

JERARQUIZACIÓN DE LOS ACREEDORES VULNERABLES Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

HIERARCHISATION OF VULNERABLE CREDITORS AND THE JURISDICTIONAL FUNCTION

María Cristina Matus¹

RESUMEN:

La reforma constitucional de 1994 y el Código unificado, al centrar la protección en la persona humana y sus derechos esenciales, han producido una “ruptura parcial” del sistema cerrado de privilegios y modifican eventualmente los criterios con que debe resolver el juez concursal. Ello se pone en evidencia particularmente en el caso de los llamados acreedores involuntarios, con especial énfasis en los “vulnerables”, ya que este tipo de acreedores no tiene privilegio alguno reconocido por la norma concursal, y dado su carácter quirografario, normalmente no obtiene la satisfacción de su crédito en la mayoría de las quiebras. Se aborda entonces, el tratamiento de dos cuestiones interrelacionadas: la existencia de acreedores vulnerables sin un privilegio específico reconocido en la norma falimentaria y la posibilidad de que los magistrados les acuerden preferencia de cobro alterando el numerus clausus de privilegios concursales previstos en la ley 24.522. Para hacerlo se utiliza el método descriptivo y explicativo y se realiza una investigación netamente teórica que avanza de modo general hacia lo particular. La cuestión es compleja y replantea el rol de los jueces en la aplicación del derecho y las herramientas legales con que cuentan para ello. Hasta tanto el legislador se expida sobre la jerarquización de los acreedores involuntarios y especialmente vulnerables, los jueces deben dictar sus resoluciones conforme el principio de razonabilidad que impone el art. 3 del CCCN, aspirando a lograr un armónico equilibrio entre los valores de equidad y seguridad jurídica.

ABSTRACT

The constitutional reform of 1994 and the unified Code, by focusing protection on the human person and their essential rights, have produced a “partial rupture” of the closed system of privileges and eventually modify the criteria with which the insolvency judge must resolve. This is particularly evident in the case of the so-called involuntary creditors, with special emphasis on the “vulnerable” ones, since this type of creditor does not have any privilege recognized by the insolvency law, and given their unsecured nature, they normally do not

¹ Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba. Magister en Derecho Empresario por la Universidad Blas Pascal. Tesis de Maestría dirigida por la Dra. Verónica Francisca Martínez. Correo electrónico: mcrismatus@hotmail.com

obtain the satisfaction of their credit in most bankruptcies. The treatment of two interrelated issues is then addressed: the existence of vulnerable creditors without a specific privilege recognized in the insolvency law and the possibility that the magistrates grant them preference for collection by altering the *numerus clausus* of insolvency privileges provided for in Law 24.522. To do so, the descriptive and explanatory method is used and a purely theoretical investigation is carried out that advances in a general way towards the particular. The issue is complex and rethinks the role of judges in the application of the law and the legal tools they have to do so. Until the legislator decides on the ranking of involuntary and especially vulnerable creditors, judges must issue their resolutions in accordance with the principle of reasonableness imposed by art. 3 of the CCCN, aspiring to achieve a harmonious balance between the values of equity and legal certainty.

PALABRAS CLAVE: Privilegios concursales – Acreedores involuntarios – Acreedores vulnerables.

KEY WORDS: Insolvency privileges – Involuntary creditors – Vulnerable creditors.

I. Introducción

En los casos de insuficiencia patrimonial del deudor, la cuestión de la categorización de los acreedores y sus privilegios cobra mayúscula importancia ya que puede ser determinante de la posibilidad de cobrar su crédito.

El régimen de privilegios que establece la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante LCQ) se caracteriza por ser cerrado y de interpretación restrictiva. La reforma constitucional de 1994 y el nuevo Código Civil y Comercial han producido lo que los autores llaman “constitucionalización del derecho privado” y modifican eventualmente los criterios con que debe decidir el juez concursal los casos sometidos a su consideración. Ello se pone en evidencia particularmente en el caso de los llamados acreedores involuntarios, con especial énfasis en los “vulnerables”, ya que este tipo de acreedores no tiene privilegio alguno reconocido por la norma concursal, y dado su carácter quirografario, en la mayoría de las quiebras, habitualmente ven insatisfecha su acreencia.

Fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación² han puesto en jaque la aplicación estricta e incuestionable del régimen de privilegios instituido por la Ley 24.522 sancionada por el Congreso de la Nación. De la misma manera cuestionan y obligan a repensar el rol que los jueces, en el ejercicio de la función jurisdiccional que les ha sido confiada por la norma constitucional (art. 75 inc. 22), deben desempeñar ante los casos concretos que se presentan a su resolución. La identificación de los llamados acreedores involuntarios y la conceptualización de los acreedores vulnerables, obliga a replantear la organización de las prioridades y preferencias que la ley concede a los intereses comprometidos y el rol que le cabe al órgano jurisdiccional en su tutela efectiva.

El presente trabajo se desarrolla en torno a la siguiente pregunta de investigación:

2 CS, 06/11/2018, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros” LA LEY 31/01/2019, 4. Cita Online: AR/JUR/56326/2018 y CS, 26/03/2019, “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.) LA LEY 12/04/2019, 4. Cita Online: AR/JUR/1632/2019

¿Pueden los jueces, en virtud de la constitucionalización del derecho privado, alterar el orden de los privilegios instituidos por la LCQ? El responder a este interrogante obliga a contestar las siguientes preguntas alternativas: ¿Los privilegios concursales conforman realmente un *numerus clausus* que no se puede alterar? ¿Tienen los jueces el mandato de protección de los vulnerables ante la ausencia o inactividad de otros organismos del Estado? ¿Cómo se delimita ese universo sujeto a tutela especial que conforman los acreedores vulnerables? ¿Es aceptable en nuestro marco legal y constitucional que los particulares deban resignar la expectativa de cobro de su crédito en favor de los vulnerables? ¿Cómo afecta la discrecionalidad de los jueces la seguridad jurídica? A los fines de despejar estas incógnitas, se abordará el tratamiento de dos cuestiones interrelacionadas: la existencia de acreedores vulnerables sin un privilegio específico reconocido en la norma falimentaria y la posibilidad de que los magistrados les acuerden preferencia de cobro alterando el *numerus clausus* de privilegios concursales previstos en la ley 24.522 (LCQ).

De esta manera, el objetivo general que guía este Trabajo Final será analizar la operatividad de los principios y prioridades consagrados por los tratados internacionales de jerarquía constitucional frente al régimen de privilegios instituidos por la legislación concursal y su recepción en la jurisprudencia nacional.

Por su parte, para cumplir con dicho objetivo general, se propone una serie de objetivos específicos, a saber: a) Describir detalladamente el régimen de privilegios previsto en la ley concursal; b) Definir quiénes merecen ser considerados acreedores involuntarios y específicamente los llamados acreedores vulnerables; c) Identificar los casos jurisprudenciales en los que se reconoció preferencia de cobro a acreedores vulnerables por aplicación de las normas contenidas en los tratados internacionales de jerarquía constitucional; d) Estudiar el impacto de la constitucionalización en el derecho privado; e) Realizar un estudio pormenorizado de los fundamentos utilizados por la jurisprudencia nacional para otorgar preferencia de cobro a los acreedores vulnerables; e) Analizar el rol de los magistrados en la aplicación del derecho a los casos concretos y las herramientas legales con que cuentan para ello y f) Proponer una solución al problema planteado. Se plantea como hipótesis de investigación la necesidad de que el Poder Legislativo reforme la LCQ e incorpore una norma, en la legislación concursal, que habilite al juzgador a jerarquizar los créditos de acreedores involuntarios y especialmente acreedores vulnerables y permita brindarles una tutela efectiva y previsible.

Para lograr cumplir con los objetivos propuestos, se llevará a cabo una investigación netamente teórica, por cuanto se estudiarán construcciones normativas y no fenómenos observables en determinado campo, como se hace en la prospección empírica. En esta dirección, se utilizará un método prevalentemente descriptivo y explicativo. Asimismo, la investigación tendrá un modo analítico que habrá de procurar un estudio profundizado en la caracterización del tema investigado y su aplicación operativa en el marco del sistema concursal circunscripto. Se utilizará una metodología de tipo cualitativa en la que se llevará a cabo un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial en el marco de la temática abordada, mediante un análisis documental -bibliográfico.

De acuerdo a los objetivos proyectados, se avanzará de modo general hacia lo particular. De tal manera, en un primer momento, se procurará realizar una reconstrucción racional de los conceptos privilegios, privilegios concursales, categorías de acreedores,

constitución, tratados internacionales, constitucionalización del derecho privado. A continuación, se procurará un estudio profundizado del ordenamiento jurídico nacional en sí mismo y la relación a los conceptos reconstruidos precedentemente. El siguiente paso estará dado en el análisis de los argumentos utilizados en los distintos fallos judiciales nacionales que decidan cuestiones vinculadas a la temática y que permiten visualizar las razones que avalan la ruptura o el mantenimiento del orden cerrado de privilegios concursales. Estos argumentos serán analizados asumiendo una postura personal que permitirá ponderar el valor de los intereses comprometidos y las consecuencias de las decisiones que se adopten. Al respecto, vale aclarar que se utilizará jurisprudencia argentina, y se hará hincapié en recoger la correspondiente a los últimos cinco años aplicada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la de los demás tribunales nacionales y provinciales. Sin perjuicio de ello, aquella que sea anterior, pero ilustrativa por nuestros tribunales, también será analizada. Por último, se intentará a través de un diseño predominantemente explicativo y una hermenéutica propia resaltar la necesidad de recategorizar a los acreedores involuntarios y especialmente a los vulnerables en el régimen de privilegios concursales.

El trabajo se estructurará en seis Capítulos que en forma interrelacionada permitirán aportar conocimiento para lograr los objetivos propuestos. En el Capítulo I se desarrollarán consideraciones generales sobre la insolvencia, principios concursales y conceptualización del instituto de los privilegios en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) y en la Ley de Concursos y Quiebras. Se avanzará sobre su fundamento, el desarrollo del orden de los privilegios, la caracterización de cada categoría de acreedor y los supuestos de concurrencia de acreedores de igual privilegio. En el Capítulo II se abordará sobre el nuevo escenario que plantean los acreedores involuntarios, su conceptualización y caracterización de los acreedores vulnerables. Se dará un panorama de su tratamiento en el derecho comparado y en la jurisprudencia argentina. En el Capítulo III se tratará específicamente la constitucionalización del derecho privado a la luz de la reforma constitucional de 1994 y el Código Civil y Comercial unificado, y particularmente su incidencia en el régimen de privilegios concursales. El Capítulo IV analizará la función judicial y el derecho judicial, especialmente en materia concursal. En el Capítulo V se asumirá una mirada reflexiva sobre los acreedores involuntarios y su tutela por parte de los órganos del Estado. Finalmente, el Capítulo VI contendrá las conclusiones a las que permita arribar el estudio realizado.

La realidad actual en materia de privilegios y la mirada que sobre este instituto tienen la doctrina y la jurisprudencia modernas, colocan sobre la mesa de debate una realidad palpable e insoslayable. Algunos autores que escriben sobre el tema aceptan que la realidad es dinámica y el legislador se puede ver ante la necesidad de generar o modificar determinadas tutelas o protecciones, en aras de alcanzar distintos o nuevos objetivos y ello puede plasmarse en el nacimiento de otros privilegios³. La cuestión se complejiza cuando no existe una norma, una ley emanada del Poder Legislativo, que haga operativos los principios constitucionales consagrados en aquellos Tratados de jerarquía constitucional en el supuesto específico y se pone en cabeza de los jueces la tarea de crear la regla de derecho. Se presenta entonces un problema de investigación sumamente sensible y que conlleva un juicio de ponderación de valores primordiales como la vida, la salud, la igualdad y la seguridad jurídica. Todos ellos valores deseables

3 Raspall, M. A. (2019). Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales. RCCyC. 04/03/2019. Cita Online: AR/DOC/196/2019.

y dignos de protección en un Estado de Derecho y en una sociedad que se jacta de velar por el bienestar general y el bien común, por sobre intereses particulares de los sujetos individualmente considerados. Ello justifica un estudio pormenorizado de los antecedentes jurisprudenciales, el paradigma futuro en materia de jerarquización de los créditos de acreedores vulnerables en los procesos de quiebra y el papel que desempeñan los jueces en dicho proceso.

II. Consideraciones generales sobre la insolvencia

El presente capítulo aborda algunas consideraciones generales ineludibles sobre la insolvencia y los principios concursales, para luego describir el instituto de los privilegios en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la Ley de Concursos y Quiebras. Seguidamente se avanza sobre el fundamento de los privilegios y se realiza una síntesis de la categorización de acreedores en la Ley 24.522 y sus características.

II.1. El patrimonio como garantía común de los acreedores

El derecho concursal tiene por objeto reglar la insolvencia del patrimonio, estado cuya regulación no puede dejarse al libre albedrío de los acreedores debido a su implicancia en la vida social y económica de una comunidad.

El patrimonio es un atributo de la persona. Vélez Sarsfield, en la nota al art. 2312 del Código Civil que definía al patrimonio como el “conjunto de los bienes de una persona” aclara que “el patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes”, una *universitatis iuris*. Ese patrimonio está integrado por los bienes y créditos que conforman el activo y también por las deudas (pasivo), y la diferencia de estos componentes arrojan un resultado que en términos contables constituye el Patrimonio Neto.

El patrimonio, así entendido, se constituye en la garantía común de los acreedores ya que el acreedor puede ejecutar los bienes del deudor para satisfacer su crédito. En este mismo sentido, Graziabile⁴ afirma que todos los acreedores pueden ejecutar los bienes que integran el patrimonio en posición igualitaria, excepto que exista una causa legítima de preferencia, sea que se trate de un privilegio o exista alguna disposición legal que establezca el derecho a cobrar antes que otro acreedor. De esta manera, el patrimonio del deudor se constituye como garantía para los acreedores que con él contratan.

El art. 242 del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCCN, expresamente se refiere a la función de garantía que tienen los bienes que integran el patrimonio del deudor, en relación a las deudas contraídas por su titular, con excepción de aquellos declarados inembargables o inejecutables⁵. Por su parte, el art. 743 del mismo cuerpo legal establece expresamente que el patrimonio del deudor es la garantía común de los acreedores⁶.

4 Graziabile, D. J. (2015). Privilegios: Código Civil y Comercial de la Nación y Ley 24522. Buenos Aires, Argentina: La Ley. 1ª Edición. ISBN 978-987-03-2913-8. p. 2

5 Art. 242 CCCN: “Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables.”

6 Art. 743 CCCN: “Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria para satisfacer su crédito.”

Dicho esto, la satisfacción de los créditos contra ese patrimonio podrá perseguirse por la vía individual o colectiva. La acción individual presupone la solvencia del obligado, es decir un deudor en condiciones de atender individualmente el crédito reclamado, sin que ello importe la imposibilidad de los demás acreedores de hacer efectivos sus créditos. Pero cuando existe una cesación de pagos judicialmente detectada, la acción colectiva inhibe toda actuación singular y se torna operativa la concepción de que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores. De manera tal que, si la garantía es insuficiente, corresponde que la “comunidad” que de dicha garantía se predica, pase de potencia al acto y se haga efectiva mediante los mecanismos previstos en la ley, para exigir a todos los acreedores garantizados que soporten el proporcional sacrificio que les imponga la reducción experimentada de aquella⁷.

II.2. Principio de la paridad creditoria

Como regla general y por aplicación del principio de *par condicio creditorum*, los acreedores deben tener un trato paritario en virtud de que el patrimonio del deudor resulta ser la garantía común de sus créditos. De no ser así, si cada acreedor pudiera iniciar o continuar individualmente acciones de cobro sobre el patrimonio de su deudor, el patrimonio dejaría de ser la prenda común de los acreedores y la *par condicio omnium creditorum* quedaría desplazada por el *prior in tempore poter jus*⁸.

Sin embargo, se admiten distintas causas de preferencia en virtud de las cuales algunos deben ser pagados antes que otros, por lo que el tan mentado principio de igualdad tiene el sentido de una igualdad entre iguales o entre quienes se encuentran en igualdad de condiciones y no una igualdad absoluta⁹. Dice Villanueva¹⁰, que el principio de igualdad en el ámbito concursal, no se refiere a una igualdad de índole aritmética-propia de la justicia conmutativa- sino a un parámetro o pauta para realizar la justicia distributiva, inherente al reparto a que se ordena el concurso. En este ámbito, lo que interesa no es la relación de cada acreedor con su deudor, sino las relaciones que se plantean entre todos los acreedores que concurren sobre un mismo patrimonio. Se trata entonces, de aplicar un régimen en el que, quienes se encuentren en igualdad de situación, sacrifiquen una porción equivalente de sus acreencias; este mismo régimen no podrá exigirse a quienes se encuentren en situaciones distintas.

De esta manera, la misma autora destaca la delicada labor de los legisladores, quienes deben aprehender las diferencias existentes sin lesionar la garantía de la igualdad frente a la ley (art. 16 Constitución Nacional, en adelante CN.)

Nuestro más alto Tribunal ha dicho que “el principio concursal de la *par condicio creditorum* no implica necesariamente una mera proporción matemática calculada sobre las relaciones conmutativas previas al estado concursal, sino un criterio orientador del reparto basado en una justa distribución de bienes; en ello ha de reconocerse amplitud de acción a la prudencia legislativa, habida cuenta de que depende de un conjunto de factores que pueden insinuar distintas soluciones posibles, o incluso variar de acuerdo

7 Villanueva, J. (2004). *Privilegios*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores. p. 11.

8 Fernández Raymundo, L. (2008). Privilegios en general y privilegios en la quiebra. *La Ley*, 14-584.

9 Graziabile, D. J. (2015). *Privilegios: Código Civil y Comercial de la Nación y Ley 24522*. Buenos Aires, Argentina: La Ley. 1ª Edición. ISBN 978-987-03-2913-8. p. 4

10 Villanueva, J. (2004). *Privilegios*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores. p. 14

a circunstancias sociales o económicas”¹¹. Ello es acorde con la convicción de que en la base del proceso concursal se encuentra la “justicia distributiva” que exige la satisfacción de todos los acreedores, de conformidad con la naturaleza de su crédito y no la “justicia conmutativa” de las relaciones sinalagmáticas¹². Por su parte, el jurista italiano Pajardi¹³ destaca que este es el único principio de justicia que justifica la existencia del proceso falimentario y sin el cual no se puede concebir el derecho de quiebra.

II.3. Nociones sobre privilegios

II.3.A. Conceptualización

Se habla de la teoría de los privilegios como uno de los temas más complejos del derecho privado. La misma constituye una excepción al principio de que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores y al principio característico de los procedimientos de cobro individuales: “primero en el tiempo, primero en el derecho”.

El art. 2573 del CCCN, define al privilegio como “la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro”¹⁴. El CCCN dejó claramente establecido que la preferencia se concede a favor del crédito y no del acreedor, es decir que la norma toma la pauta “objetiva” que se relaciona con los créditos y no la “subjetiva” que se vincula con la persona¹⁵. La ley civil tiene en mira a los privilegios especiales, no a los privilegios generales que “sólo pueden ser invocados en los procesos universales” (art. 2580 CCCN)¹⁶, en los cuales “los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos” (art. 2579 CCCN)¹⁷.

En materia concursal, el privilegio es un derecho que la ley establece a favor de determinados créditos para ser pagados con anterioridad a otros¹⁸. Puede traducirse en una prioridad de lugar en la escala jerárquica de los créditos por el cual cobran antes en el orden de reparto concursal o pueden conferir una prioridad de índole temporal, estableciendo cuáles créditos se benefician por cobrar antes de tiempo¹⁹. Chomer²⁰ los define como: “la preferencia concedida a determinados créditos para ser pagados en mejores condiciones que otros, ya sea temporal (v.gr. pronto pago), funcional (v.gr. remate extrajudicial) o cualitativa (v.gr. privilegios stricto sensu)”.

Su existencia responde a que una vez realizados los bienes del deudor fallido objeto de desapoderamiento, su producido debe ser distribuido entre los acreedores cuyos

11 CSJN, ED, 82-168

12 Escuti, I. A. (h) y Junyent Bas, F. (1996). *Instituciones de derecho concursal*. Córdoba, Argentina: Alveroni. p. 67

13 Pajardi, P. (1982). El proceso de quiebra entre el pasado y el futuro y los problemas de la reforma del sistema ejecutivo concursal. *RDCO*. Año 15. p. 179

14 Art. 2573 CCCN- Definición. Asiento. Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro. Puede ejercitarse mientras la cosa afectada al privilegio permanece en el patrimonio del deudor, excepto disposición en contrario y el supuesto de subrogación real en los casos que la ley la admite. El privilegio no puede ser ejercido sobre cosas inembargables declaradas tales por la ley.

15 Raspall, M. A. (2019). Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales. *RCCYC*. 04/03/2019, 74. CITA Online AR/DOC/196/2019

16 Art. 2580 CCCN. Privilegios generales. Los privilegios generales sólo pueden ser invocados en los procesos universales.

17 Art. 2579 CCCN. Procesos universales. Régimen aplicable. En los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos

18 Villanueva, J. (2004). *Privilegios*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores. p. 19

19 Rouillón, A. A. N. (2015). *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522*. Buenos Aires, Argentina: Astrea. p. 381

20 Chomer, H. O. (2016). *Concursos y quiebras. Ley 24522. Tomo 3*. Buenos Aires, Argentina: Astrea. p. 449

créditos han sido verificados en la quiebra. Esta distribución debe hacerse tomando en cuenta los distintos tipos de acreencias verificadas, esto es aquellas a las que se les ha reconocido algún tipo de privilegio especial o general y las que tienen carácter común o quirografario. Por ello los privilegios adquieren su verdadera dimensión y operatividad frente a un patrimonio incapaz de satisfacer todas las acreencias exigibles²¹.

Las reglas y principios en materia de privilegios concursales están establecidos en los arts. 239 a 250 de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522, en adelante LCQ, y algunas otras disposiciones del mismo texto legal. El artículo 239 sienta el principio general que establece la autosuficiencia del sistema de privilegios²² al establecer que “*existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enunciados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones*”. De esta manera, queda claro que los privilegios establecidos por otras leyes se aplican a los supuestos previstos en ellos en tanto no exista un proceso concursal abierto. Ello debido a que la apertura de un proceso universal excluye la posibilidad de hacer valer privilegios creados por otras leyes, salvo remisión expresa de la propia legislación concursal (verbigracia, art. 241, inc. 6). Dicho esto, el artículo 239 se presenta como base fundamental al tiempo de valorar el orden de prelación de los privilegios instituidos por la norma concursal y en relación con privilegios consagrados por otras normas legales. Por ello, ante la existencia de un concurso abierto, los privilegios creados por otras leyes no pueden hacerse valer en el proceso universal²³.

II.3.B. Caracteres de los privilegios

Los caracteres esenciales de los privilegios son la legalidad, excepcionalidad, autosuficiencia, la accesoriedad, indivisibilidad y la renunciabilidad.

Origen legal

El art. 2574 del CCCN establece el origen legal de los privilegios, que sólo pueden resultar de una disposición de la ley. En la misma línea, el art. 239 de la LCQ consagra un sistema cerrado de privilegios. Según estas normas el deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de sus acreedores, lo cual resguarda la seguridad en la contratación al impedir que el deudor cree privilegios a favor de determinados deudores en desmedro del interés de otros y de esta manera frustre sus legítimas expectativas de cobro, burlando las razones de equidad y justicia que justifican los privilegios²⁴.

Excepcionalidad

Los privilegios son excepciones al principio concursal de universalidad y al principio general del derecho privado según el cual el patrimonio del deudor constituye la garantía común de los acreedores²⁵.

21 O'Relly, M. C. (2012). Privilegios. En E.E. Martorell (Ed.), *Ley de Concursos y Quiebras Comentada. Tomo V.* (pp. 757-931). Buenos Aires, Argentina: La Ley. p. 758.

22 Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C. A. (2009). *Ley de Concursos y Quiebras. Comentada. Tomo II.* 2ª edición. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot. p. 495

23 Rouillón, A. A. N. (2016). *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522.* Buenos Aires, Argentina: Astrea. p. 388

24 Rivera, J. C., Casadio Martínez, C. A., Di Tullio, J. A., Graziabile, D. J. y Ribera, C. E. (2010). *Derecho Concursal. Tomo III.* Quiebra. Buenos Aires, Argentina: La Ley. p. 501

25 O'Relly, M. C. (2012). Privilegios. En E.E. Martorell (Ed.), *Ley de Concursos y Quiebras Comentada. Tomo V.* (pp. 757-931). Buenos Aires, Argentina: La Ley. p. 761

Al ser los privilegios una excepción, son de interpretación restrictiva. Dicho de otra manera, en tanto los privilegios constituyen una excepción al principio de *pars condicio creditorum* creando un favor singular para ciertos acreedores en virtud de la valoración que hace la sociedad de los intereses que éstos representan y que no pueden ser postergados, son de interpretación restrictiva. No es posible aplicar la analogía para trasladar el privilegio de una situación a otra distinta y en caso de duda, dado su carácter excepcional, ha de estarse en contra de la existencia del privilegio, asignando carácter quirografario al crédito.

Dice O' Relly²⁶ que podría pensarse que el principio de igualdad no es absoluto, en tanto ciertos acreedores están excluidos de su efecto nivelador por estar munidos de privilegio. Pero, afirma: "el principio de igualdad absoluta de acreedores debe pensarse entre aquellos que tienen igual rango y no entre quienes se encuentran en distinto nivel por pertenecer, alguno de ellos, a un rango privilegiado".

Esta cuestión del origen de los privilegios y su excepcionalidad será tratada en profundidad en las páginas que siguen por tener íntima vinculación con el tema de este trabajo.

Autosuficiencia

El sistema de privilegios concursales es autosuficiente. En los procesos de ejecución colectiva sólo se aplican los privilegios previstos en la ley concursal, salvo en los supuestos en que la misma remite a privilegios instituidos por otros ordenamientos, por ejemplo, el art. 242 in fine LCQ. Ello es conteste con lo dispuesto en el art. 2579 CCCN que establece que, en los procesos universales, los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos.

Accesoriedad

La vida del privilegio depende del crédito al que califica por lo que, si el crédito se extingue o se transmite, lo mismo ocurre con el privilegio que lo acompaña, como si fuera su propia sombra²⁷.

Indivisibilidad

La preferencia de cobro sobre todo o parte del bien que constituye el asiento del privilegio permanece intacta mientras se mantenga impago todo o parte del crédito privilegiado. Este principio no se encontraba en el Código Civil expresamente determinado y fue incluido en el art. 2576, 1º parte del CCCN²⁸. La regla de la indivisibilidad es aplicable en materia concursal pese a que la LCQ no contiene una norma similar, porque complementa sin incompatibilidad el régimen concursal de privilegios²⁹. Lo mismo sucede con la regla que sienta el art. 2576 del CCCN en tanto establece que la transmisión del crédito incluye la de su privilegio.

Renunciabilidad

26 O'Relly, M. C. (2012). Privilegios. En E.E. Martorell (Ed.), *Ley de Concursos y Quiebras Comentada. Tomo V.* (pp. 757-931). Buenos Aires, Argentina: La Ley. p. 766

27 O'Relly, M. C. (2012). Privilegios. En E.E. Martorell (Ed.), *Ley de Concursos y Quiebras Comentada. Tomo V.* (pp. 757-931). Buenos Aires, Argentina: La Ley. p. 766

28 Art. 2576 (1º parte) CCCN. Indivisibilidad. Los privilegios son indivisibles en cuanto al asiento y en cuanto al crédito, independientemente de la divisibilidad del asiento o del crédito.

29 Rouillón, A. A. N. (2016). *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522.* Buenos Aires, Argentina: Astrea. p. 384

En materia civil, el art. 2575 CCCN establece que el acreedor puede renunciar al privilegio. En la LCQ no hay norma que así lo establezca, pero el art. 43 contempla el supuesto de que acreedores privilegiados renuncien expresamente a su privilegio, en un porcentaje que no puede ser inferior al 30% del monto de su acreencia. La renuncia debe ser expresa y puede hacerse hasta el momento de prestar adhesión a la propuesta de acuerdo preventivo³⁰. Con la renuncia al privilegio, el crédito pasa a ser quirografario y el privilegio renunciado es irrecuperable, salvo el caso de nulidad del acuerdo (art. 62 inc. 4 LCQ).

En el caso de los créditos laborales, la renuncia al privilegio está expresamente prevista y reglada. No puede ser inferior al 20% del crédito y debe ser ratificada ante el juez del concurso, con citación a la asociación gremial legitimada si el trabajador se encontrare alcanzado por el régimen del convenio colectivo. El art. 43 LCQ dispone, además, que el privilegio al que hubiere renunciado el trabajador que hubiere votado favorablemente el acuerdo renace en caso de quiebra posterior con origen en la falta de existencia de acuerdo preventivo, o si no se homologa el acuerdo.

En definitiva, se puede afirmar que el privilegio no agrega nada a la facultad del acreedor, sólo la califica, fijándole un grado preferente frente a las facultades que tienen los otros acreedores de cobrarse sus créditos.

II.3.C. Fundamento

Desde el punto de vista filosófico, es la escala axiológica de valores de una comunidad y decisiones de política legislativa, lo que hace que una comunidad otorgue a ciertos créditos un sistema de prioridades³¹. Raspall distingue conceptualmente las tutelas diferenciadas, de los privilegios. Afirma que las tutelas diferenciadas no radican, necesaria o exclusivamente, en priorizar o preferenciar el cobro de una acreencia con relación a otras, sino que se identifican con definiciones y metas de políticas públicas más amplias que se expresan en los principios, fines u objetivos de la ley para lo cual se generan institutos o herramientas aptas para la consecución de los mismos, tales como el salvataje, la continuación de la explotación para la tutela de interés "conservación de la empresa". El mismo autor considera que los privilegios son una "especie" dentro del género tutelas diferenciadas, a través de la cual estas últimas se manifiestan.

La doctrina reconoce fundamentos variados a los privilegios, relacionados con la naturaleza o causa del crédito. Con este criterio, el privilegio del fisco tiene su justificación en la necesidad de mantener el erario público y procurar el bien común; el de los salarios, en su carácter alimentario.

Llambías³² considera que: "los privilegios benefician al propio deudor, brindándole una forma de tener mejores posibilidades de vida y recurrir al crédito, puesto que representan una garantía rápida y práctica que elude dilaciones en la satisfacción de las necesidades básicas".

30 Rouillón, A. A. N. (2016). *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522*. Buenos Aires, Argentina: Astrea. p. 130

31 Raspall, M. A. (2019). Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales. *RCCYC*. 04/03/2019, 74. CITA Online AR/DOC/196/2019

32 Llambías, J. J. (2005). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot. p. 631

En definitiva, el fundamento último radica en que la ley protege a todos aquellos que, mereciendo una garantía de cobro del crédito, no están en condiciones de exigir la constitución de un derecho real y por ello la ley les asigna una preferencia. En esta situación se encuentran, por ejemplo, el médico que asiste en la última enfermedad y el funebrero.

II.4. Clasificación de los privilegios

II.4.A. Orden de los privilegios en la LCQ

La ley concursal clasifica a los acreedores en distintas categorías, según el privilegio de que goce su crédito.

Según su rango, los acreedores pueden ser: a) acreedores con privilegio especial; b) acreedores por gastos de conservación y justicia; c) acreedores con privilegio general; d) acreedores comunes o quirografarios, y e) acreedores subordinados

La importancia de la clasificación no es dogmática ni teórica, sino que tiene virtual importancia ya que será determinante, en la práctica, de la factibilidad de satisfacción del crédito ante la insuficiencia del activo liquidado del deudor fallido.

Privilegios especiales

Los privilegios especiales tienen su asiento sobre bienes específicos y pueden hacerse valer exclusiva y excluyentemente sobre el producto de la liquidación de los bienes afectados, o sobre el importe que los sustituya.

Se ha definido a estos privilegios como el derecho del acreedor de cobrarse con preferencia a otro sobre el producido de cierta cosa o cosas determinadas³³. El porcentaje del crédito con privilegio especial no percibido sobre el asiento de éste es considerado común o quirografario, salvo ciertos créditos laborales con privilegio especial (art. 245 LCQ).

El art. 241 LCQ determina los supuestos en los que los créditos tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica³⁴. Para su operatividad es imprescindible la existencia del bien sobre el cual recae, ya que carece de toda lógica conceder un privilegio sobre un bien que ha salido del patrimonio de la quiebra en tanto no podrá hacerse efectivo³⁵. Es decir, para que exista el privilegio, deben existir los bienes asiento del mismo, ya que el privilegio es una cualidad del crédito, que no se opone al deudor, sino a los acreedores. Por ello, afirma O' Relly³⁶

33 Rivera, J. C., Casadio Martínez, C. A., Di Tullio, J. A., Graziabile, D. J. y Ribera, C. E. (2010). *Derecho Concursal. Tomo III. Quiebra*. Buenos Aires, Argentina: La Ley. p. 518

34 Art. 241 LCQ: Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica: 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 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 art. 3943, CCiv. 6. Los créditos indicados en el Tit. III, cap. IV, ley 20.094, en el Tit. IV, cap. VII, Código Aeronáutico (ley 17.285), los del art. 53 de la ley 21.526, los de los arts. 118 y 160 de la ley 17.418.

35 CNCom. Sala integrada, 16.2.05, "Filcosa s/ quiebra s/ inc. de verificación de crédito por Municipalidad de Avellaneda"

36 O'Relly, M. C. (2012). Privilegios. En E.E. Martorell (Ed.), *Ley de Concursos y Quiebras Comentada. Tomo V*. (pp. 757-931). Buenos

que: "el acreedor hipotecario o prendario que ha visto desaparecer tanto el asiento de su privilegio como el producido de su venta, serán considerados al momento de la distribución, igual que los acreedores quirografarios".

De esta manera, el acreedor reconocido como privilegiado cuyo asiento del privilegio se ha tornado abstracto al momento de la distribución, no podrá invocar privilegio sobre los bienes que integran el patrimonio distribuible y que están libres de afectación a su privilegio.

Acreedores por gastos de conservación y justicia

Los gastos de conservación y justicia son aquellos efectuados durante el transcurso del proceso concursal y que han sido necesarios para la conservación, administración y liquidación de los bienes del fallido, en beneficio de todos los acreedores. Se los ha conceptualizado como aquellas acreencias generadas por los gastos y diligencias indispensables en los que se incurre para que los acreedores perciban lo que se les adeuda³⁷. No quedan comprendidos en esta categoría los gastos hechos en beneficio de un acreedor específico, como sería un acreedor con privilegio prendario o hipotecario.

El artículo 240 LCQ se refiere a ellos como los "*créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso*", cuyo pago debe hacerse efectivo cuando resulten exigibles y sin necesidad de verificación. Si los fondos existentes no son suficientes para satisfacer estos créditos, la distribución se hace a prorrata entre ellos.

Se sostiene³⁸ que estos gastos no son en realidad un verdadero privilegio, sino que constituyen gastos o deudas nacidas de la propia dinámica del proceso concursal y realizados en beneficio común de todos los acreedores, por lo que deben ser satisfechos prioritariamente.

Reserva de gastos

Por su parte, el art. 244 LCQ establece que "*Antes de pagar los créditos que tienen privilegios especiales, se debe reservar del precio del bien sobre el que recaen, los importes correspondientes a la conservación, custodia, administración y realización del mismo efectuados en el concurso. También se calcula una cantidad para atender a los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso, que correspondan exclusivamente a las diligencias sobre tales bienes.*"

Esta reserva de gastos consiste en detraer del producido de un bien asiento de un privilegio especial cierta suma de dinero destinada a satisfacer los gastos y gestiones profesionales efectuadas en beneficio de los titulares de las acreencias privilegiadas. Se distinguen de los gastos de justicia del art. 240 LCQ en que éstos reportan un beneficio para la generalidad de los acreedores; en tanto que en los gastos contemplados en el art. 244 LCQ, el beneficio es solo para el acreedor con

Aires, Argentina: La Ley. p. 813.

37 Usandizaga, M. (2018). Privilegios. En A. Sanchez Herrero (Dir), *Tratado de Derecho Civil y Comercial. 2ª Edición. Tomo X. Concursos y Quiebras* (p.p. 1035-1094). Buenos Aires, Argentina: La Ley. p. 1039

38 Rivera, J. C., Casadio Martínez, C. A., Di Tullio, J. A., Graziabile, D. J. y Ribera, C. E. (2010). *Derecho Concursal. Tomo III. Quiebra*. Buenos Aires, Argentina: La Ley. p. 508

privilegio especial cuyo privilegio se asienta sobre el bien liquidado³⁹.

Los gastos previstos como reserva en el art. 244 LCQ tienen la mayor preferencia y superan incluso a los privilegios especiales.

Acreedores con privilegio general

El art. 246 de la LCQ enumera taxativamente las acreencias que gozan de privilegio general. Establece que son créditos con privilegio general:

- 1) *Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis (6) meses y los provenientes por indemnizaciones de accidentes de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de dos (2) años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso;*
- 2) *El capital por prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas nacional, provincial o municipal de seguridad social, de subsidios familiares y fondos de desempleo;*
- 3) *Si el concursado es persona física: a) los gastos funerarios según su uso; b) los gastos de enfermedad durante los últimos seis (6) meses de vida; c) los gastos de necesidad en alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia durante los seis (6) meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebras.*
- 4) *El capital por impuestos y tasas adeudados al fisco nacional, provincial o municipal.*
- 5) *El capital por facturas de crédito aceptadas por hasta veinte mil pesos (\$20.000) por cada vendedor o locador. A los fines del ejercicio de este derecho, sólo lo podrá ejercitar el libramiento de las mismas incluso por reembolso a terceros, o cesionario de ese derecho del librador (inc. incorporado por el art. 7 de la ley 24760)*

El Código Civil y Comercial de la Nación puso fin al debate doctrinal respecto de la posibilidad de que se invocaran privilegios generales en las ejecuciones individuales⁴⁰. Este cuerpo legal expresamente establece en el art. 2580 que *“Los privilegios generales sólo pueden ser invocados en los procesos universales”*.

En cuanto a su extensión, el amparo de la ley para los créditos con privilegio general se limita al capital, excepto en los créditos de origen laboral, en los que el privilegio comprende a los intereses por dos años contados a partir de la mora y las costas judiciales en su caso (art. 246 inc. 1, *in fine* LCQ).

Respecto del campo de actuación patrimonial de los privilegios generales, la ley concursal establece que sólo pueden afectar la mitad del producto líquido de los bienes, una vez satisfechos- en este orden de prelación- la reserva del art. 244 LCQ, los créditos con privilegio especial, los créditos del art. 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones debidas al trabajador por seis meses. En lo que exceda esta proporción, participan a prorrata con los comunes o quirografarios.

Esta disposición ha sido criticada ampliamente por la doctrina que considera que

39 Usandizaga, M. (2018). Privilegios. En A. Sanchez Herrero (Dir), *Tratado de Derecho Civil y Comercial. 2ª Edición. Tomo X. Concursos y Quiebras* (p.p. 1035-1094). Buenos Aires. Argentina: La Ley. p. 1048

40 Usandizaga, M. (2018). Privilegios. En A. Sanchez Herrero (Dir), *Tratado de Derecho Civil y Comercial. 2ª Edición. Tomo X. Concursos y Quiebras* (p.p. 1035-1094). Buenos Aires. Argentina: La Ley. p. 1075

resulta “ser una mutilación de los créditos con privilegio general”⁴¹, sin que existan razones convincentes que lo justifiquen. Respecto de los privilegios generales no se fija una prelación conforme el orden de los incisos, como sucede con los privilegios especiales, sino que, si los fondos no alcanzan para satisfacer íntegramente las acreencias con privilegio general, la distribución se hace a prorrata (art. 249 LCQ).

Créditos Comunes o Quirografarios

Son créditos comunes o quirografarios aquellas acreencias a las que no se les reconoce privilegio alguno. Así los define por exclusión el art. 248 LCQ. El carácter de crédito común puede ser originario, es decir desde el nacimiento del derecho, o derivado como por ejemplo como consecuencia del agotamiento del bien asiento del privilegio especial y la existencia de saldo insoluto⁴².

Créditos subordinados

Un crédito es subordinado cuando el acreedor que lo detenta es postergado en sus derechos de cobro de su crédito, respecto de otros acreedores del mismo deudor. El art. 250 LCQ establece que, si los acreedores hubiesen convenido con su deudor la postergación de sus derechos, sus créditos se regirán por las condiciones de su subordinación. La misma puede ser general, cuando los acreedores han postergado voluntariamente sus créditos respecto de la totalidad de los acreedores; o especial, referida a un grupo particular de acreedores beneficiarios de la subordinación⁴³.

II.5. Consideraciones finales

Puede concluirse del análisis precedente, que el patrimonio del deudor constituye la garantía común de los acreedores y los privilegios establecen excepciones al principio de paridad creditoria y esa es la razón de que se los considere un régimen de excepción. La LCQ establece un ordenamiento que se caracteriza por ser de origen legal, autosuficiente y de interpretación restrictiva, y determina la factibilidad de cobro de la acreencia, ante la insuficiencia patrimonial del deudor.

III. El nuevo escenario que plantean los acreedores involuntarios

Como ya se adelantara en la introducción de este trabajo, el eje central de estudio se ubica en el tratamiento doctrinario, jurisprudencial y legal que ha tenido la cuestión de los acreedores involuntarios y, especialmente, los llamados acreedores vulnerables en el marco de un proceso falencial con insuficiencia patrimonial. Así, resulta de vital importancia establecer qué se entiende por acreedor involuntario y específicamente conceptualizar a los acreedores vulnerables. Para enriquecer esta definición, se identifican casos de la jurisprudencia argentina en los que se reconoció preferencia de cobro a acreedores sin tutela específica en la ley especial, por aplicación de las normas contenidas en los tratados internacionales de jerarquía constitucional. Ello permite determinar de forma más acabada lo que los jueces han entendido como sujetos comprendidos en el concepto de vulnerabilidad y cuáles son los argumentos que justifican su trato prioritario o quirografario.

41 Chomer, H.O (2016). *Concursos y quiebras. Ley 24522. Tomo 3*. Buenos Aires. Argentina: Astrea. p. 531

42 Usandizaga, M. (2018). Privilegios. En A. Sanchez Herrero (Dir), *Tratado de Derecho Civil y Comercial. 2ª Edición. Tomo X. Concursos y Quiebras* (p.p. 1035-1094). Buenos Aires. Argentina: La Ley. p. 1093

43 Rivera, J. C., Casadio Martínez, C. A., Di Tullio, J. A., Graziabile, D. J. y Ribera, C. E. (2010). *Derecho Concursal. Tomo III. Quiebra*. Buenos Aires, Argentina: La Ley. p. 552

III.1. Los acreedores involuntarios

Los acreedores involuntarios son actores del escenario concursal que han cobrado protagonismo a raíz de recientes fallos de algunos tribunales e incluso del Máximo Tribunal de la Nación, que cuestionaron el orden cerrado de privilegios establecido en la legislación concursal, reconociendo un privilegio especial prioritario para acreedores en situación de vulnerabilidad en el caso concreto juzgado.

Estos acreedores involuntarios se presentan como débiles jurídicos en los procesos concursales y por ello se ha considerado que deben gozar de una protección especial⁴⁴.

En primer lugar, corresponde abordar el problema de su conceptualización y relación con los llamados acreedores vulnerables.

Raspall⁴⁵ se refiere a ellos como aquellas personas que se transforman en acreedores sin que la causa de su crédito sea un fin querido en sí mismo, sino que se convierten en acreedores de su deudor por fuerza de las circunstancias. Menciona como cualidad que los aglutina la "falta de libertad" de transformarse en acreedores. Se caracterizan por haberse transformado en acreedores sin verdaderamente querer serlo y por consiguiente nunca pensaron analizar el patrimonio del deudor para garantizar su crédito⁴⁶.

También se los ha definido como:

*"Titulares de créditos que se originan con independencia de su voluntad, que quedan jurídicamente vinculados con un deudor insolvente como consecuencia de un hecho ilícito que exige el deber de reparar el daño ocasionado en la vida o integridad psicofísica de la persona humana."*⁴⁷

El debate doctrinario sobre este tema abarca también la cuestión de la denominación que corresponde dar a este tipo de acreedores. La doctrina se ha referido a ellos utilizando terminología disímil, como "acreedores involuntarios", "acreedores extracontractuales", "acreedores postergantes" o "créditos de reparación urgente". La Dra. Chiapero⁴⁸ señala que en el Congreso Argentino de Derecho Concursal realizado en Mendoza en el año 2009 quedó plasmada la discordancia doctrinal sobre esta cuestión. La autora destaca que la Comisión, originalmente llamada "Créditos de origen extracontractual" concluyó por mayoría en el informe final de despacho de comisión, que la denominación correcta para este tipo de acreedores es la de "acreedores involuntarios" y que esta terminología abarca tanto a acreedores de origen contractual como extracontractual y el énfasis se pone en la voluntariedad o no en el otorgamiento del crédito, incluyéndose en los involuntarios aun a los créditos nacidos por los daños producidos en los ilícitos contractuales. Destaca que esta categoría comprende a los acreedores que son víctimas de daños que les ha ocasionado el comportamiento negligente, culposo o doloso del deudor y que no han tenido ocasión ni oportunidad para elegir a su contraparte negocial.

44 Gerbaudo, G. (2018). *Los acreedores involuntarios y la crisis del sistema de privilegios concursales*. Libro de Ponencias del X Congreso Argentino de Derecho Concursal. Tomo 3. Santa Fe, Argentina. Octubre 2018. p. 398

45 Raspall, M. A. (2019). Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales. *RCCYC*. 04/03/2019, 74. CITA Online AR/DOC/196/2019

46 Barreiro, M. G. y Truffat, D. E. (2008). Los acreedores involuntarios. Una cuestión que ronda las puertas del debate concursal. *La Ley* 2008-A, 712. Cita Online: AR/DOC/3955/2007

47 MICELLI, M. Indiana (2011): *Las nuevas tutelas diferenciadas del derecho concursal. Los acreedores involuntarios*. La Ley Litoral (Febrero). P.30.

48 Chiapero, S. M. (2019). Acreedores Involuntarios en el último fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *RDPC*, 2019-2. p. 130

En el mismo sentido, se ha sostenido que la denominación "acreedores involuntarios" es la más adecuada pues ella exhibe el elemento distintivo de esta clase de créditos y permite abarcar situaciones que se originan con un vínculo de naturaleza contractual, como el caso de un acreedor por lesiones derivadas de un contrato de transporte o de una mala praxis ocurrida en una intervención quirúrgica⁴⁹.

Barreiro y Truffat consideran que el análisis debe centrarse en la existencia de dos subuniversos: acreedores voluntarios y acreedores involuntarios (que contiene a los acreedores extracontractuales, pero no se agota en ellos). Explican que esta última categoría refiere a acreedores, que: "si bien están ligados por alguna forma de convención con el deudor, ésta resulta consecuencia de una necesidad propia personal, como puede ser, atención médica, transporte, etc, y no de un vínculo comercial"⁵⁰. Agregan que también habrá casos de acreedores "civiles" de carácter contractual que no pueden considerarse involuntarios. Por otra parte, sostienen que el término inverso, "acreedores voluntarios", resulta insuficiente porque deja "a la intemperie" a aquellos acreedores que derivan su título de la ley, como el Fisco. Argumentan que es claro que el Fisco no tiene vocación para ser habido como acreedor voluntario, pese a haber tomado sus recaudos para no ser preterido, a través del sistema de privilegios.

III.2. Acreedores vulnerables

Dentro del universo de los acreedores involuntarios, se presenta como un subgrupo dentro del mismo, el de los acreedores vulnerables. Con este vocablo se pretende englobar a aquellos acreedores involuntarios que se encuentran en una condición de afectación de sus derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional (en adelante CN) y Convenios y Tratados Internacionales.

Si bien doctrinariamente se parte de la base de que en las relaciones jurídicas las partes que la componen se encuentran en una situación de igualdad, es innegable que algunas personas se encuentran en una situación notoriamente desventajosa respecto de otras, que pone en riesgo la defensa de sus derechos fundamentales, y las coloca en una condición de vulnerabilidad. La vulnerabilidad ha sido conceptualizada como: "un estado de la persona, un estado inherente de riesgo; una situación permanente o provisoria, individual o colectiva, que fragiliza y debilita a uno de los sujetos de derecho, desequilibrando la relación"⁵¹. También se utiliza la expresión "grupos en situación de vulnerabilidad", que evidencia el carácter dinámico y modificable de su integración, y que engloba a grupos de personas o sectores de la población que se ven privados de la satisfacción de sus necesidades específicas, sea por razones inherentes a su condición o por acción u omisión de los organismos del Estado.

Esta situación de vulnerabilidad origina dificultades para acceder a la justicia, lo cual ha sido receptado por las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad⁵². Este documento, integrado por 100 reglas, tiene como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en

49 Usandizaga, M. (2014). La problemática de los acreedores involuntarios en el derecho concursal. *DCCyE* (Agosto), 25. Cita Online: AR/DOC/1342/2014

50 Barreiro, M. G. y Truffat, D. E. (2008). Los acreedores involuntarios: Una cuestión que ronda las puertas del debate concursal. *La Ley*, 2008-A, 712. Cita Online: AR/DOC/3955/2007. p. 2

51 Junyent Bas, F. A. y Marcos, F. J. (2019). Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del "acreedor involuntario". *La Ley Online*, 27/02/2019, 4. Cita AR/DOC/187/2019. p. 6

52 Este documento fue aprobado por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial (art. 1) y recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Para hacerlo, circunscribe el colectivo de vulnerables a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Considera causas de vulnerabilidad, la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad (Sección 2. 1)

En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en adelante CSJN, en diferentes resoluciones ha ido demarcando el universo de aquellos sujetos que deben considerarse vulnerables, y por ello son pasibles de un trato preferente frente al resto de los actores sociales. Así, este sector incluye a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, que son considerados un colectivo vulnerable. En este contexto, en los autos “García, María Isabel c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad (26/03/2019)”, la CSJN⁵³ declaró la inconstitucionalidad del cobro del impuesto a las ganancias en el caso de una jubilada con problemas de salud a la que se la hacía una quita de más de 30 % de su haber jubilatorio, con fundamento en los arts. 23, inc. c); 79, inc. c); 81 y 90 de la ley 20.628 —texto según leyes 27.346 y 27.430. La Corte declaró inconstitucional esta normativa sobre la base de que la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados resulta insuficiente, si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo. En el mismo contexto, dispuso que el Congreso de la Nación debe adoptar, en relación con el impuesto a las ganancias, un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad, que conjugue este actor relevante con el de la capacidad contributiva potencial, pues el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico, especialmente a partir de la reforma constitucional de 1994, en función de la cual debe estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables —en el caso, los beneficiarios previsionales—, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos. Este fallo del Máximo Tribunal responde también al espíritu de la Convención Interamericana de Protección de los Derechos Humanos de los Adultos Mayores, que fue sancionada en el año 2015 y ratificada por la República Argentina en mayo de 2017 mediante la Ley 27.360 y el Decreto 375/17. Se trata éste de un instrumento de carácter vinculante que genera obligaciones de protección específica del colectivo al que abarca y recomienda enfáticamente el fortalecimiento de políticas que apunten a un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos.

Señala Boquín⁵⁴, que las personas pueden ser vulnerables por pertenecer a un grupo vulnerable colectivo o ser individualmente vulnerables, así como el estado de vulnerabilidad puede ser absoluto- permanente o bien puede ser relativo-transitorio. En definitiva, afirma, todos podemos llegar a ser considerados vulnerables en el devenir de nuestra vida.

53 CSJN García, María Isabel c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad. 26/03/2019 Cita Online: AR/JUR/1043/2019

54 Boquín, G. F. (2018a). El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal. *RCCyC*, 02/02/2018, 3. Cita Online: AR/DOC/4/2018.

Ello es posible, porque la reforma constitucional de 1994, incorporó al texto de la Ley Fundamental numerosos Convenios y Tratados Internacionales, conforme los artículos 31 y 75 incisos 22 y 23 de la CN, que abren el camino para el reconocimiento de un amplio y variado abanico de personas a las que puede considerarse incluidas en un colectivo que revista las características de vulnerabilidad. En el caso de los acreedores vulnerables (menores, discapacitados, mayores adultos, cuestiones de salud entre otras), la tutela diferenciada se vincula con una valoración "subjetiva" relativa a la situación de la persona, y no del crédito, conforme el criterio objetivo asumido por el CCCN.

Así, en el marco de un proceso falencial se ha reconocido a un acreedor menor con discapacidad, considerado vulnerable por esta doble condición, una preferencia de cobro respecto del resto de los acreedores en virtud de los derechos reconocidos por los arts. 4º, 5º y 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; los arts. 1º, 6º, 23, 24 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño; los arts. 5º, 7º, 10, 17, 19, 25 y 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el art. 7º de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Personas con Discapacidad; el art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Para justificar esta tesis, la Dra. Boquín argumenta que la preferencia que el bloque de convencionalidad reconoce en favor del menor no se encuentra condicionada a que el acreedor se encuentre in bonis, sino que la preferencia legal es "absoluta". En todos los casos, expone, prima el interés superior del niño⁵⁵, según el cual cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (ley 26.061, art. 3º). Este principio tiene rango de prioridad absoluta, de manera que cuando los derechos del niño colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas" (ley 26.061, art. 5º), debe estarse en todo caso al interés superior del menor.

III.3. Los hipervulnerables

El concepto abarca a quienes se encuentran en una situación extrema e indiscutible de vulnerabilidad, con afectación de sus derechos de indiscutida jerarquía constitucional como a la vida y la dignidad, que razonablemente justifican el otorgamiento de un privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio.

III.4. La cuestión de los acreedores involuntarios en el Derecho Comparado.

La cuestión de los acreedores involuntarios es un tema que ha sido objeto de distintas iniciativas en el derecho comparado. Se observa un tratamiento diferenciado y preferencial para estos acreedores ante la eventualidad de que el concurso (reorganizativo o liquidativo) produzca la exoneración de deudas o la liberación de éstos créditos cuando el deudor fuera persona física y más aún si fuera un consumidor⁵⁶.

Enseña la Dra. Chiapero⁵⁷, con cita a Ariel A. Dasso, que la figura nace en el derecho anglosajón a partir del instituto de la discharge que pretende el fresh start del deudor o liberación de pasivos. Explica que el concepto tiene antecedente en el common law del

55 Boquín, G. F. (2018a). El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal. *RCCyC*, 02/02/2018, 3. Cita Online: AR/DOC/4/2018.

56 Raspall, Miguel A. "Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales". *RCCyC* 2019 (marzo), 04/03/2019, 74. AR/DOC/196/2019

57 Chiapero, Silvana María (2019). Acreedores Involuntarios en el último fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *RDPC*, 2019-2. p. 133-135

derecho anglosajón, que establecía una diferencia entre los acreedores que pudieron evaluar el riesgo de la insolvencia en los negocios que contratan, llamados *adjusting creditors*, de los llamados *non adjusting creditors*, que son aquellos que no tuvieron la oportunidad de evaluar el riesgo.

La autora señala que en las disposiciones del *Bankruptcy Code*, los acreedores involuntarios, que reciben el nombre de *tort creditors* tienen el mismo tratamiento que los acreedores ordinarios, o *unsecured creditors*, por lo que se equiparan a todos los efectos a los acreedores voluntarios o contractuales. No obstante ello, se regulan de manera especial ciertas situaciones, a saber: a) se establece el pago prioritario de los créditos contra la masa, es decir los nacidos de la continuación de la actividad del concursado después de abierto el concurso o de daños ocasionados por los bienes que integran el activo liquidable; b) se establece un privilegio general de décimo grado para acreedores cuyos créditos deriven de daños personales o muerte causados por el funcionamiento de un vehículo a motor o a un buque, cuando el deudor se encontrare bajo los efectos del alcohol, drogas o cualquier otra sustancia en el momento de la producción del daño (Sección 507 (a) (10)). c) Se impide el *discharge* de los créditos de acreedores involuntarios nacidos de hechos dolosos (art. 523) d) se otorga el tratamiento de crédito contra la masa a aquellas deudas nacidas de daños derivados de daños personales causados antes o después de iniciado el proceso concursal, por la actividad de empresa de ferrocarriles (sección 1171 (a)), sea que se hayan producido antes o después de la presentación en concurso.

En el derecho alemán rige la “exoneración de deuda residual” según la cual la persona fallida puede reiniciar su actividad sin lastres (similar al *fresh start* anglosajón), pero se establecen excepciones en el caso de los créditos involuntarios.

Por su parte, el derecho italiano otorga diverso tratamiento a los acreedores involuntarios debido a su imposibilidad de negociar ni de elegir al deudor de un crédito originado en un ilícito. En materia societaria, se establece respecto de los acreedores voluntarios un régimen de separación bilateral del patrimonio que no existe para los acreedores involuntarios, que se benefician con un régimen de responsabilidad ilimitada de la sociedad por deudas derivadas de hechos ilícitos. También rige el sistema de liberación de deudas residuales en el fallimento de la persona física y se excepcionan las deudas por resarcimiento de daños derivados de ilícitos extracontractuales.

En la Ley Española, que ha tratado el tema en el art. 91.5, se consideran créditos con privilegio general a los acreedores por responsabilidad civil extracontractual nacidos con anterioridad al concursamiento. La prelación se establece de esta manera: 1) créditos extracontractuales nacidos con posterioridad a la declaración de concurso, independientemente de que sean daños personales o materiales, y de su situación asegurativa. Éstos son tratados como créditos de la masa cuando nacieron de la continuación de la actividad del concursado (art. 84.2.5, LC), o derivan de la responsabilidad extracontractual personal del concursado (art. 84.2.10, LC); 2) créditos extraconcursoales, nacidos con anterioridad a la declaración en concurso, entre los que tienen prelación los daños personales no asegurados (art. 91.4, LC) sobre los daños personales asegurados y daños materiales, asegurados o no. La normativa española distingue entre los créditos nacidos con anterioridad a la apertura del concurso, los nacidos con posterioridad por continuación de la actividad y los que tienen origen en la responsabilidad extracontractual

personal del concursado. También diferencia los créditos según la naturaleza del daño causado, sean personales o materiales y en función de su situación asegurativa, ascendiendo el privilegio general del quinto al cuarto grado.

En Argentina, el Profesor español Ángel Rojo fue quien instaló, en la agenda de la doctrina concursalista nacional, el desafío que presenta el tema del llamado acreedor involuntario. En ocasión de realizarse en la ciudad de Rosario, el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, en septiembre del año 2006, el catedrático español expuso su particular su concepción del acreedor involuntario en el anteproyecto de reforma a la ley Española del año 1995, y que luego se plasmara en el artículo 91.5, y concordantes de la ley 22/2003, aunque no con el alcance por él querido, sino que solamente reconociendo un privilegio general en quinto orden de prelación en la categoría, a los llamados acreedores involuntarios. En esta oportunidad, puso de resalto la enorme dificultad que tienen los acreedores involuntarios a la hora de la insinuación del crédito por cuanto que la concepción tradicional exige una verificación documental y salvo que se cuente con sentencia, la insinuación no cumpliría los requisitos formales establecidos por las leyes⁵⁸.

III.5. Tratamiento de los acreedores involuntarios en la jurisprudencia argentina

En el derecho concursal argentino, los acreedores involuntarios y, específicamente, los vulnerables no tienen reconocido privilegio en la escala de preferencias establecida por la norma falimentaria.

Como ya se dijo anteriormente, en materia de privilegios la interpretación es restrictiva y de origen exclusivamente legal (art. 239 LC y art. 2574 CCCN), pero ello no ha impedido que los tribunales reconozcan⁵⁹, por encontrarse en juego derechos esenciales, otros privilegios no previstos especialmente y para ello han acudido a ordenamientos de jerarquía superior como la Constitución Nacional y los tratados internacionales a la que la misma reconoce rango superior a las leyes (artículo 31 CN).

Los tribunales de nuestro país han tomado acción sobre la cuestión del sistema cerrado de privilegios en tres tipos de situaciones, tomadas de modo genérico y sin olvidar las particularidades que hacen de cada proceso un supuesto único.

- a) Créditos con origen en daños por mala praxis a menores discapacitados, usualmente en solicitudes de inclusión en el pasivo concursal de establecimientos de salud.
- b) Créditos con origen en accidentes de tránsito.
- c) Créditos con origen en accidentes o enfermedades de trabajo.

Los dos primeros supuestos no tienen reconocimiento de jerarquía en el orden de prelación de los privilegios concursales, por lo que tienen carácter quirografario, en tanto los créditos con origen en accidentes o enfermedades de trabajo gozan de ciertos privilegios, pese a lo cual pueden entrar en colisión con otros acreedores de rango preferente, aunque no de situación vulnerable⁶⁰.

58 Rojo Fernández- Río, Ángel. Conferencia. "Los acreedores involuntarios" IV Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano sobre Insolvencia. Conferencias y Trabajos en comisiones, t. IV, Rosario, septiembre 2006, p. 203

59 Ribera, C. E. (2019). El acreedor involuntario con privilegio especial. *La ley Online* AR/DOC/835/2019

60 Ramírez Bosco, L. (2019). La quiebra y el porvenir de los acreedores involuntarios más vulnerables. *La ley Online*. Cita on Line:

El primer antecedente que involucra los intereses de acreedores involuntarios en nuestro país fue el fallo dictado por la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, en autos "González, Feliciano c. Microómnibus General San Martín s/ incidente de verificación tardía del 18/05/2004. En este caso, la Cámara confirmó la resolución de primera instancia que, haciendo lugar a un incidente de pronto pago, ordenó pagarle a una mujer de 78 años de edad, el 60% del monto obtenido en una sentencia respecto de los daños causados por la empresa de colectivo concursada, pese a existir un concordato que establecía una quita del 40% y que el mismo iba a ser cancelado en 17 años. Expresamente estableció que *"cuando por razones económicas se limita un derecho humano básico hasta hacerlo inexistente o se contraría la esencia de ese derecho, el juez está obligado a declarar la inconstitucionalidad del acto lesivo, sea que este provenga de una norma legislativa o de un acuerdo general concursal..."*⁶¹. Llegado el caso por recurso extraordinario a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ésta, con primer voto del Doctor Roncoroni, rechazó el recurso interpuesto por la concursada y consideró que *"si bien es cierto que tanto el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física cuanto el derecho de propiedad se encuentran amparados constitucionalmente, la salud encuentra un posicionamiento más elevado que la propiedad privada..."*⁶² (conforme lo expuesto por Kemelmajer de Carlucci, A.R. en su ponencia en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Supl. Especial, "La Ley", noviembre de 1999, p. 37 y sgtes.). Esta resolución fue criticada por algunos autores sobre la base de la inseguridad que genera que el resultado de los litigios dependa de los sentimientos del momento o de la mayor o menor sensibilidad de los jueces y que si bien hay casos excepcionales que merecen tratamiento especial, debe dejarse claramente establecido que son supuestos excepcionales de interpretación restrictiva⁶³.

Asimismo, en un fallo de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II • 28/12/2005, dictado en autos Persini, Ada Susana s/inc. de rev. en: Racing Club s/conc.,⁶⁴ el tribunal entendió que el pronto pago reclamado por la incidentista debía abonarse con los fondos de la fallida depositados en la causa, dada la existencia de motivos suficientes para justificar una excepción a su respecto, en tanto la acreedora contaba con 85 años de edad y el pago del crédito en el lapso de 4 años importaría la no percepción del mismo y la suma adeudada comprometía su subsistencia.

En otro caso, la Cámara Nacional de Comercio, sala D en los autos "Obra Social Bancaria Argentina s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación y pronto pago promovido por Ramírez, Celia y otro", 01/10/2013⁶⁵ consideró que el crédito insinuado por un menor discapacitado, con origen en una mala praxis médica, debía gozar de un pago preferente. Sostiene el Tribunal que el propio legislador otorgó operatividad a la protección prioritaria de los derechos de los menores al introducir a nuestro derecho positivo la Convención de los Derechos del Niño y que el reconocimiento de esta preferencia no implica violar el numerus clausus de privilegios del régimen concursal. En el mismo sentido, se expidió la

AR/DOC/836/2019

61 Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I. González, Feliciano c. Microómnibus General San Martín S.A.C. • 18/05/2004 Cita Online: AR/JUR/865/2004

62 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. González, Feliciano c. Microómnibus General San Martín S.A.C. • 05/04/2006 Cita Online: AR/JUR/1799/2006

63 Truffat, D. E. (2007). La excepción es la reina. *El Derecho*, 224, p. 804 y 806

64 Persini, Ada Susana s/inc. de rev. en: Racing Club s/conc. • 28/12/2005 Cita Online: AR/JUR/8476/2005

65 CNCom., sala D, "Obra Social Bancaria Argentina s/concurso preventivo s/incidente de verificación de pronto pago" 01/10/2013 Cita Online: AR/JUR/84364/2013

Cámara Nacional Comercial, Sala D, en el caso de la Obra Social de Personal Gráfico⁶⁶, en el que una menor afectada con síndrome de Down y sometida al régimen de educación especial reglada por la ley 24.091 era titular de una acreencia quirografaria en la quiebra de la fallida, sin contar con una vía inmediata de cobro. La Cámara Nacional Comercial, sala B, con asiento en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reconoció a la menor un “mejor derecho”, sea pronto pago o pago directo para obtener el cobro preferente de su acreencia.

El Tribunal de grado acogió los agravios de los apelantes con fundamento en que, si bien los privilegios no pueden ser creados de modo convencional por las partes ni por los jueces, el legislador no puede obviar la necesidad de distinguir entre lo que no es igual, estableciendo un régimen en el que todos los acreedores sufran un sacrificio equivalente. Sostuvo que la Convención de los Derechos del Niño, con jerarquía Constitucional por la vía del art. 75 inc. 22 de la ley fundamental, otorga operatividad al principio de prioridad del interés superior del niño (conf. Art. 2 de la ley 26.061) y con ello, el crédito en concepto de educación especial de la menor goza de preferencia, sin que ello importe quebrantar el régimen de privilegios concursales. Argumentó que, de otra manera, el sacrificio de este menor excedería al de los demás acreedores quirografarios, siendo que goza de un derecho prioritario que debe hacer valer el órgano jurisdiccional atendiendo a las circunstancias del caso.

Pinturas y Revestimientos aplicados⁶⁷ (2014) es el primer antecedente en el que el Máximo Tribunal de la Nación se ha expedido sobre la cuestión de los acreedores involuntarios en los procesos falenciales. La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en este antecedente jurisprudencial impactó significativamente en el régimen de privilegios establecido por la Ley de Concursos y Quiebras. En el caso, un acreedor laboral impugnó el proyecto de distribución de fondos en la quiebra de su empleador, sobre la base de considerar que sólo se le reconocía a su crédito verificado, derivado de un accidente de trabajo, el privilegio general y no el especial, invocando el art. 268 de la Ley de Contrato de Trabajo y el Convenio N° 173 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT en adelante —ampliado por la Res. N° 180—. Interpuesto recurso extraordinario, la CSJN, por mayoría, dejó sin efecto la sentencia impugnada. Los fallos de primera y segunda instancia habían rechazado el planteo por entender inaplicables las directivas del Convenio 173 de la OIT, que versaban sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. La Corte revocó la sentencia fundado su fallo en la operatividad del Convenio N° 173 de la OIT, ratificado por la ley 24.285, que establece que esas acreencias deben quedar protegidas por un privilegio de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes que a los acreedores no privilegiados y cuentan con un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados. La Corte expresó que estas directivas no son programáticas, sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación, les confiera operatividad. En sus fundamentos el Máximo Tribunal de la Nación, destacó que el Convenio 173⁶⁸ de la OIT goza de una jerarquía superior a las

66 CNCom., sala B, “Obra Social del Personal Gráfico s/ concurso preventivo s/ incidente art. 280, LCQ, Instituto Armonía de Educación Especial de Adriana M. Urrere pon y otros”, 28/12/2015

67 CSJN “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/ quiebra • 26/03/2014 Cita Fallos Corte: 337:315. Cita Online: AR/JUR/4224/2014

68 El Convenio 173 de la OIT establece que los créditos adeudados al trabajador en razón de su empleo debían quedar protegidos por privilegio, de manera que fueran pagados con cargo de los activos del empleador insolvente antes de los acreedores no privilegiados (art. 5). Además, establece que debían contar con un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en especial, a los del Estado y de la Seguridad Social (art. 8)

leyes, en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, CN. La protección que brinda el Convenio 173 alcanza a los salarios por un período determinado, vacaciones, ausencias retributivas e indemnizaciones por finalización de servicios, por lo que en principio no abarca el rubro del reclamo. Sin embargo, fue complementado con la Recomendación N°180 de la OIT que hace extensivo el privilegio a las indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a cargo del empleador. Esta Recomendación 180, si bien no tiene el mismo rango que el Convenio 173, ostenta un inapreciable valor interpretativo de los Convenios (del voto del Dr. Petracchi).

El efecto primario que este fallo apareja para el ordenamiento concursal es que, dentro del elenco de los créditos con privilegio general, los créditos laborales dejan de concurrir *pari passu* con los créditos del Estado nacional, provincial o municipal, con lo cual el prorrateo que indica el art. 249 LCQ queda sin efecto por aplicación prioritaria del art. 8 del Convenio 173 de la OIT. Se pregunta Usandizaga⁶⁹ si esta prioridad de cobro a los créditos laborales respecto de los fiscales dentro del ámbito de los privilegios generales, puede hacerse extensiva a los créditos con privilegio especial. En ese caso, de existir créditos fiscales con privilegio especial sobre un inmueble y acreedores laborales, los trabajadores tendrían un privilegio general y el Estado, privilegio especial, conservando su preferencia de cobro. Ello resultaría contrario al texto del art.5 y art. 8 del Convenio, y la decisión de la Corte, según la cual, la preferencia declarada a favor de los créditos laborales excede el marco de los privilegios generales. Es necesario resaltar que, a diferencia de lo que sucede con la Convención de los Derechos del Niño (ley 26.061)) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378), el Convenio de la OIT contiene normas programáticas para hacer efectiva la protección de los derechos que tutela y sobre esta particular circunstancia hace pie el fallo de la CSJN.

Estos precedentes jurisprudenciales dividieron la doctrina, y por qué no decir también la opinión pública en dos grandes grupos: 1) por un lado, aquellos que consideran que si el acreedor, cualquiera fuera sus características particulares, tiene un crédito quirografario no alcanzado por ninguno de los privilegios previstos por la LCQ, no goza de ninguna preferencia de cobro respecto de los restantes acreedores, alguno de los cuales serán privilegiados; 2) por el otro, se encuentran quienes consideran que el ordenamiento jurídico es un todo, cuya interpretación armoniosa hace operativas las normas constitucionales que otorgan preferencia a aquellos acreedores cuya vida o salud, se encuentre comprometida, aun cuando la letra fría de la ley no les reconozca privilegio.

Esta dualidad de criterios, en el ámbito judicial, quedó evidenciada en el dictado de dos recientes fallos por parte de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, en los cuales la caracterización del acreedor como vulnerable fue decisiva en el debate judicial.

Así, en el marco de una verificación promovida en la quiebra de la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia⁷⁰, la Sala A, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, el 6 de Noviembre de 2018, revocó la sentencia de primera instancia que había declarado 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

69 Usandizaga, M. (2018). Privilegios. En A. Sanchez Herrero (dir). *Tratado de Derecho Civil y Comercial. 2ª Edición. Tomo X. Concursos y Quiebras* (pp. 1035-1094). Buenos Aires, Argentina: La Ley. p. 1088

70 CSJN, 06/11/2018, Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros, CS, Fallos: 341:1511. LA LEY 31/01/2019,4. Cita Online: AR/JUR/56326/2018

24.522 y verificado el crédito del insinuante con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. De esta manera, el crédito del verificador conservó carácter quirografario y quedó sin efecto el pronto pago dispuesto por el juez de grado respecto de la porción privilegiada del crédito.

Cabe precisar, con relación al origen de la acreencia, que ésta tuvo inicio en una demanda por daños y perjuicios que los progenitores del menor entablaron por mala praxis médica sufrida por éste al momento de su nacimiento y por la cual la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil condenó solidariamente al médico y a la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia, con extensión de la condena a la aseguradora citada en garantía en los términos del art. 118 Ley de Seguros. En el trámite de sustanciación de este proceso, la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia se presentó en concurso preventivo y posteriormente se declaró su quiebra. Ello obligó a los padres del menor a iniciar incidente a los fines de obtener la verificación de crédito y al hacerlo solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios establecido en la ley concursal y reconocimiento de un privilegio especial prioritario, con pago inmediato con los primeros fondos existentes en la quiebra, con fundamento en que la titular del crédito era una menor que sufría una incapacidad absoluta.

Para decidir revocar la sentencia de primera instancia, la Cámara destacó que el crédito insinuado por los padres del menor no se encontraba alcanzado por ninguno de los privilegios consagrados en la Ley 24.522. El Tribunal consideró que, si bien el régimen de privilegios concursales es compatible con los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas internacionales invocadas, éstas no contemplan de modo específico la situación del niño titular de un crédito en el marco de un proceso universal ni establecen preferencias de cobro a su favor. Afirmaron también que los privilegios sólo pueden resultar de la ley y que el reclamo de la menor discapacitada no se encuentra conformado por prestaciones cuya ausencia pudiera poner en juego su derecho a la vida, a la dignidad y a la salud, sino que se trataba de una relación de carácter exclusivamente patrimonial, transmisible y renunciable nacida con motivo de un incumplimiento contractual, con independencia de su condición de niño/niña, sin que goce de preferencia de cobro respecto de otras obligaciones del deudor. Finalmente, destacó que es el Estado el sujeto pasivo de las obligaciones consagradas en los convenios internacionales y quien debe resguardar el pleno goce de los derechos en cuestión, sin que corresponda trasladar esa obligación a los demás acreedores concurrentes con un privilegio legalmente reconocido, como en el caso de los acreedores hipotecarios.

Llegado el caso a resolución ante la Corte, ésta resolvió declarar admisibles los recursos extraordinarios y confirmar la sentencia de Cámara. De esta manera, con el voto mayoritario de los Dres. Rosenkrantz, Highton de Nolasco y Lorenzetti, confirmó la sentencia que declaró quirografario el crédito del menor discapacitado en el proceso concursal de la prestadora de servicios de salud.

Estos son los núcleos centrales por los que la mayoría resolvió confirmar la sentencia apelada y mantener el carácter quirografario del crédito de la menor discapacitada en la quiebra de Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia:

- 1) Reconocer el carácter privilegiado de un crédito implica otorgarle derecho de ser

pagado con preferencia a otro y esa calidad sólo puede surgir de la ley (artículos 3875 y 3876 del CC derogado y 2573 y 2574 del CCCN). Los privilegios son de interpretación restrictiva en cuanto constituyen una excepción al principio de la par conditio creditorum, como derivación a la garantía de igualdad (art. 16 CN) y no pueden los jueces realizar una interpretación amplia o extensiva de los supuestos reconocidos en la ley convirtiendo situaciones excepcionales en regla.

2) La Ley de Concursos y Quiebras contiene un sistema cerrado de unificación de privilegios (art. 239) por el cual, en situación de insolvencia, éstos se rigen exclusivamente por sus disposiciones, salvo puntuales remisiones a regímenes especiales.

3) El régimen contemplado en el título IV, capítulo I de la Ley 24.522 no confiere privilegio alguno al crédito del menor insinuante, por lo que tiene carácter común o quirografario y las convenciones internacionales invocadas no contienen referencias específicas a la situación de niños o personas con discapacidad como titulares de crédito en el marco concursal.

4) No hay duda que las convenciones internacionales reconocen que los niños y personas con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere una mayor protección por parte del Estado, a fin de garantizarles el goce de los derechos humanos fundamentales así contemplados (artículos 3, 6, 23 y 24 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; Ley 26.061). Estas están dirigidas al Estado a fin de que implemente políticas públicas para que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el nivel de vida más alto posible, en lo concerniente a la salud, la rehabilitación, el desarrollo individual y la integración social. De las mismas no se deriva el reconocimiento de un derecho específico en el ámbito concursal.

5) En virtud del principio de separación de poderes que consagra nuestra organización constitucional, no es competencia de los jueces determinar el modo de realización de los fines de una institución jurídica, atribución propia de los poderes políticos, sino que sólo les compete controlar que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de la razonabilidad y no avance sobre prohibiciones específicas contenidas en la Constitución o, en su caso, en las leyes.

6) Una eventual declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios con sustento en los amplios mandatos de los convenios internacionales podría conllevar la invalidez de toda norma o acto que no conceda a los menores y/o discapacitados un trato preferente.

7) La ruptura del régimen legal de privilegios puede conllevar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general, ya que no sólo está en juego la relación entre el deudor y sus acreedores sino también la de éstos entre sí.

8) Es el Estado el encargado de desarrollar políticas públicas enderezadas a garantizar el derecho a la salud reconocido en la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

Sólo unos meses después, el 26 de marzo de 2019, la Corte falló en la causa “Institutos Médicos Antártida”⁷¹, en el cual el supuesto de hecho es esencialmente análogo al ventilado en los autos precedentemente reseñados. Pero sucedió que, en esta segunda causa, el Dr. Rosenkrantz se excusó y ello motivó la convocatoria de una conjueza para

71 CSJN, 26/03/2019, Institutos Médicos Antártida S.A s/ quiebra s/ incidente de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F). LA LEY 12/04/2019,4. Cita Online: AR/JUR/1632/2019.

poder decidir la cuestión sometida a decisión. Con ese cometido, se integró el tribunal con la Dra. Graciela Medina, jueza de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que resolvió en el caso en el sentido que había suscripto la minoría en el precedente "Asociación Francesa."

A los fines de facilitar una mayor comprensión del problema que se plantea a resolución del Máximo Tribunal y de dejar plasmada su similitud con el supuesto de hecho planteado en los autos "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia", resulta necesario establecer el marco fáctico del caso a resolución.

El crédito cuya prioridad de cobro se discutió, tiene su origen en una indemnización concedida por la mala praxis médica ocurrida durante el parto, el 25 de mayo de 1990, que provocó al afectado una parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible. Incoada por sus padres la acción civil por daños y perjuicios contra el médico que asistió el parto, el sanatorio Institutos Médicos Antártida y la Obra Social del Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte (OSMATA), el 20 de agosto de 1998 obtuvo sentencia de primera instancia que condenó solidariamente a los codemandados a pagar \$ 380.000 a favor de B.M.F. y \$20.000 a favor de sus padres, más intereses, decisión que fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 30 de mayo de 2003.

Ante la declaración en quiebra de Institutos Médicos Antártida en el mes de febrero de 2003, los padres del menor discapacitado debieron presentarse a verificar y obtuvieron admisión del crédito en el pasivo falencial del centro médico. El tribunal de primera instancia declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los arts. 239, primer párrafo, 241, 242 parte general y 243 parte general e inc. 2° de la ley 24.522 y verificó a favor de B.M.F. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio.

Apelada la resolución, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, revocó la sentencia de primera instancia y le asignó a la acreencia en cuestión el carácter de quirografaria, lo que importó dejar sin efecto también el pronto pago dispuesto por el magistrado de la instancia anterior. Entre los argumentos de su sentencia, la alzada sostuvo que no era el derecho a la vida, a la salud ni a la dignidad de B.M.F. lo que se encontraba en juego en el sublite, sino que se trataba de un derecho patrimonial transmisible y renunciable, originado en una obligación pecuniaria, a la que el legislador no le había reconocido preferencia de cobro con respecto a otras obligaciones del deudor, valoración que -estimó- concordaba con el hecho de que los propios actores habían cedido una parte importante de su crédito a un tercero en el marco del concurso de OSMATA. Asimismo, agregó que era el Estado el sujeto pasivo de las obligaciones consagradas por las convenciones internacionales en las cuales el juez de grado había fundado su decisión, sin que correspondiese trasladar esa obligación a los acreedores concurrentes que contaban con un privilegio legalmente reconocido, como sucedería en autos con los acreedores hipotecarios que apelaron el pronunciamiento bajo examen, que verían postergado el pago de sus créditos. La Cámara remarcó que valorar aspectos subjetivos de los titulares de créditos para otorgarles una prioridad de cobro, resultaba contrario a los principios esenciales del régimen de los privilegios.

En este contexto fáctico, planteado recurso extraordinario, el Máximo Tribunal debió nuevamente ponderar si las normas internacionales invocadas por los recurrentes, en

especial la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, alcanzan a la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentra B.M.F., como titular de un crédito en el marco de un proceso universal y, en su caso, si alteran la preferencia de cobro establecida en la Ley de Concursos y Quiebras. Es decir, si el crédito debe ser verificado con rango de quirografario o privilegiado y, en este último caso, qué orden de preferencia en el cobro tiene frente a otros privilegios. La cuestión tiene relevancia porque el activo falencial distribuible no alcanzaba ni siquiera para la satisfacción de un porcentaje de los créditos quirografarios y el único bien inmueble de la quiebra estaba gravado con dos hipotecas.

En este caso, la CSJN resolvió en el sentido que había auspiciado la minoría en "Asociación Francesa" y reconoció al crédito del menor un privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio.

Como argumentos centrales del voto mayoritario de los Dres. Maqueda, Rosatti y Medina corresponde destacar los siguientes:

- 1) La vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (Fallos: 310:112; 312:1953, entre otros) y, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479; 324: 3569).
- 2) La preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (conf. arts. 42 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229; 331:2135 y 337:222, entre otros).
- 3) Los tratados internacionales con jerarquía constitucional consagran el derecho que toda persona tiene a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, la cual se corresponde con la obligación que tienen los Estados Partes de adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos. Seguidamente, el fallo refiere a las Convenciones Internacionales que justifican el apartamiento del régimen de privilegios previstos por la ley concursal. Así, destaca que la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 25 reconoce el derecho de toda persona "a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". Recaba que, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encuentra plasmado "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia y a una mejora continua de las condiciones de existencia" asumiendo los Estados Partes la obligación de tomar las medidas apropiadas para asegurar su efectividad, y el derecho "al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (arts. 11 y 12). Recuerda que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de todo niño "a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (art. 19). En la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados Partes asumen el compromiso de que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deberá considerarse primordialmente el interés superior del niño" art.3.1). Además, se reconoce "que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones

que aseguren su dignidad..." (art. 23.1). Asimismo, se hace expreso reconocimiento del derecho del niño "al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y a la rehabilitación de la salud" (art. 24) y "a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social" (art. 27.1). Finalmente, refiere a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad según la cual los Estados Partes se obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos...", debiendo tenerse especial consideración la protección del interés superior del niño.

En definitiva, la CSJN concluye por mayoría, que de los mencionados tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional se desprende la existencia tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos. Y argumentan que si bien las normas internacionales aquí en juego no aluden en forma explícita a la prioridad de pago de las acreencias -como la de B.M.F.- que han quedado vinculadas con un deudor devenido insolvente, a raíz de un hecho ilícito, y el privilegio es una excepción al principio de paridad que rige entre los acreedores de un mismo deudor, lo cual sólo puede resultar de una disposición legal, en el caso se presenta una situación excepcional de absoluta vulnerabilidad que no se puede desatender en orden a las exigencias de los tratados internacionales de rango constitucional. Por ello, concluyen que resulta imperativo ofrecer una satisfactoria protección jurídica de la vida y de la salud del incidentista, que sea respetuosa de la dignidad que es inherente al ser humano y que no signifique una demora que desnaturalice y torne ilusoria la reparación del derecho irreversiblemente dañado.

De esta manera, en consideración a la extrema situación de vulnerabilidad descripta y la falta de recursos económicos suficientes para afrontar los tratamientos médicos adecuados para que B.M.F. lleve el nivel más alto posible de vida digna, sumado a la especial protección que los instrumentos internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico con igual rango constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) le otorgan a su persona, declaran inconstitucionales las normas concursales en juego -arts. 239, primer párrafo; 241; 242 parte general; 243 parte general e inc. 2º de la ley 24.522-, habida cuenta de que no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde con la situación evidenciada, al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales mencionados. Destacan que los menores, además de la especial atención que demandan de quienes están directamente obligados a su cuidado, quieren también la de los jueces y de la sociedad toda (Fallos: 327:2127; 331:2691 y 335:452) y que el interés superior del niño debe orientar la decisión de los magistrados en los casos que los involucran. Para así hacerlo, ponen el acento en que la Constitución Nacional -y los instrumentos internacionales incorporados a ella- asumen el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en juego un derecho humano fundamental (Fallos: 327:3677; 330:1989 y 335:452).

Por ello, por mayoría concluyen que corresponde descalificar el fallo recurrido y, atento a la situación de vulnerabilidad del acreedor y el tiempo transcurrido, determinan que el crédito de B.M.F. goza de privilegio especial de primer orden en los términos en que fue reconocido por el juez de primera instancia.

Los votos de la disidencia, integrada por los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti, tienen como argumento aquellos que fundaron la mayoría en la causa "Asociación Francesa Filantrópica". Ellos son:

- 1) La LCQ contiene un sistema de privilegios unificado y cerrado producto del cual los casos de insolvencia sólo se rigen por sus disposiciones, siendo además de interpretación restrictiva.
- 2) Las normas involucradas como superiores al sistema de privilegios y en base a las cuales se pretendía la declaración de inconstitucionalidad, no contienen referencias específicas a la situación de niños o personas con discapacidad como titulares de créditos en el marco de un concurso, por lo cual no pueden justificar una preferencia de cobro.
- 3) Las convenciones internacionales mencionadas están dirigidas al Estado, a fin de que implemente políticas públicas tendientes a sus objetivos, y consagran un mandato general, pero no establecen en qué ámbito y qué alcance debe tener esa protección, materia reservada a la órbita de decisión de la Administración.
- 4) En virtud el principio de separación de poderes, no es competencia del Poder Judicial determinar el modo de realización de los fines de una institución jurídica, sino que le corresponde sólo controlar que los restantes poderes del Estado se mantengan dentro de los límites de la garantía de razonabilidad, no siendo propio de la judicatura sustituir al legislador.
- 5) Una declaración de inconstitucionalidad como la pretendida puede derivar en la invalidez de toda norma que no conceda trato preferente a los menores discapacitados y puede hacerse extensiva a todos los miembros de grupos vulnerables.
- 6) Debe considerarse, en el marco de un proceso universal, que la preferencia que se otorgue a un acreedor implica el correlativo sacrificio de otros.
- 7) La ruptura del régimen cerrado de privilegios con la consecuente creación de un sistema paralelo, discrecional y casuístico, conlleva un fuerte impacto en la seguridad jurídica.

III.6. Consideraciones finales

En el transcurso de cinco meses el máximo tribunal de la Nación dictó dos fallos contradictorios⁷² sobre supuestos fácticos análogos respecto de la jerarquización de los créditos de acreedores vulnerables. Ambos casos obtuvieron similar respuesta en primera instancia, similar respuesta ante las Cámaras de segunda instancia (aunque contraria a la de primera instancia) y, finalmente, soluciones totalmente opuestas de parte de la CSJN.

Queda en evidencia, entonces, que la cuestión de los acreedores involuntarios, y dentro de ellos los especialmente vulnerables, ha cobrado protagonismo en la doctrina a raíz del

72 Se trata del fallo dictado en autos "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros" (CS 06/11/2018), y del resuelto en "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)", de fecha 26/03/2019

dictado de diferentes fallos nacionales que, apartándose del régimen legal de privilegios reconocidos en el texto legal, permiten demarcar el universo de los acreedores abarcados por el concepto de vulnerabilidad y poco a poco han tenido recepción en la jurisprudencia argentina. En estos casos, la tutela extraordinaria se vincula con una valoración subjetiva de la persona y no objetiva del crédito y se cuestiona la constitucionalidad del régimen de privilegios instituidos por la Ley 24.522.

IV. La constitucionalización del derecho privado y su incidencia en el régimen de privilegios concursales

En la jurisprudencia descrita en el capítulo anterior puede advertirse que los acreedores que han obtenido un tratamiento diferenciado y privilegiado en relación a los restantes acreedores, resultaron involucrados en un procedimiento concursal por causas ajenas a su voluntad, sin posibilidad de analizar la situación patrimonial de su deudor, y sufren una vulneración de los derechos amparados por la Constitución Nacional, especialmente por los Tratados de Derechos Humanos previstos en el art. 75, inc. 22 del texto constitucional, en particular el derecho a la vida y a la salud, que los jueces intentan restaurar.

Independientemente de la valoración que pueda hacerse de la “legalidad” de estos precedentes, lo evidente es que el fenómeno de la “constitucionalización del derecho privado” está latente en las resoluciones tribunales y sirve de argumento para relativizar el principio de paridad de los acreedores concurrentes⁷³.

Es por ello, que una vez aproximado el concepto de acreedores involuntarios y especialmente vulnerables y presentado el estado de la jurisprudencia argentina en orden a su protección en los procesos judiciales en los que sean parte, corresponde ahondar en la cuestión de la constitucionalización del derecho comercial a la luz de la reforma constitucional del 1994, el Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el régimen de privilegios previsto en la Ley 24.522.

IV.1. La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el derecho privado

No puede cuestionarse el impacto que la reforma constitucional de 1994 generó en el terreno de los derechos humanos al incorporar diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos con magnitud constitucional en función de su art. 75 inc. 22, párr. 2, e incluso incorporó otros documentos internacionales que tienen jerarquía suprallegal, en los términos del párr. 1° del citado inciso del art. 75 CN. *“La adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos hacen que la antigua pirámide, en la que en su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de trapecio, en cuyo plano más elevado comparten espacios, en constante interacción, la ley fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía”*⁷⁴.

Cabe recordar que el art. 75 inc. 22 CN reconoce jerarquía constitucional originaria a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

73 Zalazar, C. E. (2019). La tutela diferenciada de los acreedores vulnerables. *XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal*. San Juan, Argentina. Septiembre 2019.

74 Bazán, V. (2013). *Derecho a la salud y justicia constitucional*. 1° Ed. Buenos Aires, Argentina: Astrea. ISBN 978-950-508-373-2. p. 19.

(PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Además, tienen jerarquía constitucional derivada la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

El otorgamiento de validez constitucional a los citados instrumentos internacionales sobre derechos humanos genera la necesidad de una articulación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, en procura de una efectiva tutela del sistema de derechos y garantías en armonía con las normas del derecho interno vigente argentino. Esta nueva etapa, obligó a los operadores del derecho, jueces, funcionarios y abogados, a repensar el derecho desde una perspectiva en donde el centro absoluto y definitivo del ordenamiento jurídico es la persona humana y su dignidad⁷⁵. En esta tarea y a fin de lograr una modulación de ambas dimensiones jurisdiccionales adquieren rol protagónico La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores⁷⁶, especialmente en cuestiones relacionadas al derecho a la salud. Se trata de buscar vías procesales constitucionales o infraconstitucionales que permitan convertir la letra de las normas internacionales, constitucionales o infraconstitucionales, en acciones concretas para la operatividad pragmática de derechos fundamentales, entre ellos y principalmente, el derecho a la salud⁷⁷.

IV.1.A. El derecho a la salud en la Constitución Nacional

El derecho a la salud, no estaba expresamente contemplado en el texto original de la Constitución Nacional que data de 1853-1860. En el art. 14 bis, incorporado en 1957, que establece la obligación estatal de asegurar los “beneficios de la seguridad social” y en el art. 18 de la CN que pregona que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no paga castigo de los reos detenidos en ellas, se vislumbra tangencialmente la protección de la salud como derecho. Luego, en 1860, se añadió el art. 33 de la CN que trata de los derechos implícitos, el cual, asociado al art. 14 que consagra la protección de los derechos civiles, tutela la salud como derecho individual⁷⁸. Todo ello sin olvidar que el Preámbulo constitucional enarbola como objetivo de la Nación Argentina “*promover el bienestar general*”, protegiendo de esta manera la salud como bien colectivo.

Finalmente, la reforma constitucional de 1994 incorporó los arts. 41 y 42 que reconocen el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano y equilibrado y el derecho a la salud en el marco de las relaciones de consumo respectivamente, en un avance concreto en su protección. Sin embargo, la salud como derecho individual reclamable tiene expresión constitucional en la Argentina con la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados internacionales (art. 75 inc. 22), en los que se

75 Junyent Bas, F. A. y Marcos, F. J. (2019). Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del “acreedor involuntario”. *La Ley*, 27/02/2019, 4. Cita Online: AR/DOC/187/2019.

76 Bazán, V. (2013). *Derecho a la salud y justicia constitucional*. 1° Ed. Buenos Aires, Argentina: Astrea. ISBN 978-950-508-373-2. p. 2.

77 Bazán, V. (2013). *Derecho a la salud y justicia constitucional*. 1° Ed. Buenos Aires, Argentina: Astrea. ISBN 978-950-508-373-2. p. 3

78 Bazán, V. (2013). *Derecho a la salud y justicia constitucional*. 1° Ed. Buenos Aires, Argentina: Astrea. ISBN 978-950-508-373-2. p. 17

reconoce el derecho al “más alto nivel posible de salud física y mental”⁷⁹. “A partir de la incorporación de estos tratados, los Estados reconocen la importancia del derecho a la salud y asumen el compromiso de mejorar las condiciones que la hagan posible en sus respectivos territorios mediante medidas eficaces y apropiadas”⁸⁰.

Esto sucede porque el Estado es el primer garante del sistema de salud, independientemente de otros sujetos o servicios complementarios y debe asegurar un piso mínimo de protección de este derecho a todos sus miembros. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) resolvió que “... *la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado de completo bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral*”⁸¹. No debe olvidarse que el paciente, es decir el sujeto que requiere de un profesional de la medicina un tratamiento para el restablecimiento o mejora de su salud, es un sujeto vulnerable, más aún si frente a los requerimientos necesarios para el diagnóstico o tratamiento, se encuentra con vallas o impedimentos de salud pública o de empresas privadas que muchas veces implican ventilar cuestiones privadas que afectan su dignidad⁸². Por todo ello, no puede dudarse que el derecho a la salud es un derecho humano esencial y como consecuencia de ello el Estado debe adoptar las acciones positivas necesarias para la preservación de la salud en tanto soporte de la dignidad del hombre y base de todos los demás derechos de los que es titular.

IV.1.B. Protección de las personas con discapacidad en el derecho argentino

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) y su Protocolo Facultativo fueron ratificados por la Argentina el 6 de junio de 2008. El 19 de noviembre de 2014, por ley 27.044, el tratado fue incorporado al texto de nuestra Carta Magna con la jerarquía constitucional del art. 75 inc. 22.

En esta Convención los Estados parte se comprometen a “asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin se comprometen a: *a) adoptar todas la medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente convención; b) tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas para derogar o modificar leyes, reglamentos o costumbres que constituyan discriminación para las personas con discapacidad y c) a tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad (...)*”⁸³.

79 Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

80 Rosatti, H. (2011). *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo 1. 1° Edición*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni. p. 256

81 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Poblete Vilches y otros vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas). Parágrafo 118. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf consultado el 01/02/2021.

82 Zalazar, C. E., Matini, S. y Kölling, G. (2019). El acceso a la justicia y la protección de la Salud. En Claudia E. Zalazar y Gonzalo G. Carranza (Dir.), *Derecho y Salud en perspectiva. Estudios de Derecho a la Salud. 1° edición* (pp. 37-65). Córdoba, Argentina: Advocatus. p. 48

83 Art. 4 incisos a, b y c de la CDPD

El art. 7 de la Convención establece que los *“Estados parte tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas” (pto.1).*

En relación al alcance de esta responsabilidad por parte del Estado Argentino, la CSJN ha puesto de resalto que *“... el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se haya en juego es el interés superior del niño...”*⁸⁴. En otro supuesto, sostuvo que el Estado Nacional no puede sustraerse de la responsabilidad que debe asumir en la asistencia y atención del niño discapacitado, en razón de demoras contingentes en la puesta en funcionamiento del respectivo sistema sanitario de las provincias⁸⁵.

En los años siguientes, nuestro Máximo Tribunal continuó remarcando que el Estado es el primer y principal garante del derecho a la salud, función que se agudiza en relación a los niños con discapacidad y por ello exigió que se adopten medidas positivas y programáticas para brindar protección a quienes se sitúan en mayor grado de vulnerabilidad⁸⁶. En este sentido, expresó que:

*“la protección y la asistencia universal de la infancia discapacitada constituye una política pública y además de quienes están directamente encargados de su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda, con lo cual, la consideración primordial de aquel interés orienta y condiciona la decisión jurisdiccional, con énfasis en los menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, debiendo ser custodiados por acciones positivas por todos los departamentos gubernamentales”*⁸⁷.

Destacan Zalazar y Herbas⁸⁸ que si bien la CSJN ha procurado brindar protección y hacer efectivo el derecho a la salud de los niños con discapacidad y ha exigido al Estado Nacional y a los prestadores de salud el cumplimiento de la cobertura integral que por ley deben proporcionar, siempre ha realizado un examen minucioso de las circunstancias particulares de cada caso, los derechos en juego y la razonabilidad del reclamo. Recuerdan que el fin esencial de la protección es brindar a quienes se encontraran en condiciones de vulnerabilidad en razón de su discapacidad,

84 CSJN autos “Campodónico de Beviacqua c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, 24/10/2000, disponible en <http://www.sajj.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-campodonico-beviacqua-ana-carina-ministerio-salud-accion-social-secretaria-programas-salud-banco-drogas-neoplasicas-recurso-hecho-fa00000249-2000-10-24/123456789-942-0000-00ts-eupmocsollaf> consultado el 01/02/2021

85 CSJN autos “Monteserín, Marcelin c/ Estado Nacional- Ministerio de Salud y Acción Social- Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas- Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad”, 16/10/2001 disponible en http://www.sajj.gov.ar/jurisprudencia/FA01000606-monteserin_estado-federal-2001.htm consultado el 01/02/2021

86 Zalazar, C. E. y Herbas, G. N. (2019). Derecho a la salud en Argentina, con especial referencia a la tutela de las personas con discapacidad según Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En Claudia E. Zalazar y Gonzalo G. Carranza (Dir.), *Derecho y Salud en perspectiva. Estudios de Derecho a la Salud. 1ª edición* (pp. 239-268). Córdoba, Argentina: Advocatus. p. 256

87 CSJN en autos “R., G.E. s/ amparo-apelación”, 9/06/2009, reseñado en diario jurídico online año 8 n° 1676 del 20/07/2009. P. 5 (R. 1629. XLII)

88 Zalazar, C. E. y Herbas, G. N. (2019). Derecho a la salud en Argentina, con especial referencia a la tutela de las personas con discapacidad según Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En Claudia E. Zalazar y Gonzalo G. Carranza (Dir.), *Derecho y Salud en perspectiva. Estudios de Derecho a la Salud. 1ª edición* (pp. 239-268). Córdoba, Argentina: Advocatus. p. 261.

estímulos que les permitan neutralizar la desventaja que la discapacidad le genera, pero de ningún modo pretende conceder facultades para que se realicen reclamos abusivos con el fin de obtener beneficios económicos que excedan la realización plena de los derechos de las personas con discapacidad o la preservación del interés superior de niño.

IV.2. La constitucionalización del derecho privado en el Código Civil y Comercial de la Nación

En este camino, en el que el centro de preferencia del ordenamiento jurídico pasó del patrimonio al ser humano, la Ley 26.994, que unificó los Códigos Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCCN, establece un nuevo criterio interpretativo conforme al cual no puede prescindirse de la comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado y la mirada integradora del ordenamiento jurídico. Así lo dejó plasmado en los arts. 1, 2 y 12 del Título Preliminar⁸⁹. De esta manera, el CCCN, recepta una nueva cosmovisión jurídica al establecer guías para decidir en un sistema de fuentes complejo e interrelacionado en donde resultan importantes no sólo las reglas sino también principios y valores que interactúan en el caso concreto⁹⁰.

Al respecto, el jurista Ricardo Lorenzetti⁹¹, afirma que en el proyecto del nuevo código:

“Existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales, por lo que existe una marcada conexión entre la Constitución y el derecho privado, basada en los aportes de la doctrina y la jurisprudencia en este tema.”

Por ello, se sostiene que se ha producido una constitucionalización de los propios principios generales que informan el derecho privado⁹².

Dice Boquín⁹³ que:

“La constitucionalización del derecho privado es la tendencia moderna a extender el marco de aplicación de los principios constitucionales, rechazando la pretensión de insularizar ciertas áreas del derecho, o la idea de que éstas se rigen por principios esenciales desconectados de los estándares constitucionales, de los principios o valores generales.”

89 ARTICULO 1°.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

ARTICULO 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

ARTICULO 12.- Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

90 Boquín, G. F. (2018a). El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal. *RCCyC*, 02/02/2018, 3. Cita Online: AR/DOC/4/2018.

91 LORENZETTI, R. (2015): Introducción al Código Civil y Comercial. (<https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina386.pdf>) (Fecha de consulta: 02 de enero de 2021). P. 4.

92 Volpe, E. A. (2019). La constitucionalización de los Principios Generales del Derecho Privado Argentino. Una perspectiva desde la virtud de la justicia. *Revista de Derecho Civil* (10). Cita: IJ-DCCLVI-933

93 BOQUIN, G. F. (2018): *El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal*. *RCCyC*, 02/02/2018, 3. Cita Online: AR/DOC/4/2018. p. 2

Es importante advertir, que esta posibilidad de apelar a los principios y valores jurídicos para dirimir las pretensiones que se debaten en un proceso, no se debe transformar en un mecanismo de interpretación arbitrario que permita apartarse de la ley fácilmente, sino que debe ajustarse a los límites que fijan los artículos 2 y 3 de ese cuerpo normativo⁹⁴.

Estas dos normas principalmente, enmarcan la función de los operadores jurídicos y especialmente la de los magistrados al tiempo de resolver los conflictos sometidos a su decisión.

El art. 2 CCCN establece pautas hermenéuticas para la interpretación de las leyes, sin que pueda establecerse un orden jerárquico o de prelación interpretativo entre ellas.

La interpretación es la actividad dirigida a obtener la significación de una norma⁹⁵. La interpretación jurídica procura establecer racionalmente una norma de conducta jurídica para ciertos sujetos en ese tiempo y lugar particular, y procura determinar racionalmente la conducta jurídica prohibida, obligatoria o permitida en el campo de la razón práctica.⁹⁶

Entonces, según este artículo, la interpretación exegética de la letra de la ley queda desplazada si ésta contradice normas emanadas de un tratado o un principio general del ordenamiento jurídico, considerado como un todo⁹⁷.

El CCCN, al regular las pautas de interpretación, apela a los tratados de derechos humanos que ya habían sido incluidos como fuente en el art. 1. Se reafirma así la columna vertebral sobre la cual se edifica el propio CCyC y, a la par, su interpretación y consecuente aplicación. En este sentido, es coherente esta doble mención, ya que el art. 1° CCyC se ocuparía más del marco conceptual teórico y el art. 2° de la vertiente práctica que conlleva todo ordenamiento jurídico⁹⁸.

En los Fundamentos del Anteproyecto⁹⁹, la Comisión explicita varias cuestiones referidas a las reglas de interpretación que se regulan en el articulado en análisis —en conexión, coherencia y consonancia con el art. 1° CCyC—. Básicamente se sostiene: 1) *siguiendo la postura doctrinaria mayoritaria, “la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley”*; 2) *teniendo en cuenta la finalidad de la ley, se deja de lado toda referencia a la intención del legislador por lo cual: “De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación”*; 3) *las leyes análogas “tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales”*; 4) *se hace expresa referencia al ordenamiento jurídico, superándose así “la*

94 Junyent Bas, F. A. y Marcos, F. J. (2019). Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del “acreedor involuntario”. *La Ley*, 27/02/2019, 4. Cita Online: AR/DOC/187/2019.

95 Perrachione, M. C. (2013). Crítica a la modificación de la interpretación y aplicación de la ley establecida en el Proyecto de Código Civil y Comercial. *DJ*, 06/03/2013. AR/DOC/5747/2012. p. 97.

96 Vigo, R. L. (1983). *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot. p. 15

97 Boquín, G. F. (2018a). El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal. *RCCyC*, 02/02/2018, 3. Cita Online: AR/DOC/4/2018.

98 Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. 1ª Edición*. Buenos Aires, Argentina: Infojus. p. 13.

99 Código Civil y Comercial de la Nación. Propuesta de Reformas. Recuperado de <https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2019/02/ANT-REF-CCC.pdf> consultado el 27/01/2021.

limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto”; y 5) se alude a los principios y valores jurídicos —conceptos jurídicos indeterminados— “los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico”.

Todo ello ha generado, en palabras de Boquín¹⁰⁰, un nuevo paradigma de interpretación normativa que:

“Importa una mutación en la manera en que el juzgador debe arribar a la solución del caso, pues dependiendo de las nuevas herramientas que conforman el derecho (no sólo la ley, sino también los principios generales y los valores sociales) la razonabilidad de un contexto puede ser muy diferente al de otro, difiriendo las sentencias teniendo en cuenta las distintas variables que se exponen en el trámite.”

Por su parte, el art. 3 textualmente expresa:

ARTÍCULO 3º.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

En esta norma, el CCCN revaloriza el rol de los jueces en la resolución de conflictos judiciales y establece un límite a su función, en tanto dispone que deben resolver mediante una decisión razonablemente fundada.

No se trata entonces de que toda sentencia deba estar fundada, sino de la exigencia de que tal fundamentación sea “razonable”. Este marco de razonabilidad surge de la adecuación de la resolución, no sólo a lo expresado en los artículos 1 y 2 referidos a las fuentes del derecho y a su aplicación e interpretación, sino también a las demás normas del título Preliminar, que explicitan principios generales del derecho privado, como la buena fe (art. 9º CCyC); el abuso del derecho (art. 10 CCyC); el abuso de posición dominante (art. 11 CCyC); entre otros. Esta directiva constituye un límite a la discrecionalidad de los magistrados y mantiene las resoluciones jurisdiccionales libres de arbitrariedad. *“Se trata de un deber que emerge de un Estado constitucional convencional de derecho, en el que los jueces, como integrantes de uno de los poderes del Estado, dan cuenta a la sociedad de sus actos”¹⁰¹.*

Es por ello, que en un Estado de Derecho como el nuestro, existe un derecho a una sentencia motivada, cuya motivación debe ser razonable y debe respetar una necesaria visión sistémica de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

100 BOQUÍN, G. F. (2018a). *El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal*. RCCyC, 02/02/2018, 3. Cita Online: AR/DOC/4/2018. P. 2

101 HERRERA, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. 1ª Edición*. Buenos Aires, Argentina: Infojus. P. 17

La razonabilidad —o el término “razonablemente”, es un concepto jurídico indeterminado y por ello resulta complejo su verificación en las resoluciones judiciales dictadas en los conflictos concretos sometidos a decisión de los magistrados. Para decidir razonablemente, el juez debe seguir un proceso argumentativo susceptible de control judicial¹⁰²

La CSJN, en autos “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”(2012)¹⁰³ sostuvo que:

“lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que ‘manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, “A Theory of Justice”, 1971, Harvard College). La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”.

Del mismo modo, el Máximo Tribunal ha entendido que una resolución no es “razonablemente fundada” cuando: a) los fundamentos solo reflejan la voluntad de los jueces; b) no se brinda razones suficientes para omitir elementos conducentes para la resolución del litigio; c) existe un error lógico; d) existe tergiversación de las constancias de la causa; e) se prescinde de dar un tratamiento adecuado a la controversia existente, de conformidad con lo alegado y probado, y la normativa aplicable; f) se carece de una derivación razonada del derecho vigente con referencia a las circunstancias concretas de la causa; g) falta fundamentación seria; h) existen pautas de excesiva latitud; i) establece fundamentación sólo aparente; j) se aparta de las reglas de la sana crítica; k) se remite a pronunciamientos anteriores, sin referirse a cuestiones oportunamente propuestas y conducentes a la solución del juicio; l) se carece de un análisis razonado de problemas conducentes para la solución de la causa; entre otras razones.

Esta apertura a los principios constitucionales como eje para la interpretación y aplicación de las leyes y la protección de los derechos fundamentales, provoca la ruptura del modelo subsuntivo derivado de un derecho basado en simples reglas¹⁰⁴ y el juez pasa a ser observado como “un identificador de los consensos básicos de la sociedad”¹⁰⁵.

Al respecto, Peyrano¹⁰⁶ expone que esta postura implica sentar posición sobre el mayoritario activismo procesal democrático, contrario al tradicional “garantismo

102 Lorenzetti, R. L. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo I. 1ª Edición*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni. p. 39

103 CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, 24/04/2012. (<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires--gobiernociudad-buenos-aires-amparo-fal2000045-2012-04-24/123456789-540-0002-1ots-eupmocsollaf>) (Fecha de consulta: 27 de enero de 2021).

104 Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. 1ª Edición*. Buenos Aires, Argentina: Infojus. p. 17.

105 Boquín, G. F. (2018a). El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal. *RCCyC*, 02/02/2018, 3. Cita Online: AR/DOC/4/2018. p. 2.

106 Peyrano, J. W. (2009). *Activismo y garantismo procesal. 1ª Edición*. Córdoba, Argentina: Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado de <https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/14056/AAVV.%20Activismo%20y%20garantismo%20procesal.pdf?sequence=1&isAllowed=y> consultado el 02/02/2021. p. 7.

procesal” cuyo interés se concentra en elaborar perfectos razonamientos teóricos sin preocuparse de lo atípico o excepcional del caso práctico al que se aplica y menos aún por lo “justo concreto”.

Sin duda que la denominada constitucionalización del derecho privado dio lugar a un nuevo paradigma de interpretación normativa según la cual el juez debe resolver de acuerdo a una nueva cosmovisión jurídica que tiene como centro de protección a la persona humana y que tiene indudable incidencia directa en la aplicación de la legislación concursal.

Esta influencia es especialmente notoria en el ámbito de aplicación de los privilegios concursales donde la ley falimentaria establece un orden de prioridad de cobro de las acreencias de los acreedores según su categorización y donde el lugar que ocupa en dicho escalafón puede ser determinante de la posibilidad o no de ver satisfecho total o parcialmente de su crédito verificado.

IV.3. Constitucionalización y su incidencia en el régimen de privilegios concursales.

La opinión de los diferentes autores

El fenómeno de la constitucionalización del derecho privado tiene una gran importancia en el ámbito del derecho comercial ya que desplaza el valor utilidad, preponderante en el derecho mercantil, y coloca en un lugar central a la persona humana.

La reforma constitucional de 1994 y el Código unificado, al centrar la protección en la persona humana y sus derechos esenciales, han producido una “ruptura parcial” del sistema cerrado de privilegios y una modificación de los criterios de decisión del juez concursal, dando lugar a una especie de “orden poroso”, en la cual pueden ingresar excepciones de carácter subjetivo a la regla general¹⁰⁷.

Muchas de estas excepciones se relacionan con los acreedores que se involucran involuntariamente con la quiebra, es decir aquellos cuyas obligaciones no tienen fuente contractual sino que se originan en daños, y en particular los llamados acreedores vulnerables, sobre cuya conceptualización se profundizó en el Capítulo II. Éstos últimos no tienen reconocido privilegio en el ordenamiento falencial y cuando lo tienen, es insuficiente¹⁰⁸.

Esto sucede porque en el esquema de rangos y categorías de créditos previsto por la Ley 24.522, los llamados acreedores involuntarios, y la subcategoría acreedores vulnerables, no tienen otorgada preferencia por la norma concursal. En definitiva, tienen la categoría de quirografarios y en la mayoría de los procesos falimentarios, no percibirán dividendo alguno o lo harán de manera efímera.

Esta cuestión de la permeabilidad del sistema cerrado de los privilegios concursales ha dado lugar a profusos debates entre quienes admiten una tutela diferenciada – vía privilegios- que considere la situación puntual del acreedor y sus necesidades imperiosas y quienes consideran que existen límites objetivos que resultan de la subsunción del

107 Vítolo, D. 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”. *ED*, 05/04/2016. p. 6

108 Ramírez Bosco, L. (2019). La quiebra y el porvenir de los acreedores involuntarios más vulnerables. *RDCO* 295, 12/04/2019, 353. Cita Online: AR/DOC/1183/2019.

caso al régimen legal vigente y que la solución debe encontrarse en el propio sistema normativo, que abarca a la CN y los tratados incluidos en ella con carácter supralegal¹⁰⁹.

Tan profundo es este debate, que como ya se expusiera, el mismo llegó al seno de nuestro Máximo Tribunal de la Nación, el cual en el transcurso de cinco meses dictó dos fallos contradictorios sobre supuestos fácticos análogos respecto de la jerarquización de los créditos de acreedores vulnerables. Se trata del fallo dictado en autos "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros" (CS 06/11/2018), y del resuelto en "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)", de fecha 26/03/2019. Ambos casos obtuvieron similar respuesta en primera instancia, similar respuesta ante la Cámara de apelaciones (aunque contraria a la de primera instancia) y, finalmente, soluciones diametralmente opuestas del máximo tribunal.

Los fundamentos vertidos por los miembros de la Corte en uno y otro caso dan un abanico de argumentos y criterios de interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto que han despertado, o más bien, renacido los debates doctrinarios respecto de si las normas superiores contenidas en los Tratados de Derechos Humanos, sobre las que se justifica la declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios contenidos en la ley 24.522 son operativas o simplemente programáticas, supuesto en el cual corresponde al Estado y no al Poder Judicial establecer su contenido¹¹⁰. Estos debates ponen en crisis el orden cerrado de los privilegios y han generado múltiples reacciones doctrinarias que se pretenden analizar en el presente apartado.

Raspall¹¹¹ sostiene que los acreedores involuntarios son merecedores de una tutela diferenciada que debe ser generada por el dictado de normas que lo dispongan, sean por el propio régimen concursal o desde otras leyes que así lo reconozcan aunque no integren la normativa falencial, o desde la normas supraleales que especialmente lo establezcan, y enfatiza la idea que estas deben ser conocidas por todos los ciudadanos de manera que sepan de antemano las reglas de juego aplicables a las relaciones patrimoniales en las que se vinculen. Manifiesta que para que ello ocurra deben tener "base legal" y reconocerse expresamente en las normas, a fin de brindar seguridad jurídica. En este sentido, entiende que el legislador debe hacerse cargo de esta problemática y plasmar en la ley las preferencias o privilegios necesarias para proteger ciertos créditos, de manera "que cada quien pueda contratar con el deudor y su patrimonio, con conocimiento de causa y asumiendo los riesgos"¹¹².

Por su parte, Usandizaga¹¹³ advierte que una norma intrínsecamente justa puede conducir a una solución injusta en el caso concreto, por lo que no es posible exigirle al legislador que prevea soluciones generales que agoten el electo de todas las circunstancias fácticas posibles. Destaca el valor de la equidad que permite suplir las

109 Raspall, M. A. (2019). Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales. *RCCyC* 2019 (Marzo), 04/03/2019. Cita Online: AR/DOC/196/2019.

110 Ramírez Bosco, L. (2019). La quiebra y el porvenir de los acreedores involuntarios más vulnerables. *RDCO*, 295, 12/04/2019,353. Cita Online: AR/DOC/1183/2019.

111 Raspall, M. A. (2019). Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales. *RCCyC*, 2019 (Marzo), 04/03/2019. Cita Online: AR/DOC/196/2019.

112 Raspall, M. A. (2019). Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales. *RCCyC*, 2019 (Marzo), 04/03/2019. Cita Online: AR/DOC/196/2019. p. 8.

113 Usandizaga, M. (2018). Privilegios. En A. Sanchez Herrero (Dir), *Tratado de Derecho Civil y Comercial. 2ª Edición. Tomo X. Concursos y Quiebras* (p.p. 1035-1094). Buenos Aires, Argentina: La Ley. p. 1092

deficiencias de la generalidad de la ley y brindar la solución justa al caso concreto. No desconoce, sin embargo, que la justicia en el caso concreto y la seguridad jurídica pueden presentarse como antagónicos en el mundo de las relaciones jurídicas, pero se inclina por la prevalencia de la solución justa al supuesto particular, aunque sea en desmedro de la seguridad jurídica.

Al respecto, Chomer¹¹⁴ ha expresado que:

“No se trata de modificar integralmente el orden de privilegios porque siempre podrá aparecer una situación imprevisible que excederá el catálogo; sino de dotar al juez concursal de amplias y flexibles facultades para que fundadamente pudiera postergar algunos de los privilegios para pagar otros créditos que razonablemente entienda que necesitan una atención prioritaria.”

Desde otro punto de vista, más allá del problema de la seguridad jurídica y el exigido rol de los magistrados, que serán analizados en las páginas subsiguientes, debe tenerse presente que si “siempre puede aparecer una situación imprevisible que amerite una protección especial”, el espectro de los acreedores que reciban tratamiento especial prioritario puede ampliarse de tal modo que, en definitiva, no se protegería a nadie¹¹⁵.

Por otro costado, se ubican quienes, como la Dra. Chiapero¹¹⁶, entienden que aunque es el Estado el responsable ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente, tanto como administrador, como legislador y como juez, es el Poder Legislativo a quien le incumbe calibrar la colisión de intereses comprometidos en un proceso concursal caracterizado por la escasez, de manera que pueda brindar satisfacción a los requerimientos de los vulnerables sin dejar de ponderar la afectación de los derechos de los restantes acreedores, que también son dignos de tutela. Así, en este estado de cosas:

“La pretendida inconstitucionalidad del régimen de privilegios con el argumento de la protección constitucional de los niños con discapacidad no es posible en el específico marco concursal (...) en tanto no exista directiva internacional ni ley que establezca concretamente que corresponda otorgar preferencia en el cobro de los créditos respecto de los restantes acreedores, entre los cuales puede haber también acreedores que integran el electo de vulnerables.”¹¹⁷

Los Dres. Capdevila y Palazzo¹¹⁸ efectúan un análisis objetivo y técnico respecto de la solución brindada por la CSJN en los autos “Institutos Médicos Antártida s/quiebra s/inc. de verificación”, especialmente considerando que el Máximo Tribunal optó por acoger el crédito del acreedor involuntario, derivado de una mala praxis médica, por sobre el de los acreedores con garantía hipotecaria. Destacan, que si bien resulta atendible la

114 CHOMER, H. O. (2016). *Concursos y quiebras. Ley 24522. 1º Edición*. Buenos Aires, Argentina: Astrea. P. 446.

115 Usandizaga, M. (2018). Privilegios. En A. Sanchez Herrero (Dir), *Tratado de Derecho Civil y Comercial. 2º Edición. Tomo X. Concursos y Quiebras* (p.p. 1035-1094). Buenos Aires, Argentina: La Ley. p. 1035.

116 Chiapero, S. M. (2019). Acreedores involuntarios en el último fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *RDPC*, 2019-2. p. 150

117 CHIAPERRO, S. M. (2019). *Acreedores involuntarios en el último fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. *RDPC*, 2019-2. P. 151

118 Capdevila, G. H. (h) y Palazzo, C. (2020). La solución de justicia distributiva que no repara en sus posibles consecuencias. *SJA*, 05/02/2020, 93. Cita Online: AR/DOC/3499/2019.

solución que decide modificar el esquema legal de los privilegios en aras de mejorar la situación individual del menor discapacitado, el fallo del Alto Tribunal no contiene una descripción de las circunstancias que rodean a los acreedores hipotecarios y demás acreedores quirografarios que resultaron desplazados. Esta ausencia de contraste entre los acreedores involucrados, hace que la resolución padezca una deficiencia técnica en tanto no es posible ponderar la razonabilidad de la redistribución de recursos que efectúa. Por otra parte, no tiene en cuenta las consecuencias que esta resolución irradia en el plano de los negocios y especialmente en la función de la garantía prendaria e hipotecaria, que aquí se ve desvirtuada. Como consecuencia de ello, se emite un mensaje a los acreedores institucionales sobre la inconveniencia de prestar a sectores implicados en transacciones que involucran derechos esenciales, porque en todo momento su derecho puede ser desplazado por el de estos otros.

III.4. Consideraciones finales

Puede concluirse que la reforma constitucional de 1994 y el Código unificado han puesto en crisis el sistema cerrado de privilegios concursales y generado reacciones doctrinarias de diversa índole que se ven reflejadas en la jurisprudencia nacional. A la vez, obligan a repensar el rol de los operadores jurídicos, y especialmente el de los magistrados, que deberán resolver los asuntos sometidos a su decisión empleando nuevas herramientas que van más allá de la ley y que abarcan, también, los principios y valores constitucionales, con el límite de razonabilidad que establece el art. 3 del CCCN.

Sin duda que la cuestión que se plantea es compleja y conlleva un juicio de ponderación¹¹⁹ entre valores primordiales como la vida, la salud, la igualdad y la seguridad jurídica. Todos ellos valores deseables y dignos de protección en un Estado de Derecho y en una sociedad que se jacta por velar por el bienestar general y el bien común por sobre intereses particulares de los sujetos individualmente considerados.

V. Debate sobre la función judicial. Derecho judicial

Una vez planteada la influencia que ha ejercido, en el régimen de preferencias del crédito en la zona de insolvencia, la cuestión de la constitucionalización del derecho privado y particularmente del derecho concursal, corresponde analizar puntualmente el rol que se asigna a los magistrados en la aplicación del derecho a los casos concretos y las herramientas con que cuentan para ello. Como parte de éste análisis se procede a evaluar de qué manera esto ha interferido en la aplicación del régimen de privilegios concursales en los procesos de quiebra en los que existen acreedores considerados vulnerables.

V.1. El papel de los jueces en un derecho privado constitucionalizado

La constitucionalización del derecho privado y su incidencia en la jurisprudencia reciente pone de manifiesto que existen diferentes maneras de entender la función jurisdiccional y distintos modos de pensar el rol de los jueces.

119 Ranieri de Cechini, D. (2013). El neoconstitucionalismo en la reforma del CC y Com.: el protagonismo del juez en el estado de derecho y el problema del método de ponderación [en línea], Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional, 1. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/neoconstitucionalismo-reforma-protagonismo.pdf> consultado el 27/01/21. La vía para solucionar los conflictos entre derechos fundamentales o entre un derecho fundamental o principio constitucional y una ley de derecho privado sería el "método de ponderación judicial". Para ello deben seguirse los siguientes pasos lógicos. En primer lugar, identificar un campo de tensión, constatar una situación de conflicto entre principios contrapuestos, se satisface un principio pero se lesiona otro; en segundo lugar, se debe buscar la alternativa más económica que consiste en encontrar una solución que cumpla un principio sin lesionar a otro, por lo que hay que optar por esta posibilidad; en tercer lugar, aplicación de la ponderación cuando se presentan casos de principios competitivos, el juez debe considerar cuál es el punto óptimo de equilibrio entre lo que se da a unos y se saca a otros, y cómo ponderar los valores en juego.

La creciente evolución del derecho internacional de los derechos humanos diversifica los retos que se posan sobre la magistratura judicial, que debe manejar una multiplicidad de fuentes normativas para aplicar el derecho en el caso concreto¹²⁰ y con amplias atribuciones que el nuevo Código Civil y Comercial les otorga para resolver los conflictos que se presenten a su decisión, pudiendo dictar resoluciones discrecionalmente en tanto estén razonablemente fundadas (art. 3° C.C.C.). Todo ello nos conduce al replanteo de la función judicial y al papel de los jueces en la producción del derecho privado¹²¹.

En este contexto, la comisión que elaboró el anteproyecto de CCCN, con la presidencia del Dr. Ricardo Lorenzetti¹²², expuso en aquella oportunidad, que: “es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que debe recurrirse al diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores”. El hecho de que la propia ley asigne amplias facultades a la decisión judicial en la vida privada, sobre la base de una normatividad indeterminada y constitucionalizada, provoca diversas valoraciones, con cuestionamientos sobre las vicisitudes de la legitimidad del poder judicial, sobre su imparcialidad y el peligro de la utilización de los criterios propios del juez, entre otros¹²³.

La cuestión es compleja y supone un nuevo paradigma del derecho en el que los jueces deben resolver los casos concretos sometidos a su decisión aplicando conceptos jurídicos indeterminados, que deberán definir en cada asunto sometido a su jurisdicción. Para hacerlo, deberán ajustarse a los límites que fija el art. 3 del CCCN, es decir que la decisión de los magistrados debe dictarse en un marco de razonabilidad que garantice la justicia y la seguridad jurídica¹²⁴. Este artículo delimita el marco de actuación de los magistrados, asegurando que en sus resoluciones no contravengan el sistema legal, en resguardo de un principio ineludible para todo ordenamiento moderno que pretenda la tutela de los derechos individuales, como es la seguridad jurídica.

Se exige a los jueces que en cada decisión concreten las exigencias constitucionales, y el control de constitucionalidad, ya no se presenta como ausencia de contradicción con las normas emanadas de la Constitución, sino que exige además una razonable determinación de los derechos que de ella emanan¹²⁵.

Esta nueva forma de mirar a los jueces y de entender el ejercicio de la magistratura, como ya se expuso con anterioridad, ha llevado a considerar a los juzgadores como “identificadores de los consensos básicos de la sociedad”¹²⁶. Con este criterio, se les exige que dicten resoluciones, en los casos sometidos a su decisión, acordes a la nueva

120 Bazán, V. (2013). *Derecho a la salud y justicia constitucional*. 1° Edición. Buenos Aires, Argentina: Astrea. ISBN 978-950-508-373-2. p. 5

121 Chaumet, M. E. y Meroi, A. A. (2014). Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado. *SJA*, 26/02/2014, 35. Cita Online: AR/DOC/4128/2016.

122 Lorenzetti, R. L. (2012). Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. *La Ley*, 2012-C, 23/04/2012, 1. Cita Online: AR/DOC/1931/2012. p.2.

123 Chaumet, M. E. y Meroi, A. A. (2014). Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado. *SJA*, 26/02/2014, 35. Cita Online: AR/DOC/4128/2016.

124 Junyet Bas, F. A. y Marcos, F. J. (2019). Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del “acreedor involuntario”. *La Ley*, 27/02/2019, 4. Cita Online: AR/DOC/187/2019.

125 Chaumet, M. E. y Meroi, A. A. (2014). Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado. *SJA*, 26/02/2014, 35. Cita Online: AR/DOC/4128/2016.

126 Boquín, G. F. (2018a). El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal. *RCCyC*, 02/02/2018, 3. Cita Online: AR/DOC/4/2018.

cosmovisión jurídica cuyo centro de protección es la persona humana y dónde cobran preeminencia la aplicación efectiva de los principios o valores que surgen de los Tratados internacionales suscriptos por nuestra Nación.

Sin embargo, esta tarea de identificar los consensos básicos de la sociedad, en opinión que se comparte con la Dra. Chiapero, es función que corresponde a los legisladores, quienes son los que deben captar los cambios sociales, culturales, políticos de la sociedad para hacer los retoques necesarios para adaptar la ley a las nuevas realidades. En un Estado Representativo, Republicano y Federal como el nuestro, los legisladores debieran ser los identificadores de los consensos básicos de la sociedad. Estos, en el ejercicio de su función legislativa, como representantes de la voluntad popular, debieran receptor en sus proyectos de ley las necesidades y el sentir de los ciudadanos a quienes representan y plasmarlo en normas operativas que los jueces deben aplicar en los casos que llegan a su juzgamiento. Como ya se dijo, son los jueces quienes aplican las normas al caso concreto, siendo ajeno a su función crear normas legales o hacer operativos principios constitucionales que no han tenido recepción legislativa en el derecho interno.

Es esperable que el cambio en la cosmovisión de una sociedad, en su sentir cultural y político, demore un tiempo en ser receptado en el cuadro legislativo; pero la Dra. Martínez¹²⁷ advierte que: “frente a los sucesivos llamados de atención al legislador no hay una reacción apropiada y tempestiva en la adaptación necesaria del derecho interno”. Esta demora del legislador en receptor los cambios y necesidades sociales, ha dado lugar a una corriente de jueces activistas.

El activismo judicial supone que los jueces ponen en juego su imaginación para resolver situaciones excepcionales que no tienen recepción legislativa expresa¹²⁸. Quienes apoyan esta intromisión judicial en la facultad exclusiva del poder legislativo, la justifican en la completividad del sistema jurídico, especialmente acudiendo a la operatividad de los principios constitucionales y normas establecidas en los pactos internacionales de jerarquía constitucional. Justifican su postura en la necesidad de dar efectiva tutela a los derechos constitucionalmente reconocidos que no han tenido recepción legislativa en el derecho interno.

Dice Peyrano¹²⁹ que el activismo judicial confía en los magistrados y les adjudica un amplio número de facultades-deberes en su tarea de impartir justicia que deberán usar con prudencia pero también con coraje y creatividad cuando en la soledad de su despacho se le presenta una situación diferente no contemplada en el catálogo de respuestas jurídicas habituales. El mismo autor sostiene que el activismo judicial se preocupa, ante todo, por la justa solución del caso y habilita a los jueces a que, con creatividad pretoriana, se anticipen al quehacer legislativo, habitualmente moroso. Es así que Peyrano toma como propias las palabras de Couture según el cual:

“El juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley

127 Martínez, V. F. (2019). El concurso entre la ley y el derecho judicial. Derecho Concursal Iberoamericano. Realidad y Perspectivas. *Obra conmemorativa al XV aniversario del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*. Colombia. pp. 171-195. p. 173.

128 Baracat, E. J. (2014). Otra creación de los jueces activistas: el acreedor involuntario. La Ley 10/03/2014, 10. *La Ley* 2014-B,90.

129 PEYRANO, J. W. (2009). *Activismo y garantismo procesal*. 1ª Edición. Córdoba, Argentina: Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. (<https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/14056/AAVV.%20Activismo%20y%20garantismo%20procesal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>) (Fecha de consulta: 02 de febrero de 2021). P. 6-9. P. 8.

procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador."

Por ello entiende, que: "ante tal cuadro de situación no puede sorprender que el activismo judicial privilegie llevar a cabo una realista jurisprudencia de necesidades en vez de practicar una aséptica y puramente intelectual jurisprudencia de conceptos".

Por su parte, sostiene Martínez¹³⁰, que si bien la CN y los tratados internacionales incorporados a ella con jerarquía constitucional pueden contener normas operativas aplicables sin necesidad de reglamentación legislativa, muchas otras no son directamente operativas sino simples directrices, genéricas o programáticas que pueden servir para interpretar las normas de derecho común. Expresa que ello explica por qué los tratados internacionales están mencionados tanto en el artículo 1 del CCCN como fuentes formales del derecho, y también en el artículo 2 del mismo cuerpo normativo, que establece reglas de interpretación. Ello sucede, dice, porque tanto la CN como los tratados internacionales contienen normas operativas y otras programáticas. Afirma entonces, que sin embargo un activismo judicial unido a un "intervencionismo prudente" del juez en el caso concreto, resulta difícil de cuestionar en un país como el nuestro.

Acorde con esta postura, se entiende que, si bien los principios y valores recogidos por los instrumentos internacionales son aspiraciones valiosas para nuestro estado de derecho, el legislador debe operar eficientemente para trasladar dichas aspiraciones al derecho interno, de manera que las leyes de la Nación los recepen y los jueces los hagan operativos en el caso concreto. Sólo excepcionalmente y ante la ausencia de norma positiva expresa, el juez deberá, en uso de una razonable discrecionalidad, acudir a los principios y valores constitucionales para resolver una cuestión no dispuesta en el derecho normativo

Esta visión, lleva al planteo de cuál es la misión de equidad que se le asigna a los jueces y sus efectos sobre un valor primordial de un Estado de Derecho, como es la seguridad jurídica.

Reiteradamente se ha sostenido que se espera de los jueces que actúen con equidad. Hoy, la equidad se entiende como el criterio de justicia que toma en consideración no sólo el sistema jurídico, sino también las particularidades del caso, y que trata de darle una solución con un sentido moral y humano más que estrictamente legal. Así, se pretende que el juez pueda atemperar el excesivo rigor de las leyes para dar una solución equitativa al conflicto que se plantea.

El art. 37 del Código Iberoamericano de Ética Judicial (en adelante, CIEJ), reformado el 12 de abril de 2014, en su capítulo V, "Justicia y Equidad" declara que "el fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho" (art. 35) y el juez equitativo es el que, "sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes"(art. 36). Como lineamiento general dispone que "en las esperas de discrecionalidad que ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse con consideraciones de justicia y de equidad" (art.38).

130 Martínez, V. F. (2019). El concurso entre la ley y el derecho judicial. *Derecho Concursal Iberoamericano. Realidad y Perspectivas. Obra conmemorativa al XV aniversario del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*. Colombia. pp. 171-195.

En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley (art. 39).

Como ya se adelantara, este requerimiento de equidad, tal como se entiende actualmente, puede confrontar con otro principio no menos importante en un Estado de Derecho, el de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica es el principio general del derecho que impone que toda persona tenga conocimiento cierto y anticipado sobre las consecuencias jurídicas de sus actos.

Es entonces donde corresponde preguntarse cuál es el límite entre la discrecionalidad y la arbitrariedad; dónde termina el deber de los jueces de ponderar las particularidades de los casos sometidos a su decisión para aplicar el derecho al caso concreto, haciendo uso de los principios constitucionales para dictar una solución equitativa y; en qué medida se afecta el derecho a la seguridad jurídica de que goza todo ciudadano y que le permite prever una solución judicial de acuerdo a la norma aplicable.

Se comparte la opinión de quienes sostienen que: "la equidad no debe ser sinónimo de carta blanca a favor de los órganos judiciales para que, ante el supuesto de un sentir jurídico diferente, desatiendan las normas positivas sancionadas por el legislador"¹³¹. Quizás la respuesta esté en el empleo de la razonabilidad que exige el art. 3 CCCN, término también indefinido que deja abierta la puerta a la discrecionalidad, y debiera dejar de lado la arbitrariedad.

Este nuevo paradigma de interpretación normativa ha generado nuevos desafíos para los jueces concursales que deberán plantearse si se ajustan en su tarea a la normativa concursal exclusivamente, o la harán permeable a los nuevos lineamientos que emergen de la reforma constitucional de 1994 y el código unificado civil y comercial.

V.2. El derecho judicial concursal

La ley 24.522 acuerda a los jueces concursales facultades variadas y extensas. El art. 274 de dicha norma establece "*El juez tiene la dirección del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias*". Estas facultades se dirigen fundamentalmente al impulso del proceso a los fines de su rápida tramitación y toda otra medida que sea necesaria para lograr que el proceso concursal o falencial cumpla su finalidad.

Esta posibilidad de hacer uso de amplias facultades se ha puesto a prueba en tiempos de la pandemia producida por el Covid-19, en el que el proceso concursal ha sufrido un rediseño de los plazos y formas de desarrollo de las distintas etapas. La anomia producida por el poder legislativo, que aún hoy no ha dictado una ley de Emergencia que regule la reprogramación de los plazos procesales concursales, que permita la renegociación de los acuerdos homologados o los plazos de su cumplimiento, entre tantas otras cuestiones sobre las que los estudiosos concursales han debatido profusamente en este tiempo y sobre las cuales el legislador obvió regular, demuestran a todas luces la efectividad de la norma concursal contenida en el art. 274.

Centrado el análisis en las facultades de los jueces concursales en relación al régimen

131 Usandizaga, M. (2014). La problemática de los acreedores involuntarios en el derecho concursal. *DCCyE*, (Agosto), 25. Cita Online: AR/DOC/1342/2014. p. 5.

de privilegios previstos en la ley 24.522 ante la existencia de acreedores involuntarios vulnerables, como primera aproximación corresponde afirmar que la ley concursal no ha previsto un privilegio especial para este tipo de acreedores, que habitualmente responde a la categoría quirografaria.

La cuestión de los acreedores involuntarios sólo tuvo recepción legislativa acotada en el art. 16 LCQ en tanto dispone que *“excepcionalmente el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras”*.

Las normas que regulan los privilegios, para seguridad de todos los que de alguna manera se encuentran vinculados con el proceso falencial disponen: *“No hay otros privilegios que los creados por la ley”* (art. 2574 CCCN)

Algunos autores, como Chomer¹³², sostienen que debiera dotarse al juez concursal de amplias y flexibles facultades para que fundadamente pudiera postergar algunos de los privilegios o preferencias y pagar aquellos créditos que razonablemente entienda necesitan atención prioritaria. Sostiene que, de esta manera, el juez no debe declarar la inconstitucionalidad del orden de privilegios, sino que puede variar el orden de cobro según las circunstancias.

Eguiazu¹³³ afirma que frente a la excepcionalidad de cada caso, el juez debe adecuar la ley a los principios generales del derecho y a la norma convencional que protege al acreedor en situación extrema y satisfacer con ese carácter excepcional al crédito, sin necesidad de crear nuevos privilegios

Como ya se puso de manifiesto, el juez es el director del proceso concursal que se caracteriza por su oficiosidad e inquisitorialidad. También se revisó, en el capítulo I, las características propias de los privilegios, especialmente su origen legal, excepcionalidad y autosuficiencia. Si bien doctrinariamente se requiere de los jueces que tomen decisiones fundadas en las normas y principios supralegales para cambiar el orden legal de los privilegios, resoluciones de este tipo son abiertamente contrarias a las normas de derecho positivo dictadas por el legislador en materia concursal. Podrían estas decisiones encontrar sustento en las normas contenidas en el Título Preliminar del CCCN (art. 1, 2, 3, y 12) y en la completividad del ordenamiento jurídico, y en ello han centrado su fundamentación las resoluciones jurisprudenciales que oportunamente se expusieron, pero lo cierto es que si bien los jueces concursales tienen amplias facultades en el trámite concursal para impulsar el proceso mediante el dictado de medidas inquisitivas y de investigación, para así conformar el pasivo distribuible entre los acreedores, las facultades de los jueces en materia de privilegios concursales son controvertidas y requieren de una regulación específica, ya que en definitiva se trata de disponer del producido de la liquidación de una persona humana o jurídica fallida. Tampoco debe perderse de vista que la preferencia que se otorgue a un acreedor implica el correlativo sacrificio de los otros.

132 Chomer, H. O. (2016). *Concursos y quiebras. Ley 24522. 1° edición*. Buenos Aires, Argentina: Astrea. p. 446.

133 Eguiazu, A. A. (2018). Los Acreedores Involuntarios. (Aquellos que nunca quisieron asistir a una cena empobrecida). *X Congreso Argentino de Derecho Concursal. VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*. Santa Fe, Argentina. 2018. pp. 377-379.

La cuestión no es sencilla y de fácil aplicación práctica, porque por un lado no es posible sostener un “situacionismo jurídico” en el cual no existan reglas generales y abstractas que nos permitan prever la juridicidad o antijuridicidad de las conductas, y que dependan del espíritu del juez de la causa, pero por el otro, no puede defenderse la aplicación rígida de las normas concursales que, en el caso concreto, conlleven a soluciones contrarias a los valores reconocidos constitucionalmente.

V.3. Consideraciones finales

Puede concluirse que, si bien la constitucionalización del derecho privado otorga a los jueces amplias facultades de decisión, el art. 3 CCCN insiste en establecer el límite de la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Se observa así que, en el derecho concursal, donde de lo que se trata es de la distribución de lo escaso, la facultad de los magistrados para modificar el orden de los privilegios está muy controvertida, pues otorgar prioridad a unos importa postergar el derecho de otros, de lo que resulta que el otorgar lo que es equitativo a unos, puede significar desmerecer el derecho de los demás involucrados, incluso, relegándolos a no percibir su adeudo.

Se comparte la opinión de quienes sostienen que se debe avanzar con razonabilidad y prudencia, porque muchas veces la audacia por más que la guíen buenas y nobles intenciones, puede dar lugar a conclusiones plagadas de subjetividades que no aportan claridad, generan incertidumbre y conspiran contra la certeza que impone un régimen jurídico seguro¹³⁴.

VI. Una mirada reflexiva sobre los acreedores involuntarios y su necesaria tutela

El recorrido realizado por la legislación, doctrina y jurisprudencia en torno a la cuestión de los acreedores involuntarios y su tutela en el derecho argentino, habilita para plantear una postura propia frente al problema de la existencia de acreedores vulnerables sin un privilegio específico reconocido en la norma falimentaria y la posibilidad de que los magistrados les acuerden preferencia de cobro alterando el orden cerrado de los privilegios concursales previstos en la LCQ. En el desarrollo de la misma se analizarán los argumentos de los jueces de la CSJN en autos “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)”, de fecha 26/03/2019” que conformaron la mayoría y justificaron la declaración de inconstitucionalidad del régimen cerrado de privilegios y el otorgamiento al menor discapacitado y titular de un crédito quirografario, un privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio.

Tal como se ha planteado precedentemente, los acreedores involuntarios, no cuentan en nuestra ley falencial, por su condición de tales, de un privilegio reconocido en el ordenamiento concursal, sino que son meros acreedores quirografarios. Esto provoca, que, dada la habitual escasez de recursos a distribuir en un proceso falencial, difícilmente verán satisfecho su crédito, ni aun parcialmente.

La constitucionalización del derecho privado ha respaldado una corriente de jueces activistas que, acudiendo a los principios y valores constitucionalmente reconocidos, y de la mano de lo dispuesto por los arts. 1, 2 y 3 del CCCN, han procurado dar protección a los llamados acreedores involuntarios de la quiebra y les han reconocido un privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio, con el consiguiente desplazamiento de los legitimados al cobro por la ley concursal.

134 Junyet Bas, F. A. y Marcos, F. J. (2019). Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del “acreedor involuntario”. *La Ley*, 27/02/2019, 4. Cita Online: AR/DOC/187/2019

No cabe ninguna duda que los acreedores involuntarios en condiciones de vulnerabilidad, en donde su vida o su salud está comprometida, merecen una tutela especial por parte de los órganos del Estado. La pregunta que se plantea es si corresponde al Poder Judicial tomar por su cuenta decisiones que alteran el orden cerrado de los privilegios o nada pueden hacer los magistrados ante la inacción del Poder Legislativo. Quizás la respuesta no es una ni otra.

Parece adecuada la propuesta de la Dra. Martínez¹³⁵ en cuanto expresa que, en ciertos casos, resulta conveniente un intervencionismo prudente, pero se cree que esta respuesta de los jueces no puede ser más que transitoria en tanto los legisladores elaboran la norma que protege al vulnerable y le brinda tutela en el marco del proceso concursal.

Como ya se expresó oportunamente, el art. 2573 del CCCN define al privilegio como “la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro”, adoptando una pauta objetiva para su reconocimiento, de manera que el privilegio se reconoce al crédito independientemente de la persona de su titular. Esta decisión del legislador refuerza la postura de que no debe atenderse a las circunstancias particulares de sus titulares. Seguidamente, el art. 2574 del CCCN establece el origen legal de los privilegios, que sólo pueden resultar de una disposición de la ley y, ya en el plano concursal el art. 239 LCQ establece que *“existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enunciados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones”*. Estas normas reafirman el exclusivo origen legal del sistema de privilegios, su autosuficiencia y la objetividad de su reconocimiento.

Con la aclaración de que al momento de conferir preferencias legales, nuestra norma toma la pauta objetiva que se relaciona con los créditos y no la subjetiva que vincula la preferencia a una persona (sujeto), señala Raspall¹³⁶ que:

“El estar concedido el privilegio en función del crédito, cuando el mismo se transfiere también se traspa el privilegio a un nuevo titular del interés. Si fuera personal, reconocido en función de la persona, la transferencia del crédito no debería transferir el privilegio, es decir, el privilegio se extinguiría.”

Ello demuestra que la tésis de la norma, el espíritu del legislador al establecer privilegios, ha sido proteger el crédito independientemente de quién es su titular. De esta manera, no podemos, con un razonamiento totalmente opuesto, crear súper privilegios en razón del sujeto titular del crédito, sin vulnerar el espíritu de la norma.

Podría plantearse el caso de un crédito quirografario, cuyo titular lo transfiere mediante cesión a un acreedor de éstos que podemos llamar vulnerables, y que el mismo reclamara la tutela diferenciada en razón de su situación de vulnerabilidad. Sería esta, una manera de burlar los intereses de los restantes acreedores. Se discutirá entonces la existencia de los elementos de la voluntad de los actos jurídicos, la presencia de buena fe y otros aspectos, quitando celeridad y certeza al procedimiento concursal.

En relación a su denominación y la pauta objetiva para el reconocimiento de los

135 Martínez, V. F. (2019). El concurso entre la ley y el derecho judicial. Derecho Concursal Iberoamericano. Realidad y Perspectivas. *Obra conmemorativa al XV aniversario del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*. Colombia. pp. 171-195.

136 RASPALL, M. A. (2019). *Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales*. RCCYC, 04/03/2019, 74. Cita Online AR/DOC/196/2019. P. 32.

privilegios que establece el art. 2573 CCCN, pareciera adecuado llamarlos “créditos de reparación urgente”. Se es consciente que esta forma de llamarlos es más amplia que la de acreedores involuntarios, puesto que comprende tanto a los acreedores de origen contractual como extracontractual, prescinde de la voluntariedad o no de la relación que la origina y hace énfasis en la necesaria reparación urgente de los intereses afectados, producto de la vulnerabilidad de su titular.

Si bien, del estudio de las normas referidos a los privilegios la cuestión no ofrece mayores dificultades, la constitucionalización del derecho privado iniciada con la reforma constitucional de 1994 y reafirmada por el título Preliminar del CCCN dictado por nuestros legisladores en 2015, abren la puerta a todo un abanico de normas internacionales donde la vida, la salud, los derechos de los niños, de las personas con discapacidad, adquieren una tutela especial prioritaria. Ello plantea un reto para la magistratura judicial, a quien exigimos manejar una multiplicidad de fuentes normativas y frente a lo cual Lorenzetti reconoce la necesidad de brindar a los jueces herramientas o guías para decir en este sistema de fuentes tan complejo.

En este escenario, es el Poder Legislativo quien debe asumir la tarea de dictar normas de derecho interno que permitan transpolar la letra de la Constitución y los tratados internacionales de la misma jerarquía que contiene, de manera que los jueces puedan aplicarlos a los casos concretos que se sometan a su decisión.

Es necesario lograr un equilibrio, en donde la solución del caso concreto no quede librado al sentido de justicia del juzgador, en el que la seguridad jurídica se encuentre garantizada y se dicten resoluciones justas acordes al principio de equidad de dar a cada uno lo suyo.

De otra manera, convertimos a nuestros magistrados en “héroes o villanos” según apliquen las normas constitucionales o el derecho interno, y según el lado del derecho en que ocasionalmente nos ubiquemos en el devenir de nuestras relaciones civiles, sociales o comerciales. Sin duda que sería beneficioso para nuestras instituciones y para el conjunto de la sociedad, el dictado de normas internas por parte del Poder Legislativo que recepten las normas y valores internacionales constitucionalmente reconocidos, de manera de hacer previsible su aplicación en los distintos ámbitos del derecho.

En esta línea, en ambas sentencias de la Corte, cuyo exhaustivo análisis se realizó en las páginas anteriores, los jueces han exhortado al Poder Legislativo a realizar las reformas legales necesarias para brindar efectiva tutela a los acreedores vulnerables. Es decir, el órgano jurisdiccional se ha expedido en sus sentencias, en una suerte de exhortación, y ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional, encomendando al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución. Sagués¹³⁷, entiende que de esta manera, la magistratura constitucional respeta el principio de división de los poderes (dado que no invade ni asume las competencias legisferantes del Parlamento), y a menudo, de modo directo o indirecto, da pautas sobre el contenido del nuevo precepto normativo, con lo que también se economizan futuras posibles declaraciones de inconstitucionalidad, si esas guías son satisfechas.

137 Sagués, N. P. (2005). Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”) y su recepción en Argentina. *La Ley*, 2005-F, 1461.

Concretamente, en el ámbito del derecho concursal y específicamente en materia de privilegios, debería incorporarse en la Ley 24.522, -al Título IV, Capítulo I, Privilegios- un artículo que prevea privilegio especial prioritario para aquel acreedor que reúna las condiciones para ser considerado "vulnerable", con determinación de cuáles son las mismas, de manera que los acreedores concurrentes tengan una previsión de cómo puede verse afectada su expectativa de cobro, y actuar en consecuencia o que especialmente prevea facultades excepcionales al juzgador para otorgar satisfacción prioritaria al crédito que reúna las condiciones que expresamente se establezca.

La cuestión no es meramente teórica, sino que tiene consecuencias prácticas importantes al tiempo de la distribución del activo de un proceso falencial, con repercusión social y económica y afectación de la imagen del poder judicial.

Prueba de ello son los fallos de la CSJN¹³⁸, que resultaron disparadores de este tema de estudio, al poner en jaque la aplicación estricta e incuestionable del régimen de los privilegios instituido por la LCQ. En ellos, con diferencia de apenas cinco meses, el Máximo Tribunal de la Nación dictó resoluciones contradictorias en materia de privilegios concursales. No debe pasar desapercibido que la modificación en el criterio mayoritario de la CSJN, que en definitiva señala el precedente, y que resolvió declarar la inconstitucionalidad del régimen de privilegios y admitir el crédito con privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio legal, se debió a un cambio en la conformación de los miembros de la Corte, finalmente integrada por la conjuenza Graciela Medina, ante la excusación del Dr. Rosenkrantz. Esta circunstancia conlleva un escenario aún mayor de incertidumbre respecto de la resolución de conflictos de similares supuestos en el futuro, con mella a la seguridad jurídica, aunque en rigor, ha de concluirse que la posición de la CSJN en su conformación natural, es la del primer fallo citado y entonces en puridad el Alto Cuerpo mantiene la estructura legal de los privilegios a pesar de reconocer la necesidad de la intervención legislativa al respecto.

Los fundamentos utilizados por el voto mayoritario en los autos "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)", de fecha 26/03/2019 para declarar la inconstitucionalidad del régimen de privilegios, ya se detallaron en el capítulo II y en esta oportunidad reflexiva se pretende la valoración de cada uno de estos argumentos de la mayoría que finalmente, justificaron la declaración de inconstitucionalidad del régimen cerrado de privilegios y el otorgamiento al menor discapacitado y titular de un crédito quirografario, un privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio. Estos son:

a) La vida es el primer derecho de la persona y el derecho a la salud lo integra, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla. Esta afirmación no merece cuestionamiento, ya que como se analizó en páginas anteriores la vida y la salud son derechos fundamentales de la persona humana y su goce es necesario para el disfrute de todos los demás derechos reconocidos por las convenciones internacionales de jerarquía constitucional. Tampoco puede cuestionarse que es una obligación impostergable de las autoridades públicas garantizarla.

138 Se trata del fallo dictado en autos "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros" (CS 06/11/2018), y del resuelto en "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)", de fecha 26/03/2019

En nuestro Estado de Derecho con división de poderes, corresponde al Poder Ejecutivo ejercer la jefatura de la Administración pública nacional, al Legislativo sancionar las leyes y al Judicial, interpretar y aplicar las leyes sancionadas por los legisladores. No queda resuelto cómo esta obligación de las autoridades públicas recae en los acreedores hipotecarios que contrataron con la institución médica que devino fallida y que oportunamente otorgaron créditos con garantía hipotecaria que hicieron posible el desarrollo de la institución.

b) En los tratados internacionales los Estados se comprometen a adoptar medidas apropiadas. Ergo, el crédito debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior a los demás privilegiados. No hay otro modo de tornar operativa la protección especial impuesta por los instrumentos internacionales.

Como dice el voto de la mayoría, en los tratados internacionales los Estados se comprometen a adoptar las medidas apropiadas. Particularmente en la CDNC, los Estados parte se comprometen a adoptar todas la medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad en ella reconocidos y se compromete a (...) tomar todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas” (art. 7). Hasta la fecha del dictado de la resolución en cuestión y al momento de escribir estas reflexiones, el Estado no ha adoptado ninguna medida en materia de privilegios concursales, ya que la ley 24.522 no ha sido objeto de reforma alguna que torne operativo este compromiso asumido por el Estado, en el ámbito del derecho concursal. De esta manera, la expresión “el crédito debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior a los demás privilegiados” no es más que una expresión de deseo y mientras tanto es el Estado quien debe asumir esta garantía protegiendo al vulnerable con los recursos estatales.

Pareciera que la circunstancia de que las necesidades del vulnerable se den en el marco de un proceso falencial, libera al Estado de toda responsabilidad y se asienta la misma en los acreedores concurrentes del pasivo de la quiebra, puesto que al modificar el rango de los privilegios de hecho lo que ocurre es que el así privilegiado logra postergar a los demás acreedores, por lo que forzoso es concluir que estos se hacen cargo de una reparación que parece más propia del Estado o la Seguridad social.

c) Se reconoce que el mayor resguardo de cobro que el sistema de privilegios concursal otorga a ciertos créditos tiene por finalidad no solo la protección del interés individual del acreedor sino de otros intereses colectivos subyacentes, pero remarca que la entidad de los derechos esenciales del acreedor involuntario comprometidos en el caso concreto lleva a tutelarlos como intereses superiores a la comunidad en general.

Este argumento pone en duda la solidez de los fundamentos por los cuales se otorga a ciertos créditos el carácter de privilegiados y la envergadura de los intereses colectivos que subyacen en ellos, de manera que la existencia de un acreedor “vulnerable” pone en jaque el orden de los privilegios concursales cuyos caracteres

de legalidad y excepcionalidad la propia legislación concursal establece de modo incuestionable.

En este sentido, del voto de la minoría se extrae este argumento: *“Admitir el reconocimiento judicial de derechos preferentes no previstos en la ley concursal traería aparejados serios inconvenientes que excederían el ámbito propio de los concursos. La ruptura del régimen legal de privilegios y la creación de un sistema paralelo, contra legem, discrecional y casuístico puede conllevar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general. Por ej., la preferencia en el cobro de las acreencias garantizadas con hipoteca y prenda (art. 241, inc. 4° de la ley 24.522) se justifica en los intereses económicos y sociales considerados por el legislador para acordarles dicho privilegio. En efecto, esa preferencia se vincula con la protección del crédito, que es indispensable para el desarrollo y el crecimiento del país, y que depende, en parte, de la existencia y la eficacia de ciertos instrumentos que, como las garantías aseguren el recupero del crédito. En el caso concreto, el resguardo de esa preferencia en el cobro se relaciona con la oportunidad y el costo de acceder al crédito que tienen los agentes de salud y, en definitiva, con la adecuada prestación de esos servicios que, de hecho, permiten atender el derecho a la salud de toda la comunidad.”*

d) La falta de recursos económicos suficientes de la familia y la situación de extrema vulnerabilidad imponen su protección sin demora para no desnaturalizar y tornar ilusoria la protección.

Este argumento se desvanece sin mayores esfuerzos si se tienen en cuenta el dato objetivo de que el menor, víctima de mala praxis nació en el año 1990 y la sentencia de la CSJN fue dictada el 26/03/2019, veintinueve años después del evento dañoso. Es decir, que el menor pasó toda su niñez y adolescencia, junto a su familia, sin la debida asistencia médica y social, que le permitiera llevar de la mejor manera posible la tristísima situación que aún hoy atraviesa. Verdaderamente, parece una utopía pretender que cobrar el crédito admitido en la quiebra de Institutos Médicos Antártida casi treinta años después del nacimiento, no desnaturaliza y torna ilusoria la protección que el Estado está obligado a brindar al vulnerable. Tampoco merece recibo el argumento de que la familia carece de recursos económicos suficientes, por dos razones: primero porque para toda familia los gastos médicos generados por un evento que provoca incapacidad total y permanente a alguno de su miembros resultan insostenibles en el tiempo; y en segundo lugar porque hace pensar que si la familia fuera pudiente, el privilegio especial prioritario no sería aplicable, lo que genera al menos dudas sobre su justicia y equidad y provoca mayor inseguridad jurídica al entrar otra variable que afecta las expectativas de cobro de los restantes acreedores.

e) No implica esto incursionar en facultades propias del legislador que dicta normas generales, porque los magistrados resuelven casos particulares en los que no pueden desatenderse las circunstancias concretas de la causa, y si no se diera respuesta, el Estado se constituiría en un segundo agresor.

Este argumento encuentra respaldo en los art.2 y 3 del CCCN que establecen pautas de interpretación de las normas e imponen a los magistrados un marco de razonabilidad en el fundamento de sus resoluciones. No puede desconocerse

que desde la reforma constitucional de 1994 que incorpora las convenciones internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, y la entrada en vigencia del nuevo código unificado Civil y Comercial en agosto de 2015, a la fecha, ha pasado suficiente tiempo para que el legislador, que dicta normas generales, realice las reformas necesarias en las normas internas que habiliten concretamente al magistrado de concursos y quiebras a otorgar privilegio especial prioritario a los acreedores que encuadren en la descripción abstracta de la norma. De otra manera, se exige a los jueces una función legislativa que no les corresponde y se los coloca en el dilema de ponderación de valores todos ellos importantes, con la incertidumbre de los restantes acreedores, que también son miembros de un estado de derecho y se han visto afectados en los derechos que le son propios, y que ahora dependen de la particular valoración que haga en juez de la causa en el caso concreto. Prueba de ello es el cambio de criterio del Máximo Tribunal de la Nación por la sola variación en la integración de uno de sus miembros.

No debe perderse de vista que el Estado es el principal garante del derecho a la salud de los miembros que lo integran. Si bien los jueces deben velar por la adecuada satisfacción de las necesidades de los justiciables, especialmente los vulnerables, no pueden los jueces so pretexto de hacer operativas las normas internacionales de protección de los derechos humanos, que tienen jerarquía constitucional, modificar el régimen de privilegios concursales creados por Ley del Congreso de la Nación, para garantizar el derecho del acreedor discapacitado vulnerable, haciendo pesar sobre el resto de los acreedores, también perjudicados en sus derechos patrimoniales, una obligación que en última instancia corresponde al Estado como garante del derecho a la salud del por entonces menor afectado por la mala praxis. Es impensable que quien ha nacido en una desgraciada condición que lo incapacita de modo tal determinante y permanente, quede a la espera del resultado de un juicio de mala praxis y posteriormente de las resultas de un proyecto de distribución de la quiebra de la institución médica donde aconteció el parto, para recibir la asistencia indispensable y adecuada para llevar una calidad de vida digna dentro de la condición que lo inhabilita.

Si bien la demora en el proceso concursal y luego falencial es evidente, ello no puede justificar la desatención por parte del Estado de las necesidades primarias y específicas de la persona incapacitada, que no pueden depender de las resultas de un proceso falencial y mucho menos hacerla pesar sobre los restantes acreedores de la fallida que nada tienen que ver con la mala praxis ocurrida y respecto de quienes rige plenamente la normativa concursal conforme a la cual han participado del proceso del concurso preventivo y luego de la quiebra cumpliendo todas las obligaciones que le impone la Ley 24.522 y que pacientemente han esperado el proyecto de distribución de la quiebra de la entidad médica por años.

Se desconocen las circunstancias particulares de los acreedores desplazados por el privilegio especial prioritario reconocido al menor discapacitado. Tampoco es justificativo que los acreedores desplazados sean instituciones bancarias, pues estos son pilares fundamentales de la economía, dadores del crédito y facilitadores de emprendimientos comerciales e industriales de todo tipo que en definitiva benefician a los miembros de un Estado de derecho.

No parece razonable re victimizar a los particulares, sean personas humanas o jurídicas,

que ya se han visto perjudicados en su derecho de propiedad, con todas las consecuencias personales y sociales que desconocemos pero que seguramente existieron y existen, para la satisfacción, tardía, de las necesidades del entonces menor discapacitado, cuando es el Estado como institución, quien debe velar por su calidad de vida.

Nos preguntamos si la solución jurisprudencial hubiera sido la misma si el menor desgraciadamente perjudicado por la mala praxis médica hubiera nacido en el seno de una familia con recursos económicos suficiente para atender a sus necesidades y tratamiento integral, recordemos que en el caso "Institutos Médicos Antártida", dentro de las circunstancias especialmente consideradas al momento de resolver, la CS valoró que los progenitores del menor se encontraban en una situación económica complicada. Por otra parte, los casos particulares tampoco dan cuenta de otros eventuales acreedores en la misma condición de vulnerabilidad que no han contado con el asesoramiento preclaro de letrados que soliciten la inconstitucionalidad del régimen de privilegios y se allanaron a requerir no otra cosa que lo que la ley les habilitaba; por lo que también podría considerarse la introducción de un factor de desigualdad entre vulnerables, que, de acuerdo a la normativa analizada, especialmente los Tratados Internacionales, son dignos de similar tutela del Estado.

Finalmente, se comparte con Usandizaga¹³⁹ que "la proliferación de acreencias privilegiadas debilitaría la propia protección que se ha querido otorgar", porque en definitiva no se protegería a nadie, en clara alusión a la sábana corta a la que refiere Chomer¹⁴⁰.

En definitiva, el derecho concursal y particularmente el sistema de privilegios reglamenta la distribución de lo escaso, ya que normalmente el producido de la liquidación del activo falencial no es suficiente para satisfacer las pretensiones de los acreedores de la quiebra. Es entonces donde oportunamente el legislador ha impuesto una distribución de riesgos entre los actores de la insolvencia, que a todas luces está lejos de ser perfecto, pero, eso sí es previsible¹⁴¹. Contrariamente a lo que sostiene Boquín¹⁴², se entiende que no pueden los jueces concursales, so pretexto de la intromisión del derecho público internacional en el derecho privado interno, tomar decisiones sobre las relaciones particulares acreedor-deudor, y deudores entre sí, sin afectar sus derechos.

VII. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se ha intentado entender el universo de los acreedores involuntarios y su ubicación en el cuadro de privilegios concursales reglados por la ley 24.522, en el marco de la constitucionalización del derecho privado y su aplicación por parte de los magistrados.

En el derecho concursal argentino, los acreedores involuntarios y, específicamente, los vulnerables no tienen reconocido privilegio en la escala de preferencias establecida por la norma falimentaria.

139 Usandizaga, M. (2018). Privilegios. En A. Sanchez Herrero (Dir), *Tratado de Derecho Civil y Comercial. 2º Edición. Tomo X. Concursos y Quiebras* (p.p. 1035-1094). Buenos Aires, Argentina: La Ley. p. 1035.

140 Chomer, H. O. (2016). *Concursos y quiebras. Ley 24522. 1º Edición*. Buenos Aires, Argentina: Astrea. p. 446.

141 De las Morenas, G. (2018). Aplicación de tratados internacionales al estado de distribución. *X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*. Santa Fe, Argentina. pp. 371-375.

142 Boquín, G. F. (2018b). Diálogo de fuentes y flexibilización del numerus clausus de los privilegios y preferencias en el cobro. *X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*. Santa Fe, Argentina. pp. 361-365.

La constitucionalización del derecho privado pone en duda la rigidez del régimen de privilegios concursales, particularmente ante la existencia de procesos falenciales en los que existen pretensiones de acreedores involuntarios y especialmente vulnerables y obligan a repensar el rol de los jueces en la aplicación del derecho al caso concreto.

La facultad de los magistrados para modificar el orden de los privilegios está muy controvertida, pues el régimen de privilegios se establece para reglar la distribución de un patrimonio escaso y otorgar prioridad a una categoría de acreedores importa postergar el derecho de otros comprendidos en una categoría distinta.

Se puede concluir que la constitucionalización es justa y virtuosa desde el punto de vista valorativo, en tanto sea ejercida en un marco de estricta razonabilidad y no exista una norma legal emanada del poder legislativo que sea aplicable a la cuestión. Porque si esta norma existe, si el legislador ha previsto por el mecanismo constitucionalmente reglado una norma positiva que regule la cuestión sometida a decisión, el juez debe limitarse a su aplicación razonable. De ninguna manera podría optar por desconocer la norma y acudir a los principios y valores constitucionalmente reconocidos para resolver de forma distinta. Esta es una regla intocable de un estado de derecho. Sostener lo contrario importa apoyar un estado de anomia y de inseguridad jurídica donde primará el interés de quien logre conmover el espíritu del juzgador para así obtener una resolución que le favorezca.

Las bondades de un sistema republicano de derecho radican en el ejercicio armónico y recíprocamente controlado de cada uno de los órganos del Estado sin que alguno de ellos invada el ámbito de actuación de los otros, so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales.

Las sentencias de la Corte que han sido objeto de estudio en los títulos anteriores evidencian una exhortación, por parte de los magistrados al Poder Legislativo, para que efectúe las modificaciones legales necesarias para la adecuada tutela judicial del vulnerable en el marco de la Ley 24.522. Así, dan pautas sobre el contenido normativo que debería ser incluido en una futura reforma concursal. Como ya se dijo, son los legisladores los que deben captar los reclamos de la sociedad y merituar las recomendaciones o exhortaciones de los magistrados. Por ello, los reclamos sociales deberían redireccionarse, puesto que se reclama a los jueces tareas que son propias de los legisladores y son los juristas los que, en definitiva, deben suplir la desinteligencia del legislador.

Por otra parte, habiendo pasado tantos años desde la reforma constitucional de 1994 y la sanción del Código unificado, y ante la evidencia de numerosos pronunciamientos judiciales en los que se ha discutido la constitucionalidad del régimen de privilegios frente al acreedor involuntario- vulnerable, podría pensarse que el legislador, no ha tomado acción en esta cuestión porque no está en sus prioridades de política legislativa o simplemente porque no tiene voluntad de introducir una reforma de este tipo en materia concursal; pues el silencio también es una forma de expresión.

Los párrafos precedentes permiten dar respuesta a la pregunta de investigación y las preguntas alternativas formuladas al inicio de este trabajo. Del mismo modo permiten validar parcialmente la hipótesis de investigación propuesta considerando que, si bien

existe la necesidad de que el poder legislativo incorpore una norma en la legislación concursal que tutele los intereses de los acreedores involuntarios, y especialmente vulnerables, surge de las conclusiones que anteceden que puede pensarse que el legislador ya se ha expedido sobre este tema y ha decidido guardar silencio ante el reclamo de protección legislativa formulado por los magistrados y descansa en la razonabilidad de los jueces para la aplicación de la norma general al caso concreto.

De esta manera, hasta tanto el legislador se expida activamente sobre la jerarquización de los acreedores involuntarios y especialmente vulnerables, los jueces deben dictar sus resoluciones conforme el principio de razonabilidad que impone el art. 3 del CCCN, aspirando a lograr un armónico equilibrio entre valores tan loables como la equidad y la seguridad jurídica. De otra forma, el derecho se diluye en el espíritu de los jueces y los derechos de los justiciables quedan sujetos al sentir de sus corazones.

Referencias Bibliográficas

- BARACAT, Edgar J. (2014): *Otra creación de los jueces activistas: el acreedor involuntario*. La Ley 10/03/2014, 10. La Ley 2014-B, P. 90.
- BARREIRO, Marcelo G. y TRUFFAT, Daniel E. (2008): *Los acreedores involuntarios. Una cuestión que ronda las puertas del debate concursal*. La Ley 2008-A, 712. Cita Online: AR/DOC/3955/2007
- BAZÁN, Víctor (2013): *Derecho a la salud y justicia constitucional*. 1° Ed. Buenos Aires, Argentina: Astrea. ISBN 978-950-508-373-2.
- BOQUÍN, Gabriela F. (2018a): *El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal*. RCCyC, 02/02/2018, 3. Cita Online: AR/DOC/4/2018.
- BOQUÍN, Gabriela F. (2018b): *Diálogo de fuentes y flexibilización del numerus clausus de los privilegios y preferencias en el cobro*. X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Santa Fe, Argentina. pp. 361-365.
- CAPDEVILA, G. H. (h) y PALAZZO, C. (2020): *La solución de justicia distributiva que no repara en sus posibles consecuencias*. SJA, 05/02/2020, 93. Cita Online: AR/DOC/3499/2019.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Propuesta de Reformas. Recuperado de <https://camaron.org.ar/wp-content/uploads/2019/02/ANT-REF-CCC.pdf>
- CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrés A. (2014): *Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado*. SJA, 26/02/2014, 35. Cita Online: AR/DOC/4128/2016.
- CHIAPERIO, Silvana María (2019): *Acreedores Involuntarios en el último fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. RDPC, 2019-2.
- CHOMER, Héctor O. (2016): *Concursos y quiebras. Ley 24522*. 1° Edición. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- DE LAS MORENAS, Gabriel (2018): *Aplicación de tratados internacionales al estado de distribución*. X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Santa Fe, Argentina. pp. 371-375.
- EGUIAZU, Alfredo Alesio (2018): *Los Acreedores Involuntarios. (Aquellos que nunca quisieron asistir a una cena empobrecida)*. X Congreso Argentino de Derecho Concursal. VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Santa Fe, Argentina. 2018. pp. 377-379.
- ESCUTI, Ignacio A. (h) y JUNYENT BAS, Francisco (1996): *Instituciones de derecho concursal*. Córdoba, Argentina: Alveroni.

- FERNÁNDEZ RAYMUNDO, L. (2008): *Privilegios en general y privilegios en la quiebra*. La Ley, 14-584.
- GERBAUDO, Germán E. (2018): *Los acreedores involuntarios y la crisis del sistema de privilegios concursales*. Libro de Ponencias del X Congreso Argentino de Derecho Concursal. Tomo 3. Santa Fe, Argentina. Octubre 2018.
- GRAZIABILE, Darío J. (2015): *Privilegios: Código Civil y Comercial de la Nación y Ley 24522*. Buenos Aires, Argentina: La Ley. 1ª Edición. ISBN 978-987-03-2913-8
- HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (2015): *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. 1ª Edición. Buenos Aires, Argentina: Infojus.
- JUNYENT BAS, Francisco A. y MARCOS, Fernando J. (2019): *Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del "acreedor involuntario"*. La Ley Online, 27/02/2019, 4. Cita AR/DOC/187/2019
- JUNYENT BAS, Francisco A. y MOLINA SANDOVAL, Carlos A. (2009): *Ley de Concursos y Quiebras. Comentada. Tomo II*. 2º edición. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- LORENZETTI, Ricardo L. (2015): *Introducción al Código Civil y Comercial*. (<https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina386.pdf>) (fecha de consulta: 02 de enero de 2021).
- LORENZETTI, Ricardo L. (2012): *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. La Ley, 2012-C, 23/04/2012, 1. Cita Online: AR/DOC/1931/2012
- LORENZETTI, Ricardo L. (2014): *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo I*. 1ª Edición. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín Manuel (2005): *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- MARTÍNEZ, Verónica Francisca (2019): *El concurso entre la ley y el derecho judicial. Derecho Concursal Iberoamericano. Realidad y Perspectivas*. Obra conmemorativa al XV aniversario del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Colombia. pp. 171-195.
- MICELLI, M. Indiana (2011): *Las nuevas tutelas diferenciadas del derecho concursal. Los acreedores involuntarios*. La Ley Litoral, Sección Doctrina, febrero, p. 30 y sigtes.
- O'REILLY, M. Cristina (2012): "Privilegios". En E.E. Martorell (Ed.), *Ley de Concursos y Quiebras Comentada. Tomo V*. Buenos Aires, Argentina: La Ley. pp. 757-931.
- PAJARDI, Piero (1982): *El proceso de quiebra entre el pasado y el futuro y los problemas de la reforma del sistema ejecutivo concursal*. RDCO. Año 15.
- PERRACHIONE, Mario C. (2013): *Crítica a la modificación de la interpretación y aplicación de la ley establecida en el Proyecto de Código Civil y Comercial*. DJ, 06/03/2013. AR/DOC/5747/2012.
- PEYRANO, Jorge W. (2009): *Activismo y garantismo procesal*. 1º Edición. Córdoba, Argentina: Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. (<https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/14056/AAVV.%20Activismo%20y%20garantismo%20procesal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>) (Fecha de consulta: 02 de marzo de 2021).
- RAMÍREZ BOSCO, Lucas (2019): *La quiebra y el porvenir de los acreedores involuntarios más vulnerables*. La Ley Online. Cita on Line: AR/DOC/836/2019
- RASPALL, Miguel A. (2019): *Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales*. RCCYC. 04/03/2019, 74. CITA Online AR/DOC/196/2019
- RIBERA, Carlos Enrique (2019): *El acreedor involuntario con privilegio especial*. La Ley Online AR/DOC/835/2019
- RIVERA, Julio C., CASADIO MARTÍNEZ, Claudio A., DI TULLIO, José A., GRAZIABILE, Darío J. y RIBERA, Carlos E. (2010): *Derecho Concursal. Tomo III. Quiebra*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel (2006): *Los acreedores involuntarios*. Conferencia del

IV Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano sobre Insolvencia. Tomo IV. Rosario, Argentina. Septiembre 2006.

- ROSATTI, Horacio (2011): *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo 1*. 1º Edición. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- ROUILLÓN, Adolfo A. N. (2015): *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- SAGUÉS, Néstor P. (2005): *Las sentencias constitucionales exhortativas ("apelativas" o "con aviso") y su recepción en Argentina*. La Ley, 2005-F, 1461.
- TRUFFAT, Daniel E. (2007): *La excepción es la reina*. El Derecho, 224.
- USANDIZAGA, Manuel (2014): *La problemática de los acreedores involuntarios en el derecho concursal*. DCCyE (Agosto), 25. Cita Online: AR/DOC/1342/2014.
- USANDIZAGA, Manuel (2018): *"Privilegios"*. En A. Sánchez Herrero (Dir), *Tratado de Derecho Civil y Comercial. 2ª Edición. Tomo X. Concursos y Quiebras*. Buenos Aires. Argentina: La Ley. p.p. 1035-1094.
- VIGO, Rodolfo Luis (1983): *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- VILLANUEVA, Julia (2004): *Privilegios*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- VÍTOLO, Daniel Roque (2016): *La Evolución del régimen de privilegios en la Ley de Concursos y Quiebras. De un "orden cerrado estable" a un "orden poroso" inestable"*. ED, 05/04/2016.
- VOLPE, Ezequiel Alejandro (2019): *La constitucionalización de los Principios Generales del Derecho Privado Argentino. Una perspectiva desde la virtud de la justicia*. Revista de Derecho Civil (10). Cita: IJ-DCCLVI-933
- ZALAZAR, Claudia E. (2019): *La tutela diferenciada de los acreedores vulnerables*. XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal. San Juan, Argentina. Septiembre 2019.
- ZALAZAR, Claudia E. y HERBAS, Graciela N. (2019): "Derecho a la salud en Argentina, con especial referencia a la tutela de las personas con discapacidad según Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". En Claudia E. Zalazar y Gonzalo G. Carranza (Dir.), *Derecho y Salud en perspectiva. Estudios de Derecho a la Salud*. 1º edición. Córdoba, Argentina: Advocatus. pp. 239-268.
- ZALAZAR, Claudia E., MARTINI, Sandra R. y KÖLLING, Gabrielle J. (2019). "El acceso a la justicia y la protección de la Salud". En Claudia E. Zalazar y Gonzalo G. Carranza (Dir.), *Derecho y Salud en perspectiva. Estudios de Derecho a la Salud*. 1º edición. Córdoba, Argentina: Advocatus. pp. 37-65.