegio previsto por la ley concursal. La Cámara Comercial con fundamentos basados en la Convención sobre los Derechos del Niño, aquella sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la legislación nacional, estableció el pronto pago en favor del damnificado. Defendió la operatividad de dichas Convenciones a pesar de que no regulaban específicamente la situación del crédito mencionado. El principio favor debilis prevaleció en este caso, reivindicándose el valor del control de convencionalidad que todo juez debe realizar para que se respeten los Tratados de Derechos Humanos de jerarquía constitucional para que así sean respetados en cada caso concreto y debiendo subordinarse las leyes a los mismo.

Ante este nuevo paradigma Juyent Bas dice que no se debe olvidar a la seguridad jurídica, la cual no se verá vulnerada ante algunas soluciones para casos excepcionales que merecen una ágil protección por parte del derecho. Según lo que entiende dicho autor, sigue reinando el sistema cerrado de los privilegios concursales a pesar de las excepciones. A pesar de esto, menciona que la reforma constitucional de 1994 sumado a la reforma de los Códigos privados generó una ruptura del sistema cerrado de privilegios, entrando en juego el principio de subjetividad en contraposición al de objetividad en cuanto al origen de los créditos. Someter todo caso concreto al vaivén de las circunstancias si generaría una inseguridad jurídica. Lo que se debe velar es por la prevalencia del principio de primacía constitucional. Dentro de lo se entiende como acreedor involuntario merece un análisis de lo que se entiende como vulnerabilidad. La misma ha sido entendida como un estado inherente de riesgo el cual puede ser permanente o transitorio, individual o colectivo y que debilita a uno de los sujetos de derecho generando un desequilibrio que no fue previsto por la doctrina clásica, la cual siempre partía del principio de igualdad entre las partes. Las personas vulnerables se ven privados del goce y ejercicio pleno de sus derechos fundamentales debido a motivos inherentes a su identidad y por acción u omisión del Estado.

En cuanto a lo dispuesto por el Código Civil y Comercial, se mantiene vigente el principio de legalidad más allá de las “porosidades” mencionadas por Vítolo. Remite a la ley concursal como norma de aplicación cuando se esté ante dicho proceso además de aclarar que los privilegios generales solo pueden ser invocados en un proceso universal. No se ocupa del tratamiento específico de los créditos de los acreedores privilegiados ni los vulnerables estando por lo tanto

los derechos de dichas personas solamente protegidos por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. El Código se aplica de manera supletoria ante la falta de regulación expresa de la ley concursal sobre algún tema en particular como el de los privilegios. Ante este panorama, Junyent Bas dice que solamente hay dos alternativas siendo estas el ignorar lo consagrado en los Tratados basándose en que es el legislador quien debe hacer operativos mediante la sanción de las leyes los derechos consagrados en los instrumentos internacionales o una alternativa razonable que no ponga en riesgo la seguridad jurídica dando lugar a la armonización de los derechos de los acreedores involuntarios vulnerables en el caso concreto. Dicha opción es la que coincide con el voto minoritario en “Asociación Francesa” y con el voto mayoritario en “Institutos Médicos Antártida”. A pesar de que no haya mención expresa de dichos acreedores en los Tratados citados, el jurista cordobés recuerda el valor fundamental que la salud tiene para la persona, teniendo la misma el amparo del principio de supremacía constitucional emanado del artículo 31 de la Constitución Nacional. Esto hace que se deba dar lugar a una razonable integración normativa, estándose frente a un caso excepcional con un sujeto vulnerable.

Junyent Bas llega a la conclusión de que no se debe hablar de un sistema cerrado o abierto ya que no se debe ignorar el principio de legalidad de los privilegios ni las preferencias que deben darse en función de los instrumentos internacionales. Se está ante un cierre que no es absoluto ante las situaciones de excepción que se pueden dar, las cuales abren paso a soluciones distintas, las cuales encuentran su fundamento en una ley vigente de jerarquía superior por tener su asiento dado por la Constitución Nacional. Dicha vía constituye la única solución hasta el momento debido a la inactividad del Poder Legislativo en cuanto al tema, según lo entendido por el abogado cordobés el cual agrega que el juez debe actuar según lo dispuesto por el artículo 3 del Código Civil y Comercial sin limitarse a una mera aplicación de la ley, más cuando el puntapié inicial está dado por los Tratados Internacionales ya mencionados. Subraya que ante un sistema legal que pone el foco en la persona humana por sobre el patrimonio y la propiedad, se obliga al intérprete de la ley a tomar la solución que mejor proteja a la persona humana. Veda la posibilidad de que se pase a un derecho emocional, arbitrario y que destruya la seguridad jurídica, recordando que este nuevo paradigma no debe llevar a ese camino. Se debe salir de lo dispuesto por la Ley Concursal solo ante una situación de excepcionalidad haciendo valer el principio de equidad.

No todo acreedor involuntario es amparado en sus derechos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sino que se protege con énfasis a aquellos que son además vulnerables, se da la relación de género y especie. Junyent Bas recuerda el “X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, donde se llegó a la conclusión de que se debe modificar con urgencia el régimen legal de preferencias para dar efectiva protección a los créditos cuyos titulares sean acreedores involuntarios y vulnerables estableciendo mecanismos que en determinados casos admitan el pronto pago de estas acreencias. Mientras tanto, será tarea de los jueces en los casos concretos el garantizar el ejercicio de los derechos humanos en juego que si fuese por la mera aplicación de la ley concursal y el Código Civil y Comercial tendrían el carácter de quirografario.⁷

Los abogados Juan Pablo Olmo y Selene Scasserra, ambos docentes de grado en el área de derecho de familia, salud mental y discapacidad han escrito un artículo sobre el tema

⁷ Cf. Junyent Bas, Francisco A. y Marcos, Fernando J. *Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del “acreedor involuntario”*. La Ley, 27 de febrero de 2019, página 1 a 12.

centrándose en la pregunta de qué tipo de justicia se quiere, comparando los dos fallos analizados de la Corte. Se pone énfasis en relación a los tiempos procesales de ambos fallos es habiendo amabas causas recaído en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial número 20. Se menciona que en el año 2011 dicho Juzgado aguarda en la continuación del trámite del caso “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia” debido a que el otro caso semejante, “Institutos Médicos Antártida” se encontraba en la Corte para ser resuelto, pudiendo la sentencia del mismo llegar a influir en el otro caso. En el 2015, frente a causas sobrevinientes se decidió continuar con su tramitación y se dictó sentencia. Tras pasar todas las etapas fue el caso “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia” aquel que se resolvió primero por parte de la Corte cuando lo que se esperaba es que fuera al revés. Todo esto no hace más que demostrar la discusión acerca del criterio rector sobre la materia, la demora para la resolución de casos análogos es algo común cuando está en pugna un cambio de paradigma siendo común la aparición de los fallos plenarios. Los autores de este artículo hacen hincapié en los argumentos dados en los votos de cada fallo, los cuales ya fueron analizados. Vale destacar la conclusión a la que llegan, enunciando que conforme a lo dicho no es posible saber cuál es la doctrina que va a reinar en lo sucesivo en casos análogos a los citados.⁸

Miguel Raspall realiza una comparación en cuanto a la situación de los acreedores involuntarios en el Derecho comparado. Parte de la base enunciando que la desprotección de dichos acreedores es algo común en muchos de los sistemas jurídicos. Sin embargo, la Ley española establece que los acreedores cuyos créditos se originaron antes del Concurso y por responsabilidad extracontractual tendrán un privilegio general. Si dichos créditos nacieron luego de la declaración del concurso serán quirografarios. Este tratamiento tiene algunas similitudes en cuanto al doble tratamiento que se le da al crédito laboral en la Argentina. Uno de los casos donde se creó un superprivilegio que desplazaba a cualquier otro privilegio fue el dispuesto por la ley italiana de 1998 pero luego fue reformada en el año 2005. Lo que es frecuente es el desplazamiento de los créditos fiscales en algunos concursos liquidativos.

En los ordenamientos jurídicos de Francia y Estados Unidos se les da un tratamiento especial a los acreedores involuntarios cuando el Concurso produce la liberación de estos créditos cuando el deudor fuera persona física. Otros países como Inglaterra, Alemania y Holanda exceptúan de la posibilidad de la liberación de créditos cuando sus titulares sean acreedores involuntarios. Poniendo el acento en lo que ocurre en otras regiones, Raspall analiza la sanción de leyes que disminuyen los privilegios. Dice que hay una tendencia en las leyes concursales de Derecho comparado del siglo XXI a disminuir la participación y extensión de los privilegios en los procesos concursales, para dar lugar a que los quirografarios cobren algo. Hay un tenue avance hacia una mayor justicia distributiva. En países como Alemania o Uruguay se disminuyó la cantidad de privilegios frente a los concursos dejando a un lado los privilegios generales. Hay otros países como Brasil que modificaron el rango de prelación para favorecer a otros acreedores, siendo el caso de los laborales por sobre los fiscales. En otros ordenamientos se obliga al privilegiado a que deje una porción del crédito para contribuir a favor de los quirografarios.

Raspall llega a la conclusión de que cuando se está ante acreedores vulnerables, hay una salida por vía jurisprudencial a que puedan cobrar sus créditos con preferencia al resto, cumpliéndose así con lo dispuesto por los instrumentos internacionales. Menciona que el

⁸ Cf. Olmo, Juan Pablo y Scasserra, Selene I. *Mezcla rara de infancia, discapacidad, privilegios concursales, acreedores involuntarios y conjuces. ¿Qué justicia queremos?*. SJA, 22 DE mayo de 2019, páginas 1, 6 y 9.

legislador se encuentra en condiciones de modificar la Ley Concursal, en miras a lo cual deberá lograr su armonía con los Tratados Internacionales. Los privilegios constituyen una especie dentro del género de tutelas diferenciadas, las cuales son dadas por la ley haciendo prevalecer determinados intereses sobre otros. De esto deviene el carácter excepcional y legal de los privilegios. En relación a la técnica legislativa, llega a la conclusión de que no guarda armonía con la ley concursal la creación de privilegios por fuera de ella, como sucede con las leyes 27.430 y 27.440. Sostiene que debe ser la ley 24.522 la que sea reformada para lograr una mejor integración respecto de los privilegios concursales. Finalmente, defiende la tutela diferenciada de los acreedores vulnerables.⁹

El constitucionalista Andrés Gil Domínguez, al analizar los fundamentos de los votos dados por los ministros de la Corte en el fallo “Asociación Francesa” focaliza el estado actual de la situación en el poder judicial para la cuestión del caso en concreto. El voto de la mayoría, el cual coincide con el de la minoría en “Institutos Médicos Antártida”, defiende un Estado legislativo de derecho donde la regla de reconocimiento que establece el alcance de los derechos previstos por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos es solamente la ley, sin que la jurisdicción pueda dar a lugar a una excepción aunque se trate de un caso particularmente extremo como el de M. B. L. Por su parte, la minoría la cual constituyó la postura triunfante en “Institutos Médicos Antártida” pregona por un Estado constitucional y convencional de derecho donde los derechos establecidos por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos como regla de reconocimiento tienen fuerza normativa y constituyen el techo al cual los jueces deben recurrir cuando deben resolver un caso particularmente extremo como el de M. B. L.

La minoría se reservó la facultad de realizar ponderaciones concretas y particulares aunque no concuerden con las realizadas por el legislador cuando un caso particular así lo exige. La mayoría defiende la postura de que los jueces son meros aplicadores de la ley, estando los contenidos de los derechos exclusivamente determinados por la ley y el control de constitucionalidad restringido. Gil Domínguez entiende que la minoría ejerce el control de constitucionalidad y el de convencionalidad interno garantizando de forma eficiente los derechos de las personas. Diferencia al derecho del pasado, fundado en la ley, del derecho actual y proyectado al futuro, fundado en valores, figurados en convenciones, de donde se extraen principios, a cargo de jueces activistas.¹⁰

El rol del juez activista mencionado por Gil Domínguez guarda relación con un riesgo concretado y mencionado en “Los Derechos en Serio”, obra en la cual Donald Dworkin demuestra que los nuevos principios salen de otra parte que del derecho mismo. Cuando habla de los principios se refiere en general a estándares que deben ser respetados al pertenecer a alguna dimensión de la moralidad como la justicia. Establece una diferencia inamovible en cuanto a lo que son las normas. Otra distinción es la realizada entre principios y directrices políticas, entendiéndose estas últimas como aquellos estándares cuyo fin es una mejora política, económica o social que debe ser alcanzada. Dicha diferenciación entre ambos términos no es inquebrantable como la primera, ambos significados puede confundirse entre sí. Sucede cuando se interpreta que un principio enuncia un objetivo social o si se enuncia que algunas *policies* establecen un principio o si se adopta un enfoque utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente

⁹ Cf. Raspall, Miguel A. Op. Cit., páginas 6, 7, 18, 19, 30 y 31.

¹⁰ Cf. Gil Domínguez, Andrés. *Convencionalidad, discapacidad y normatividad*. La Ley, 11 de febrero de 2019, página 1, 3 y 4.

objetivos (asegurar la felicidad para el mayor número). Los nuevos principios pueden enunciarse como políticas y viceversa, convirtiéndose en ocasiones los nuevos principios en políticas disfrazadas. Esta admisión de intercambiabilidad, debilita la argumentación de Dworkin acerca de que un litigio debe ser decidido como una cuestión de principios (moralidad) y no de política (conveniencia). Sin embargo, la convertibilidad es mutua y los principios (al contrario de las reglas) no otorgan una solución definida, sino sólo dan una razón de cierto peso para declarar vencedora una parte en un juicio, cuando la perdedora no ha conseguido reunir peso principialista suficiente. Con las políticas sucede lo mismo: una debe ser superada por otra u otras, triunfando la que en un caso concreto reúna mayor peso. Como en el caso del principio derrotado, la directiva política derrotada no deja de ser válida; sólo, en uno y otro caso concreto, sucede que el peso esgrimido por la perdedora se considera por el juzgador o decisor político menor menos conveniente. En una ocasión diferente el resultado pueda ser distinto, ya que a los principios y a *polícies* no les es aplicable el concepto de validez. Con las reglas y los viejos principios que permitían la concreción de la regla para el caso en los diferendos difíciles, se respetaban las reglas existentes. Los nuevos principios, intercambiables con las políticas, se toman teniendo en cuenta aspiraciones, objetivos de conveniencia o metas ideológicas, que no tiene una solución válida definida de antemano como sucede con las normas. El “peso” debe ser evaluado. ¿Y quiénes pesan? Desde el aparato estatal, un juez, un gobernante, un funcionario oscuro desde una covachuela administrativa, que establece sin balanza alguna una medida de peso “ad hoc”.¹¹

Resulta valiosa la solución que consagra la Corte en su segundo caso, por su concreción de lo justo del caso, pero su argumentación puede impulsar a que continúen las perforaciones a la estructura del derecho objetivo y de la ley, bastante dañado ya.

Junto a la alternativa descrita anteriormente pueden vislumbrarse otras dos alternativas que se pueden tomar respecto a la cuestión de los privilegios concursales y los derechos humanos.

Una coincide con el voto mayoritario de “Asociación Francesa” y el minoritario de “Institutos Médicos Antártida” sosteniéndose lo establecido por la Ley concursal otorgándole al damnificado un crédito quirografario sin ningún tipo de privilegio. Su argumento principal es el resguardo de la seguridad jurídica. Dicha postura constituye la que ha reinado con claridad con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. Dicha reforma ha contribuido a un eventual cambio de paradigma en materia de privilegios concursales.

La última vía es la reforma legislativa, la cual suele terminar imponiéndose en el tiempo. Tomando lo dicho por Raspall, si esta tiene lugar la calidad de la técnica legislativa será determinante, se debe buscar tanto guardar armonía con los instrumentos internacionales como resguardar la seguridad jurídica. En cuanto al contenido de dicha reforma se pueden tomar como ejemplos los de otros ordenamientos jurídicos, siendo el legislador quien deberá decidir si se deben ampliar, restringir o cambiar el orden de los privilegios. Las alternativas son múltiples, no así el vislumbrar con claridad cuál sería la mejor reforma alternativa. La abstracción que debe tener toda ley es algo que no solo genera dificultades en cuanto al sentido de sus términos sino que también a la hora de su aplicación al caso concreto.

Las dificultades que se deben enfrentar ante un Concurso Preventivo o Quiebra hacen aún más complejo el asunto. Tal es el caso de la hipotética declaración de ineficacia para aquellos actos celebrados entre el fallido y el tercero conocedor de su estado. Se debería poner énfasis en alternativas que atiendan el asunto antes de llegar a la cesación de pagos.

La celebración del Acuerdo Preventivo Extrajudicial constituye una alternativa. A diferencia de los otros dos institutos, el deudor puede no encontrarse en estado de cesación de pagos y aun así celebrar dicho acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial. Basta con que esté en dificultades económicas, eso encuadra el presupuesto objetivo según lo que dispone la

¹¹ Cf. Dworkin, Donald. *Los Derechos en Serio*. Editorial Ariel, 2018, página 73.

Ley 24.522. Permite lograr la posibilidad de solucionar el conflicto con anterioridad al estado cesación de pagos. Dicho instituto tiene una naturaleza contractual y el deudor debe formular un plan de saneamiento para superar dichas dificultades. Es consensual, sus efectos se darán desde que las partes hayan manifestado recíprocamente su consentimiento. Todo deudor que pueda requerir Concurso Preventivo puede celebrar un Acuerdo Preventivo.

Para que se homologue judicialmente el Acuerdo debe haber prestado conformidad la mayoría absoluta de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario total excluyendo a los titulares de debentures y obligaciones negociables. Eso es lo que entiende parte de la doctrina, ya que la norma no especifica si se requiere unanimidad o no cuando se refiere a dicho Acuerdo, si lo hace cuando habla del Concurso Preventivo. Aquí radica una cuestión compleja si es que se modifica mediante una reforma legislativa.

La propuesta puede implicar quita, espera, refinanciación, la entrega de bienes en pago, capitalización de créditos, entre otras. La homologación del acuerdo debe presentarse ante el juez competente acompañando un estado del activo y pasivo actualizado a la fecha, un listado de acreedores con mención de sus domicilios, monto de los créditos, causas, vencimientos, la certificación del contador diciendo que no hay otros acreedores registrados junto al respaldo contable, un listado de juicios en trámite o con condena no cumplida, la enumeración de los libros de comercio y del resto que lleve el deudor y también el monto de capital que represente los acreedores que firmaron el acuerdo y el porcentaje que representen respecto de la totalidad de los acreedores registrados del deudor.

El Acuerdo Preventivo no suspende el proceso de ejecución de garantía real y la ley ordena que no tenga lugar la subasta de la cosa gravada hasta que se acredite haber presentado pedido de verificación. Por otro lado, en dicho acuerdo no existe proceso verificadorio alguno, recordándonos la advertencia de Raspall en cuanto al déficit de la técnica legislativa. La implementación de dicho proceso a través de una reforma legislativa plantearía la cuestión de ante quien deberían formular la petición de verificación los acreedores ya en este Acuerdo no interviene síndico alguno. Al Acuerdo podrán oponerse los acreedores denunciados y aquellos que demuestren sumariamente que fueron omitidos en el listado previsto. Deben fundarse en omisiones o exageraciones del activo o del pasivo o de la falta de la mayoría exigida.¹²

Tanto el Concurso Preventivo como la Quiebra constituyen excepciones a la obligación de llevar a cabo una mediación con anterioridad al proceso judicial con la finalidad de llegar a un arreglo. El Acuerdo guarda similitudes con la mediación, pero para que su aplicación sea útil debe tener lugar antes de que se llegue incluso a dificultades económicas que sean cercanas a la frontera de la cesación de pagos. Usualmente el deudor intenta llegar a un Acuerdo cuando el remedio legal para su situación económico financiera encuadra mejor en el pedido de un Concurso Preventivo o Quiebra, cuestión que suele devenir tras el fracaso del Acuerdo Preventivo. Actualmente solamente el deudor tiene legitimación para pedir la celebración del Acuerdo, si la reforma legislativa da lugar a que también los acreedores puedan solicitar su celebración sería un avance para la implementación de dicho instituto. Es en beneficio del deudor y los acreedores el llegar a un acuerdo rápido que evite que tenga lugar un proceso judicial.

¹² Cf. Juyent Bas, Francisco. *Ley de Concursos y Quiebras -24.522-*, t.I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2018, página 527 a 556.

La virtud del Acuerdo radica en la celeridad que tiene en cuanto a su realización en comparación con la Quiebra y el Concurso para llegar a su término y el usual menor lapso de tiempo existente en relación con la fecha de origen de los créditos y eso para todo acreedor y en especial para uno vulnerable es clave. La valoración del tiempo ha sido aludida por Graciela Medina en su voto correspondiente al fallo Institutos Médicos Antártida. Para el deudor el beneficio radica en evitar el estado de cesación de pagos y en eludir las implicancias que traen aparejado los otros dos institutos del Derecho Concursal. No pueden obviarse los conflictos aparejados que traen la falta de enumeración de todos los acreedores o el incumplimiento de algún otro de los requisitos exigidos para la homologación judicial. Pero en caso de que tenga lugar una eventual reforma legislativa, deben sumarse herramientas que fomenten la aplicación del Acuerdo ya que al estar el deudor en dificultades económicas y más si estas no son próximas a la frontera del estado de cesación de pagos, será más factible que tanto la seguridad jurídica como los derechos de los acreedores se vean resguardados. La diferencia entre meras dificultades económicas y un estado de cesación de pagos es determinante.

Bibliografía

Bellotti San Martín, Lucas (2019). *La Corte Suprema y los privilegios titularizados por una persona incapaz. Un feliz viaje de “Francia” a la “Antártida”*. La Ley.

Cao, Christian A (2019). *Constitución Nacional y privilegios en los procesos concursales*. La Ley.

Dworkin, Donald, traducción de Marta Isabel Castro (2018). *Los Derechos en Serio*. Editorial Ariel.

Juyent Bas, Francisco (2018). *Ley de Concursos y Quiebras -24.522-*, t. II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Junyent Bas, Francisco A. y Marcos, Fernando J (2019). *Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del “acreedor involuntario”*. La Ley.

Olmo, Juan Pablo y Scasserra, Selene I. *Mezcla rara de infancia, discapacidad, privilegios concursales, acreedores involuntarios y conjuces. ¿Qué justicia queremos?* SJA.

Raspall, Miguel A (2019). *Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales*. RCCyC.