

REVISTA *de*

# Derecho Privado

---

SALA DE DERECHO CIVIL

*INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS (IDI-CJ)*  
*UNIVERSIDAD BLAS PASCAL - CÓRDOBA, ARGENTINA*

---

*Año 10 · Nro.10 · Diciembre 2023 // ISSN (Versión impresa): 2362-5325*



# REVISTA *de* **Derecho Privado**

---

## ***Consejo Editorial***

- ***Director: Domingo Jerónimo Viale Lescano (UBP)***
- ***Director asociado: Alejandro E. Freytes (UNC - UBP)***
- ***Secretario: Guillermo C. Ford Ferrer (UBP - UCC)***

## ***Consejo Científico***

- ***Domingo Antonio Viale (UBP-UNC)***
- ***Juan Manuel Aparicio (UNC - UBP - AND)***
- ***Néstor Pisciotta (UBP)***
- ***María Cristina Plovanich (UNC - UBP)***
- ***Ricardo Francisco Seco (UCC - UBP)***
- ***Carlos Echegaray de Maussion (UNC - UBP)***
- ***José Carlos Fernández Rozas (UNIDROIT - IHLADI)***

## ***Diseño y Diagramación***

- ***Mauricio Tagliavini, DG***

---

La Revista de Derecho Privado es una publicación anual con referato realizada por la Sala de Derecho Civil del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal UBP.

El Consejo Editorial agradece a todos los evaluadores que intervinieron en la revisión de los artículos presentados en este número.

---



Copyright © 2023 by Editorial UBP  
 Todos los derechos reservados

Director  
 Néstor Pisciotta  
 Av. Donato Álvarez 380  
 CP X5147ERG Argüello, Córdoba  
 Argentina  
 Tel: 54 (0351) 414-4444  
 Para mayor información  
 contáctenos en [www.ubp.edu.ar](http://www.ubp.edu.ar)  
 O vía e-mail a: [editorialUBP@ubp.edu.ar](mailto:editorialUBP@ubp.edu.ar)

Publicación editada e impresa en  
 Córdoba, Argentina

La reproducción de esta revista,  
 ya sea total o parcial, en forma idéntica  
 o con modificaciones, escrita a máquina  
 por el sistema Multigraph, mimeógrafo,  
 impreso, etc., que no fuera autorizada por  
 Editorial UBP, es violatoria de derechos  
 reservados. Su infracción está penada por  
 las leyes 11.723 y 25.446.

Toda utilización debe ser solicitada con  
 anterioridad.

#### **Revista Derecho Privado**

Publicación anual de la Sala de Derecho Civil del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: [carrerasjuridicas@ubp.edu.ar](mailto:carrerasjuridicas@ubp.edu.ar)

ISSN (Versión impresa): 2362-5325

La Revista Derecho Privado no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas responden exclusivamente a sus autores.

# ÍNDICE

---

## DOCTRINA DESTACADA – Derecho comparado

### ANÁLISIS DEL ART. 80 DE LA LEY N° 19.580 de la R.O.U. CON MENCIÓN A LAS DISCUSIONES ACERCA DE LA LIQUIDACIÓN DE SENTENCIA Y LA ETAPA O PROCESO DE EJECUCIÓN DE LA CONDENA PECUNIARIA

*ANALYSIS OF THE ART. 80 OF LAW N° 19,580 OF THE R.O.U. WITH MENTION OF THE DISCUSSIONS ABOUT THE SETTLEMENT OF THE SENTENCE AND THE STAGE OR PROCESS OF EXECUTION OF THE PEMUNIARY SENTENCE*

**Ignacio M. Soba Bracesco** ..... 11

## ARTÍCULOS DE DOCTRINA

### VICISITUDES Y CONTEXTOS DE LAS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS A CARGO DE LOS ASCENDIENTES, UNA MIRADA DESDE LA TEORÍA DE LA INTERSECCIÓN DE VULNERABILIDADES

*VICISTUDES AND CONTEXTS OF ALIMONY OBLIGATIONS RESPONSIBLE FOR ASCENDANTS, A LOOK FROM THE INTERSECTION OF VULNERABILITIES THEORY*

**E. Salomé Nausneris Zavala** ..... 25

### REFLEXIONES GENERALES SOBRE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

*GENERAL REFLECTIONS ON CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW, CONSUMER DEFENSE AND RESPONSIBILITY OF THE LEGAL PERSON*

**María Victoria Alborno** ..... 37

### LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURIDICA – POR EL HECHO DE SU DEPENDIENTE – CONTRATO DE DISTRIBUCION

*THE RESPONSIBILITY OF THE LEGAL PERSON – FOR THE ACTION OF ITS DEPENDENT – DISTRIBUTION CONTRACT*

**María Eugenia Cañada** ..... 49

### AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL EN EL DIPr. COMO FUENTE DEL DERECHO, MARCO LEGAL Y SU APLICACIÓN COMO RECURSO PARA EVITAR Y SOLUCIONAR CONFLICTOS CONTRACTUALES

*AUTONOMY OF CONTRACTUAL WILL IN THE DIPr. AS A SOURCE OF LAW, LEGAL FRAMEWORK AND ITS APPLICATION AS A RESOURCE TO AVOID AND SOLVE CONTRACTUAL CONFLICTS*

**Duilio Moreno Del Papa** ..... 59

### JERARQUIZACIÓN DE LOS ACREEDORES VULNERABLES Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

*HIERARCHISATION OF VULNERABLE CREDITORS AND THE JURISDICTIONAL FUNCTION*

**María Cristina Matus** ..... 69

## JURISPRUDENCIA

**García c/ UG0FE (CSJN)** ..... 129

**Seren c/ Deruder (TSJ CBA)** ..... 135

## LEGISLACIÓN

**Ley 27737** ..... 145



---

*ARTÍCULOS  
DE DOCTRINA*

---



## Derecho comparado

# ANÁLISIS DEL ART. 80 DE LA LEY N° 19.580 DE LA R.O.U. CON MENCIÓN A LAS DISCUSIONES ACERCA DE LA LIQUIDACIÓN DE SENTENCIA Y LA ETAPA O PROCESO DE EJECUCIÓN DE LA CONDENA PECUNIARIA

---

ANALYSIS OF THE ART. 80 OF LAW N° 19,580 OF THE R.O.U. WITH MENTION OF THE DISCUSSIONS ABOUT THE SETTLEMENT OF THE SENTENCE AND THE STAGE OR PROCESS OF EXECUTION OF THE PEMUNIARY SENTENCE

---

**Ignacio M. Soba Bracesco<sup>1</sup>**

---

### RESUMEN:

El artículo examina el artículo 80 de la Ley N° 19.580 de Uruguay, que se centra en la reparación patrimonial en casos de violencia de género. Se destacan varios aspectos clave: El artículo 80 de la ley establece la obligación de imponer una reparación patrimonial a las víctimas de violencia de género, aunque se etiqueta como una sanción pecuniaria, se interpreta como una verdadera reparación patrimonial, sin necesidad de requisitos previos. La determinación del monto de indemnización se basa en los ingresos mensuales del condenado, lo que puede ser complicado de probar en casos penales. La falta de reglas específicas sobre la prueba de ingresos sugiere la aplicación de las reglas generales de recolección de evidencia. En procesos abreviados, podría aplicarse una condena de doce salarios mínimos si los ingresos no pueden probarse. En casos donde existan ingresos mensuales pero no su monto, se propone una condena ilíquida que se liquidaría

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Procesal y de Litigación en cursos de pregrado y posgrado en distintas universidades iberoamericanas. Profesor adjunto y Profesor adscripto de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro de la International Association of Procedural Law y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Coordinador académico en Probativus. Presidente honorario del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio y Director de su Anuario de Derecho Probatorio. Contacto: ignacio.soba@fder.edu.uy - @IgnacioSoba.

posteriormente. Se cuestiona si las sentencias con sumas ilíquidas son nulas o convalidables. El artículo también aborda la coordinación de sentencias entre los ámbitos penal y civil, la ejecución de la condena pecuniaria y su aplicabilidad a los herederos en caso de fallecimiento del condenado. El autor proporciona análisis y opiniones, así como plantea interrogantes relacionados con el artículo 80 y sus implicaciones legales.

## ABSTRACT

The article examines Article 80 of Law N° 19.580 of Uruguay, which focuses on reparation in cases of gender violence. Several key aspects are highlighted: Article 80 of the law establishes the obligation to impose a reparation of property to victims of gender violence, although it is labeled as a pecuniary sanction, it is interpreted as a true reparation of property, without the need for prerequisites. The determination of the amount of compensation is based on the convicted person's monthly income, which can be difficult to prove in criminal cases. The lack of specific rules on proof of income suggests the application of general rules of evidence collection. In summary proceedings, a sentence of twelve minimum wages could be applied if the income cannot be proven. In cases where there are monthly incomes but not their amount, an illiquid sentence is proposed that would be liquidated later. It is questioned whether sentences with illiquid sums are null or not. The article also addresses the coordination of sentences between the criminal and civil spheres, the enforcement of the pecuniary sentence and its applicability to the heirs in the event of the death of the convicted person. The author provides analysis and opinions, as well as raising questions related to article 80 and its legal implications.

**PALABRAS CLAVE:** Reparación patrimonial - Violencia de género - Artículo 80 - Condena pecuniaria; - Coordinación de sentencias.

**KEY WORDS:** Patrimonial reparation - Gender violence - Article 80 - Pecuniary sentence; - Coordination of sentences.

## I. Introducción

El art. 80 de la Ley N° 19.580, de 22 de diciembre de 2017, es una disposición que se encuentra fuera del CPP y que, por tanto, no se ha incorporado como una excepción o régimen especial dentro del propio Código.

El mencionado precepto establece lo siguiente:

(Sanción pecuniaria).- En la sentencia de condena, además de la pena, se dispondrá una reparación patrimonial para la víctima por un monto equivalente a doce ingresos mensuales del condenado, o en su defecto doce salarios mínimos, sin perjuicio de su derecho a seguir la vía procesal correspondiente para obtener la reparación integral del daño.

Respecto del ámbito de aplicación, me remito a lo que ya he señalado en otras oportunidades<sup>2</sup>, y a lo que ha sido recogido en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia,

<sup>2</sup> Mis anteriores trabajos vinculados al tema son: Soba Bracesco, I. M., (2021a). *Estudios de Derecho procesal civil*. Montevideo: La Ley Uruguay; (2021b). Reglas procesales penales sobre las pretensiones de reparación civil. La vinculación entre el proceso penal y el

en sentencia n° 73/2021, de 15 de abril de 2021:

Esta sanción pecuniaria corresponde siempre que se imponga una pena por algún delito relacionado con la violencia de género. Dentro de ese elenco de delitos se ubica, indudablemente, el previsto en el art. 321 bis del Código Penal.

Como enseña Soba Bracesco en un detallado estudio sobre el punto, el ámbito de referencia del precepto que regula la pena pecuniaria, se circunscribe a aquellas situaciones de violencia de género que derivaron en la tramitación de un proceso penal, pues es en esos casos en donde -según lo dispuesto por el art. 80 de la Ley N° 19.580- además de la pena, se dispondrá una reparación patrimonial para la víctima.

Estamos -añade Soba Bracesco- ante una categoría de procesos derivados de la violencia basada en género, doméstica o sexual, que si bien no es del todo precisa en cuanto a su alcance, parece hallarse asociada a las figuras penales previstas en los arts. 272, 272 bis, 272 ter; 273, 273 bis, 274, 321 bis del Código Penal o a lo regulado en la Ley N° 17.815, de 6 de setiembre de 2004 (Soba Bracesco, l.: "La reparación de daños en los procesos relativos a situaciones de violencia de género (Análisis del art. 80 de la Ley N° 19.580 de 22 de diciembre de 2017)", *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 15, Año 2018, págs. 824/825).

En esta línea de razonamiento, resulta bastante claro que el tipo penal descrito en el art. 321 bis del Código Penal, es uno de esos tipos penales, asociados a la violencia basada en género. Su nomen iuris es, precisamente: "Violencia doméstica".

Resulta por completo irrelevante la ubicación del precepto en la Sección V de la Ley N° 19.580. Interpretar el contenido del precepto, desconociendo abiertamente su literalidad en función de su ubicación en la estructura de la ley, no parece el criterio interpretativo más acertado.

El recurrente se funda en que el texto del art. 79 menciona concretos tipos penales (entre los cuales no se encuentra el delito de violencia doméstica). Pero esa disposición regula la suspensión en el ejercicio de la patria potestad e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas o privadas y no resulta aplicable al caso.

En definitiva, el criterio hermenéutico que postula el recurrente -basado en la ubicación "geográfica" en el texto de la ley- no resulta compartible, por lo que el cuestionamiento no puede progresar.<sup>3</sup>

---

proceso civil. En Abal Oliú, A. (Coordinador). *Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal* (segunda edición, volumen 2, 621-659). Montevideo: FCU; (2020). *Proceso penal uruguayo: estructuras procesales y vías alternativas*. Montevideo: La ley Uruguay; (2018). La reparación de daños en los procesos penales relativos a situaciones de violencia de género: análisis del art. 80 de la Ley N° 19.580 de 22 de diciembre de 2017. *Revista Crítica de Derecho Privado*, (2018)15, 821-843. Montevideo: La Ley Uruguay; (2017a). Los acuerdos reparatorios, como vía alternativa de resolución del conflicto penal, y su impacto en los procesos de daños. *Revista Crítica de Derecho Privado*, 14, 963-1000. Montevideo: La Ley Uruguay; (2017b). Los acuerdos reparatorios y su impacto en el proceso civil. En XVIII *Jornadas Nacionales de Derecho Procesal (Salto-2017)*, 207-223. Montevideo: FCU. En este conjunto de artículos también se puede acceder a bibliografía ampliatoria, por ejemplo en lo relativo a los efectos civiles del delito y temas conexos.

<sup>3</sup> Posteriormente, en dicho fallo se agregan otras consideraciones interesantes (más allá de la alusión a mi posición): «Tampoco puede dudarse de la competencia del juez penal para imponer la sanción pecuniaria. Basta la lectura del artículo para concluir que es el Juez penal el que tiene competencia para hacerlo, porque la imposición de la sanción pecuniaria se impone conjuntamente con la pena y, al menos de regla, los que imponen penas son los jueces penales, no los jueces de familia. Este es, por otra parte, el parecer unánime

Por su parte, los arts. 101 a 105 del CPP que regulan el vínculo entre la pretensión civil y la penal nada dicen respecto a la posibilidad de sentencias como estas en el proceso penal «común». Estas disposiciones incluidas en el Código prevén, en cambio, la separación e independencia de los procesos civiles y penales. Se trata de una decisión de política legislativa (a nivel de Derecho comparado existen otros sistemas).

En Uruguay, entonces, a partir de lo dispuesto por el art. 80 de la Ley N° 19.580 habrá procesos penales en donde la sentencia condenatoria se tendrá que inmiscuir en ciertas cuestiones civiles (vinculadas a la reparación o resarcimiento del daño)<sup>4</sup>; y habrá otros procesos penales que no incluirán una sentencia condenatoria de tipo reparatorio (que se regirán por la regla general de los arts. 101 a 105 del Código).

La Suprema Corte de Justicia ha rechazado que el artículo comentado resulte inconstitucional, descartando, por ejemplo, que vulnere el principio de igualdad. La Corte se ha pronunciado al respecto en sentencias n° 110/2020, de 21 de mayo de 2020, 199/2020, de 16 de julio de 2020, y -más recientemente- en sentencia n° 1/2023, de 1 de febrero de 2023.

En la primera de las sentencias citadas, la Corte expresó:

Desde la doctrina se ha considerado que se trata de una indemnización tarifada de la que se beneficia la víctima, añadiéndose que la indemnización del artículo 80 operaría por el solo hecho de la condena penal, aun cuando el daño a la víctima no se hubiese acreditado, o no sea de una magnitud tal que amerite una resarcimiento como el previsto en la norma (SOBA BRACESCO, Ignacio M. 'La reparación de daños en los procesos penales relativos a situaciones de violencia de género: análisis del art. 80 de la ley N° 19.580, de 22 de diciembre de 2017'. en Revista Crítica de Derecho Privado, Número 15, La ley Uruguay, Montevideo, 2018, Pág. 834). La medida legislativa en examen, inequívocamente tiende a una protección global de los derechos de la víctima a través de una respuesta estatal que, como se señaló anteriormente, se alinea con normas de la Convención de los derechos del niño, como una de las tantas disposiciones que se podrían haber adoptado en ese sentido..." (cfr., SCJ, sent. n° 110/2020, de 21/05/2020, Sosa -r-, Minvielle, Turell, Tosi, Martínez).<sup>5</sup>

---

de la doctrina que se ha expedido sobre el punto (Cfme. Soba Bracesso, I.: "La reparación...", cit., págs. 821 y ss. y Perdomo Rodas, R.: "Primeras reflexiones acerca de las disposiciones procesales penales de la Ley N° 19.580", Revista de Derecho Penal", N° 26, pág. 50). Por último, el hecho de que el art. 321 bis establezca solo una pena de prisión, no impide que si otra ley (como ocurre con el art. 80 de la Ley N° 19.580) prevé que corresponda imponer una sanción pecuniaria accesoria, esta última deba imponerse. La lectura del tipo penal aislado del resto del orden jurídico, tampoco resulta un criterio hermenéutico aceptable». Por un lado, comparto que ha habido una asignación de competencia al menos implícita a los jueces de la materia penal (cuando se señala en la propia disposición que la imposición es en la sentencia de condena penal – asignación de competencia que como diré más adelante no se extiende a la ejecución); por otro, comparto que se puede aplicar a delitos previstos en el Código Penal. Finalmente, la posición de la Corte ofrece algunas dudas -como ya he dicho- al catalogar al menos lateralmente de sanción o asignar una función punitiva a lo que a mi criterio es indemnización o reparación -eventualmente tarifada- del daño.

4 Para ser más precisos, habría que mencionar también aquí a los procesos penales vinculados a la trata de personas, para los cuales el art. 42 de la Ley N° 19.643, de 20 de julio de 2018, prevé: "(Reparación patrimonial).- En la sentencia de condena por trata de personas o alguna de las formas de explotación de personas previstas en esta ley, además de la pena, se debe disponer una reparación patrimonial para la o las víctimas identificadas, por un monto equivalente a veinticuatro ingresos mensuales del condenado para cada una de ellas, o en su defecto veinticuatro salarios mínimos nacionales, sin perjuicio de su derecho a seguir la vía procesal correspondiente para obtener la reparación integral del daño." Conforme se puede apreciar, en estos casos el monto mínimo que opera en defecto de los ingresos mensuales del condenado es el del veinticuatro salarios mínimos nacionales, siendo superior a lo estipulado en la Ley N° 19.580.

5 En otra parte de la citada sentencia n° 110/2020, se señala por parte de la SCJ que no se vulnera la igualdad material, ya que la base de cálculo del monto de la sanción pecuniaria se relaciona con la situación particular de cada ofensor. Manifiesta la Corte que no es cierto que se discrimine al "ofensor pobre", ya que la norma prescribe que la "indemnización" tarifada es equivalente a doce ingresos

## II. ¿Sanción pecuniaria o reparación patrimonial?

Ratifico lo que he señalado en otras ocasiones en cuanto a que el art. 80 de la Ley N° 19.580 (o directamente, a estos efectos, el art. 80) lo que prevé es una reparación patrimonial, aunque de modo confuso e impreciso en el *nomen iuris* de la norma se la cataloga de sanción pecuniaria.

La individualización de la norma como un caso de sanción pecuniaria no obliga *per se* al interprete, pues el propio artículo luego explicita que el contenido de la condena será el de una reparación patrimonial destinada a la víctima. Tampoco se califica, en ningún momento, a esa sanción pecuniaria de pena multa (art. 313 del CPP).

Si fuese realmente una multa la que se agrega a la eventual privación de libertad, se podría entonces indicar que se estarían aplicando diferentes penas principales (y por cierto significativas), al sujeto condenado como autor de la conducta penal disvaliosa, incluso sin previo requerimiento del titular de la pretensión penal o de la propia víctima.

Considero que se trata, en puridad, de una indemnización tarifada mínima de la que se beneficia la víctima. Indemnización que no se debería dejar de computar a los efectos de la reparación integral del daño, si es que se decide promover la vía procesal correspondiente (proceso en el que se deberían acreditar los elementos de la responsabilidad que en cada caso fueran necesarios).

Que el art. 80 pretenda aclarar que la reparación patrimonial allí prevista es «sin perjuicio» del derecho de la víctima a seguir (sic) la vía procesal correspondiente para obtener la reparación integral del daño, entiendo sirve a los únicos efectos de señalar que la indemnización excepcional del art. 80 no debe ser vista como un obstáculo para obtener otro tipo de indemnización.

La indemnización del art. 80 operaría *in re ipsa*, por el solo hecho de la condena penal, aun cuando el daño a la víctima no se hubiese acreditado, o no se hubiese acreditado un daño de una magnitud tal que ameritara una reparación como la prevista en la norma.

La norma es equívoca, confusa e imprecisa en diferentes aspectos. Como he dicho, lo es por referir a un contenido supuestamente sancionatorio y luego regular la cuestión desde el punto de vista reparatorio o resarcitorio. También es una disposición insuficiente, por regular inadecuadamente el impacto que esa reparación penal excepcional podría tener en el ámbito civil (no penal), si es que se decide seguir (esto es, promover o iniciar) por separado el proceso civil correspondiente, conforme los arts. 101 y ss. del CPP. Sin embargo, a pesar de todas esas deficiencias de técnica legislativa, el mentado art. 80 -como he dicho- ha sido declarado constitucional por la Suprema Corte de Justicia.

La reparación a la víctima es un contenido necesario de la condena penal (cualquiera sea

---

mensuales del victimario; ello, naturalmente, atiende a la capacidad económica para abonar la “indemnización” y se erige como una razón objetiva y válida. Por otra parte, la norma prescribe como solución residual, que será de aplicación en aquellos supuestos en los que no exista prueba de los ingresos mensuales o cuando éstos sean menores al salario mínimo nacional. Asimismo, puntualiza la Corte, no es cierto que la víctima dependa del victimario para la fijación de la debida indemnización porque la víctima tiene expedita la vía civil para obtener una adecuada reparación integral del daño, como lo establece (hasta innecesariamente) la propia disposición. Cuando el victimario carezca de ingresos, por ejemplo, la indemnización tarifada ascendería a doce salarios mínimos. Si el condenado no puede afrontar la indemnización, la víctima que es beneficiaria de ese aspecto de la condena, debería iniciar la ejecución conforme a las normas de la vía de apremio (arts. 377 y ss. del CGP). Este punto de la ejecución será retomado más adelante en el presente artículo.

la estructura que se adopte: ordinario, simplificado, abreviado), que corresponde disponer aun de oficio, y que no se encuentra sujeto a una previa solicitud ni de la fiscalía ni de la propia víctima.<sup>6</sup> Al menos, en el art. 80 de la Ley N° 19.580, en ningún momento se condiciona esa reparación al requerimiento previo al tribunal.

Todo ello ha sido recogido, correctamente a mi criterio desde hace ya tiempo, por la jurisprudencia. Por ejemplo, la sent. n° 86/2020, de 2 de junio de 2020, del TAP 1° (Gatti, Reyes -r-, Torres), admite que sea impuesta la condena del art. 80 de la Ley N° 19.580, aunque no hubiese formado parte del acuerdo en el abreviado, porque de lo contrario, aceptar el acuerdo a cambio de eludir la aplicación de esa norma supondría “fraude a la ley”.<sup>7</sup> En similar sentido se ha expresado el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3° Turno, en sent. n° 116/2019 (redactada por el Dr. José María Gómez Ferreyra), en la cual se señala que la indemnización no exige requerimiento expreso ni tácito del Ministerio Público (en el caso planteado, se había impuesto en la sentencia de un proceso abreviado, en el cual la cuestión reparatoria no había sido objeto del acuerdo entre Ministerio Público e imputado), y que el juez la debe imponer, con carácter preceptivo, si se dan los requisitos objetivos y subjetivos que se prevén en la norma.<sup>8</sup>

### III. La determinación del monto de indemnización. ¿Es posible fijar el *quantum* a través del denominado incidente de liquidación de sentencia?

Habiendo establecido que se trata de una indemnización queda analizar cómo se fija la misma en el proceso penal.

Se trata de determinar el monto que tendrá la condena pecuniaria, lo que debe hacer el juez penal competente a estos efectos.<sup>9</sup>

6 A diferencia de lo previsto en el art. 394 del CPP en sede de acuerdos reparatorios, nada excluye la aplicación del art. 80 de la Ley N° 19.580 a los procesos penales simplificados o abreviados. Tampoco existe una disposición como la del art. 412 del CPP chileno que establece expresamente que la sentencia del abreviado no se pronunciará sobre la demanda civil que hubiere sido interpuesta. Ello, claro, en función de otro régimen de regulación de la vinculación de la pretensión civil con la penal. En el caso uruguayo, como he señalado, el CPP no tuvo en cuenta -en sus arts. 101 a 105- estas especialidades procesales penales de la violencia de género y la trata de personas, manteniendo el régimen general de la separación e independencia entre aquellas (el que se ve exceptuado, al menos parcialmente, en estos casos).

7 El Tribunal agrega: «Todo ello sin perjuicio de discurrir con los fundamentos proporcionados por el A quo, de que es posible la desaplicación de la norma por acuerdo de partes, dado que según su interpretación del NCPP, extraída de una norma particular (la que permite acordar una pena inferior al mínimo previsto en la norma sustantiva), no existiría orden público o la sanción del art. 80 de la Ley 19.580 tendría tal naturaleza tanto como toda la normativa penal y procesal penal. Por el contrario, a juicio de la Sala no hay posibilidad de discutir que la norma desaplicada en primera instancia es de orden público, lo que determina que hubo de disponerse sin necesidad siquiera de pedido alguno».

8 Con posterioridad, y entre otras sentencias, véase de este Tribunal la n° 109/2020, de 9 de julio de 2020 (Gómez Ferreyra, Olivera, Salazar -r.-), en la cual se agrega: «... estima este Cuerpo Colegiado que con la determinación de la reparación patrimonial, orientada desde la ratio de la norma hacia el régimen tuitivo a favor de la víctima, no se altera el acuerdo del proceso abreviado porque una norma de orden público (art. 2 de la ley 19.580) influye con un destacado carácter social limitando la voluntad de las partes e impidiendo que éstas hagan prevalecer su interés en un acuerdo, sobre el interés general. Y ese límite a la autonomía de la voluntad de las partes se ve reflejado en el art. 394 inc. 2° del NCPP excluyendo el acuerdo reparatorio en los delitos de violencia doméstica.».

9 No descarto que se pueda llegar a un acuerdo -previo a la sentencia- en cuanto a una parte del monto (en lo que sea disponible), siempre que el mismo sea superior a los doce salarios mínimos. Entiendo que son esos doce salarios mínimos lo que resulta indisponible (art. 2 de la Ley N° 19.580 - declaración de orden público). Se podría llegar a entender que lo indisponible son, además, los doce ingresos mensuales, que aparecen también previstos en la norma. Sin embargo, sobre esos ingresos mensuales podría haber debate. Pienso que el acuerdo podría por un lado reconocer una suma mayor a los doce salarios mínimos a abonar a la víctima (nunca menos), evitando discusiones acerca de esos ingresos superiores, a la vez que se podría pactar alguna facilidad para posibilitar el cumplimiento (por ejemplo, concediendo cuotas o una espera al condenado). La cuestión requiere un análisis más profundo, por ejemplo en cómo impactaría todo esto en la eventual reparación integral del daño (a la que en principio no tendría mucho sentido renunciar, salvo que se tratase de una transacción). Por supuesto que para todo esto sería necesario contar con la voluntad de la víctima, beneficiaria de la condena pecuniaria. Vale aclarar que la prohibición que se consagra en el art. 394 in fine del CPP para los acuerdos reparatorios no se aplicaría en el caso de acuerdos sobre la condena pecuniaria del art. 80 de la Ley N° 19.580. Esto tampoco sería estrictamente una mediación o conciliación sobre una medida de protección ni sobre la pena, por lo que sería dudosa la aplicación al supuesto planteado del art. 8 lit. j) de la Ley N° 19.580 (en cuanto refiere a que en los procedimientos administrativos o judiciales de protección o penales estará prohibida cualquier forma de mediación o conciliación). Agradezco a Lucía Fernández Ramírez el intercambio de ideas que hemos tenido respecto de algunos aspectos de esta problemática de la negociación.

En principio, la disposición parecería que apuesta a que se logre probar la existencia y monto de los ingresos del imputado (el art. 80 refiere a «condenado») en el ámbito del proceso penal. Pero el texto no es claro. Establece que se fijará en el equivalente a doce ingresos mensuales, pero para que la eventual condena por esos ingresos mensuales (no por el mínimo que siempre cabría aplicar) no resulte violatoria del debido proceso, no debería ser impuesta sin previamente darle la posibilidad al imputado de ejercer su derecho de defensa (por ejemplo, para controvertir la existencia o el monto de los supuestos ingresos mensuales que se le adjudican).

También habrá que producir prueba respecto de esta cuestión, lo que hará más complejo el objeto del proceso penal. Prueba que, eventualmente, tendrá su origen en aquella ofrecida por la fiscalía o por la víctima. El imputado, como se ha dicho, podrá estar interesado en acreditar que los ingresos no existen, se han dejado de percibir o son menores a los que señala la fiscalía o la víctima.

Con relación a esta cuestión de los ingresos mensuales, comparto además lo expresado por la Suprema Corte de Justicia en sent. n° 1081/2022, de 24 de noviembre de 2022:

Desde que quedó acreditado, entonces, que el imputado tiene ingresos mensuales, la condena pecuniaria debe ser por un monto equivalente a doce ingresos mensuales, no correspondiendo la aplicación del criterio alternativo (doce salarios mínimos). El recurrente pretende que no se aplique en el caso el primer criterio previsto en la norma pues, desde el momento mismo de la reclusión, los ingresos mensuales no van a existir, por lo que dejaron de ser un referente de cálculo y determinación. Tal argumento no puede ser compartido, en tanto el artículo 80 de la Ley No. 19.580 hace referencia simplemente a los “ingresos mensuales del condenado”, sin exigir que éste los siga percibiendo luego de que quede ejecutoriada la pena y deba comenzar a cumplirse. En consecuencia, el hecho alegado por el recurrente, relativo a que quedará sin ingresos luego de su reclusión, en nada incide respecto a cuál es el monto de la reparación patrimonial que corresponde imponer conforme a la mencionada norma legal.

No obstante es posible reconocer que el art. 80 no ha sido claro en cuanto a qué fecha utilizar para fijar la variable de los doce ingresos mensuales (si la fecha del eventual delito, la fecha de la formalización de la investigación, la fecha de la acusación o solicitud de la víctima respecto a esta reparación o la fecha de la condena).<sup>10</sup> A diferencia de lo que sucede en otras regulaciones, como la de los arts. 11 y 13 de la Ley N° 18.561, de 11 de septiembre de 2009, relativos a la indemnización en casos de acoso sexual y donde se hace referencia a la «última remuneración», aquí no se emplea ese calificativo relevante desde el punto de vista temporal. En una primera aproximación a este tema, los ingresos mensuales del art. 80 aparecen vinculados a la condena (no se hace referencia al imputado),<sup>11</sup> por lo que la disposición no resuelve qué sucede cuando el imputado deja de generar o percibir esos ingresos mensuales durante el proceso (luego de la acusación o de la solicitud de la víctima relativa a la condena pecuniaria). No se ha previsto que efectuada la solicitud de reparación durante el proceso penal, sobre la base de los

10 Precisamente, en un curso sobre temas de actualidad en el proceso penal, que tuve oportunidad de dictar junto al Dr. Marcelo Souto el día 18 de agosto de 2023 en CADE, se planteó por algunos asistentes, entre quienes estaban los Dres. Juan Fagúndez y Laura Robatto, la inquietud respecto a la fecha que se debía tomar como referencia para computar los ingresos mensuales.

11 Sin embargo, también hay que aclarar que sería muy difícil conocer los ingresos exactos a la fecha de la condena (salvo que eso se traslade a una eventual liquidación de sentencia).

ingresos mensuales del imputado, la misma no se modificará aunque posteriormente se alteren las circunstancias que la determinaron (algo similar a lo que se expresa en sede civil, pero para la demanda – art. 122 del CGP). En estos casos, parece que sólo quedaría abierta la opción de la condena pecuniaria por el equivalente a los doce salarios mínimos.

Al no haber una regla especial sobre la prueba de todos estos extremos (ni una remisión a reglas de procedimiento probatorio del proceso civil), se regirá, en principio, por las reglas previstas para la recolección de evidencia, el descubrimiento y el diligenciamiento de la prueba en el proceso penal.

La dificultad podría estar principalmente en los casos de procesos abreviados y simplificados (donde también cabe aplicar el art. 80). Aquí sí que tendría sentido lo previsto como regla subsidiaria, para aplicar en defecto de lo anterior: esto es, que si no se logra probar los ingresos mensuales del condenado se fijará la indemnización en doce salarios mínimos. Los doce salarios mínimos corresponderían, a mi entender, tanto cuando no se hubiese producido prueba sobre los ingresos del condenado, como en los casos en los que el condenado no tuviese ingresos.

Quisiera aclarar, por si acaso, que esta regla subsidiaria también puede ser aplicada luego de la sustanciación de un proceso penal ordinario (i.e., en el proceso penal ordinario no necesariamente se tendrá que probar los ingresos mensuales, pudiendo aplicarse la regla de los doce salarios mínimos).<sup>12</sup>

Por último, una situación a medio camino sería aquella en la que se logre probar que el condenado tenía ingresos mensuales (no necesariamente fruto de una relación de dependencia), pero no es posible o no se llega a acreditar su *quantum*. De nuevo: una interpretación del art. 80 podría ser la de que nunca es posible acreditar el *quantum*, ya que la disposición refiere a ingresos del condenado (debiéndose estar a la fecha de la sentencia). En ese escenario, se podría haber probado la existencia de ingresos mensuales previos a la condena pero no su monto o cuantía.

En estos casos, ¿puede el juez penal condenar a una suma ilíquida?, ¿debería el juez aplicar la regla subsidiaria de los doce salarios mínimos? o existe alguna otra posibilidad. El punto es opinable, pero me inclino por lo que diré a continuación. Entiendo que se podría condenar al pago de lo correspondiente a doce ingresos mensuales del condenado, a liquidar por la vía del art. 378 del CGP (que prevé el denominado incidente de liquidación de sentencia) y, a la vez, establecer ya en la sentencia la condena a los doce salarios mínimos (reconociendo de ese modo el derecho al resarcimiento por el mínimo tarifado). La condena al mínimo opera como una base legal de orden público que siempre corresponde aplicar.

Será una sentencia que condena en parte a una suma líquida (los doce salarios mínimos) y en parte a una suma ilíquida (a determinar por el procedimiento del art. 378 del CGP).<sup>13</sup> Todo esto sin perjuicio de que se tramite luego la vía procesal correspondiente para que

12 Si se considera que el art. 80 ha sido erróneamente aplicado podría dar lugar a un agravio. Estarán legitimados para recurrir este aspecto de la sentencia tanto la fiscalía, el imputado-condenado, como la víctima (en tanto la sentencia la podría afectar directamente – sobre la legitimación de la víctima para recurrir, entre otras, sent. n° 276/2020 de 21 de septiembre de 2020).

13 Siempre con el tope que resulte de lo liquidado por concepto de ingresos mensuales «reales→», y el mínimo de los doce salarios mínimos (que siempre deberían estar determinados). A los efectos de la determinación de la cuantía de los ingresos mensuales del condenado, la sentencia sería de formación progresiva.

la víctima pueda, eventualmente, acceder a una reparación integral del daño (esto es, por una suma mayor).

De cierto modo todo esto me recuerda al debate que en algún momento generó la liquidación de sentencias en el ámbito del proceso laboral. Como es sabido, en los procesos laborales, la sentencia definitiva debe establecer el monto líquido de condena. Se persiguió, así, la finalidad de evitar dilatorias en la tramitación de la liquidación de las sentencias (etapa que podría llegar a tener dos instancias más el tiempo que insume la tramitación de eventual casación), dotando al proceso de mayor celeridad, conforme los postulados del art. 1 de la Ley de Procesos Laborales (LPL - Ley N° 18.572 y su modificativa).

Ahora bien, ha habido casos de sentencias laborales (por comodidad del lenguaje, utilizaré esa expresión) que se apartan del modelo legal y no condenan al pago de sumas líquidas, ya que, por ejemplo, lo que hacen es remitir a pautas o criterios de liquidación referidos en los considerandos del propio pronunciamiento, a veces con cierta complejidad, lo que hace que no sean sumas líquidas o fácilmente liquidables.<sup>14</sup>

Se ha discutido si esas sentencias laborales con sumas ilíquidas son nulas absolutamente o son nulas relativamente (o convalidables). Como bien destaca la Suprema Corte de Justicia (sent. n° 849/2017, de 18 de octubre de 2017), si bien se puede estar ante un vicio de incongruencia, la consecuencia de la irregularidad -esto es, la no liquidación de la sentencia- no se ha previsto expresamente en la Ley de Procesos Laborales (LPL) y no es -al menos no necesariamente- la nulidad.

Pero que no haya lugar para la nulidad de la sentencia no quiere decir que tengamos -en el proceso laboral- una solución para el problema. La interrogante se mantiene y preocupa especialmente si se considera desde el punto de vista de la efectividad de los derechos sustanciales y la tutela jurisdiccional efectiva: ¿qué hay que hacer, entonces, si la sentencia de condena, que en un caso concreto ha pasado en autoridad de cosa juzgada, no establece suma líquida? Hay allí título de ejecución ¿se puede ejecutar esa sentencia? El título de ejecución sentencia a que refiere el art. 377 n° 1 del CGP requiere que se cumpla con lo establecido en el proemio de dicha disposición. Esto es, que de la sentencia surja una condena a pagar cantidad de dinero líquida o fácilmente liquidable (además de exigible). Entiendo que, en situaciones como las que se han planteado en el proceso laboral, la única solución posible (ya que obviamente -siguiendo la lógica normativa de la LPL, su art. 27 sobre ejecución de sentencias nada puntualiza al respecto), sería admitir la aplicación supletoria del art. 378 del CGP (pues sería absurdo exigirle que tramitase, nuevamente, un proceso laboral ordinario o de menor cuantía, según el caso). Esto le permitiría al actor (devenido en ejecutante), poder tramitar la ejecución, intentar satisfacer el crédito que se le ha reconocido por sentencia (aunque sólo en cuanto al *an debeatur*).

Repito. En el caso del art. 80 de la Ley N° 19.580 creo que la solución podría ser algo distinta a la de una sentencia laboral que no determina el monto líquido de condena. En el caso de los procesos penales en los que se aplique el art. 80 siempre corresponderá la condena a los doce salarios mínimos, a la que se podrá añadir la condena por la diferencia con lo que resulte de liquidar los doce ingresos mensuales del condenado (por la vía del art. 378 del CGP). Una sentencia que establezca esto último no será nula. Además,

---

<sup>14</sup> Se debe destacar que el concepto de «fácilmente liquidable» al cual se hace alusión, por ejemplo, en el art. 377 del CGP, no se utiliza en la Ley de Procesos Laborales (el art. 15 de dicha ley sólo refiere a «monto líquido»), ni tampoco en el art. 80 de la Ley N° 19.580.

sería esta la interpretación que más favorece la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima. En definitiva, el art. 80 establece una base y un tope. Conforme he señalado, el tope del art. 80 siempre estará en esos doce ingresos mensuales (mientras que el mínimo estará dado preceptivamente por los doce salarios mínimos), sin perjuicio de lo que surja por concepto de reparación integral del daño (lo que no se discute en el proceso penal).

Con relación al juez competente para liquidar por la vía del art. 378 del CGP una hipotética condena a una suma ílquida por los doce ingresos mensuales del condenado remito a lo señalado más adelante sobre competencia en el etapa o proceso de ejecución – vía de apremio.

#### **IV. El proceso civil en el que se reclame la reparación integral del daño. El impacto de la condena pecuniaria del art. 80 de la Ley N° 19.580**

No queda claro qué pasa si con carácter previo, o simultáneamente, al proceso penal se promueve el proceso civil para la reparación de daños.

En función de que las sentencias podrían contener fallos diversos o contradictorios (art. 104 del CPP) podría suceder, por ejemplo, que en sede civil no hubiese mérito para la indemnización (por no configurarse algunos de los elementos configuradores de la responsabilidad), reparándose a la víctima únicamente en el proceso penal.

También podría suceder que la sentencia penal se dictara antes que la civil, y que el juez civil tuviese, por tanto, que considerar en su sentencia condenatoria lo que ha sido dispuesto respecto de la reparación de daños en el proceso penal. En ese caso, se debería restar en el fallo civil a lo reparado en sede penal (ya sea a lo determinado en la sentencia o luego de la determinación del *quantum* mediante el procedimiento del art. 378 del CGP -que he analizado en el apartado anterior, como un supuesto que debería ser excepcional). Todo esto para evitar un exceso en la reparación debida o, lo que es lo mismo, una reparación del daño indebida.

Otra posibilidad es que la sentencia civil se dicte antes que la penal y la misma tuviese un contenido de condena (respecto de la reparación de daños). En ese caso, entiendo que la reparación penal podría no tener sentido (si la condena civil impusiera una indemnización superior a la mínima legal del proceso penal), ya que podría llevar a sobrepujar la reparación más allá de lo estrictamente debido (esto es, se reitera, si la reparación civil es superior a la penal).

Quizás, para solucionar algunas inconsistencias o inconvenientes, se podría hasta pensar en alguna solución similar a la prevista para los casos de seguros obligatorios de automotores, cuya Ley N° 18.412, de 17 de noviembre de 2008, en su art 24 dispone:

“(Daños no cubiertos por el seguro, obligatorio).- El derecho de los damnificados de acuerdo a esta ley, no afecta el que pueda corresponderles por mayor indemnización según el derecho común. Las reclamaciones amparadas y los fallos judiciales que se dictaren en aplicación del seguro obligatorio, no constituirán precedentes para las acciones que se deduzcan según el derecho común. Las indemnizaciones pagadas con cargo a las pólizas de seguro obligatorio o hasta su límite, en el caso del artículo 23 de la presente ley, **serán descontadas de las cantidades resarcidas posteriormente por mayor cuantía, por los mismos daños**” (énfasis agregado).

## V. La ejecución de la sentencia de condena pecuniaria

El art. 80 de la Ley N° 19.580 nada dice sobre la ejecución de la sentencia penal en este aspecto que atañe a lo patrimonial. No obstante, la Suprema Corte de Justicia ya ha precisado que corresponde tramitar la vía de apremio (véase la citada sentencia n° 110/2020, entre otras) y también ha añadido más recientemente (en sent. n° 243/2023, de 16 de marzo de 2023, con discordia) que el juez competente en esa ejecución es el que entiende en la materia penal.

Lo primero lo comparto, lo segundo no.

Coincido en que no hay ninguna estructura especial prevista para dar trámite a la ejecución de la sentencia en lo que refiere a la condena pecuniaria. Como ya he señalado en mis trabajos anteriores, no parece razonable aplicar la regulación prevista para la ejecución de la pena de multa, por lo que en este aspecto no se debería estar a lo dispuesto en el art. 313 del CPP.

En los casos de incumplimiento, la víctima –que es la beneficiaria de ese aspecto de la condena– debería iniciar la ejecución conforme las normas de la vía de apremio (arts. 377 y ss. del CGP).

Lo único que habilita el art. 80 de la Ley N° 19.580 es que a la condena penal se añada la condena pecuniaria, pero en lo demás debe seguir aplicándose el régimen de separación e independencia de los procesos civiles y penales, sean estos de conocimiento o de ejecución.

Por su parte, respecto a la competencia, no comparto lo señalado por la Corte en mayoría cuando –citando a Viera y a Tarigo– justifica la competencia del juez penal sobre la base del principio que denomina de unidad en la cognición y ejecución y en virtud de lo previsto por el art. 372.1 del CGP como norma de competencia.

Sí coincidió –al menos en parte– con lo expresado por el Ministro Pérez Brignani en su discordia. El citado Ministro señala que la ejecución de esta condena pecuniaria no ingresa dentro de la competencia de ejecución prevista para la condena penal (en especial, art. 288 del CPP), y que la solución buscada por el legislador no fue la de ampliar la competencia de los jueces penales.

Estoy de acuerdo con esto último. No hay una sola disposición que atribuya competencia expresa en una ejecución-vía de apremio a los jueces de la materia penal.

La interpretación que le asigna competencia en la ejecución-vía de apremio al juez penal colide, a mi criterio, con la referida pauta general de separación e independencia de los procesos civiles y penales (CPP, arts. 101 a 105) que aplica, a mi criterio, tanto para el conocimiento como para la ejecución. En ese sentido, considero, además, que el art. 80 de la Ley N° 19.580 sólo refiere a la etapa o proceso de conocimiento, asignando competencia al juez penal con carácter puntual, excepcional, sólo para el dictado de una condena pecuniaria tasada o tarifada (y hasta ahí llega).

Por otra parte, la norma especial de competencia del art. 372.1 del CGP señala que será competente el tribunal que hubiere conocido o aquel que le hubiere correspondiere co-

nocer en primera instancia. Por tanto, tampoco da una pauta clara. Es cierto que hasta ahora la interpretación tradicional parece ser aquella que señala que si hay un tribunal que ha conocido en la primera instancia no corresponde asignar competencia a otro que le hubiera correspondido entender y esto, sencillamente, porque parece que habría allí una contradicción. Pero ¿qué sucede si interpretamos de modo diferente la conjunción “o” (esto es, como una disyunción inclusiva, no exclusiva)? ¿Qué sucede si la competencia de un tribunal se limita al proceso o etapa de conocimiento y no al proceso o etapa de ejecución?

Nuevamente, el punto es opinable. Sin embargo, creo que sería más razonable, fruto de una interpretación contextual, entender que la disposición del art. 372.1 del CGP no permite asignar competencia en la ejecución-vía de apremio a los jueces de la materia penal o bien que la interpretación que resulta de esa disposición ofrece la posibilidad al ejecutante de optar por la competencia del juez penal o la competencia al juez de la materia civil que hubiere entendido en el asunto si el mismo se hubiese planteado por fuera del proceso penal (materia civil que opera de modo residual, según lo dispuesto por el art. 68 de la LOT). En estos casos, según la última interpretación (si se considera que más de un juez podría tener competencia), debería entender la sede que hubiese prevenido (LOT, art. 7).

Para terminar quisiera aclarar que -en mi opinión- lo expresado no se ve alterado por lo dispuesto en el art. 51 de la Ley N° 19.580, que regula la competencia de los Juzgados Letrados Especializados en Violencia Basada en Género, Doméstica y Sexual.

Si bien el art. 80 también se incluye en la Ley N° 19.580, la materia competencial de los juzgados especializados sólo incluye lo mencionado en los cuatro literales del art. 51. Tampoco hay aquí ninguna excepción a la separación del proceso civil y penal que altere la regla general de los arts. 101 y ss. del CPP.

Los cuatro literales del art. 51 lo que prevén es que la competencia de los juzgados especializados abarca procesos de protección previstos en esta ley; procesos de protección previstos por la Ley N° 17.514; procesos relativos a divorcios, pensiones alimenticias, tenencias y visitas, suspensiones, limitaciones o pérdidas de la patria potestad (en los casos en los que, con una antelación de hasta dos años, se haya adoptado judicialmente alguna medida cautelar como consecuencia de la violencia basada en género, doméstica o sexual, o en los que se constata por cualquier medio dicha violencia aunque no se haya requerido la aplicación de medidas); y procesos penales derivados de la violencia basada en género, doméstica o sexual.

Una vez más, esta referencia a procesos penales considero no se puede utilizar como criterio competencial extensivo respecto a la ejecución-vía de apremio de una condena pecuniaria (etapa o proceso de ejecución que no es, «en esencia», un proceso penal).

## **VI. La ejecución contra los herederos del condenado**

Finalmente, como último punto a desarrollar, queda por referir a qué sucedería con la condena pecuniaria si el condenado fallece sin haber cumplido con lo dispuesto en la sentencia. En esos casos, entiendo que respecto de la condena pecuniaria no aplican las reglas del cese de sus efectos.

El art. 107 del Código Penal prevé que la muerte del imputado («reo») con anterioridad a la condena extingue el delito (en similar sentido, el art. 133 lit. a) del CPP refiere a la muerte como causal de clausura definitiva y modo extraordinario de conclusión del proceso penal); mientras que si la muerte ocurre después de la condena, la misma hace cesar sus efectos. Esto, entiendo, refiere a la condena penal y no a la responsabilidad civil o reparación del daño (arts. 105 y 106 del Código Penal; arts. 101 y ss. del CPP).

La condena pecuniaria no cesa en sus efectos. Habiendo pasado en autoridad de cosa juzgada, se podrá ejecutar contra los herederos del condenado, en mérito a lo dispuesto por los arts. 776, 1037 y 1039 del Código Civil (entre otros), y por lo establecido en el art. 218.1 del CGP («La cosa juzgada alcanza a las partes y a sus sucesores a título universal»).

Por el solo hecho de abrirse legalmente la sucesión, la propiedad y posesión de la herencia pasa de pleno derecho a los herederos del causante, con obligación de pagar las deudas y cargas hereditarias (con las salvedades que implica que se haya aceptado bajo beneficio de inventario o se haya repudiado la herencia - arts. 1078, 1084, 1086 del Código Civil, entre otros).

Todo esto, además, sería un argumento complementario que permite reforzar la idea de la asignación de competencia a jueces de la materia civil.





# VICISITUDES Y CONTEXTOS DE LAS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS A CARGO DE LOS ASCENDIENTES

## Una mirada desde la Teoría de la Intersección de Vulnerabilidades

---

VICISTUDES AND CONTEXTS OF ALIMONY OBLIGATIONS RESPONSIBLE FOR ASCENDANTS

A look from the Intersection of Vulnerabilities Theory

---

**E. Salomé Nausneris Zavala<sup>1</sup>**

---

### RESUMEN:

El presente trabajo pretende abordar algunas situaciones y dilemas que se presentan en la práctica judicial cuando se reclaman alimentos a cargo de los ascendientes, los intereses en tensión, las decisiones jurisprudenciales dictadas y una perspectiva más amplia recomendada para tratar tales circunstancias.

### ABSTRACT

This work aims to address some situations and dilemmas that arise in judicial practice when alimony is claimed to the ascendants, the interests in tension, the jurisprudential decisions issued and a broader perspective recommended to deal with such circumstances.

**PALABRAS CLAVE:** Interseccionalidad, perspectiva de la vulnerabilidad, alimentos a cargo de los abuelos y ascendientes, alimentos a cargo de los ascendientes, jurisprudencia.

---

**KEY WORDS:** intersectionality, vulnerability perspective, alimony provided by grandparents and ascendants, alimony provided by ancestors, jurisprudence.

---

<sup>1</sup> Asesora de Familia del Quinto Turno de la ciudad de Córdoba. Especialista en Derecho de Familia. Miembro de la Sala de Familia, Sucesorio y Vulnerabilidades de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales - UCC. Adscripta en la materia Privado VII (Familia), de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales - UCC.

## I. Introducción

La temática alimentaria ha sido ampliamente desarrollada, tanto a nivel convencional y constitucional, como doctrinario y jurisprudencial. No existen dudas respecto a que los alimentos constituyen un derecho humano básico, que merecen un especial resguardo, tanto desde el ordenamiento normativo, como por parte de los operadores jurídicos en conjunto<sup>2</sup>.

La obligación alimentaria puede tener su origen en los deberes derivados de la responsabilidad parental, como también puede asentarse en base al principio de solidaridad familiar. Así, dependiendo de su origen, tendremos distintos sujetos obligados, diversos beneficiarios y variadas extensiones de dicha obligación.

Dentro de ese universo, la sentencia que fija alimentos nos plantea una relación que se desarrollará hacia adelante, con dos polos claramente definidos: alimentante y alimentado. Es precisamente esa proyección futurista la que desemboca en la necesidad de asegurar la eficacia de la resolución, para garantizar su cumplimiento. Esta eficacia entraña un doble accionar: el cumplimiento oportuno –esto es, que la sentencia se cumpla en tiempo y forma, evitando llegar al incumplimiento– y los mecanismos de ejecución forzada, que constituyen las medidas que se adoptan frente al incumplimiento (Molina de Juan, 2015)<sup>3</sup>.

En este escenario, el alimentado integraría el extremo vulnerable de la obligación, puesto que son sus necesidades las que se busca resguardar. El otro extremo de la relación –el alimentante– en principio se encontraría en una mejor posición y con mayores fortalezas y recursos que el alimentado.

En base a estas premisas y a fin de asegurar la efectividad de la resolución que fija los alimentos, el art. 553 del Código Civil y Comercial faculta al juez a disponer de “medidas razonables” para asegurar el cumplimiento de lo fijado en la sentencia.

Hasta aquí, el panorama resulta claro. Sin embargo, la realidad familiar presenta numerosas aristas, donde en reiteradas ocasiones encontramos que ambos polos de la relación alimentaria son sujetos vulnerables. A su vez, las decisiones que se adoptan muchas veces terminan afectando los derechos de los restantes miembros del grupo familiar, quiénes son o están invisibilizados en el expediente judicial, pero que igualmente merecen atención y resguardo, en tanto sujetos vulnerables.

Entonces, al momento de traspolar las normas y principios alimentarios al caso concreto, no siempre resulta despejado el camino a seguir. Por el contrario, surgen numerosos interrogantes, dada la complejidad de la vida familiar. Veamos algunas situaciones.

## II. Alimentos a favor de los nietos y a cargo de los abuelos. ¿Vulnerables contra vulnerables?

La práctica judicial muestra un notorio incremento de demandas alimentarias contra de los abuelos del progenitor no conviviente. En la mayoría de los casos, se debe a que el principal obligado no cumple con la prestación alimentaria; pero también se observan situaciones en donde el progenitor falleció, o tiene algún tipo de discapacidad que le impide afrontar el pago de alimentos.

---

2 CIDH, "Caso de los Niños de la calle, in re: Villagrán Morales y otros vs. Guatemala - 1999".

3 Molina de Juan, Mariel (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. En M. Herrera, G. Carmelo, & S. Picasso, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (Vol. II, pág. 257). CABA: Infojus.

La crisis económica y la precariedad laboral, provocan una aglomeración de emplazamientos a los progenitores que no pagan. Debido a las dificultades para poder concretar el cobro compulsivo de la cuota (como podría ser a través de la retención de la misma, si trabaja de manera registrada); las demandas se dirigen a los abuelos que cuentan con un ingreso registrado: las jubilaciones.

Lamentablemente, dichos ingresos suelen ser absolutamente escasos para satisfacer las necesidades básicas del propio jubilado, mucho menos alcanzar a cubrir los requerimientos de los nietos.

Según datos oficiales, la jubilación mínima de ANSES es de \$87.459,76. Si tenemos en cuenta que el 89,1% de los beneficiarios perciben el monto mínimo, que el 3,4% cobra entre la mínima y \$ 100 mil, el 7,1% cobra entre \$ 100 mil y \$ 200 mil y sólo el 0,4% restante más de \$ 200 mil<sup>4</sup>; pareciera que demandar alimentos a los abuelos no sería una solución tan conveniente.

Dada esta realidad, por más que se trate de un adulto mayor en óptimas condiciones de salud y que sólo evidencie el deterioro físico propio de la edad cronológica, no es posible pensar que con los haberes jubilatorios referidos se puedan integrar sus necesidades de vida elementales; menos aún las de otros igualmente vulnerables.

Estas infinitas particularidades de la realidad, tienen su correlato en el ámbito judicial. Así, en un caso que se reclamaban alimentos a una abuela materna, debido al incumplimiento por parte de la progenitora del pago de la cuota fijada a favor de su hija menor de edad, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, dijo que *“la contribución requerida a la abuela materna no podría sacrificar, al mismo tiempo, los recursos necesarios para su adecuado sustento [...] No puede soslayarse que la abuela de la niña también es parte de un grupo de personas que, como las que integran aquéllas mayores de edad, reciben una especial preocupación y son eje de un puntal reconocimiento a nivel nacional como internacional [...] Nadie podría ser jurídicamente obligado a desatender sus necesidades elementales para cubrir los requerimientos básicos de otro, dado que la propia subsistencia constituye el presupuesto ineludible para brindarse a los demás”*<sup>5</sup>.

Aquí el fallo recepta claramente una verdad que resulta redundante: nadie puede cuidar a los demás si no se puede cuidar ni siquiera a sí mismo.

En el mismo sentido, en un caso en donde se fijaron alimentos a cargo de la abuela paterna tomando como parámetros un porcentaje de sus haberes jubilatorios, con un piso mínimo en base al salario mínimo, vital y móvil; la Cámara de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba modificó la decisión, eliminando el piso mínimo fijado en función del salario mínimo, vital y móvil. En dicha oportunidad, el Tribunal entendió que *“de esta manera en el futuro no se producirán desajustes entre el monto de la cota y la condición económica de la alimentante”*<sup>6</sup>.

4 <https://www.ambito.com/informacion-general/de-cuanto-es-la-jubilacion-minima-anses-n5803246#:~:text=Con%20el%20aumento%20establecido%20por,acceder%20es%20exclusivo%20para%20suscriptores.> Consultado el día 25/10/2023.

5 Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil, Sala C, en autos: “C. M. B. y otro c/ B. N. E. y otro – alimentos”. 14/02/2023. Cita Microjuris: MJ-JU-M-141275-AR|MJJ141275|MJJ141275

6 Cám. Flia 2° Nom., “F. N. S. c/ N., V. J. – Solicitud de alimentos como medida provisional – cuerpo de apelación”, Sentencia N° 238, del 10/08/2023 (fallo no publicado).

Considero que este criterio resulta altamente acertado, puesto que a la hora de decidir entre los derechos en conflicto –donde ambos extremos de la relación son sujetos vulnerables– se optó por una decisión que contempla los intereses de todas las partes. Así, se mantuvo la cuota fijada en el porcentaje de los haberes jubilatorios a cargo de la abuela paterna, pero se reconoció que las jubilaciones no se actualizan con la misma frecuencia y pauta que los índices del salario mínimo, vital y móvil. En una economía en constante fluctuación e incertidumbre, imponer una cuota con un doble parámetro de actualización importa –en los hechos– que el piso mínimo fijado perfore el porcentaje de los haberes jubilatorios, poniendo en serio riesgo la propia subsistencia del alimentante.

En otro caso, en donde dos nietas –una de ellas menor de edad y la otra mayor de 21 años– reclamaban alimentos a cargo de la abuela paterna, la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mercedes decidió revocar parcialmente la sentencia de primera instancia que fijó alimentos provisorios a favor de ambas nietas, argumentando que *“el reclamo alimentario formulado por personas mayores de 18 años contra sus abuelos requiere un análisis diferencial. En estos casos, la persona alimentada no es un sujeto de protección especial, para lo cual requeriría de prueba sobre la imposibilidad o dificultad que padece de abastecerse”*<sup>7</sup>.

En la misma resolución, los vocales precisaron que *“frente a la tensión existente entre los derechos de niños, niñas o adolescentes y los de los abuelos –que podría tratarse de otro sector vulnerable, como el de los adultos mayores– se opta por una postura equilibrada, que evita el exceso de requisitos formales que provoquen la insatisfacción de las necesidades vitales de los niños, acorde a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño”*.

Este decisorio resulta particularmente interesante, ya que diferencia las necesidades y realidades de cada sujeto involucrado. Así, si bien ambas nietas reclamaban alimentos (y por lo tanto, ambas eran –en teoría– el extremo vulnerable de la relación), sus circunstancias y marcos jurídicos no eran iguales. La nieta menor de edad se encuentra amparada por la Convención de los Derechos del Niño; mientras que la otra nieta mayor de edad –al ser una persona adulta, en perfectas condiciones de salud– no cuenta con ese plus de protección. Por su parte, la situación de la abuela demandada estaría comprendida dentro de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, de jerarquía constitucional.

Situación similar se dio en un caso en que se reclamaron alimentos a cargo de ambos abuelos paternos y a favor del nieto menor de edad. En el fallo, la magistrada consideró la condición de extrema vulnerabilidad de ambos abuelos: *“no resulta posible la fijación de una cuota alimentaria a los abuelos paternos, pues pondría en peligro la supervivencia de los dos adultos mayores, sujetos de especial protección por nuestro ordenamiento jurídico. El informe ambiental es contundente: tienen graves problemas de salud, orientan sus recursos a la compra de medicamentos, pagan dos préstamos que se vieron obligados a pedir, por la situación económica y tienen las necesidades básicas insatisfechas”*<sup>8</sup>.

También se valoró que el niño disponía de la colaboración de su tío materno y su

7 Fallo: “C.N C/ F.M.B. S/ ALIMENTOS”. Publicado en: [www.infobae.com/judiciales/2023/07/20/una-joven-demando-a-su-abuela-por-alimentos-la-justicia-considero-que-podia-mantenerse-sola-y-lo-rechazo/](http://www.infobae.com/judiciales/2023/07/20/una-joven-demando-a-su-abuela-por-alimentos-la-justicia-considero-que-podia-mantenerse-sola-y-lo-rechazo/)

8 M., R. G. c. V., F.; L., S. s/ alimentos. JCiv. de Personas y Familia 2da Nom., Orán, 04/04/2022. Cita on line: TR LALEY AR/JUR/42526/2022

progenitor afín para su asistencia y bienestar; es decir, se tuvo en cuenta no solo el grupo de convivencia, sino también las redes familiares con la que se contaba, su capital humano de contención. Al respecto, la jueza señaló que: *"el niño de conformidad a los dichos de su progenitora y del ambiental practicado en su domicilio, cuenta con una vasta red de apoyo. El hermano de la progenitora y el progenitor afín del niño velan por el bienestar integral del niño. La progenitora, en un esfuerzo inconmensurable, no solo trabaja, sino que también estudia. El niño tiene hoy en día sus necesidades básicas satisfechas, además de percibir los beneficios sociales del Estado"*.

Es notable que se hayan contemplado los ingresos de la familia, reconociendo los aportes que realiza el conviviente de la progenitora del niño –esto es– el progenitor afín. Así, se destaca el rol que desempeña esta figura: *"la idea que atraviesa el instituto de progenitor afín es la de reconocer en el plano jurídico la ampliación de los lazos afectivos que se generan en los niños, niñas y adolescentes y las parejas de sus progenitores, dando nacimiento a una nueva y diferente unidad. La figura de ningún modo reemplaza o excluye a sus progenitores de origen. La idea es consolidar la posición de los integrantes de la familia ensamblada mediante un sistema donde el rol de la voluntad se conjuga con la noción de responsabilidad"*.

Se aclara que los alimentos que presta el progenitor afín de ninguna manera sustituyen la obligación que pesa de manera principal sobre el progenitor del niño, aunque sí resultan relevantes en el contexto de su realidad familiar y las necesidades que se deben satisfacer.

Más destacable aún resulta la inclusión del tío materno, quién si bien no integra el grupo de convivencia del niño, sí constituye una figura adulta presente en su vida, dando su apoyo personal y material.

Esta mirada integral del entorno familiar, permite tener un mejor conocimiento de la real situación de las partes.

Finalmente y en un giro novedoso, la magistrada entendió que correspondía imponer una medida conminatoria al progenitor incumplidor, de acuerdo a las facultades otorgadas por el art. 553 del Código Civil y Comercial: *"Encontrándose ampliamente probado el incumplimiento de la obligación por parte del progenitor paterno, corresponde la imposición de medidas conminatorias en virtud de las facultades acordadas en el art. 553, Cód. Civ. y Com. Se ordena la inscripción en el Registro de Deudores Morosos de la Corte de Justicia de Salta, la prohibición de salida del país, la retención del carnet de conducir y la suspensión de licencia de conducir"*.

En relación a las medidas conminatorias me explayaré más adelante. Lo que resulta llamativo de las medidas impuestas es que no fueron expresamente solicitadas por la parte actora –quien sólo se había limitado a peticionar los alimentos a cargo de los abuelos– sino que fueron requeridas por la Asesora interviniente como representante complementaria del niño. A modo aclaratorio, la jueza señaló que la imposición de las medidas conminatorias *"en modo alguno vulnera la congruencia, pues se encuentra autorizado por el artículo 553 del Cód. Civ. y Comercial. Además, lo que se persigue es la tutela judicial efectiva, en el interés superior del niño"*.

Los fallos reseñados contemplan principalmente la situación de vulnerabilidad del

alimentante. Sin embargo, ocurre también que existen otros sujetos, que no son parte del litigio, pero que se verán directamente afectados por la decisión que se adopte.

### III. Las “otras” cargas alimentarias de los abuelos alimentantes.

Al momento de evaluar la procedencia de una cuota alimentaria a cargo de los abuelos, necesariamente se deben considerar aquellos familiares que dependen de la asistencia y manutención de los demandados –estos son– las “otras cargas alimentarias”.

Ese grupo está integrado por otros hijos menores de edad, hijos mayores en edad alimentaria, cónyuges, convivientes e incluso otros nietos y/o personas bajo su guarda. A su vez, se deben tener en cuenta las necesidades particulares de cada uno de ellos: es muy diferente un cónyuge o conviviente que genera ingresos propios y cuenta con buen estado de salud, de aquél que se dedica a las tareas de cuidado del hogar y los hijos; aun considerando que dicha labor tiene un valor económico y contribuye al sostenimiento del proyecto familiar. Por su parte y en relación a los hijos en edad alimentaria, cabe recordar que la obligación respecto de ellos es más amplia que la de los nietos; puesto que el origen del deber de alimentos reside en la responsabilidad parental, mientras que la obligación alimentaria en favor de los nietos nace de la solidaridad familiar. También resultará altamente relevante si uno o algunos de los sujetos comprendidos dentro de las “otras cargas alimentarias” padecen algún tipo de discapacidad y/o enfermedad.

En el juicio de alimentos –si bien los familiares del demandado no integran la “litis pasiva” – corresponde que sus necesidades también sean contempladas y no se invisibilicen, puesto que la decisión que eventualmente se tome afectará directamente sus derechos esenciales.

### IV. Ejecutabilidad de la sentencia de alimentos a cargo de los abuelos: ¿la cuota fijada con carácter subsidiario, se transforma en cuota principal?

El Código Civil y Comercial contempla la posibilidad de demandar simultáneamente al obligado principal (los progenitores), junto a los ascendientes, siempre que se acredite verosímilmente la dificultad de los primeros para cumplir con la obligación a su cargo.

Ello no significa que la obligación de los abuelos haya perdido, en el nuevo Código, su subsidiariedad. Se puede reclamar directamente contra los abuelos, con el requisito de acreditar verosímilmente las dificultades o inconvenientes de percibir los alimentos del principal o principales obligados, que son los progenitores. Es decir, la subsidiariedad legal no supone –correlativamente– una sucesividad procesal.

Este punto en particular ha sido aclarado reiteradamente en la jurisprudencia<sup>9</sup>. Así, se ha sostenido que: *“si se trata de una persona menor de edad cuyos progenitores viven, el incumplimiento de uno de ellos no altera el carácter subsidiario de la obligación de los abuelos, para quienes el deber legal subsiste con dichas propiedades, porque es necesario que el progenitor o la progenitora que demande el aporte a los parientes también acredite*

<sup>9</sup> Véanse fallos: “C., A. L. c/ B., J. M. y otro – Alimentos”. JuzgCivCom 1º Río Cuarto, Auto 259, del 05/10/2021. Publicado en el Boletín Judicial de Córdoba; no. 17, May. 2022. “L., A. L. c/ B., C. M. - Cuerpo de apelación”. Cám. 2º Flia., Córdoba, 20/10/2022. Publicado en Actualidad Jurídica. Revista de Familia & Niñez. Ed. Nuevo Enfoque, N°226, febrero 2023, pág. B 2680. “E. S. N. c/C. H. A. P/ Alimentos”. Cámara Primera de Apelaciones de Familia, Primera Circunscripción, Mendoza, 7/08/2018. Publicado en Actualidad Jurídica. Revista de Familia & Niñez. Ed. Nuevo Enfoque, N°173, septiembre 2018, pág. A 8092. “J., R. A. c/ L., J. M. s/Alimentos”. CCCLab. De Curuzú Cuatía, 06/07/2018. Publicado en RC J 5124/18. - M., R. G. c. V., E.; L., S. s/ alimentos. JCiv. de Personas y Familia 2da Nom., Orán, 04/04/2022. Cita on line: TR LALEY AR/JUR/42526/2022; entre otros.

*la propia incapacidad económica en la medida necesaria para cubrir con las asignaciones indispensables, al menos verosímilmente*<sup>10</sup>.

Sin embargo, una vez que la sentencia resuelve la determinación a cargo de los abuelos con carácter subsidiario – esto es, que nacerá en el caso que el principal obligado no cumpla– al momento de ejecutar dicha resolución judicial, surge nuevamente el interrogante sobre la sucesividad procesal.

En efecto, la cuota alimentaria constituye una obligación que se devenga periódicamente, generalmente de manera mensual. Esta particularidad resulta trascendente debido a que –si el obligado principal (progenitor/a) cumple con la prestación a su cargo– la cuota alimentaria fijada a cargo del abuelo no se generará respecto de ese período en particular, debido a la connotación subsidiaria con la que se estableció la cuota a su cargo. Dicho de otro modo: si el progenitor cumple con la cuota, la obligación subsidiaria del abuelo permanece latente hasta el próximo período, en donde se deberá corroborar nuevamente si el principal obligado cumplimentó, o no, con la prestación alimentaria.

En la práctica, particularmente este punto resulta bastante complejo, puesto que en casos de incumplimientos donde los obligados cuentan con ingresos registrados; se suele solicitar la retención directa de la prestación alimentaria, que en el caso de los ascendientes, generalmente se trata de los haberes jubilatorios. Como la retención de la cuota alimentaria constituye un modo de cumplimiento de la misma, la prestación a cargo de los abuelos, que en la resolución judicial se fijó de manera subsidiaria –al retenerse en forma periódica y consecutiva de los ingresos de los ascendientes– en los hechos se transforma en la obligación principal.

Más aún, debido a que los alimentos a cargo de los abuelos tienen una extensión más acotada que la obligación derivada de la responsabilidad parental; se advierte que muchos progenitores prefieren seguir incumpliendo con la cuota a su cargo y “cubrir” el costo devengado en la cuota a cargo de los abuelos (sus propios progenitores), cuya cuantía habitualmente resulta menor.

Como se dijo, la cuestión sobre la subsidiariedad procesal de la cuota alimentaria fijada a cargo de los ascendientes, se reaviva al momento de su ejecución. En todo caso, corresponderá a los tribunales y magistrados que resuelvan la naturaleza de la cuota a cargo de los abuelos, determinar también la efectivización de la misma.

#### **V. Aplicación de medidas conminatorias para el cumplimiento de la cuota alimentaria subsidiaria a cargo de los abuelos.**

El artículo 553 del Código Civil y Comercial, bajo el título “Otras medidas para asegurar el cumplimiento”, dispone que: *“el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia”*.

Del texto de la norma citada se extraen diversos elementos y/o requisitos para su procedencia:

---

10 CNCiv., Sala C, 14/02/2023, “C. M. B. y otro c/ B. N. E. y otro s/ alimentos”. Actualidad Jurídica. Revista de Familia & Niñez. Ed. Nuevo Enfoque, N° 229, Mayo 2023, pág. B 2836.

En primer lugar, se debe tratar de un “incumplimiento reiterado” de la obligación alimentaria. Esto implicaría que ante una situación excepcional de falta de pago y según las circunstancias, podría considerarse que el incumplimiento no es ‘reiterado’, sino temporal y por lo tanto, no resultaría adecuado disponer medidas para su cumplimiento. A su vez, el artículo refiere a “otras medidas”, pero no indica cuáles, ni de qué índole o naturaleza. Esta es la razón por la cual se ha dicho que la norma “*está abierta a la creatividad de los operadores jurídicos en proponerlas, y a la razonabilidad del juez al aplicarlas*” (Molina de Juan, 2015).

Finalmente, se requiere que las medidas sean “razonables” y adecuadas al fin perseguido, esto es, asegurar la eficacia de la sentencia.

Respecto a las normas jurídicas, se entiende que son eficaces si son cumplidas – voluntariamente o no– por sus destinatarios. Por otro lado, se distingue entre ‘efectividad y eficiencia’, dos conceptos relacionados con el de ‘eficacia’ y muchas veces confundidos. Alber Calsamiglia (1993), citado en el trabajo de Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan (2014) explica que una normativa resulta efectiva cuando cumple con el objetivo que se buscó al momento de crearse “*Una norma jurídica es eficiente (...) cuando consigue el propósito para el cual ha sido creada con el menor costo posible. Cuanto menor es el costo para obtener el beneficio, más eficiente es la norma*” (Kemelmajer de Carlucci & Molina de Juan, 2014).

En consecuencia, una norma general o individual (sentencia) es ineficaz cuando no logra plasmar su cumplimiento, ya sea debido a la falta de voluntad del obligado o por la carencia y/o inoperancia de los recursos para su cumplimiento forzoso.

A pesar de sus precisiones, se trata de una norma abierta, puesto que no detalla cuáles son dichas “medidas”, ni tampoco aporta elementos que nos permitan inferir su naturaleza: ¿son de carácter cautelar o constituyen verdaderas sanciones disciplinarias impartidas por los jueces y juezas de familia? ¿Cómo se valora la razonabilidad de su aplicación?

Si pensamos en la frase “*asegurar la eficacia de la sentencia*”, puede parecer en un primer momento que refiere a las llamadas “medidas cautelares innominadas”, en donde el objetivo es de índole preventivo, buscando evitar la insolvencia del alimentante y garantizar de alguna manera los alimentos futuros. En este contexto, podría considerarse aceptable incluso que se adopten dichas medidas sin dar intervención previa a la contraria, dado su carácter cautelar.

No obstante ello, varias de las resoluciones dictadas en el marco del art. 553 del CCyC que tuvieron algún grado de trascendencia mediática, parecieran tener una mirada más bien sancionatoria –es decir– no se buscó ya asegurar los alimentos (pasados o futuros), sino que se puso el énfasis en crear molestias o dificultades a los obligados renuentes, un modo de “molestar donde le duele”; buscando revertir su posición reacia.

A modo de ejemplo, se decidió la aplicación de multa o sanción pecuniaria a favor del titular del derecho ante el incumplimiento alimentario<sup>11</sup>. En el mismo sentido se optó por intimar al demandado al pago de la cuota alimentaria correspondiente, bajo

11 CCCom. De Lomas de Zamora, Sala I, "S. M. c/ O. A. L. s/ Ejecución de Sentencia, 25/11/2015, Rubinzal Culzoni Online, RC J 8068/15.

apercibimiento de ejecución, y para el caso de persistir en su conducta incumplidora, se determinó imponer una multa por cada día de retardo<sup>12</sup>.

En otro caso, habiéndose intentado otras medidas (inscripción en el registro de deudores alimentarios y orden de inhabilitación para conducir todo tipo de vehículos), sin que a la fecha el demandado haya dado cumplimiento al pago de alimentos, se resolvió oficiar a la empresa distribuidora de energía local, para que incluya en la liquidación mensual del medidor del demandado, el monto de la cuota alimentaria y una vez percibido el importe, deposite las sumas en la cuenta judicial<sup>13</sup>.

También se dio a conocer una resolución en donde se le impuso al progenitor deudor alimentario la prohibición de ingresar a todos los espectáculos deportivos en los que participe el equipo de fútbol de su preferencia (Club Atlético Talleres), incluyéndolo en el listado de personas que tienen restringido el ingreso a los encuentros futbolísticos (programa Tribuna Segura); como así también se le denegó el ingreso a todo espectáculo bailable, oficiándose a los establecimientos pertinentes. Finalmente se dispuso la suspensión de la licencia de conducir, comunicándolo a la Municipalidad<sup>14</sup>.

En una causa más reciente, la jueza de Familia de la ciudad de Cipolletti, Provincia de Río Negro, ante el incumplimiento reiterado y persistente de la cuota alimentaria por parte del progenitor; ordenó la suspensión de las líneas telefónicas fijas y de celulares que estén registradas a su nombre y se ofició al gimnasio al que asiste regularmente que le prohibieran el ingreso. Asimismo, se dispuso oficiar a la Asociación de Deportes de Contacto de la Patagonia Argentina a fin de impedir la participación del progenitor en los encuentros regionales de kickboxing, actividad que practicaba<sup>15</sup>.

De las causas mencionadas se advierte la heterogeneidad de las medidas adoptadas, según el caso y el destinatario de las mismas. Sin embargo, todas resultan coincidentes respecto a que se dirigen a compeler y modificar la conducta del progenitor incumplidor, en su carácter de principal obligado alimentario. Esto por cuanto la finalidad de las medidas previstas por el art. 553 es asegurar la eficacia de las decisiones judiciales en materia alimentaria, y esta "efectividad" se mide en relación a la persona sobre la cual se pretende aplicar. Así, si al progenitor obligado no le "interesan" las necesidades de sus hijos, entonces desde el espacio judicial, se afectan aquéllas actividades y aspectos que sí le interesan al alimentante.

No obstante ello, atento el incremento de las demandas de fijación de alimentos a cargo de los abuelos que se puede observar en la práctica, podrían llegar a plantearse asimismo la imposición de medidas conminatorias a cargo de los ascendientes. Esto por cuanto el art. 553 del CCyC no distingue entre los obligados alimentarios, sólo se refiere al "*responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria*".

Aquí cabe recordar que una vez que se fija una cuota alimentaria a cargo de los abuelos con

---

12 JNCiv. N.º 92, "N. J. E. c/ B. S. F. s/ Ejecución de Alimentos (incidente)", 11/2/2016, Rubinzal Culzoni On-line, RC J 629/16.

13 Juzgado de Paz de Chivilcoy, "N. B. L. c/ E. T. D. s/ Alimentos", 8/11/21.

14 Juz. Fam. 2da. Nom. Córdoba, "B. P. B. c/ G. D. A. s/ Régimen de visitas/alimentos", 26/12/18, Rubinzal Online RC J 611/19.

15 Causa N-2097-17 C/ CI-19891-F-0000, del 20/10/2023. Publicado en: <https://www.diariojudicial.com/news-96271-no-pagar-alimentos-te-deja-knock-out>

carácter subsidiario, dicha obligación nace en forma periódica, en caso de incumplimiento del principal obligado. Así, es posible que algunos períodos sean cubiertos de forma esporádica por el progenitor alimentante, mientras que otros deberán ser cubiertos por el abuelo que tiene a su cargo la obligación. Ergo, resulta dificultoso determinar si es el ascendiente quien no cumple de manera reiterada.

Esta situación resulta aún más delicada al momento de evaluar la razonabilidad de la medida. ¿Es sensato pensar en imponer una medida conminatoria a los abuelos obligados subsidiarios, cuando primero no se intentó interponer una medida conminatoria a cargo de los obligados principales?

Una vez más, la cuestión del carácter subsidiario de la obligación reaparece, ahora en el marco de las medidas conminatorias. Dicho de otro modo, si la cuota alimentaria a cargo de los abuelos es subsidiaria (aunque se pueda reclamar en forma conjunta con el obligado principal), ¿no se traslada dicha subsidiariedad al planteo de aplicación de las medidas conminatorias previstas en el art. 553 del Código Civil y Comercial, atento la finalidad de las mismas? Y si la respuesta es positiva, ¿no sería en este caso en particular una situación de sucesividad procesal?

En principio, la respuesta más acorde y prudente sería que las medidas compulsivas se dirijan en primer lugar al progenitor incumplidor; para luego entrar a valorar si corresponde o no imponer una medida conminatoria a los abuelos. Esto teniendo en cuenta que las decisiones dictadas han buscado afectar los intereses y hobbies de los alimentantes renuentes.

A su vez –tratándose de medidas conminatorias– la mirada en relación a la situación de vulnerabilidad de los abuelos que tengan una cuota alimentaria fijada deberá ser más profunda; incluyendo en la valoración general a todo el grupo familiar, considerando también a aquellas “cargas alimentarias” integradas por sujetos vulnerables que dependen para su subsistencia de los ingresos del ascendiente alimentante.

## **VI. Perspectiva de la Vulnerabilidad. Teoría de la interseccionalidad en la tensión entre vulnerables.**

El Código Civil y Comercial no tiene una norma específica que defina la vulnerabilidad y refiera a los sujetos vulnerables. Sin embargo, encontramos artículos que contemplan distintos colectivos de personas que cuentan con una protección especial; como es el caso de los niños, niñas y adolescentes; personas mayores de edad; y las personas con padecimientos mentales o restricciones en su capacidad.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad, las cuales fueron adoptadas como guías para todo el Poder Judicial mediante la Acordada 5/2009 CSJN, constituyen una herramienta fundamental a la hora de analizar el caso concreto; puesto que consagran los estándares básicos que debemos tener en cuenta todos los operadores del sistema judicial.

Según la Regla N.º 3 de Brasilia *“se consideran en condición de vulnerabilidad 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”*.

Aquí cabe destacar que una persona puede encontrarse comprendida dentro de varios “grupos vulnerables”; por lo que resulta más acertado hablar de sujetos atravesados por una intersección de vulnerabilidades.

La teoría de la intersección de vulnerabilidades desarrollada por Kimberlé Crenshaw en el año 1989 –que en un primer momento fue introducida en el Sistema Interamericano como un criterio de interpretación sobre la violencia en contra de las mujeres– fue ampliando su aplicación y análisis por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH a la hora de determinar la existencia de discriminación de otros grupos en situación de vulnerabilidad (Zota-Bernal, 2015).

Esta perspectiva parte de la base de superar el análisis unidimensional –solo un eje de discriminación o una interpretación cuantitativa basada en la sumatoria y acumulación de categorías discriminatorias– para introducir una interpretación múltiple de la discriminación, que contemple las interdependencias e interacciones de los distintos ejes.

En las segundas “Jornadas sobre Justicia y Vulnerabilidad(es) – Reflexiones para una mirada interseccional”, organizadas por la Oficina de Derechos Humanos y Justicia del Poder Judicial Córdoba, que tuvieron lugar en marzo del 2023; se propuso analizar los conflictos que se suscitan entre los sujetos vulnerables utilizando la teoría de la interseccionalidad<sup>16</sup>.

Desde esa perspectiva, los derechos en juego no pueden interpretarse de manera dicotómica, pues todos tienden a tutelar distintos bienes humanos básicos. El desafío está en compatibilizar las necesidades que todos los sectores vulnerables involucrados deben enfrentar, ponderando las circunstancias especiales de cada caso. Así, se debe buscar el equilibrio en las tensiones de los derechos invocados.

Sobre la cuestión, desde la jurisprudencia se ha argumentado que: *“cuando la plena satisfacción de un derecho conduce a la lesión de otro igualmente protegido, debe acudirse a la ponderación de principios jurídicos, que no implica excluir a uno desplazando al otro, sino ponderar el peso de cada uno en el caso concreto, buscando una solución armónica”*<sup>17</sup>.

## VII. Conclusión

Las familias no están constituidas por compartimentos estancos, donde cada sujeto actúa y se desenvuelve de manera independiente de los demás. Por el contrario, el entrettejido familiar contiene un sinfín de matices, dentro de los cuales se encuentran las obligaciones jurídicas.

En ese marco, corresponde que los operadores jurídicos intervinientes en las cuestiones de familia, contemplen opciones de solución que abarquen a todos los integrantes del entramado familiar, no solamente a las partes participantes del litigio judicial. Es necesaria una mirada integral, global y sistémica, que considere la máxima expansión de derechos y la mínima restricción necesaria, cuando las partes involucradas son vulnerables.

---

16 Lerussi, Romina, “Claves conceptuales sobre interseccionalidad”. 2da. Jornada sobre Justicia y Vulnerabilidad(es)– Reflexiones para una mirada interseccional. Organizada por la Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Poder Judicial Córdoba. Data 3 de marzo de 2023, Asociación de Magistrados y funcionarios de la Provincia de Córdoba, Argentina

17 CNCiv., Sala C, 14/02/2023, “C. M. B. y otro c/ B. N. E. y otro s/ alimentos”. Actualidad Jurídica. Revista de Familia & Niñez. Ed. Nuevo Enfoque, N° 229, Mayo 2023, pág. B 2836.

## Referencias Bibliográficas

---

- *Compendio de casos judiciales novedosos sobre cuota alimentaria. Aportes y herramientas territoriales*. Publicado por la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. Link: <https://bit.ly/454wltT>. Revisado el día 29/10/2023.
- CRENSHAW, K.W. ( 1989), *Demarginalizing the intersection of race and sex: A Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*, University of Chicago, Legal Forum, Chicago. Citado por ZOTA BERNAL, Andrea Catalina (2015). *Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos*. EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad, (9), 67-85. Recuperado a partir de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2803>. Revisado el día 29/10/2023.
- HERRERA, Marisa; CARMELO, Gustavo & PICASSO, Sebastián (Directores); *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, (Volumen II), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Infojus, 2015.
- HERRERA, Marisa & DE LA TORRE, Natalia (Directoras); *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, (Tomos III y IV), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Editores del Sur, 2022.
- KEMELMAJER de Carlucci, Aída, & MOLINA DE JUAN, Mariel; *Alimentos* (Tomo II), Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2014.
- KEMELMAJER de Carlucci, Aída; HERRERA, Marisa & DURÁN de KAPLAN (Directoras); *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias – A un lustro del Código Civil y comercial*, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2021.
- KEMELMAJER, Aída; HERRERA, Marisa; LLOVERAS Nora, *Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014*, (Tomos III y IV), Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2014.
- LLOVERAS, Nora, & SALOMÓN, Marcelo; *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2009.
- LLOVERAS, Nora, & FARAONI, Fabián Eduardo (Directores). *Alimentos. Doctrina y jurisprudencia*, Resistencia, Ed. Contexto, 2018.
- LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga & FARAONI, Fabián Eduardo (Directores); *Derecho de las familias – compendio de jurisprudencia*, Córdoba, Ed. Mediterránea, 2018.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, “*El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores*”, Cita: TR LALEY AR/DOC/7339/2001. Revisado el día 29/10/2023
- MALIZIA, Roberto; *Derecho patrimonial en el ámbito del derecho de familia*, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2019.
- ZALAZAR, Claudia “*El proceso eficiente para los vulnerables a la luz de las Reglas de Brasilia*” en Revista de Derecho Procesal - El proceso Eficaz, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2021.
- ZOTA BERNAL, Andrea Catalina (2015). “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”, en Revista *Cultura De La Legalidad*, (9), 67-85. Recuperado a partir de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2803>. Revisado el día 29/10/2023.

# REFLEXIONES GENERALES SOBRE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

---

## GENERAL REFLECTIONS ON CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW, CONSUMER DEFENSE AND RESPONSIBILITY OF THE LEGAL PERSON

---

**María Victoria Albornoz<sup>1</sup>**

---

### RESUMEN:

Nuestra Constitución Nacional se ha postulado decisivamente por la Constitucionalización del Derecho Privado, a partir de su reforma. La introducción de los nuevos derechos y garantías, como así también de los derechos humanos (ART. 75 INC. 22 C.N), plantean la adecuación del Derecho Privado a estas nuevas fuentes de jerarquía supranacional.

Respecto del derecho del consumidor, la preeminencia de la Ley 24.240 está dada por su proximidad a la C.N, en particular en el campo del derecho del consumo.

La categoría de consumidores en situación de vulnerabilidad agravada, hablare de consumidores que por diversas razones se encuentran en situación de marcada inferioridad, inferioridad que puede obedecer a diversas razones, como la edad, el idioma, los recursos económicos, etcétera.

Por otro lado encontramos la intermediación de las plataformas de comercio electrónico, conectando a partes que normalmente no se conocen, ni tienen contacto físico entre ellas. Por último poder determinar cuándo deberá responder civilmente la persona jurídica por los daños causados a terceros y cuándo podrá ser extensiva a sus miembros, administradores o representantes, etc.

Cabe concluir hablando de una nueva manera de comercialización, el contrato de distribución comercial y su interpretación en el Código Civil y Comercial. Surgiendo así una nueva red de comercialización entre productores y distribuidores de productos y servicios.

---

<sup>1</sup> Abogada. Participante del Programa de Derecho Empresario de la Universidad Blas Pascal.

## ABSTRACT

Our National Constitution has been decisively postulated by the Constitutionalization of Private Law, since its reform. The introduction of new rights and guarantees, as well as human rights / ART. 75 INC. 22 C.N), plateau the adequacy of Private Law to these new sources of supranational hierarchy. With regard to consumer law, the pre- eminence of Law 24.240 is given by its proximity to the C.N, in particular in the field of consumer law. The category of consumers in a situation of aggravated vulnerability, I will speak of consumers who for various reasons are in a situation of marked inferiority, inferiority that can be due to various reasons, such as age, language, economic resources, etc. On the other hand we find the intermediation of e-commerce platforms, connecting parties that normally do not know each other, nor have physical contact with each other. Finally, to be able to determine when the legal entity must respond civilly for the damages caused to third parties and when it may be extended to its members, administrators or representatives, etc. It is possible to conclude by talking about a new way of marketing, the commercial distribution contract and its interpretation in the Civil and Commercial Code. Thus emerging a new marketing network between producers and distributors of products and services.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución, Código Civil y Comercial, Legislación Unificada, Persona Jurídica, régimen de Defensa del Consumidor, cláusulas abusivas, comercio electrónico, responsabilidad de las personas jurídicas y el contrato de Distribución.

**KEY WORDS:** Constitution, Civil and Commercial Code, Unified Legislation, Legal Entity, Consumer Defense regime, abusive clauses, electronic commerce, liability of legal entities and the Distribution contract.

## I. Introducción

El concepto de “Constitucionalización del derecho privado” aparece explicitado en la introducción de Ricardo Lorenzetti al Código Civil y Comercial. Allí, el jurista, asevera que “la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En este proyecto existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales. Por primera vez hay una conexión entre la Constitución y el derecho privado, basada en los aportes de la doctrina y jurisprudencia en este tema”. (Volpe, 2019).

Se produjeron algunas modificaciones sustanciales y estructurales en comparación con el Código de Vélez Sarsfield. alguna de las modificaciones más novedosas en la implicancia de la vida empresarial, este nuevo enfoque nos ha situado en las modernas formas de contratación electrónica que mueve el mercado, como la posibilidad de utilización de estos medios para celebrar tales contratos.

En virtud de ello, este nuevo Código regula una serie de contratos entre las empresas, surgiendo así una nueva manera de comercialización de los productos o servicios entre partes, donde participan dos o más sujetos independientes entre sí. De ello se desprenden distintos métodos de coordinación de actividades que comprenden una suerte de posición dominante de una empresa sobre la otra.

Otro aspecto importante que veremos está relacionado con la capacidad y responsabilidad de las personas jurídicas por los actos realizados por sus socios, representantes o administradores.

Por último resaltar lo importante que es el contrato de distribución, marcando las nuevas necesidades del mercado, surge así la red de comercialización entre productores y distribuidores de productos y servicios.

## **II. Acerca de la constitucionalización del Derecho Privado**

A partir de la reforma constitucional del año 1994 se incorporaron en el art. 75 inc. 22 numerosos Tratados, Convenciones y Pactos sobre derechos humanos, de cumplimiento obligatorio en el país que fortalecen el amparo a la persona humana.

En el largo proceso histórico que llevó a aceptar el postulado de que todo ser humano es persona, por encima e incluso antes que la comunidad organizada, que el hombre por sí mismo titulariza bienes que necesitan protección del ordenamiento, aún cuando en un tiempo o estado no haya sido reconocido de este modo por el derecho objetivo, la reforma constitucional operada en el año 1994 en nuestro país impacta profundamente en todas las áreas del derecho argentino de modo positivo.

Hace tiempo ya, en especial a partir del reconocimiento directo de nuevos derechos y garantías, además de la incorporación con rango constitucional de tratados que se refieren a materias que tradicionalmente se entendieron como propias del Derecho Civil, se planteó el debate sobre si el derecho privado se ha constitucionalizado o si el derecho público se ha privatizado.

La conclusión fue la necesidad de una relectura integradora del orden jurídico. Esto representó un cambio en la mirada hacia el orden jurídico, el derecho público y el derecho privado que habían transitado por caminos paralelos, con "majestuosa indiferencia" del uno hacia el otro, deben ahora integrarse. Toda cuestión, cualquiera sea el ámbito del derecho de que se trate, debe ser analizada a la luz de las disposiciones constitucionales, debe garantizarse el respeto de los derechos humanos incorporados al llamado "bloque federal de constitucionalidad" (V.L, 1995).

### **1. Derecho del Consumidor y su Protección Constitucional**

Describiré el concepto de consumidor de acuerdo a la normativa enfocado al ámbito material de la misma en relación a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión cuando sus contratantes son personas jurídicas.

La finalidad de este trabajo es fortalecer la posición de la parte más débil en la relación de consumo es decir si miramos el lado del derecho empresarial estamos frente al mejor ejemplo para esclarecer la posición en la que se encuentra cada parte, tratare de nombra ciertos artículos donde se pueda ver esta protección y prevención, para establecer una situación de equilibrio que es necesaria en el libre juego de las reglas del mercado.

Las normas protectoras del "Derecho del Consumidor" funcionan acordonando la autonomía de la voluntad para evitar que el negocio que concierten los individuos que da nacimiento a un acto de consumo, pueda desnaturalizar aquellas normas de orden público, se regula esa libertad contractual para que se ejerza sin lesionar intereses connotados por el bien de la comunidad (Álvarez Larrondo, 2008).

## 2. Consumidores y Usuarios

La ley 24.240 es clara y específica en la regulación cuando dice en su art 1. "Se consideran consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas....", subjetivamente estamos frente a un consumidor persona física o jurídica que está posicionado como destinatario final del circuito económico.

Respecto a los derechos del consumidor, la preeminencia de la Ley 24.240 está dada por su propia proximidad a la CN que, en el Art. 42 les concede privilegio constitucional.<sup>2</sup>

Cuando hablamos de CONSUMIDORES Y USUARIOS, en una relación de consumo, el estado y esta protección legislativa hace hincapié siempre en el consumidor quien es el que se encuentra en una posición más débil, bajo la relación de adhesión en la que se encuentran y que están obligados a someterse.

Es por ello que el artículo citado habla de derechos y garantías usando mecanismos de protección y prevención frente a los abusos que suceden en una relación de consumo, específicamente cuando habla de la protección de la

seguridad e intereses económicos de los consumidores. También garantiza la calidad y eficiencia de los bienes y servicios.

El Derecho del Consumidor en el Código civil y Comercial, específicamente en el art 1094 del CCyC, habla de las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda de cualquiera de estas leyes, prevalecerá las que sea más favorable al consumidor.

## 3. Consumidores Hipervulnerables

La Resolución 139/20 de la Secretaría de Comercio Interior, establece que se consideran consumidores hipervulnerables a las y los consumidores que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores (Nacion, 2021). La categoría de consumidores en situación de vulnerabilidad agravada tiene su historia en los llamados subconsumidores de los primeros tiempos del derecho del consumo. Hace décadas solíamos dar el ejemplo de cómo el deber de seguridad se ve agravado cuando va dirigido a posibles subconsumidores, como pueden ser los niños o ancianos. De lo que hablamos es de consumidores que por diversas razones se encuentran en situación de marcada inferioridad, inferioridad que puede obedecer a diversas razones, como la edad, el idioma, los recursos económicos, etcétera.

Es cierto que todo el régimen tuitivo de defensa de los consumidores tiene como principal fundamento la situación de inferioridad y debilidad en que se encuentra este sector social

---

2 Art 42 C.N: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control."

—integrado por todos—, pero de lo que aquí hablamos es de una situación de especial inferioridad, o inferioridad agravada; de ahí lo de situación de extrema vulnerabilidad (Vázquez Ferreyra, 2020).

En consecuencia, y de conformidad al estado de la materia en el derecho comparado, considero que es necesario tomar una acción positiva: incorporar una regulación expresa en protección de los consumidores hipervulnerables que imponga y garantice el fortalecimiento de sus derechos, especialmente en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

En definitiva, resulta trascendental que, en cumplimiento de la manda legal del art. 42 de la CN, los tres poderes estatales tomen medidas concretas de protección del consumidor hipervulnerable.

#### **4. Contratación Electrónica**

Los avances tecnológicos con los que contamos actualmente han llevado al comercio de contratación a adecuarse a los cambios impuestos por estos avances, sobre todo en lo que respecta con el comercio electrónico.

El Derecho Argentino consagra y regula expresamente los contratos de consumo tanto en el Código Civil y Comercial como en la Ley 24.240 y modificatorias, comprendiendo a los contratos electrónicos como especialmente idóneos para hacer surgir una relación de consumo.

La contratación electrónica se destaca por la forma de manifestación del consentimiento a través de un medio electrónico. Debe entenderse por tal a aquella que "se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desarrollo o la interpretación de un acuerdo" (GROVER, 2016).

Con la nueva entrada en vigencia del Nuevo C.CyC, la contratación electrónica tiene normas más claras que anteriormente con antiguo código no consagraba normas que lo estipulara en cada paso e información al consumidor.

Esa manifestación del consentimiento, necesario en la contratación electrónica, se encuentra regulada en el actual CCC de la siguiente manera:

- Cabe traer a consideración que en materia contractual rige el principio de la *autonomía de la voluntad*, según el cual lo pactado por las partes forma una regla a la cual deben someterse como a la ley misma (arts. 957, 959 y 2651 del CCC). El fundamento del mismo radica no sólo en el respeto de la voluntad de los contratantes, sino también en el respeto hacia el orden público económico, pues la mayoría de las relaciones jurídicas nacen y dependen de la fuerza obligatoria de los contratos. Tal principio, a su vez, presupone que tales actos jurídicos hayan sido efectuados con discernimiento, intención y libertad, todos ellos elementos de la voluntad, los cuales, ausentes en cualquiera de las partes, genera nulidad por vicio en la voluntad
- Consentimiento: Cabe recordar que el consentimiento es el elemento esencial del contrato determinado por la convergencia entre una oferta y una aceptación

válidamente expresada (arts. 971, 972 y 978 del CCC).

- **Oferta:** el CCC, al referirse a la fuerza obligatoria de la oferta, establece que la oferta "hecha a una persona presente" o "formulada por un medio de comunicación instantáneo", sin fijación de plazo, sólo puede ser aceptada inmediatamente (974 CCC).
- **Aceptación:** una de las principales modificaciones que introduce el CCC, vinculada con el momento de perfeccionamiento de un contrato, es la consagración de la teoría de la recepción de la aceptación de la oferta (art. 971 y 980 CCC), considerándose en la ley ahora vigente que "la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta la conoce o debió conocerla.
- **Contratos de adhesión:** finalmente, reviste importancia como modificación en materia de contratos electrónicos -en particular aplicables a los contratos click-wrap-, la introducción de los "contratos de adhesión" en el CCC10, figura que si bien se encontraba reglada por la LDC, naturalmente sólo regía para el caso en que exista una relación de consumo.

La legislación argentina goza de un marco adecuado y actualizado en materia de formación del consentimiento en la contratación electrónica. Así, conforme a lo expuesto, entendemos que la flexibilidad de las normas citadas permiten inferir que los contratos celebrados por medios electrónicos pueden perfeccionarse: a) de acuerdo a las reglas de los contratos entre presentes -siempre y cuando exista una comunicación interactiva que permita manifestar la voluntad de manera instantánea-, y, b) de acuerdo a las reglas de los contratos entre ausentes, para los casos en los que no exista comunicación interactiva instantánea (GROVER, 2016).

En este sentido, vimos en la primera parte que la contratación por medios electrónicos nos obliga a reconsiderar el concepto de consentimiento contractual, traducción concreta de la *autonomía de la voluntad*, el cual es un elemento esencial para la formación de un contrato. Si bien su validez es admitida, al ser un contrato de adhesión, la autonomía de la voluntad se encuentra limitada a la simple aceptación o no, sin posibilidad de modificación de las cláusulas impuestas por el predisponente. Estas limitaciones no derivan del mecanismo empleado sino de la voluntad de la parte estipulante del contrato, aquél que elabora todo el contenido del mismo.

Asimismo, al perfeccionarse en un ámbito virtual, también pueden generarse serios cuestionamientos en relación a la prueba, al incumplimiento del deber de información, a la falta de acceso al texto legal o a ciertas deficiencias en su redacción, a la leyenda "Acepto" o "Estoy de acuerdo", a la presunción del consentimiento del usuario respecto de cláusulas adicionales fuera del contrato, a la inexistencia de garantía o de asesoramiento posterior, a no permitir dar de baja el servicio contratado por el mismo medio por el cual se lo contrató, y por supuesto, pueden ser caldo de cultivo de otras situaciones jurídicas y cláusulas abusivas para los intereses de los consumidores (GROVER, 2016).

## II: Persona jurídica

Conforme lo dispuesto en el nuevo artículo 141 del Código Civil y Comercial de la Nación, (según Ley 26.994), son "*personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y a los fines de su creación*".

La personalidad jurídica le es reconocida a los entes humanos como preexistente y plena,

no así a las personas jurídicas que tendrán aptitud únicamente para el cumplimiento de su objeto y fines de su creación.

Así, esta noción alude a *“todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones”*, lo que permite distinguirla de la persona humana, pues ésta es preexistente al ordenamiento legal, y cualquier limitación a su capacidad constituye una excepción. Lo contrario sucede con las personas jurídicas, a las que la aptitud que se les confiere para adquirir derechos y contraer obligaciones parece limitada al cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (FRANCISCO A. JUNYENT BAS, 2015).

### **1. Comienzo de existencia**

El momento en que ocurre el nacimiento del ente está predeterminado por el ordenamiento jurídico y dependerá del tipo de persona jurídica que se trate.

Existen, básicamente, tres sistemas diversos: libre constitución, registro y autorización. Nuestro CCyC adoptó, como principio, el sistema de libre constitución, en su art. 142 que establece:

*“La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución.”*

De este modo, se reconoce fuerza jurídica en la creación de personas jurídicas privadas a la sola voluntad de las partes.

### **2. La Personalidad Diferenciada**

Una cuestión muy importante resulta de la diferencia de responsabilidad y obligación que tiene la persona jurídica con relación a cada uno de sus miembros que la integran, en este punto casa persona física no responderán por las obligaciones de las misma, se establece así el principio de separación patrimonial.

Así, el art. 143 del CCC dispone: *“La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial”*. De tal modo, cuando hablamos de persona jurídica hacemos referencia a un ente distinto a los socios con capacidad jurídica plena para adquirir compromisos propios frente a los terceros y, por ello, determina un centro de imputación diferenciada diverso del patrimonio de los socios. La existencia de una persona jurídica hace necesario considerar la existencia de relaciones internas y externas (FRANCISCO A. JUNYENT BAS, 2015).

### **3. Una Alternativa de Abuso de la Personalidad**

#### **La Inoponibilidad De La Persona Jurídica**

Esta personalidad diferenciada ha sido otorgada con el fin de que sus actos o actividad donde se encuentre registrada la misma, estén dirigidos a cumplir con el fin lícito, sin perjudicar derechos a terceros o violar la ley.

Así, esta figura se encuentra reglada en el art. 144 que estipula: *“La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituye un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar*

*los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados".*

La configuración de dichas conductas permite "imputar" directamente la responsabilidad a los socios, miembros, asociados y controlantes directos e indirectos que la hicieron posible. Además, la norma establece que dicha imputación implica responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios causados, legitimando a los terceros que hayan resultado afectados a iniciar la respectiva acción de desestimación de la personalidad y consiguiente responsabilidad de quienes hayan abusado del ente (FRANCISCO A. JUNYENT BAS, 2015).

#### **4. Responsabilidad de la Persona jurídica**

Es posible afirmar que las personas jurídicas responderá por los actos realizados por sus representantes o administradores, cuando realice actos comprendidos dentro de su objeto o actividad para lo cual la misma fue creada. En caso contrario, el acto no podría ser atribuible a la entidad.

Los actos celebrados por el representante en nombre del representado en los límites de las facultades conferidos por la ley o el apoderamiento, produce, efecto directamente para el representado (art. 359 CCyC).

Desde esta óptica, no hay duda que el objeto social determina el marco de actuación de los representantes y administradores sociales, pero además es fundamentalmente el que condiciona la imputación de un acto a la sociedad. En tanto el administrador actúe en los actos comprendidos en el objeto, ellos son imputables a la sociedad. La sociedad queda obligada por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, los que son extraños no podrán ser imputados a la sociedad. El objeto señala una importante limitación a la capacidad de la sociedad pero debe tenerse presente que no siempre resulta sencillo determinar cuáles son los actos inherentes al giro social.

Por ello, más allá de algunas distinciones doctrinarias, en nuestro régimen legal actual, por imperio de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Ley General de Sociedades, el objeto cumple una función limitativa de la capacidad, circunstancia que se observa también en la regulación de otras personas jurídicas privadas. Ello no es óbice para la aplicación del artículo 58 de la ley 19.550 pues no contradice la disposición del artículo 141 del CCyC, los actos que no son "notoriamente extraños al objeto y la finalidad" de cualquier persona jurídica entran dentro del marco de su "aptitud".

En materia societaria, el objeto social define al conjunto de actividades que los socios han acordado cumplir y llevar a cabo bajo el nombre social, expresándose en general que la capacidad del sujeto de derecho está circunscripta al cumplimiento de su objeto, delimitando el ámbito de funcionamiento de la persona jurídica (art. 141 CCyC). Por ello el contenido el mismo no es indiferente a la Ley General de Sociedades, que requiere en el art. 11 inc. 3 que sea preciso y determinado. Norma que se replica en el artículo 156 C.CyC.

La autorización para funcionar que requieren estas personas jurídicas, tiene por finalidad vigilar, desde el momento mismo de su constitución, que el objeto de sus estatutos no viole la limitación legal. Por ello, la actuación de las entidades no

lucrativas por fuera de su objeto, ocasionan no sólo posibles sanciones del órgano de contralor sino la nulidad de lo actuado (Crovi, 2017).

### **III: Contratos de Distribucion Comercial**

En la sociedad consumista y masificada, los fabricantes e importadores recurren a los distribuidores para acceder al público consumidor, éstos son verdaderos empresarios que tienen a su cargo la comercialización de productos en forma exclusiva o no, pero que hacen de la comercialización su empresa. A medida que se fueron ampliando las necesidades del mercado, los fabricantes comenzaron a descentralizar sus productos participando de esta manera en la red de comercialización uno o más fabricantes dentro de la distribución comercial del producto.

Surge así la red de comercialización entre productores y distribuidores de productos y servicios y de ellos se trabajara para coordinar el trabajo de manera coordinada.

Ello, entre otras razones, pues resulta consecuencia de una característica que resalta de este modo de comercialización, que es la denominada territorialidad, que hace que el fabricante celebre contratos de igual tenor con los distintos distribuidores de distintos lugares geográficos, por un lado para asegurar la uniformidad de la comercialización del producto o servicio que encarga, y, por otro, para abaratar los costos que generan las diversas transacciones con los distintos distribuidores.

Este modo de contratar hace que el fabricante o importador imponga el contenido de la trama contractual, mientras que su cocontratante se limite a aceptar o rechazar la oferta que se le impone, sin poder participar de la configuración interna del contrato, limitándose en los algunos casos, la menor parte, a influir sobre la configuración de alguna o algunas cláusulas del contrato que resultarán aplicables entre ellos. Se trata de contratos de adhesión a condiciones generales predispuestas, regulados por el Código Civil y Comercial (Ferrer de Fernández, 2015).

#### **1. El contrato de Distribución**

Son contratos consensuales, bilaterales, onerosos, de larga duración, conmutativos, intuitu personae, de colaboración, de adhesión a cláusulas predispuestas por el distribuido, aunque el contrato manifiesta ser en su género, el de menor contralor por parte del proveedor y por ende, el que revela menos intensidad a la integración en una red de contratos conexos. Asimismo, es informal y puede ser exclusivo o no exclusivo. Como en la concesión, existe una obligación de suministro por parte del proveedor, con lo cual se diferencia de aquellos contratos en que el fabricante o importador realiza ventas individualizadas a comerciantes que adquieren para revender; y al igual que en la concesión, en forma mayoritaria el contrato se presenta con una cláusula que otorga al distribuidor exclusividad para distribuir en una zona territorial determinada.

Por consiguiente, se distingue con el CONTRATO DE CONCESIÓN, en que este último visto desde la normativa del nuevo código es informal, pero desde la práctica del tráfico es un contrato que siempre se instrumenta por escrito, lo que significa que en su tipicidad social, el de concesión es un contrato formal; además, se diferencian en que en la concesión predomina claramente la integración en virtud de las cláusulas generales predispuestas redactadas por el concedente, al que adhieren el conjunto de los concesionarios integrantes de la red.

Mientras que el CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN en sentido restringido, puede celebrarse hasta en forma verbal, otorga al distribuidor mayores márgenes de libertad en lo referido a los sistemas y métodos de comercialización, de administración, contabilidad o financiación, siendo normal que no sea un distribuidor exclusivo, aunque no competitivo, y que tal circunstancia sea una característica apreciada por los distribuidos, que consideran una ventaja y oportunidad potencial de obtener una clientela más numerosa, producto de que el distribuidor ofrece al mercado otros productos que pueden o no ser complementarios, siempre que no compitan con el suyo; en la concesión, por el contrario, no se concibe que el concesionario pueda comercializar otra marca que no sea la del concedente, siendo en tal sentido una obligación esencial del concesionario la de comercializar con exclusividad esa marca.

Por último, también se distingue en que el DISTRIBUIDOR stricto sensu, no presta un servicio de reparación, pues deriva por recomendación del principal a otros que actúan como service oficial o recomendado.

Por su lado, el distribuidor se obliga a comprar y pagar los productos al proveedor, actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios en las actividades comerciales destinadas a la venta al público de las mercaderías objeto del contrato de distribución y, derivado de su obligación de buena fe, debe informar al proveedor en relación a las operaciones que haya realizado y del stock de productos que tenga en existencia y, asimismo, debe abstenerse de comercializar productos de la competencia (Steffen, 2015).

## **2. Régimen de cláusulas abusivas**

Los contratos en la actualidad, pueden ser divididos en tres grandes especies o tipos en relación con la forma en que se contrata. Ello así, pueden distinguirse los contratos paritarios, es decir, aquéllos en los cuales las partes contratantes poseen un mismo poder negocial, lo cual permite que consensúen el contenido de la trama contractual.

Una segunda especie, la denominada contratos por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales, correspondiendo a aquéllos en los cuales una parte que tiene mayor poder de negociación respecto de su contraparte, lo que le permite formular el contenido de la trama contractual y, en razón de ello, su contraparte sólo puede aceptar o rechazar la oferta formulada, sin poder influir en el contenido del contrato.

En relación a la tercera categoría a la que nos venimos refiriendo, nos hallamos ante los contratos de consumo. Ellos, las más de las veces, se encontrarán configurados mediante contratos por adhesión a condiciones generales predispuestas, pero se diferencian de los anteriores en que en estos últimos una de las partes es consumidor o usuario, en los términos del art. 1º de la ley 242.40, en tanto que el otro es proveedor (Ferrer de Fernández, 2015).

Por lo que el elemento central para la configuración de la cláusula abusiva es que importa un verdadero desequilibrio entre los derechos y obligaciones que de ella emanan, en detrimento de la parte negocialmente más débil. Aunque no se debe tratar de cualquier desequilibrio, sino de aquel que resulte manifiesto en el contrato.

La cláusula abusiva, por tanto, importa una desnaturalización del vínculo obligacional que violenta, como tal, la buena fe que debe primar en toda relación jurídica, y que, por tanto, no requiere prueba de la mala fe, pues para nosotros la sola existencia del desequilibrio

del vínculo obligacional en detrimento del débil del negocio importa de por sí una prueba clara de la mala fe, ello en función del ejercicio ilegítimo de la posición dominante que se demuestra con la configuración de la cláusula abusiva (Ferrer de Fernández, 2015).

### **Conclusión**

Por lo tanto en el presente Trabajo podemos señalar que, sin duda alguna, el derecho privado no puede permanecer estático frente a las grandes evoluciones de la vida social. Por el contrario, si alguna disciplina está llamada a atender las exigencias de la contemporaneidad, es la disciplina que regula las relaciones elementales entre los seres humanos. En este sentido, el derecho privado ha cumplido su papel, realizando grandes aportes a la disciplina jurídica que, incluso hoy, dan contenidos a normas de raigambre constitucional y, por tanto, debe ser un ordenamiento sujeto a los cambios y transformaciones que se requieran para cumplir las necesidades de justicia.

Por otro lado hablamos de la protección de los consumidores y usuarios, tratando de dejar en claro que las relaciones jurídicas en las que son partes los consumidores y usuarios estén caracterizadas por las notas de igualdad, equilibrio y buena fe que impone el orden público y la protección de las leyes nombradas en el capítulo, impidiendo de esta manera que la desigualdad en la que se encuentran los mismos al relacionarse jurídicamente y contractualmente con las empresas pueda suponer indefensión efectiva de la parte más débil.

En relación a la contratación electrónica representa una nueva forma de expresar la voluntad de las partes, producto del desarrollo de la tecnología, en búsqueda de facilitar la transmisión de mensajes y agilizar las transacciones jurídicas comerciales.

El legislador ha definido a la persona jurídica demarcándose el principio de separación diferenciada con respecto a sus miembros, quienes no responden por las obligaciones de éstas, excepto en la medida en que la ley lo disponga.

En efecto, no cabe duda que el daño que, eventualmente, pueda imputarse a los administradores, puede ser a título singular, por un tercero contratante con el ente social, como así también puede afectar a la propia persona, es decir no se puede hacer un uso desviado de la persona jurídica para lo cual fue creada.

Por último, los contratos de distribución, son mecanismos jurídicos que han surgido por iniciativa de las necesidades del mercado gracias a que los empresarios lo han usado en busca de una utilidad económica necesaria para expandir el alcance de sus negocios.

Surgiendo así la red de comercialización entre productores y distribuidores de productos y servicios y de ellos se trabajara para coordinar el trabajo de manera coordinada.

---

### **Referencias Bibliográficas**

• ÁLVAREZ LARRONDO, F. (2008). *"El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el Derecho del Consumo"*. La Ley .

- ANTONIO, B. (1993). "El Derecho del Consumidor".
- CROVI, L. D. (2017). LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS. *XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil .Comisión Nro. 2: PARTE GENERAL*, (págs. 8-9).
- FERRER DE FERNÁNDEZ, E. H. (2015). *El contrato de distribución comercial y su interpretación en el Código Civil y Comercial*. Obtenido de Cita Online: AP/DOC/737/2015: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/pacem/pdf/ferrer-de-fernandez-el-contrato-de-distribucion-comercial.pdf>
- FRANCISCO A. JUNYENT BAS, U. N. (2015). PRINCIPALES LÍNEAS SOBRE LA PERSONA JURÍDICA EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas - Unne*, Número 14, 68-69.
- GROVER, D. J. (26 de OCTUBRE de 2016). SAJ: *Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho Argentino*. Obtenido de [www.sajj.gob.ar](http://www.sajj.gob.ar) SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA
- Nacion, M. d. (04 de 05 de 2021). *Argentina.gob.ar*. Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/produccion/defensadelconsumidor/consumidores-y-consumidoras-hipervulnerables>
- STEFFEN, R. (25 de 06 de 2015). *Pensamiento Civil*. Obtenido de Libro Tercero de los "Derechos Personales", Título IV: de los "Contratos en Particular": <https://www.pensamientocivil.com.ar/>
- V.L, M. P. (1995). *Derecho Civil- Parte Gral*. Valencia.
- VÁZQUEZ FERREYRA, R. A. (16 de 06 de 2020). *LA LEY AR/DOC/2029/2020*. Obtenido de <http://cdi.mecon.gov.ar/bases/jurid/19405.pdf>
- VOLPE, E. A. (2019). La constitucionalización de los Principios Generales del Derecho Privado Argentino. *Revista de Derecho Civil*, 1.

# LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURIDICA –POR EL HECHO DE SU DEPENDIENTE– CONTRATO DE DISTRIBUCION

---

## THE RESPONSIBILITY OF THE LEGAL PERSON – FOR THE ACTION OF ITS DEPENDENT – DISTRIBUTION CONTRACT

---

**María Eugenia Cañada<sup>1</sup>**

---

### RESUMEN:

La creciente complejidad de los procesos de comercialización, requieren no solo un alto grado de especialización, sino también, nuevas políticas de expansión asumida por las empresas, las cuales actualmente se ven en la necesidad de satisfacer una demanda constante en diversos aspectos. Viéndose obligados a recurrir a nuevas formas de contratación que contemplen las diversas actividades de acuerdo a los fines para los cuales fueron creados.

El presente trabajo se centrará en analizar en primer lugar una de las nuevas modalidades de contratación que trajo la globalización, "contrato de distribución comercial", y cuál es la responsabilidad civil de la persona jurídica, sus administradores, representantes y puntualmente de los auxiliares.

Nos abocaremos a desentrañar la noción de contrato de distribución, para luego avanzar sobre sus caracteres, elementos, la forma en que estos acuerdos pueden ser consensuados, la realidad de las partes, sus derechos y obligaciones, finalizando con la responsabilidad de las partes integrantes, esto es, si son responsables frente a terceros, como dependientes, auxiliares.

### ABSTRACT

The growing complexity of the marketing processes requires not only a high degree of specialization, but also the expansion policies assumed by the companies, which currently have the need to satisfy a constant demand in various aspects. Being forced to resort to new forms of contracting that contemplate the various activities according to the purposes for which they were created.

The present work will focus on analyzing first of all one of the new contracting modalities that globalization brought, "commercial distribution contract", and what is the civil liability of the legal entity, its administrators, representatives and auxiliaries.

---

<sup>1</sup> Abogada, participante del Master en Derecho Empresarial, Universidad Blas Pascal, Proyecto de investigación en materia: derecho privado actual. Año 2022. correo electrónico: canadamariaeugenia@gmail.com.

We will focus on unraveling the notion of distribution contract, to then advance on its characteristics, elements, the way in which these agreements can be agreed upon, the reality of the parties, their rights and obligations, ending with the responsibility of the integral parts, that is, they are responsible before third parties, such as dependents, auxiliaries.

**PALABRAS CLAVE:** Contratos en el Código civil y comercial de la Nación. Contratos de distribución. Persona Jurídica. Capacidad Persona Jurídica. Principio de especialidad. Inoponibilidad Persona Jurídica. Responsabilidad Persona Jurídica. Responsabilidad de los administradores y representantes. Responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de su dependiente. Auxiliares.

---

**KEY WORDS:** Contracts in the National Civil and Commercial Code. Distribution contracts. Legal person. Legal Person Capacity. Specialty principle. Legal Person Unenforceability. Legal Person Liability. Responsibility of administrators and representatives. Responsibility of the legal entity for the act of its dependent. Auxiliaries.

## **I. Introducción**

Los avances industriales, comerciales y tecnológicos, trajeron aparejados nuevas formas de contratación y, en consecuencia, nuevos sujetos intervinientes en estas modalidades, la producción, distribución y comercialización de bienes y la prestación de servicios, se materializa cada vez más a través de personas distintas al deudor contractual. Muchas actividades que conformaban la cadena de comercialización han sido abiertamente reemplazadas por la actividad empresarialmente organizada.

Para llevar a cabo las prestaciones de la relación obligatoria y para dar satisfacción a los distintos intereses de las partes contratantes y de terceros ajenos, el empresario, necesita de la colaboración de terceros auxiliares, esto es, de sujetos, dependientes o no, que ejecuten materialmente las prestaciones comprometidas.

Entendiendo que "el hecho de que una persona preste servicios para otra trae aparejado la responsabilidad de la persona jurídica por estos sujetos, contractual o extracontractualmente, negar ello, sería tanto como negar la existencia misma de la empresa, lo que resultaría inconcebible"

Hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, no existía en nuestro derecho positivo norma expresa que regulara sistemáticamente la cuestión en tratamiento.

Con la entrada en vigencia del nuevo código civil y comercial, se logró la unificación del derecho civil con el derecho comercial, como bien se indicó en el material de estudio del presente módulo, "Esto no significa, de todos modos, que el Derecho Civil haya perdido su calidad de Derecho Privado común y que el derecho comercial subsista como una entidad científica, conservando así su plena autonomía didáctica.(...)" .

A su vez, la globalización, los avances tecnológicos, cambios sociales, conlleva una variación en las formas de contratación, incluyendo nuevas, a las cuales el derecho no

puede ser indiferente, y teniendo que amparar estos “nuevos contratos” dentro de las modalidades reguladas.

Dentro de estas nuevas modalidades de contratación encontramos el contrato de distribución que vincula la forma de actuación que puede llevar a cabo una persona jurídica.

Ahora bien, dentro de los sujetos comprendidos como partes contratantes, encontramos a una persona jurídica, o en algunos casos más, por lo cual se deberá analizar y tener en cuenta cuál es la capacidad de contratación de este sujeto de derecho, y cuál es la responsabilidad ante las distintas eventualidades que se puedan presentar, y si se extiende la misma a los representantes, administradores y auxiliares, y en su caso que tipo de responsabilidad tienen.

## **II. Contrato de Distribución. Definición. Partes integrantes del contrato. Clausulas Frecuentes.**

El contrato de distribución comercial es una herramienta creada por el dinamismo de la actividad comercial. Junto con el leasing, franchising, factoring, y otros tipos contractuales, son figuras innominadas en nuestro ordenamiento jurídico. Ello significa que el legislador no ha receptado estas figuras de forma de hacerlas jurídicamente aplicables a partir de tipos legales preexistentes, sino que su aplicación deriva de la propia práctica mercantil y del principio general del derecho que todo lo que no está prohibido se halla permitido. La figura fue definida por la doctrina como el *“contrato por el cual el productor o fabricante convienen el suministro de un bien final al distribuidor, quien adquiere el producto para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona determinada, y a cambio de un porcentaje que puede consistir en un descuento sobre el precio de venta del producto.*

Se lo puede definir como el contrato en virtud del cual un comerciante independiente (el Distribuidor) en nombre propio y por su cuenta y riesgo, promueve la introducción en un mercado determinado, un cierto producto del fabricante o productor, mediante un sistema de reventas, previamente planificadas en cuanto a precio, tiempo determinado y generalmente sujeto a un régimen de exclusividad para una, otra o ambas partes.

La mayoría de las veces resulta una forma de comercialización que involucra como partes integrantes del contrato: al distribuidor y a una persona jurídica (Empresa). Mediante ellos, una empresa, recurriendo a otras empresas o personas, obtiene que su producción en masa llegue con más facilidad a distintos lugares y a los más diversos clientes.

En conclusión, el distribuidor es un **agente auxiliar** de comercio que negocia contratos a nombre y por cuenta del fabricante, industrial o comerciante. Se retribuye por una comisión por venta o por oferta en firme conseguida, y es un agente auxiliar de comercio. Dentro de los caracteres del contrato de distribución podríamos decir que es de carácter esencialmente mercantil: se encuadra este contrato dentro de la categoría de los “contratos de empresa”. Es un contrato de adhesión: la practica ha mostrado que son las empresas productoras de los bienes a distribuir las que establecen las cláusulas por las cuales se guiará la relación contractual, quedándole así al distribuidor sólo la posibilidad de aceptarlas. Es un contrato atípico: por cuanto en nuestra legislación. Intuitu personae: en estos contratos la persona del distribuidor es especialmente tomada

en cuenta, tanto sus características personales, patrimoniales y morales, el empresario – fabricante toma en consideración lo anterior para decidir la suscripción. Consensual: porque se perfecciona con el mero consentimiento expresado por las partes. Bilateral: este contrato impone obligaciones a las dos partes, las cuales pueden consistir en dar, hacer o no hacer. Oneroso: la onerosidad se encuentra presente en el contrato de distribución, ya que la prestación de una de las partes necesariamente debe ser correspondida con la contraprestación de la otra. En este sentido el distribuidor obtiene una ventaja económica consistente en lo que los terceros pagarán por sus servicios o por los productos prestigiosos del proveedor; así el proveedor recibe la compensación del distribuidor, limita su riesgo comercial y aumenta su penetración en el mercado. En este sentido al ser un contrato oneroso le son aplicables las normas de la garantía de evicción, vicios redhibitorios y la teoría de la imprevisión. Conmutativo: desde el momento en que se da la contratación las partes están enteradas de las ventajas, derechos y obligaciones, y aunque como en toda actividad empresarial hay una incertidumbre, es derivada del riesgo propio del negocio. No formal: el contrato de distribución es un contrato cuyo perfeccionamiento impera el principio de libertad de las formas pudiendo concluirse aun verbalmente, sin embargo, la carencia de instrumentación por escrito, pone a cargo de la jurisdicción una dificultosa tarea para su interpretación y para la dilucidación de las obligaciones oportunamente contraídas por las partes. Tracto sucesivo: se origina una relación destinada a prolongarse en el tiempo, no pudiendo cumplirse el objeto del contrato mediante uno o más actos determinados.

Pese a ser la distribución el “género” y la concesión la “especie”, las normas de este último se aplicarán al primero, (artículo 1511 CCCN), en cuanto fuere pertinente. Ante el vacío legal, en todo aquello que no fuere pertinente la aplicación de las normas de la concesión, se tomarán en cuenta las pautas construidas durante mucho tiempo por la doctrina y jurisprudencia.

### **III. Persona Jurídica. Principio de Especialidad. Inoponibilidad de la Persona Jurídica.**

Simplemente procederé a definir conforme lo establece nuestro Código civil y comercial de la Nación, considerando que, en el tema a desarrollar, la persona jurídica, aparece como uno o ambos sujetos contratantes, esto el distribuidor como auxiliar y el concedente como persona jurídica, a partir de ello merece detenernos en el análisis de ¿quiénes son?, ¿cuál es la capacidad?, y ¿cómo deben responder?

El art. 141 del CCCN define: *“Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.*

Del artículo citado deriva el Principio de especialidad –prohibición que pesa sobre la persona jurídica de realizar actos que sean extraños al objeto propuesto. (NISSSEN, 2017) Art. 143 del CCCN, *“La persona jurídica tiene una personalidad distinta a las de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica (...)”* – Principio de separación patrimonial que fundamenta la existencia misma de la personalidad diferenciada atribuida,

Inoponibilidad de la persona jurídica Art 144 CCCN, *“La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica , constituye un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa*

*a quienes a título de socios, asociados, miembros o colaboradores directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados (...)*”- esa personalidad diferenciada es otorgada a las personas jurídicas siempre que sus actos estén dirigidos a cumplir con los fines lícitos predeterminados, (Art 54 Ley 19.950) (BUTTY, V Congreso de Derecho Societario,)

En virtud de ello, el representante, administrador, dependiente que realizó actos ajenos al objeto social será responsable ante el tercero a título personal.

#### **IV. Responsabilidad de la Persona Jurídica. Responsabilidad de administradores y representantes. La responsabilidad de la Persona Jurídica por el hecho de sus auxiliares.**

El CCCN establece una separación entre el régimen interno de responsabilidad, que relaciona a la persona jurídica con sus miembros y administradores, y el régimen externo que vincula a todos ellos con terceros.

En función de ello, queda establecido qué actos obligan a la persona jurídica, cuándo y quienes deberán responder ante un eventual incumplimiento, y quiénes y cómo responderán ante la violación del deber genérico de no dañar a otro. Para ello se determina qué actos deben ser imputados a la persona jurídica, y si son responsables los administradores, representantes, y más precisamente al caso en cuestión, los auxiliares.

El art. 160 del CCCN, establece que *“Los Administradores responden de manera ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones por acción u omisión.”* - Ello en concordancia con lo establecido en el art. 59 y 274 de la ley 19.950

Representación Funcional de la persona jurídica, que es ejercida por gerentes, empleados, de conformidad al funcionamiento operativo específico que cada ente adoptase y dentro del ámbito de su función.

La figura del auxiliar comprende al dependiente, y se admite la existencia de colaboradores (o ayudantes) y sustitutos, autónomos o independientes. Ahora bien, que corre con los actos realizados por el auxiliar, ¿obligan a la persona jurídica? Hay que analizar los siguientes supuestos: a) la existencia de una obligación específica entre deudor y acreedor, el auxiliar es un tercero ajeno; b) La prestación comprendida por el deudor no debe ser intuitu personae; c) La relación de causalidad adecuada entre la prestación contraída por el deudor y el daño causado derivada de la acción u omisión del auxiliar; d) incumplimiento absoluto o relativo del auxiliar.

Responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de sus auxiliares. (Art. 732 CCCN) Actuación de auxiliares. Principio de equiparación. *“El incumplimiento de las personas de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado.”*

En consecuencia, por el principio de equiparación se considera al auxiliar como una extensión propia del deudor. Por lo cual debe responder ante el acreedor por las consecuencias dañosas provocadas por las tareas realizadas por ese auxiliar.

Nuestro código de fondo, en el Art. 1753 y art 1763, establecen lo mencionado ut supra,

respecto que la persona jurídica será responsable por los daños que causen quienes las dirigen, o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones. A ello, en el presente trabajo agregamos la responsabilidad de la persona jurídica por los hechos causados por sus auxiliares, considerándolos colaboradores, y dependientes, que reemplazan a la misma en la realización de las prestaciones.

El nuevo Código consagra expresamente la responsabilidad contractual de "*las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones*". En cuanto al factor de atribución aplicable, en ambos, es objetiva con fundamento al deber de garantía, que se sustenta en la idea de riesgo creado, pues la utilización de terceros en el tramo de cumplimiento de la obligación implica la posibilidad concreta de una actuación deficitaria que lesione el derecho de crédito. (Pizarro R. D., pág. 74)

*Art. 1753 CCCN, "Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas"*

La responsabilidad se proyecta no solo como consecuencia del cumplimiento de la prestación, (cuya consumación se identifica con el objeto para el cual fue creada la persona jurídica) sino también la inexecución de deberes de conducta vinculado con los intereses de los acreedores, consumidores, por ejemplo, el deber de seguridad. (Pizarro R. D., "Tratado de la responsabilidad objetiva", LL, tomo II pág. 41., 2015)

De allí que la inexecución de cualquiera de ellos habilitará al acreedor a ejercer contra el deudor (persona jurídica) y contra el tercero ejecutor (auxiliar), de modo concurrente, las acciones para exigir el cumplimiento forzoso, en especie o por equivalente dinerario (recurriendo a los mecanismos de la tutela satisfactiva del crédito), la resolución del negocio (tutela resolutoria) o los daños y perjuicios derivados del incumplimiento (tutela resarcitoria).

Cuando las obligaciones que emergen del contrato se cumplen a través de un tercero (auxiliar), como en todo negocio jurídico, aunque el ejecutor material sea un tercero, subsiste la obligación del deudor en cuanto al cumplimiento de las prestaciones expresa o tácitamente comprometidas en el negocio, es decir, tanto los atinentes al abastecimiento de los intereses de prestación, como los destinados a garantizar la indemnidad de las personas y otros bienes del acreedor (deberes de protección).

La conducta asumida por el deudor y llevada a cabo por un tercero, podrá ser obligaciones de dar, de hacer o de no hacer y comprometer exclusivamente los medios o garantizar un resultado concreto. Frente a ello, en las primeras, el deudor cumplirá la prestación asumida con una conducta diligente que no frustre el resultado esperado por el acreedor, de allí que el factor de atribución, es subjetivo con fundamento en la culpa. Para demostrar el incumplimiento no será suficiente probar que no se produjo el resultado, sino que deberá acreditarse que ello sucedió por culpa de la persona jurídica, precisamente del distribuidor. Y en las segundas, cuando la obligación es de resultado, la persona jurídica debe asegurar la satisfacción del interés de prestación, razón por la cual garantiza el logro, evidenciando la naturaleza objetiva de esta obligación. En este último caso, bastará al acreedor demostrar el mero incumplimiento del resultado asegurado

para que surja contra el deudor una presunción de adecuación causal, solo eximirle mediando prueba de una causa ajena. (Orgaz)

Cuando el deudor cumple la obligación a través de otro, la situación no se modifica, pues la invariabilidad de la estructura de la relación obligatoria -aun cuando la conducta resulte prestada por el auxiliar- hace que la persona jurídica continúe siendo *la única obligada negocial* frente al acreedor, garantizándole el cumplimiento efectivo de la actividad diligente o el resultado comprometido, según sea la naturaleza jurídica de la obligación asumida.

Se demuestra, de este modo, que la persona jurídica responde en base a un factor objetivo (la garantía por riesgo creado), cualquiera sea la naturaleza del deber prestado por el auxiliar. Y también queda en evidencia la necesidad de acreditar el incumplimiento en que incurra el auxiliar, para que emerja esa responsabilidad objetiva de la empresa.

Es por tal razón que hablamos de la existencia, en el caso, del factor *garantía*, pues, probado el incumplimiento material en que incurriese el tercero ejecutor (cualquiera sea la naturaleza de la obligación) surgirá la responsabilidad del deudor.

Por el contrario, cuando nos encontremos en el ámbito de la obligación de fines, bastará al acreedor la acreditar que no obtuvo del resultado garantizado por parte del tercero, para que se presuma objetivamente la responsabilidad del *deudor*.

En lo que respecta a la *obligación de seguridad*, también en virtud de la invariabilidad de la estructura obligatoria, aun cuando preste otra persona autorizada, como es el caso del auxiliar, su cumplimiento está garantizado por la persona jurídica, quien asumió este deber de protección, expresa o tácitamente, con independencia de quien resultara el ejecutor del deber de prestación.

Consecuentemente, el sólo hecho de que el tercero ejecutor produzca un daño adicional al acreedor, afectando sus intereses de protección, también generará en contra del deudor una presunción objetiva de adecuación causal.

La responsabilidad civil de la persona jurídica es siempre directa y objetiva, con fundamento en el riesgo creado. Es directa precisamente por ser la propia persona jurídica quien se expresa a través de sus órganos. Es siempre objetiva, desde que la persona jurídica no tiene voluntariedad propia y de allí que no pueda ser juzgada en orden a su culpabilidad. El fundamento es el riesgo creado.

Sin embargo, la doctrina no es pacífica sobre esta cuestión. Hay quienes consideran que el CCyC no hace referencia alguna al factor de atribución de responsabilidad, siendo aplicable, en consecuencia, la previsión contenida en el art. 1721 CCyC, que opera como norma de cierra, estableciendo que en caso de ausencia normativa, la responsabilidad debe entenderse que es de tipo subjetiva. (Pizarro R. D., "Tratado de la responsabilidad objetiva", , 2015)

Adhiero a la posición que sostiene la existencia de una responsabilidad *directa* del deudor, en todos los casos de incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sea por acto propio o por hecho ajeno. (Orgaz A. )

Efectivamente, es el deudor (persona jurídica) quien debe asumir de forma directa y personalmente, ante el acreedor, el pago de las obligaciones contractuales. Si luego incorpora a un tercero para la ejecución material, su papel como obligado *directo* permanece invariable.

Consecuentemente, cuando el deudor autoriza voluntaria-mente a otro para materializar la conducta que se ha obligado a prestar, otorga implícitamente al acreedor la garantía de que dicho tercero cumplirá exactamente los planes preconcebidos al celebrar el negocio. En este caso el agente resulta ser, simplemente, el causan-te material del incumplimiento, en tanto que la imputación jurídica, a título de responsabilidad, recaerá, directa y objetivamente, sobre otra persona diferente: el deudor. (Pizarro R. D., "Tratado de la responsabilidad objetiva", 2015, tomo II pág. 85, , 2015)

Otra de las cuestiones que no estaba exenta de polémica y controversia antes de la vigencia del nuevo código, era la vinculada con la naturaleza -aquiliana- de la responsabilidad del tercero ejecutor frente al acreedor, no obstante admitirse pacíficamente que deudor y tercero respondían concurrentemente por los daños ocasionados a aquél, solución que el nuevo régimen regula expresamente en el art. 1773.- (Pizarro R. D., "Tratado de la responsabilidad objetiva", 2015, tomo II pág. 85, , 2015)

Art. 1763 CCCN, "*Responsabilidad de la persona jurídica- La persona jurídica responde por los daños que causen quienes la dirigen o administren en ejercicio o con ocasión de sus funciones*".

Tratándose de una responsabilidad concurrente, la persona jurídica, y auxiliar, ambos gozarán de acciones de repetición cuya extensión deberá calibrarse a través de la incidencia causal que su respectiva actuación haya tenido en la producción del daño. (Pizarro R. D., "Tratado de la responsabilidad objetiva", tomo II pág 90.-)

## V. Conclusión

En el presente trabajo se analizó como el éxito empresarial viene acompañado por diversos factores que incluyen entre ellos el crecimiento organizacional de la estructura, para desarrollar de una manera eficaz y responsablemente su actividad y así alcanzar los objetivos de rentabilidad propuestos, en estos casos la empresa se ve obligada a delegar prestaciones a cargo de terceros, esto es incorporar nuevos sujetos intervinientes, en las diversas actividades que hacen a finalidad preestablecida, la producción, distribución y comercialización de bienes y la prestación de servicios, lo que implica, en definitiva nuevas modalidades de contrataciones.

En el caso objeto de análisis, la figura del contrato de distribución, que, es aquel en virtud del cual una de las partes, denominada distribuidor, se obliga a adquirir de la otra parte, denominada distribuido, bienes o servicios, para su posterior colocación en el mercado, por cuenta y riesgo propio, estipulándose como contraprestación de la intermediación un beneficio o margen de reventa. Nuestra jurisprudencia ha definido el contrato de distribución, *el contrato de distribución es un contrato consensual que otorga al distribuidor el derecho de vender en un sector determinado, cuya ganancia consiste, generalmente, en la diferencia entre el precio de compra y el de venta, denominado impropriamente comisión y más acertadamente de reventa.*

Dentro de los sujetos que intervienen en el contrato encontramos: al **DISTRIBUIDO**: es el *productor o fabricante* y es quien produce los bienes y servicios y los provee con carácter estable y duradero. Y al **DISTRIBUIDOR**: es quien adquiere los bienes y servicios para su comercialización en el mercado, que compromete toda su estructura a la venta. Es autónomo e independiente por lo que resulta responsable por la calidad de los productos.

Como se indicó en el desarrollo del trabajo, dentro de las partes intervinientes del contrato podemos encontrar a una persona jurídica, definida en el art. 141 del CCCN, "*Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación*". Determinando cuál es la capacidad de este sujeto de derecho, esto es la prohibición que pesa sobre la persona jurídica de realizar actos que sean extraños al objeto propuesto, preestablecido al momento de creación. como así también la personalidad diferenciada que tiene la persona jurídica respecto a sus miembros. "Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica (...)" Art. 143 CCCN.

Ahora bien, todo este análisis conceptual, finaliza en la responsabilidad de la persona jurídica por los hechos de sus dependientes, y dentro de ellos, de los auxiliares. El Art. 1753 CCCN, prescribe la "*Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas*", y el Art. 1763 CCCN, puntualmente respecto a la "*Responsabilidad de la persona jurídica- La persona jurídica responde por los daños que causen quienes la dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones*".

La responsabilidad de la persona jurídica será directa y objetiva, con fundamento en el riesgo creado. Es directa precisamente por ser la propia persona jurídica quien se expresa a través de sus órganos. Es siempre objetiva, desde que la persona jurídica no tiene voluntariedad propia y de allí que no pueda ser juzgada en orden a su culpabilidad. El fundamento es el riesgo creado.

Cuando la persona jurídica, deriva prestaciones que hacen a los fines preestablecidos de la empresa a terceros, auxiliares, como ocurre en los contratos de distribución, como en todo negocio jurídico, aunque el ejecutor material sea un tercero, subsiste la obligación del deudor en cuanto al cumplimiento de las prestaciones expresa o tácitamente comprometidas en el negocio, es decir, tanto los atinentes al abastecimiento de los intereses de prestación, como los destinados a garantizar la indemnidad de la personas y otros bienes del acreedor, la empresa, como deudora, debe responder por los actos de incumplimiento, o daños ocasionados por su dependiente, a los acreedores.

Art. 732 CCCN, Principio de equiparación. "*El incumplimiento de las personas de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado.*"

La responsabilidad de la empresa será directa, con un factor de atribución objetivo con fundamento en el riesgo creado, y el auxiliar (distribuidor) y atendiendo a las circunstancias del caso el auxiliar, a su vez podrá ser responsable con un factor de atribución subjetiva, con fundamento en la culpa,

Tratándose de una responsabilidad concurrente, la persona jurídica, y auxiliar, ambos gozarán de acciones de repetición cuya extensión deberá calibrarse a través de la incidencia causal que su respectiva actuación haya tenido en la producción del daño.

---

### Referencias Bibliográficas

---

- BUTTY, E. M. (V Congreso de Derecho Societario,). *"Inoponibilidad"*. 643.
- Carlos, P. S.-C. (s.f.). *Contrato de Distribución*, en *"Contratos de Empresa"*. II Jornadas Rioplatenses, p. 173.
- NISSEN, R. (2017). *"Ley de Sociedades Comerciales: comentada, anotada y concordada"*. Ed. La Ley, Buenos Aires.
- Orgaz. (s.f.). *Responsabilidad por hecho ajeno*, .
- Orgaz, A. (s.f.). *"Responsabilidad por hecho ajeno"*, LL, 50-255; ídem CSJN, LL, 43-891.-.
- Pizarro, R. D. (s.f.). *"Tratado de la responsabilidad objetiva"*, tomo II pág 90.-.
- Pizarro, R. D. (s.f.). *"Tratado de la responsabilidad objetiva"*, tomo II pág 90.-.
- Pizarro, R. D. (2015). *"Tratado de la responsabilidad objetiva"*, . pág, 77 nota 116.-.
- Pizarro, R. D. (2015). *"Tratado de la responsabilidad objetiva"*, LL, tomo II pág. 41,.
- Pizarro, R. D. (2015). *"Tratado de la responsabilidad objetiva"*,2015, tomo II pág. 85, .
- Pizarro, R. D. (s.f.). *"Tratado de la responsabilidad objetiva"*, Tomo II Pág 74.

# AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL EN EL DIPr. COMO FUENTE DEL DERECHO, MARCO LEGAL Y SU APLICACIÓN COMO RECURSO PARA EVITAR Y SOLUCIONAR CONFLICTOS CONTRACTUALES

---

AUTONOMY OF CONTRACTUAL WILL IN THE DIPr. AS A SOURCE OF LAW, LEGAL FRAMEWORK AND ITS APPLICATION AS A RESOURCE TO AVOID AND SOLVE CONTRACTUAL CONFLICTS

---

Duilio Moreno Del Papa<sup>1</sup>

---

*“Reconocer a las partes interesadas la facultad de elegir el derecho que regule su relación contractual privada internacional es un gran adelanto legislativo acorde a la realidad jurídica mundial y la que se refleja en los tratados internacionales actuales que regulan la materia”<sup>2</sup>.*

**Dr. Carlos Echegaray de Maussión**

## RESUMEN:

El principio de la autonomía de la voluntad tuvo un gran avance a nivel mundial que repercutió, repercutió y repercutirá en todos los contratos internacionales, teniendo una relación directa tanto con el derecho internacional privado autónomo como el convencional. El objetivo del presente trabajo es dar un marco jurídico, parte de la doctrina como así también la recepción jurisprudencial que tiene a los fines de valorar la importancia de dicho principio, la importancia de éste para poder crear normas materiales y conflic-

---

<sup>1</sup> Abogado. Maestrando en Derecho Empresario. Mail: dmorenodelpapa@morenodelpapa.com

<sup>2</sup> Echegaray de Maussión, Carlos. (2014). Revista de Derecho Internacional Privado de la Universidad Blas Pascal. Córdoba. Argentina.

tuales que regulen las relaciones y crear derecho a fin de evitar o solucionar conflictos contractuales.

#### ABSTRACT

The principle of the autonomy of the will had a great advance worldwide that had an impact, has an impact and will have an impact on all international contracts, having a direct relationship with both autonomous and conventional private international law.

The objective of this work is to provide a legal framework, part of the doctrine as well as the jurisprudential reception that it has in order to assess the importance of said principle, its importance in being able to create material and conflictual norms that regulate relationships and create rights in order to avoid or resolve contractual conflicts.

### I. Introducción

El gran avance y desarrollo del comercio Internacional en la actualidad, nos lleva a estar en comunicación y en contacto con otras personas que pueden encontrarse o no al otro lado del planeta. Asimismo, la velocidad de la información y el aumento de intercambios comerciales, beneficiados por una vorágine tecnológica que aumenta de manera considerable el número de conflictos que se plantean en el comercio internacional.

Esta situación nos hace plantear el tema de la autonomía de la voluntad, en materia contractual que brinda la posibilidad a las partes de tomar sus propias decisiones en el ámbito patrimonial, pudiendo elegir el derecho que va a regular el contrato o elaborar las normas que van a regir el mismo.

Se analizará la regulación de este instituto en el ámbito del Derecho internacional privado de fuente autónoma como convencional evaluando el uso de este por las partes de un contrato y su recepción normativa y doctrinaria.

¿Cuál es el alcance y sentido que tiene el principio de la Autonomía de la Voluntad como fuente del Derecho, en aras de prevenir conflictos en materia contractual internacional? ¿Realmente se utiliza al máximo de sus posibilidades en la práctica?, ¿Ejercemos realmente este principio tan importante como fuente del derecho? ¿El abogado de ayer, de hoy, utiliza estas herramientas para prevenir los conflictos?, ¿Les brinda esta posibilidad a las partes?

Saber cómo y qué importancia tiene la autonomía de la voluntad en nuestra legislación permitirá tener un conocimiento global del tema para luego poder transmitirlo y volcarlo al instrumento jurídico deseado.

### II. Marco Normativo

La autonomía de la voluntad es un principio fundamental del derecho internacional privado que permite a las partes elegir la ley aplicable a sus relaciones jurídicas internacionales. En el plano nacional e internacional, existen diferentes normas y convenios que regulan esta cuestión.

**1. Derecho internacional privado autónomo:** la autonomía de la voluntad se encuentra regulada en la mayoría de los códigos civiles de los países, incluyendo el código civil y comercial de la nación argentina. En el caso argentino, el código civil y comercial de la Nación establece las reglas para la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales, así como los criterios para la determinación de esta en ausencia de elección.

La autonomía de la voluntad contractual se encuentra incorporada en el ordenamiento jurídico argentino a través del código civil y comercial de la Nación, sancionado en el año 2014 mediante la ley 26.994. El artículo 958 del código establece que las partes pueden establecer los términos del contrato con libertad, dentro de los límites de la ley, la moral y las buenas costumbres.

En cuanto al marco normativo que regula la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, este puede encontrarse tanto en plano autónomo como el convencional. Respecto del primero, el código civil y comercial argentino establece en su articulado: Relacionado al derecho aplicable:

ARTICULO 2651.- Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.

El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:

- a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros;
- b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario;
- c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido;
- d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato;
- e) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso;
- f) los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno;
- g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país.

Este artículo no se aplica a los contratos de consumo.

El artículo 10 del código civil y comercial de la Nación reconoce la capacidad de las personas para disponer libremente de sus derechos siempre que no afecten el interés público, la moral ni perjudiquen a terceros, refiriéndose a los casos de abuso de derecho.<sup>3</sup>

**2. Derecho internacional privado convencional**, la autonomía de la voluntad está regulada por diferentes convenciones y tratados internacionales, que buscan armonizar las normas aplicables a los contratos internacionales y promover la libertad de las partes para elegir la ley aplicable. Algunos de los principales instrumentos internacionales que regulan la autonomía de la voluntad son:

- La Convención de La Haya sobre los contratos de compraventa internacional de Mercaderías de 1980.<sup>4</sup> (Art. 6)
- La Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de agencia de 1978.<sup>5</sup> (Art. 5)
- Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1986.<sup>6</sup> (Art. 7)
- El Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.<sup>7</sup> (Art. 3)
- El Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).<sup>8</sup> (Art. 3)

Si bien Argentina no forma parte de la comunidad europea, se cita este reglamento a los fines de mencionar también la activa participación de este principio en otras regiones y comunidades.

### 3. Principios UNIDROIT

Como sabemos, existen normas o principios en el ámbito jurídico, que no tienen carácter obligatorio o vinculante, pero que se utilizan habitualmente con cierta autoridad en la práctica.

Dentro de los principales conocemos a los principios UNIDROIT, desarrollados por el Instituto internacional para la unificación del derecho privado. Los cuales se utilizan como referencia o guías en la resolución de conflictos legales y en la redacción de contratos internacionales.

Estos principios, intentan generar un marco neutral y equilibrado con aplicación a nivel internacional, teniendo en cuenta los diferentes sistemas jurídicos y las prácticas

3 Código Civil y Comercial de la Nación. (2015). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/textact.htm#4>

4 Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: Naciones Unidas. (1980). Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/190000-194999/192130/norma.htm>

5 Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación. Haya. 1978 Recuperado de <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=89>

6 Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Distribución. Haya.(1986), Recuperado de <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=61>

7 Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Organización de las Naciones Unidas. (1980). Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A41980A0934>

8 Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, (2008), sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) Recuperado de [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF)

comerciales internacionales. Si bien no tienen fuerza legal, ya que no se encuentran incorporados a ningún cuerpo normativo, se utilizan como fuente auxiliar en la interpretación y aplicación del derecho internacional privado.

El primer artículo de estos principios hace referencia a la libertad de contratación como principio fundamental del derecho internacional. "Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido".

Los comerciantes gozan del derecho de decidir libremente a quien ofrecer sus mercaderías o servicios y por quien quieren ser abastecidos, también tienen la libertad de acordar los términos de cada una de sus operaciones.<sup>9</sup>

### III. Doctrina

Existe una extensa doctrina, ya sea en el plano nacional como internacional, respecto a la importancia de la autonomía de la voluntad en el marco contractual, en el ámbito de las relaciones privadas y que sirve como fuente de Derecho.

A continuación, citaré parte de la más importante doctrina al respecto:

La Dra. Dreyzin de Klor plantea que, en este orden de ideas, incorporar el principio importa receptar uno de los axiomas rectores de la contratación internacional ya que aporta no solo previsibilidad sino mayor certeza y seguridad a las partes en sus relaciones comerciales. Si bien la autonomía de la voluntad reconoce carta de ciudadanía en la república desde hace mucho tiempo por el peso de la doctrina y la vasta recepción jurisprudencial, el hecho de haber sido plasmada normativamente es un avance notorio y de significativo alcance.<sup>10</sup>

En tanto la Dra. Iud Carolina concluye, que la consagración expresa de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, tanto en sentido conflictual como material, receptando las soluciones ya imperantes en la doctrina y jurisprudencia argentina, constituye un gran avance en términos de claridad y certeza y, salvo algunas soluciones específicas, se estima altamente satisfactoria la regulación. No obstante, quedan abiertas algunas cuestiones cuyas soluciones seguramente se irán delineando con el paso del tiempo a medida que los jueces sean llamados a resolverlas<sup>11</sup>

Cómo establecen las autoras Feldstein de Cárdenas, Sara L. - Rodríguez, Mónica S. - Medina, Flavia A. - Scotti, Luciana B. - Klein Vieira, Luciane, en EL ROL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS, en las empresas en las que la naturaleza de las mismas, no lleva a las leyes del consumidor, se encuentran en condiciones de sopesar, de controlar la plena vigencia del ejercicio del principio de autonomía de las partes, incluyendo el modo de resolver sus conflictos.

En este sentido, la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado en la mesa redonda sobre comercio electrónico (Ginebra, 1999) recomendó que, en relación con las

---

9 Instituto Nacional para la Unificación del Derecho Privado. Principios sobre los contratos comerciales internacionales. 2001 -Roma-Italia. Recuperado de <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>

10 Adriana Dreyzin de Klor e Ilse Ellerman. La Contratación Internacional a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Citar: elDial DC1EEB Publicado el: 30/04/2015 copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

11 Iud, Carolina, (2016). Autonomía de la voluntad en materia de la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación. Cita Online: AP/DOC/823/2016. Recuperado de: <http://catedradipr.org/diprwp/wp-content/uploads/2015/11/Autonomia-de-la-voluntad-en-materia-de-la-determinacion-del-derecho-aplicable-a-los-contratos1.pdf>

operaciones de estas empresas, la autonomía de la voluntad de las partes continúa siendo el principio rector tanto respecto de la jurisdicción competente como de la ley aplicable.<sup>12</sup>

En cuanto a la doctrina, se destaca también la opinión de Boggiano, quien señala que "la autonomía de la voluntad es un principio fundamental del derecho internacional privado, ya que permite a las partes elegir la ley aplicable y el juez competente en sus contratos internacionales, lo que reduce el riesgo de conflictos y contribuye a la seguridad jurídica en las relaciones comerciales internacionales"<sup>13</sup>

En referencia a los contratos laborales, el Dr. Oscar Gonzalez Pereira, en su ponencia del 33° Congreso de la AADI llevado a cabo en la ciudad de Neuquén en el año 2023, establece que "se encuentra admitida la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional, pero rescatando el principio receptado en el viejo artículo 3 de la LCT de la ley más favorable al trabajador. Este principio a mi entender se encuentra vigente en otras normas de la LCT, (juntamente con el de la irrenunciabilidad de derechos por parte del trabajador y la nulidad absoluta de todo acuerdo en contrario) y constituye una cuestión de principios de orden público internacional del derecho argentino con lo cual la autonomía de la voluntad es viable y admitida con base en el CCyCN, pero limitada en materia del contrato laboral".

Por lo expuesto, vemos que gran parte de la doctrina, pero también en los marcos normativos más importantes, tanto en el plano autónomo como en el convencional, la autonomía de la voluntad se encuentra regulada por diferentes normas y convenios que buscan armonizar las normas aplicables a los contratos internacionales y promover la libertad de las partes para elegir la ley aplicable.

#### **IV. Autonomía de la voluntad como creadora de normas en el ámbito del Derecho Internacional Privado.**

La autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado puede ser considerada como creadora de diferentes tipos de normas. En este sentido, regulan y disponen cada uno de los tratados y convenciones citados *ut supra*.

Esta creación, tiene directa conexión con los contratos internacionales ya que permite a las partes crear normas que regulen su relación contractual, lo que no caben dudas de que es altamente beneficioso para ambas partes, según vimos en la doctrina expuesta, al permitirles adaptar el contrato a sus necesidades específicas y garantizar la certeza jurídica principalmente a la hora de prevenir o en la situación de que el caso llegue a mayores inconvenientes, poder resolver el conflicto según las normas acordadas entre las partes.

Dentro de la autonomía de la voluntad como creadora de normas, se puede diferenciar la autonomía conflictual y la autonomía material.

La autonomía conflictual se refiere a la facultad de las partes, de poder acordar entre ellas el derecho que va a regir para esa relación jurídica. Incluye normas dispositivas e imperativas del derecho elegido.

12 Feldstein de Cárdenas, Sara L. - Rodríguez, Mónica S. - Medina, Flavia A. - Scotti, Luciana B. - Klein Vieira, Luciane. (2012). EL ROL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. Cita: MJ-DOC-5844-AR||MJD5844

13 Boggiano, A. (2019). Derecho Internacional Privado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

En cambio, la autonomía de la voluntad material se refiere también a la facultad de las partes, pero en este caso de poder incorporar cláusulas creadas por ellas mismas, pudiendo dejar de lado incluso normas imperativas del derecho que hubiese correspondido y que queda de lado por las partes al ejercer dicha facultad.

#### **V. Importancia de la creación de normas mediante la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable.**

La creación de normas mediante este tan importante principio, en la elección del derecho aplicable es de suma importancia en el ámbito del derecho. Esta práctica se conoce como cláusula de elección de ley o derecho aplicable.

Como anticipábamos, la autonomía de la voluntad es un principio fundamental, es una fuente de vital importancia en el derecho privado, que permite a las partes involucradas en un contrato o acuerdo determinar las reglas que regirán su relación y solucionar cualquier controversia que pueda surgir. En este contexto, la elección de la ley aplicable es un aspecto clave para garantizar la seguridad jurídica y la eficacia de los contratos.

Si tenemos en cuenta lo que establece la conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en cuanto a este tema, El objeto esencial de los principios de La Haya consiste en promover la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos comerciales internacionales.<sup>14</sup>

Además, este principio permite a las partes determinar por sí mismas qué ley debe regir su relación contractual o jurídica para resolver los posibles conflictos que surjan entre ellas.

La elección de la ley aplicable permite a las partes determinar el marco jurídico en el que se regirá su relación contractual o jurídica, lo que puede resultar especialmente útil en casos en los que existen diferencias significativas entre las normas de los distintos países involucrados. De esta manera, se puede evitar que una de las partes sea perjudicada por la aplicación de una ley con la que no está familiarizada o que no se ajusta a sus intereses.

De igual manera, la elección del derecho aplicable a un contrato o acuerdo proporciona a las partes la posibilidad de seleccionar la legislación que regirá su relación legal. Esto es particularmente relevante en casos internacionales, donde los contratos pueden involucrar a partes de diferentes países con sistemas jurídicos distintos. Al elegir el derecho aplicable, las partes pueden tener en cuenta factores como la familiaridad con la legislación, la protección de sus intereses y la predictibilidad de los resultados legales. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable no es absoluta y está sujeta a ciertas limitaciones legales y consideraciones de orden público. Por ejemplo, en algunos casos, las leyes nacionales o internacionales pueden establecer normas imperativas que no pueden ser eludidas mediante la elección de las partes.

La creación de normas mediante la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable desempeña un papel fundamental en la configuración de las relaciones legales y comerciales. Proporciona flexibilidad y seguridad jurídica, permitiendo a las partes

---

<sup>14</sup> Hague Conference on Private International Law 2016. Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. Recuperado de : [assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf](https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf)

adaptar las reglas a sus necesidades y preferencias. Sin embargo, es necesario tener en cuenta las limitaciones legales y el respeto por el orden público al ejercer esta autonomía.

## **VI. Límites a la Autonomía de la Voluntad. Orden Público**

Solamente a modo de cita se expone la normativa vigente en el derecho autónomo respecto al orden público el cual vimos funciona como límite a la autonomía de la voluntad.

El problema de la razonabilidad del contacto entre algún elemento del contrato y el derecho elegido nos lleva por un natural declive del material utilizado como ejemplo a los límites que impone la autonomía de la voluntad, la noción de orden público internacional.<sup>15</sup>

Dentro del cuerpo normativo de nuestro Código Civil y Comercial y solamente a modo de cita de algún caso, ya que bien este podría ser otro tema de debate, el mismo dispone:

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.

ARTICULO 2599.- Normas internacionalmente imperativas. Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes.<sup>16</sup>

Estos son un claro ejemplo del límite impuesto a la autonomía que, por otro lado, es sumamente necesario que esté regulado para no caer en diferencias a la hora de intentar que la cuestión se resuelva lo más equitativamente posible.

## **VII. Conclusiones**

¿Cuál es el alcance y sentido que tiene el principio de la Autonomía de la Voluntad como fuente del Derecho, en aras de prevenir conflictos en materia contractual internacional? ¿Realmente se utiliza al máximo de sus posibilidades en la práctica?, ¿Ejercemos realmente este principio tan importante como fuente del derecho? ¿El abogado de ayer, de hoy, utiliza estas herramientas para Prevenir los conflictos?, ¿Les brinda esta posibilidad a las partes?

En primer lugar, se hace referencia que este tema fue tratado en el XXXIV Congreso Argentino de Derecho Internacional, en la sección de Derecho Internacional Privado, en la misma, llevado a cabo en la ciudad de La Plata, los días 7, 8 y 9 de septiembre de 2023 la que en sus conclusiones deja asentado la propuesta, confirmando lo que se plantea en el presente. El punto 3, inc. c de dichas conclusiones de la sección establece que afirma que el principio de la autonomía de la voluntad es de utilidad, especialmente en materia contractual, en tanto ayuda a prevenir y resolver conflictos, con las limitaciones legales y del orden público internacional.<sup>17</sup> Dichas conclusiones fueron aprobadas por la Asamblea Ordinaria de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

15 Kaller de Orchansky Berta. Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado. 1997 Editorial SUD AMERICA. Capital Federal-Argentina

16 Código Civil y Comercial de la Nación. (2015). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#4>

17 AADI (Asociación de Derecho Internacional), Conclusiones del XXXIV Congreso Argentino de Derecho Internacional. 2023. Recuperado de <https://aadi.org.ar/index.php?acc=doctrina>

Como queda expuesto, la creación de normas mediante la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable permite a las partes tener un mayor control sobre el proceso y el resultado de cualquier eventual disputa, esto en el caso de ya llegado el proceso, pero también es clave a la hora de intentar prevenir las mismas, está claro que puede contribuir a una mayor eficiencia y satisfacción en la resolución de conflictos internacionales. La autonomía de la voluntad como fuente del derecho implica que los acuerdos y contratos celebrados entre partes son una fuente legítima de normas jurídicas. Esto significa que las partes tienen la capacidad de crear derechos y obligaciones mutuas, y que los tribunales y los sistemas legales deben respetar y hacer cumplir estos acuerdos, siempre y cuando sean válidos y no infrinjan los límites impuestos por la ley. Como conclusión e intentando responder las preguntas enunciadas, podemos establecer que el alcance y sentido que tiene este tan importante y fundamental principio de la autonomía de la voluntad, como fuente del derecho es amplísimo. Particularmente considero que no se utiliza en esa amplitud y menos aún se ejerce en la mayor expresión que el mismo tiene ya que en casi todos los casos se deja librado a lo que establece la ley y no se hace uso de este, en una clara referencia al facilismo práctico, o porque no por desconocimiento de tal vital importancia. Se puede aseverar que en muchos de los casos el profesional actuante, no lleva a la práctica la utilización de esta fuente para darle mayor ejercicio de derecho a las partes y en aras de poder prevenir conflictos. Cuando como profesionales podamos ver y entender esta situación, recién ahí podremos decir que le estamos otorgando al que recibe nuestros servicios de toda la amplia gama de posibilidades para poder tener la mayor posibilidad de PREVENIR cualquier tipo de conflictos utilizando esta fuente de vital importancia. Imagínense además poder llevarlo al aula para que los futuros profesionales tengan esta amplitud de posibilidades que la Autonomía de la voluntad nos brinda como fuente del derecho.

En ese sentido tendremos en cuenta el rol del abogado "PREVISOR" de posibles conflictos y no tanto el rol de "SOLUCIONADOR" en el que vamos corriendo detrás del problema cuando éste ya ha acontecido. Ese rol significa un importante cambio en el modo de trabajo de la mayoría de los abogados, estimo es de gran importancia.

El rol de un abogado que conduzca a las partes a utilizar todas las herramientas que le otorgan los ordenamientos normativos, en este caso puntual la Autonomía de la Voluntad, como creadores de sus propias normas que rijan posibles conflictos, pero que principalmente los trate de evitar, es un rol fundamental que consiste en incentivar, transmitir a las partes y también traspasar el acuerdo de las mismas, transformándose en el CREADOR de las cláusulas de los contratos, que deberán ser claras y específicas, no dejando grises que puedan vulnerar a futuro el derecho de sus clientes.

Es por esto por lo que es importante que el abogado conozca a fondo el tema de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales ya que será quien les transmita sus conocimientos, pero a su vez quien volcará al instrumento el acuerdo, para que las partes puedan hacer un uso exhaustivo de sus derechos, sin dejar nada o lo menor posible librado al azar y poder decir de ese modo que han ejercido la autonomía de la voluntad en su máxima expresión.



# JERARQUIZACIÓN DE LOS ACREEDORES VULNERABLES Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

---

## HIERARCHISATION OF VULNERABLE CREDITORS AND THE JURISDICTIONAL FUNCTION

---

**María Cristina Matus<sup>1</sup>**

---

### 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

---

<sup>1</sup> 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 Nación<sup>2</sup> 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:

<sup>2</sup> 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 privilegios<sup>3</sup>. 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, Graziabile<sup>4</sup> 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 inejecutables<sup>5</sup>. Por su parte, el art. 743 del mismo cuerpo legal establece expresamente que el patrimonio del deudor es la garantía común de los acreedores<sup>6</sup>.

---

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 aquella<sup>7</sup>.

## 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*<sup>8</sup>.

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 absoluta<sup>9</sup>. Dice Villanueva<sup>10</sup>, 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"<sup>11</sup>. 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 sinalagmáticas<sup>12</sup>. Por su parte, el jurista italiano Pajardi<sup>13</sup> 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"<sup>14</sup>. 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 persona<sup>15</sup>. 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)<sup>16</sup>, en los cuales "los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos" (art. 2579 CCCN)<sup>17</sup>.

En materia concursal, el privilegio es un derecho que la ley establece a favor de determinados créditos para ser pagados con anterioridad a otros<sup>18</sup>. 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 tiempo<sup>19</sup>. Chomer<sup>20</sup> 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 exigibles<sup>21</sup>.

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 privilegios<sup>22</sup> 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 universal<sup>23</sup>.

### 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 privilegios<sup>24</sup>.

#### *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 acreedores<sup>25</sup>.

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' Relly<sup>26</sup> 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 sombra<sup>27</sup>.

#### *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 CCCN<sup>28</sup>. 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 privilegios<sup>29</sup>. 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 preventivo<sup>30</sup>. 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 prioridades<sup>31</sup>. 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.

Llambías<sup>32</sup> 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 determinadas<sup>33</sup>. 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 indica<sup>34</sup>. 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 efectivo<sup>35</sup>. 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' Relly<sup>36</sup>

---

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 adeuda<sup>37</sup>. 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 sostiene<sup>38</sup> 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 liquidado<sup>39</sup>.

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 individuales<sup>40</sup>. 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”<sup>41</sup>, 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 insoluto<sup>42</sup>.

#### *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 subordinación<sup>43</sup>.

### **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 especial<sup>44</sup>.

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

Raspall<sup>45</sup> 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 crédito<sup>46</sup>.

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."*<sup>47</sup>

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. Chiapero<sup>48</sup> 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 quirúrgica<sup>49</sup>.

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"<sup>50</sup>. 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"<sup>51</sup>. 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 Vulnerabilidad<sup>52</sup>. 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 CSJN<sup>53</sup> 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 Boquín<sup>54</sup>, 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 tésitura, 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 niño<sup>55</sup>, 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 consumidor<sup>56</sup>.

Enseña la Dra. Chiapero<sup>57</sup>, 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 leyes<sup>58</sup>.

### **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 reconozcan<sup>59</sup>, 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 vulnerable<sup>60</sup>.

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..."*<sup>61</sup>. 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..."*<sup>62</sup> (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 restrictiva<sup>63</sup>.

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.,<sup>64</sup> 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", 01/10/2013<sup>65</sup> 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 Gráfico<sup>66</sup>, 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 aplicados<sup>67</sup> (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 173<sup>68</sup> 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 Usandizaga<sup>69</sup> 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 Beneficencia<sup>70</sup>, 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 verificante 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”<sup>71</sup>, 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 contradictorios<sup>72</sup> 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 judiciales y sirve de argumento para relativizar el principio de paridad de los acreedores concurrentes<sup>73</sup>.

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”*<sup>74</sup>.

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 Cruelles, 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 dignidad<sup>75</sup>. 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 inferiores<sup>76</sup>, 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 salud<sup>77</sup>.

#### **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 individual<sup>78</sup>. 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*. 1ª Ed. Buenos Aires, Argentina: Astrea. ISBN 978-950-508-373-2. p. 2.

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

78 Bazán, V. (2013). *Derecho a la salud y justicia constitucional*. 1ª 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”<sup>79</sup>. “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”<sup>80</sup>.

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*”<sup>81</sup>. 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 dignidad<sup>82</sup>. 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 (...)*”<sup>83</sup>.

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](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...”*<sup>84</sup>. 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 provincias<sup>85</sup>.

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 vulnerabilidad<sup>86</sup>. 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”*<sup>87</sup>.

Destacan Zalazar y Herbas<sup>88</sup> 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-neoplasias-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](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 Preliminar<sup>89</sup>. 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 concreto<sup>90</sup>.

Al respecto, el jurista Ricardo Lorenzetti<sup>91</sup>, 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 privado<sup>92</sup>.*

Dice Boquín<sup>93</sup> 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 normativo<sup>94</sup>.

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 norma<sup>95</sup>. 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.<sup>96</sup>

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 todo<sup>97</sup>.

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 jurídico<sup>98</sup>.

En los Fundamentos del Anteproyecto<sup>99</sup>, 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. *Df*, 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://camaron.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 Boquín<sup>100</sup>, 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 3°.- 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. 9° 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”<sup>101</sup>.*

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 judicial<sup>102</sup>

La CSJN, en autos “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”(2012)<sup>103</sup> 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 reglas<sup>104</sup> y el juez pasa a ser observado como “un identificador de los consensos básicos de la sociedad”<sup>105</sup>.

Al respecto, Peyrano<sup>106</sup> 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.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires--gobiernociudad-buenos-aires-amparo-fa12000045-2012-04-24/123456789-540-0002-1ots-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 general<sup>107</sup>.

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 insuficiente<sup>108</sup>.

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 supralegal<sup>109</sup>.

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 contenido<sup>110</sup>. 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.

Raspall<sup>111</sup> 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"<sup>112</sup>.

Por su parte, Usandizaga<sup>113</sup> 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, Chomer<sup>114</sup> 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 nadie<sup>115</sup>.

Por otro costado, se ubican quienes, como la Dra. Chiapero<sup>116</sup>, 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.”<sup>117</sup>*

Los Dres. Capdevila y Palazzo<sup>118</sup> 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 CHIAPERIO, 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 ponderación<sup>119</sup> 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 concreto<sup>120</sup> 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 privado<sup>121</sup>.

En este contexto, la comisión que elaboró el anteproyecto de CCCN, con la presidencia del Dr. Ricardo Lorenzetti<sup>122</sup>, 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 otros<sup>123</sup>.

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 jurídica<sup>124</sup>. 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 emanan<sup>125</sup>.

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”<sup>126</sup>. 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. Martínez<sup>127</sup> 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 expresa<sup>128</sup>. 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 Peyrano<sup>129</sup> 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 Martínez<sup>130</sup>, 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"<sup>131</sup>. 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 Chomer<sup>132</sup>, 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.

Eguiazu<sup>133</sup> 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 seguro<sup>134</sup>.

## 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. Martínez<sup>135</sup> 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 Raspall<sup>136</sup> 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. Sagués<sup>137</sup>, 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 CSJN<sup>138</sup>, 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 Usandizaga<sup>139</sup> 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 Chomer<sup>140</sup>.

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 previsible<sup>141</sup>. Contrariamente a lo que sostiene Boquín<sup>142</sup>, 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. 2° 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. 1° 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. Lindiana (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. 2º 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.

---

# *JURISPRUDENCIA*

---



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

CIV 51158/2007/1/RH1

**GARCÍA, JAVIER OMAR C/ UGOFE S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ACC. TRÁN. C/ LES. O MUERTE).**

-

### Sumario

#### **Tasa de Interes - Daños y perjuicios - Fundamentos de la sentencia - Sentencia arbitraria - Intereses**

Es arbitraria la sentencia que fijó intereses, desde la fecha del accidente hasta el 1 de agosto de 2015, a la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina y, desde entonces hasta el efectivo pago, al doble de esa tasa, pues se apartó, sin fundamento, de las facultades acordadas a los jueces por el art. 768, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto establece tres criterios para determinar la tasa aplicable: por acuerdo de parte, por disposición legal y, en subsidio, por las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.

#### **Tasa de Interes - Daños y perjuicios - Fundamentos de la sentencia - Sentencia arbitraria - Intereses**

Es arbitraria la sentencia que fijó intereses, desde la fecha del accidente hasta el 1 de agosto de 2015, a la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina y, desde entonces hasta el efectivo pago, al doble de esa tasa, pues la multiplicación de una tasa de interés resulta en una tasa que no ha sido fijada según las reglamentaciones del Banco Central, por lo que contrariamente a lo que afirma el tribunal a quo, la decisión no se ajusta a los criterios previstos por el legislador en el art. 768 del Código Civil y Comercial de la Nación.

#### **Tasa de interes - Daños y Perjuicios - Fundamentos de la sentencia - Sentencia arbitraria - Intereses**

Es arbitraria la sentencia que fijó intereses, desde la fecha del accidente hasta el 1 de agosto de 2015, a la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina y, desde entonces hasta el efectivo pago, al doble de esa tasa, pues la norma del art. 771 del Código Civil y Comercial de la Nación, a la que remite la sentencia, solo faculta a los jueces a reducir –y no a aumentar- los intereses cuando la aplicación de la tasa fijada o el resultado que provoque su capitalización excede sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación.

#### **Tasa de interes - Daños y perjuicios - Fundamentos de la sentencia - Sentencia arbitraria - Principio de congruencia - Reformatio in Pejus - Intereses - Defensa en juicio - Exceso en el pronunciamiento**

Es arbitraria la sentencia que fijó intereses, desde la fecha del accidente hasta el 1 de agosto de 2015, a la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina y, desde entonces hasta el efectivo pago, al doble de esa tasa, pues el a quo al establecer el doble de la tasa activa se apartó de las peticiones del actor e incurrió en una indebida reformatio in pejus en perjuicio de los demandados, es

decir se apartó de los límites de competencia que establece el artículo 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y de la regla tantum devolutum quantum appellatum que delimita la jurisdicción apelada a la medida del agravio expresado, en desmedro de los principios básicos que rigen el proceso y con el consiguiente menoscabo de la garantía de la defensa en juicio.

**Principio de congruencia - Defensa en juicio - Derecho de propiedad**

El fallo judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos resulta incompatible con las garantías constitucionales de defensa y propiedad, y con el principio de congruencia toda vez que el juzgador no puede convertirse en intérprete de la voluntad implícita de una de las partes sin alterar, de tal modo, el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

**Recurso extraordinario - Cuestiones de hecho - Cuestiones procesales - Principio de congruencia - Exceso en el pronunciamiento - Defensa en juicio - Derecho de propiedad**

Si bien los agravios remiten a aspectos fácticos y de índole procesal y derecho común, ello no es óbice para habilitar el recurso extraordinario cuando el tribunal se excede de la jurisdicción conferida por el recurso de apelación, límite que tiene jerarquía constitucional en cuanto implica la afectación del principio de congruencia y, consecuentemente, de las garantías de defensa y propiedad.

Buenos Aires, 7 de Marzo de 2023

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por UGOFE S.A en la causa García, Javier Omar c/ UGOFE S.A. y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que esta Corte comparte, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

2º) Que, por lo demás, también le asiste razón a la recurrente en cuanto alega el apartamiento, sin fundamento, de las facultades acordadas a los jueces por el art. 768, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación. Dicho artículo establece tres criterios para determinar la tasa aplicable: por acuerdo de parte, por disposición legal y, en subsidio, por las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.

3º) Que, en ese sentido, la multiplicación de una tasa de interés –en este caso, al aplicar "doble tasa activa"- a partir del 1º de agosto de 2015, resulta en una tasa que no ha sido fijada según las reglamentaciones del Banco Central, por lo que contrariamente a lo que afirma el tribunal a quo, la decisión no se ajusta a los criterios previstos por el legislador en el mencionado art. 768 del Código Civil y Comercial de la Nación.

4º) Que la norma del art. 771 del Código Civil y Comercial de la Nación, a la que remite la sentencia, tampoco justifica apartarse del mencionado criterio, pues solo faculta a los jueces a reducir –y no a aumentar- los intereses cuando la aplicación de la tasa fijada o el resultado que provoque su capitalización excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación.

5º) En consecuencia, lo decidido se aparta de la solución legal prevista sin declarar su inconstitucionalidad, por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional, en los términos de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, en lo pertinente, se hace lugar a la queja y se declara procedente el recurso extraordinario. En consecuencia, se deja sin efecto, con el alcance indicado, la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal y devuélvase los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Con costas. Rein-tégrese el depósito. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Recurso de queja interpuesto por **UGOFE S.A, codemandada**, representada por el **Dr. Nicolás Mihura Gradín**.

Tribunal de origen: **Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 98**.

Suprema Corte:

-I-

La Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil modificó parcialmente la sentencia de primera instancia y, en cuanto aquí interesa, fijó intereses, desde la fecha del accidente hasta el 1 de agosto de 2015, a la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina y, desde entonces hasta el efectivo pago, al doble de esa tasa (fs. 1249/1254 de los autos principales).

El tribunal señaló que corresponde aplicar intereses en los términos previstos en el fallo plenario "Samudio de Martínez" desde la fecha del hecho hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. Consideró que a partir de entonces la cuestión debe evaluarse a la luz de lo establecido en ese ordenamiento normativo. En concreto, señaló que el artículo 768 establece que cuando la tasa de interés no está prevista por las partes ni en una ley especial, el juez debe recurrir a las tasas fijadas en alguna reglamentación del Banco Central de la Nación Argentina. Agregó que el artículo 771 dispone que el juez debe valorar "el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación".

Además, el tribunal ponderó que la tasa debe asegurar que los intereses moratorios cumplan su finalidad, a saber, evitar que el deudor especule y se beneficie por la demora del litigio en perjuicio de la víctima. En ese sentido, apuntó que, cuando se asigna a las deudas en mora una tasa menor a la que abonan las personas que cumplen sus obligaciones con regularidad, se beneficia a los incumplidores y se imponen las consecuencias de la morosidad en la sociedad.

Finalmente, destacó que el damnificado se vio privado del capital desde el día del siniestro que le generó los daños. Puntualizó que la tasa activa no compensa el costo del dinero para el acreedor en el mercado. Aseveró que el doble de la tasa activa refleja ese costo, a la vez que se encuentra por debajo del límite de los intereses compensatorios o financieros que prevé el artículo 16 de la Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito.

-II-

Contra ese pronunciamiento, UGOFÉ SA interpuso recurso extraordinario (fs. 1255/1269), que contestado (fs.1275/1280) y denegado (fs. 1288), dio lugar a la presente queja (fs. 36/40 del cuadernillo de queja).

La recurrente sostiene que la decisión es arbitraria en cuanto duplicó la tasa de interés a partir del 1 de agosto de 2015. Aduce que la cuestión reviste gravedad institucional puesto que pone en riesgo el sistema de transporte y de seguros.

En primer lugar, argumenta que la sentencia viola el principio de congruencia pues modificó la tasa de interés fijada en la sentencia de primera instancia, excediendo lo petitionado por el actor en su recurso de apelación. Explica que el accionante se agravó únicamente en relación con la tasa pasiva aplicada desde el hecho hasta la sentencia de primera instancia (1 de julio de 2014) y, concretamente, solicitó la tasa activa establecida en el plenario "Samudio". Agrega que, sin embargo, el tribunal duplicó la tasa activa a partir del 1 de agosto de 2015 y hasta el efectivo pago. Destaca que el tribunal violó el artículo 163, inciso 6, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y vulneró su derecho de defensa en juicio.

En segundo lugar, afirma que la sentencia contradice los artículos 768 y 771 del Código Civil y Comercial de la Nación. En particular, sostiene que la sentencia interpretó erróneamente el artículo 771 porque esa norma solo autoriza al juez a reducir los intereses aplicados cuando exceden el costo medio del dinero pero no le permite aumentarlos. Para más, asevera que el régimen establecido en el mencionado ordenamiento abandonó el texto del artículo 622 del Código Civil a fin de suprimir la discrecionalidad judicial en la fijación de los intereses.

-III-

A mi modo de ver, el recurso fue mal denegado en cuanto cuestiona la modificación de la tasa de interés realizada de oficio por el *a quo* desde el 1 de agosto de 2015 hasta el efectivo pago.

Si bien los agravios remiten a aspectos fácticos y de índole procesal y derecho común, la Corte Suprema ha dicho que ello no es óbice para habilitar el recurso extraordinario cuando el tribunal se excede de la jurisdicción conferida por el recurso de apelación, límite que tiene jerarquía constitucional en cuanto implica la afectación del principio de congruencia y, consecuentemente, de las garantías de defensa y propiedad (Fallos: 310:1371, "Convak SRL"; 315:127, "Delfosse"; 315:501, "Saidman"; 318:2047, "Aquinós"; 325:657, "Di Giovambattista"; 327:3495, "Avila"; 335:1031, "Cammera"; 339:1567, "González").

En el caso, ese extremo se encuentra configurado puesto que la sentencia de primera instancia fijó intereses a la tasa pasiva desde la fecha del accidente hasta el dictado de esa decisión, el 1 de julio de 2014, y a la tasa activa desde entonces y hasta el efectivo pago (fs. 1040/1053). Ello fue, por un lado, apelado por el accionante quien limitó su agravio a los intereses establecidos desde la fecha del hecho hasta la sentencia de primera instancia (apartado III-D de la expresión de agravios obrante a fs. 1198/1199). En concreto, el actor pidió la aplicación de la tasa activa para ese período, en línea con lo solicitado en el alegato (fs. 1024). Por otro lado, los intereses fueron impugnados por los demandados, quienes cuestionaron la aplicación de la tasa activa a partir del dictado de la sentencia y hasta el efectivo pago, y pidieron la disminución de los accesorios (fs. 1177/1178 y 1182/1183).

En consecuencia, el *a quo* al establecer el doble de la tasa activa a partir del 1 de agosto de 2015 y hasta el efectivo pago se apartó de las peticiones del actor e incurrió en una indebida *reformatio in pejus* en perjuicio de los demandados. Tal como expuse en el dictamen emitido en la causa "Ferre", el fallo judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos resulta incompatible con las garantías constitucionales de defensa y propiedad, y con el principio de congruencia toda vez que el juzgador no puede convertirse en intérprete de la voluntad implícita de una de las partes sin alterar, de tal modo, el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria (CNT 50608/2011/CA/CS1, "Ferre, Fernando Emilio c/ Frigorífico Calchaqui Productos 7 SA s/ despido", dictamen del 21 de septiembre de 2017; la Corte Suprema resolvió en forma concordante en Fallos: 342:1336).

De este modo, el *a quo* se apartó de los límites de competencia que establece el artículo 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y de la regla *tantum devolutum quantum appellatum* que delimita la jurisdicción apelada a la medida del agravio expresado, en desmedro de los principios básicos que rigen el proceso y con el consi-

guiente menoscabo de la garantía de la defensa en juicio (Fallos: 342:1336, ob. cit.). En conclusión, el fallo debe ser descalificado sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias en relación con los intereses fijados a partir del 1 de agosto de 2015 y hasta el efectivo pago.

-IV-

Por ello, opino que corresponde declarar procedente la queja y el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravio y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

Buenos Aires, 27 de octubre de 2020.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA**

**EXPEDIENTE SAC: 3281572 - SEREN, SERGIO ENRIQUE C/ DERUDDER HERMANOS S.R.L.  
- ORDINARIO - DESPIDO  
PROTOCOLO DE SENTENCIAS. NÚMERO: 128 DEL 01/09/2023**

-

**Sumario****TASA DE INTERES - DAÑOS Y PERJUICIOS - FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA - SENTENCIA ARBITRARIA - INTERESES**

La reflexión sobre la eficacia potencial para determinar las sanciones financieras debe necesariamente analizar el impacto real en la deuda, con el objetivo de evitar agravar los dilemas que enfrentan las partes en conflicto.

La situación económica y social actual del país, caracterizada por la creciente inflación, la volatilidad de las tasas de interés, la dificultad para acceder al crédito y una legítima preocupación por la creación y el mantenimiento del empleo, entre otros factores, son aspectos inextricablemente ligados a esta evaluación.

Por lo tanto, la exageración en los montos aplicados podría desvirtuar las políticas destinadas a lograr cierta estabilidad y protección en el ámbito laboral. En contraste, la escasez de sanciones podría incentivar al deudor a incumplir sus obligaciones.

En consecuencia, las circunstancias mencionadas previamente hacen prudente mantener la tasa de interés pasiva promedio mensual publicada por el BCRA como un componente que refleja las fluctuaciones en los costos monetarios (según lo establecido en el caso "Hernández c/ Matricería Austral"), con un adicional del 2% nominal mensual hasta el 31 de diciembre de 2022.

Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2023, corresponde aumentar este componente fijo a un 3% nominal mensual, debido a que las mencionadas fluctuaciones han alcanzado una magnitud acumulada notable en comparación con los valores reportados en el año anterior. Como se explicó al principio de los puntos 2 y 3 de esta declaración, la tasa de interés interanual ha aumentado hasta alcanzar tres dígitos, mientras que el porcentaje de acumulación en lo que va de este año ha aumentado significativamente. En vista de esto, es necesario reiterar, en línea con una precaución tradicional de esta Sala, que la solución propuesta en cuanto a los intereses moratorios establecidos por la vía judicial es provisional, dado que es un hecho notorio que los factores económicos no permanecen estáticos, y el paso del tiempo y la influencia de diversas variables pueden modificarlos.

Además, es importante destacar que esta decisión no se aplica a los casos en los que la tasa de interés está legal o convencionalmente establecida, según el artículo 768, incisos a y b, del CCCN.

- Texto Completo del fallo del Tribunal Superior de Justicia

En la ciudad de Córdoba, se reúnen en Acuerdo los integrantes de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia, doctores Luis Eugenio Angulo, Luis Enrique Rubio y M. Mercedes Blanc de Arabel, bajo la presidencia del primero de los nombrados, a fin de dictar sentencia en estos autos: "SEREN SERGIO ENRIQUE C/ DERUDDER HERMANOS S.R.L. – ORDINARIO DESPIDO" RECURSO DIRECTO – 3281572, a raíz del recurso concedido por este Cuerpo a la parte actora en contra de la sentencia 144 dictada con fecha 08/07/2022 por la Sala Segunda de la Cámara Única del Trabajo constituida en Tribunal unipersonal a cargo del señor juez doctor Cristián Requena -secretaría 4-, en la que se resolvió: "I. Hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por Sergio Enrique Seren, D.N.I. 17.386.068, en contra de la empresa Derudder Hermanos S.R.L. (C.U.I.T. 30-61133884-4), mandando a pagar los siguientes rubros, cuyos montos serán determinados en la etapa previa de ejecución de sentencia, conforme lo indicado en el considerando respectivo: 1. Indemnización por antigüedad o despido (art. 245 L.C.T.): pesos ciento cuarenta y tres mil novecientos diecinueve con veinte centavos (\$ 143.919,20); 2. Indemnización sustitutiva de preaviso: pesos veintiocho mil setecientos ochenta y tres con ochenta y cuatro centavos (\$ 28.783,84). Asciede el monto en concepto de capital a la suma de pesos ciento setenta y dos mil setecientos tres con cuatro centavos (\$ 172.703,04). Asciede el monto en concepto de intereses, calculado de acuerdo a lo indicado en el considerando respectivo, a la suma de pesos novecientos cincuenta mil cincuenta y ocho con sesenta y dos centavos (\$ 950.058,62). Asciede el monto total de capital e intereses, a la suma de pesos un millón ciento veintidós mil setecientos sesenta y uno con sesenta y seis centavos (\$ 1.122.761,66). El monto indicado, será abonado dentro de los cinco (5) días de quedar firme la sentencia. II. Rechazar la demanda en cuanto persigue el cobro de: 1. Indemnización prevista por la ley 25.592; 2. Indemnización por acoso laboral; 3. Indemnización por daño moral. III. Imponer las costas a Derudder Hermanos S.R.L. (C.U.I.T. 30-61133884-4) por resultar vencida. Regular los honorarios profesionales de los letrados y peritos intervinientes, en las sumas determinadas en el considerando respectivo. IV. Emplazar a la demandada para que en el término de quince (15) días abone por la vía pertinente, el importe correspondiente a tasa de justicia, que asciende a la suma de pesos veintidós mil cuatrocientos cincuenta y cinco con veintitrés centavos (\$ 22.455,23) y para que en el término de cinco (5) días cumplimenten con los aportes previstos por el art. 17, inc. a), de la Ley 6468 (t.o. Ley 8404), que ascienden a la suma de pesos once mil doscientos veintisiete con sesenta y un centavos (\$ 11.227,61) por abogado o grupo de abogados de cada parte, todo bajo apercibimientos de ley. V...VI...". Oportunamente se fijaron las siguientes cuestiones a resolver:

**PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es procedente el recurso de la parte actora?

**SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley resultó que los señores vocales emitieron su voto en el siguiente orden: doctores Luis Eugenio Angulo, Luis Enrique Rubio y M. Mercedes Blanc de Arabel.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA:**

**El señor vocal doctor Luis Eugenio Angulo,** dijo:

1. El presentante cuestiona los intereses moratorios aplicados por el a quo, equivalentes a la tasa pasiva promedio mensual según encuesta del BCRA con más un dos (2%) por

ciento nominal mensual, conforme Sentencia 39/2002 de esta Sala. Alude a datos objetivos que evidencian el progresivo índice inflacionario y la consecuente pérdida del valor adquisitivo de la moneda, exhibiendo que aquella pauta ha sido notoriamente superada por la realidad económica. Apunta que el aumento exponencial del déficit fiscal, los constantes reclamos por incrementos salariales, el paulatino crecimiento de las tarifas por servicios públicos, un dólar indómito cuyo valor ha experimentado un aumento inusitado y la inestabilidad mundial de los mercados, son factores que también inciden en las tasas locales de interés. Entiende que la pasiva no alcanza a brindar al dueño del capital una real compensación y ni siquiera mantiene incólume el valor de lo adeudado, por lo que debe ser reajustada. Manifiesta que es preciso recordar que los intereses deben orientarse a resarcir el perjuicio provocado por la mora del deudor, lo cual no se logra cuando la tasa fijada jurisprudencialmente apenas cubre la depreciación que ha sufrido la moneda. Las condiciones económico-financieras actuales imponen la necesidad de revisar los guarismos utilizados judicialmente pues las circunstancias han mutado beneficiando al deudor. Efectúa la comparación de montos con el índice de precios al consumidor para sustentar que el parámetro sentado en la causa "Hernández" dejó de ser compensatorio y menos aún, moratorio. Propugna que se restaure la equidad alterada fijando la reparación como si tuviera lugar hoy. En esa dirección, alega que si un trabajador de la misma antigüedad y categoría profesional que el actor fuera despedido, percibiría una indemnización sustancialmente superior a la acordada en la sentencia. Ello, muestra la magnitud del perjuicio en el crédito de Seren. Por ende, sugiere que se convoque, a través de una medida para mejor proveer, al perito oficial Cr. Edgardo Rubén Zaheiri para que confeccione un informe técnico adicional relativo al costo que importa el pago de una indemnización por antigüedad y la sustitutiva preaviso de un trabajador chofer de larga distancia con la misma categoría y antigüedad que el accionante. Insinúa que después podrá establecerse el valor real y actual de la deuda y, como se trata de un valor actualizado que representa un capital puro, deberá establecerse un interés también puro compensatorio del 0.5% mensual con más un interés puro moratorio de igual magnitud, a devengarse desde la fecha del distracto y hasta su efectivo pago.

2. El planteo que propone la revisión de la tasa de interés judicial utilizada por esta Sala Laboral desde el año 2002 se inserta en un momento crítico de la economía del país, situación que se vincula fuertemente con su determinación. Si los intereses moratorios procuran resarcir al acreedor por el retardo en el cumplimiento de la obligación, en épocas de inestabilidad económica esa demora adquiere particular impacto, tanto por sus consecuencias sobre el crédito laboral como por la incidencia que, con alguna probabilidad, pudiera haber tenido en la mora del deudor.

En efecto, los datos elaborados por el INDEC confirman la realidad vivenciada por cada ciudadano. Es público que la inflación mantiene un ritmo ascendente debido a que, según los últimos registros oficiales divulgados, la variación interanual se aceleró hasta coronar el 113,4%, mientras que la variación acumulada -desde el 01/01/2023 se ubicó en el 60,2% (cfr. INDEC, Informe Técnico, V. 7, n.º 163, Julio de 2023).

A esta coyuntura, se agrega la contracción de la actividad económica desde fines de 2022, golpeada en este año por una sequía histórica. Tales variables limitan indudablemente las posibilidades de crecimiento en 2023 y han sido detalladas en el informe del Banco Mundial "*Argentina, panorama general*" (cfr. <https://www.bancomundial.org/es/country/argentina/overview#1>).

Contextos económicos similares al que informa la realidad actual, son los que desde antaño provocaron la intervención excepcional de esta Sala en la fijación de la tasa de interés de uso judicial, aun cuando se trata de materia cuya determinación pertenece al marco discrecional de los jueces de la causa. Ello se ha justificado en la función unificadora puesta en acto para solventar las disímiles soluciones alcanzadas por los tribunales.

Así en 1992, a propósito del caso *"Bustos c/ Cor Acero"* (S 69/1992), se analizaron los lineamientos jurisprudenciales emanados de la CSJN al fallar el precedente *"YPF c/ Provincia de Corrientes"* (Fallos 315:158), en atención a que *'la cambiante realidad imponía variantes en la selección del instrumento destinado a reparar el concreto agravio'*. En la emergencia, el fenómeno inflacionario había desencadenado la materialización de una política gubernamental plasmada principalmente en la ley 23.928 que exponía, de manera indudable, *'la decisión de las autoridades políticas de la contención de la inflación y que en base a esa decisión corresponde que los jueces interpreten las disposiciones de aquellas autoridades, de modo de dar pleno efecto a la intención del legislador'*. En esa línea se apreció, con fundamento en las normas reglamentarias de la mencionada ley (decretos 941 y 529/1991) y la habilitación que disponía el art. 622 del Código Civil velezano, que resultaba equitativo establecer la tasa pasiva promedio publicada por el BCRA como el instrumento adecuado para mantener el contenido económico de los créditos y de manera concurrente, no *"entorpecer a las autoridades políticas en su decisión de solucionar en modo profundo y no meramente sintomático los problemas monetarios, mediante el dictado de normas pertinentes"*. Pero se estimó necesario adicionar el uno por ciento (1%) nominal mensual para impedir el efecto negativo de desalentar el pago oportuno de las deudas laborales.

Luego, en la causa *"Zapata c/ Ros Alex"* (S 105/1994) se resaltó que cualquier solución en materia de intereses moratorios es esencialmente provisional debido a que *"responde a las fluctuantes condiciones de la economía de un país"*. Por ejemplo, en función de la baja de las tasas registradas durante ese período, se redujo el componente fijo al medio por ciento (0,5%) nominal mensual.

Varios años después y en el marco de una importante crisis económica, política y social que condujo -entre otras consecuencias- a la salida de la convertibilidad, este Cuerpo resolvió el caso *"Hernández c/ Matricería Austral"* (S 39/2002). Allí se explicó que en esa coyuntura y dada la permanencia de normas que impedían la utilización de actualizaciones monetarias, indexación de precios, variación de costos o repotenciación de deudas (art. 7, ley 23.928), correspondía conseguir la recomposición de los créditos sin desatender que *"la generalizada crisis actual afecta la capacidad de pago de los deudores y que la incertidumbre económica, agravada por las profusas medidas legislativas en materia monetaria intentando atender las cambiantes condiciones del mercado financiero, perjudican el acceso al crédito"*. En su mérito, se estableció que a partir de la vigencia de la ley 25.561 permaneciera la tasa pasiva promedio mensual que publica el BCRA como variable que regula las fluctuaciones del costo monetario con más un parámetro del 2% nominal mensual.

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación los intereses moratorios resultan determinados según el art. 768: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central. Esto condujo a cierto debate doctrinario y jurisprudencial en torno a la vigencia de la pauta que otrora este Cuerpo había establecido.

Fue así que la Sala Civil y Comercial de este TSJ, al expedirse en la causa *"Nasi c/ Rosli"* (S 112/2016) y tras analizar la jurisprudencia propia donde se había evaluado el creciente índice inflacionario, los conflictos salariales, el incremento de tarifas, el valor de la moneda extranjera, la inestabilidad mundial de los mercados y sus consecuencias negativas en los incrementos de las tasas locales de interés, consideró que el nuevo marco jurídico dispuesto por el mencionado artículo no impedía la supervivencia del criterio sustentado en *"Hernández"*, en el parecer que *"es tarea de los jueces la determinación de la tasa de interés y la derivación que el inc. c) del art. 768 CCCN formula a las tasas del Banco Central es solo a los fines de que los magistrados en ejercicio de tal facultad, seleccionen la tasa entre cualquiera de las fijadas por las reglamentaciones de la autoridad monetaria, teniendo en cuenta las particularidades de la causa, fundando la decisión adoptada con una motivación razonable (art. 3, CCCN)". A lo que agregó: "si las establecidas por el BCRA no resultaran adecuadas a la realidad económica existente, lesionando derechos amparados por la Constitución -como ha ocurrido-, podrían apartarse fundadamente y, en función de las reiteradas pautas dadas por la jurisprudencia durante la vigencia del anterior Cód. Civil, fijar una que implique arribar a una solución justa para el caso concreto (arts. 1 y 2 CCCN). La solución...tiene sustento en el art. 2 CCCN y en los Fundamentos del Anteproyecto en los que se afirma que no se adopta la tasa activa como se propiciara en el Proyecto de 1998 porque se considera que hay supuestos de hechos muy diversos y es necesario disponer de mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso".*

En tales condiciones, entiendo que la hermenéutica sentada en dicho precedente no resulta conmovida por la decisión de la CSJN en la causa *"García c/ UGOFE"* (Fallos 346:143), donde descalificó por arbitrario un pronunciamiento judicial que fijó la tasa de interés moratorio en el doble de la tasa activa. Ello por cuanto la referencia a las establecidas por el BCRA nunca podría imponerse a expensas de la lesión a derechos amparados por la Constitución y -además- en el entendimiento que la Corte nacional reprochó la arbitrariedad de establecer un parámetro sin justificación ni motivación suficientes.

3. Ahora bien, despejado ello, cabe retomar el planteo que nos convoca y evaluar las especiales características de las causas ventiladas en esta sede.

Esta tarea debe llevarse adelante sobre la base de *"criterios objetivos de ponderación de la realidad"*, encaminados a evitar que la discrecionalidad judicial despeñe en arbitrariedad (cfr. CSJN, Fallos 301:319).

Antes que nada, no debe soslayarse que se trata del reconocimiento de créditos laborales, cuyo carácter asistencial impone que el incumplimiento de pago deba ser observado con mayor rigor en protección de la parte más débil y vulnerable. La renuencia patronal en el abono de las obligaciones de índole alimentaria lleva a la ausencia de ingresos y a la imposibilidad de satisfacer las necesidades primarias del trabajador o de la trabajadora (y de su núcleo familiar); quienes -en no pocos casos- deben recurrir al crédito ya sea bancario, en financieras o a través de particulares, con el consiguiente costo.

Al mismo tiempo, tampoco obviamos ponderar que las vicisitudes económicas ponen en jaque la subsistencia de las fuentes de trabajo, condición necesaria del proceso productivo. El riesgo de colapso de pequeñas y medianas empresas implica, paradójicamente, mayor vulnerabilidad para el sector asalariado. Nótese que los informes económicos oficiales revelan el papel central que cumplen las micro, pequeñas y medianas empresas

en el esquema productivo del país y la enorme contribución que hacen en relación a la creación y mantenimiento del empleo (cfr. Informe de Inclusión Financiera - Abril de 2023 - BCRA, pág. 36, <https://www.bcra.gob.ar/Noticias/Informe-inclusion-financiera-202202.asp>).

Incluso, también se ha dado cuenta de las dificultades que las pequeñas y medianas empresas tienen para acceder al crédito, a pesar de las políticas públicas implementadas, no solo para la inversión sino -principalmente- para la financiación del capital de trabajo (cfr. Encuesta de Condiciones Crediticias - Primer Trimestre 2023 - BCRA, pág. 5, <https://www.bcra.gob.ar/noticias/ECC-0123.asp>).

La consideración de este complejo escenario permite, en primer lugar, descartar la pretensión de que el crédito pueda ser recompuesto, hoy, con relación directa a la inflación que azota al país. Si aplicar cláusulas de actualización monetaria significa, según nuestro Máximo Tribunal, traicionar el objetivo anti-inflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales 23.928 y 25.561 mediante la prohibición genérica de la 'indexación', medida de política económica cuyo acierto no compete a las cortes de justicia evaluar (cfr. CSJN, "Chiara Díaz", Fallos 329:385), va de suyo que cualquier intento por fijar una tasa de interés de uso judicial que, al reflejar con exactitud la real evolución del fenómeno inflacionario, arroje guarismos equiparables a los que se obtendrían de aplicarse índices de actualización monetaria, implicaría incurrir en idéntico demérito.

Como puede observarse, el mantenimiento de la prohibición de actualización monetaria constituye una decisión clara y terminante de nuestro Congreso Nacional de ejercer las funciones, encomendadas por el mismísimo constituyente, de hacer sellar la moneda y fijar su valor (cfr. art. 75, inc. 11 CN) (cfr. Fallos 339:1583).

Igual suerte corre -también- la propuesta del actor en su recurso, por cuanto la utilización del salario correspondiente a la categoría del trabajador en un momento diferente al de su concreta desvinculación, implicaría desnaturalizar el instituto que utiliza la remuneración y el tiempo de servicio como parámetro de cálculo de la protección contra el despido arbitrario.

Nuestra Corte federal advirtió, desde hace tiempo, la necesidad de no perder de vista la vinculación, razonable por cierto, con los *"elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación"* (cfr. Fallos 327:3677).

En tal sentido, la sugerencia del recurrente de que se fije la reparación como *"si tuviera lugar hoy"* significaría un olvido de las bases jurídicas que reglamentan las consecuencias que derivan de la ruptura del contrato laboral, a causa de desconocer uno de los indicadores que la Ley de Contrato de Trabajo, en el marco de un régimen tarifado de indemnización cuya validez constitucional ni siquiera fue objetada en esta causa, quiso atender: *"el salario realmente percibido por el trabajador despedido y no por otro u otros"* (cfr. CSJN, ib.).

Más todavía, la sugerencia mencionada conduciría -por lo mismo- a un exceso en el ejercicio de las facultades judiciales en desmedro de la que la CN asignó al Congreso Nacional (cfr. arts. 75, inc. 12 CN; 232 y 245, LCT).

Tampoco escapa a este análisis que las tasas de interés a las que sí remite la ley sustan-

tiva en aras de resguardar el contenido económico del crédito y que fije el BCRA en sus reglamentaciones, conllevan un sentido específico que está dado por el marco de atribuciones que el Congreso Nacional confiere a la entidad: *“promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social”* (cfr. art. 3 de la Carta Orgánica del BCRA).

Sin embargo, la determinación de las tasas bancarias que, con tan altos objetivos económicos la autoridad monetaria elabora, debe necesariamente ser confrontada por el juez para comprobar su adecuación con los fines que en el proceso son llamadas a satisfacer. De allí que la reflexión sobre su eventual eficacia para conformar los montos de condena debe examinar imprescindiblemente el real impacto sobre la deuda, para evitar que agudice aquellos dilemas con los que arriban las partes en conflicto.

O sea, la actual circunstancia económica y social que atraviesa el país, marcada por el creciente proceso inflacionario, la volatilidad de las tasas de interés, la dificultad de acceso al crédito y una justificada preocupación en la creación y mantenimiento del empleo, entre otros, constituyen aspectos inescindibles de esta evaluación. Entonces, la desmesura en los guarismos que se apliquen podría desnaturalizar las políticas tendientes a obtener cierta estabilidad y protección laboral. Por el contrario, su mezquindad podría propiciar que el deudor encontrara beneficio en no cumplir con su obligación.

En consecuencia, las circunstancias apuntadas con antelación tornan prudente ratificar la permanencia de la tasa pasiva promedio mensual que publica el BCRA como variable que refleja las fluctuaciones del costo monetario (cfr. “Hernández c/ Matricería Austral”) con más el 2% mensual nominal hasta el 31/12/2022. En cambio, desde el 01/01/2023 corresponde incrementar dicho componente fijo a un 3% nominal mensual, en razón de que -a partir de dicha fecha- las mencionadas fluctuaciones registraron tal magnitud en su variación acumulada que ponen en evidencia una aceleración notable en relación a los guarismos informados en el año precedente. En efecto, tal como se explicara al inicio de los puntos n.º 2 y 3 de la presente, la incidencia interanual se incrementó hasta alcanzar tres dígitos mientras que el porcentaje de la acumulación -en lo que va de este año- se acrecentó notablemente. Sentado ello, se impone reiterar, en consonancia con una tradicional prevención de esta Sala, que la solución propiciada en materia de intereses moratorios fijados judicialmente asume carácter provisional ante el hecho notorio de que los factores económicos no permanecen estáticos (por lo menos, desde que el transcurso del tiempo y el influjo de diferentes variables son susceptibles de modificarlos). Asimismo, cabe resaltar que la decisión no resulta aplicable a los supuestos donde la tasa de interés se encuentra legal o convencionalmente establecida (cfr. art. 768, incs. *a* y *b*, CCCN).

En tales condiciones, corresponde anular el decisorio en el aspecto de que se trata (art. 105, CPT) y, entrando al fondo del asunto, establecer los intereses en la tasa pasiva promedio mensual que publica el BCRA con más el 2% mensual nominal hasta el 31/12/2022, y desde el 01/01/2023 incrementar dicho componente fijo a un 3% nominal mensual hasta el efectivo pago.

Así voto.

**El señor vocal doctor Luis Enrique Rubio**, dijo:

Coincido con la opinión expuesta por el señor vocal cuyo voto me precede. Por tanto, haciendo míos los fundamentos emitidos, me expido en la misma forma.

**La señora vocal doctora M. Mercedes Blanc de Arabel**, dijo:

A mi juicio es adecuada la respuesta que da el señor vocal doctor Angulo a la primera cuestión. Por ello, de acuerdo a sus consideraciones, me pronuncio en igual sentido.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA:****El señor vocal doctor Luis Eugenio Angulo**, dijo:

A mérito de la votación que antecede corresponde admitir el recurso de casación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, anular el pronunciamiento en cuanto fue motivo del mismo. Disponer que al crédito que se ordena pagar se adicionen intereses equivalentes a la tasa pasiva promedio mensual según encuesta que publica el BCRA con más un 2% nominal mensual desde que cada suma es debida y hasta el 31/12/2022. A partir del 01/01/2023, a la mencionada tasa bancaria se adicionará un 3% nominal mensual hasta el efectivo pago. Con costas por su orden atento a la naturaleza del vicio verificado. Los honorarios del Dr. Jorge Oliva Funes serán regulados por la Sala a quo en un treinta y dos por ciento de la suma que resulte de aplicar la escala media del art. 36, ley 9459 sobre lo que constituyó materia de discusión (arts. 40, 41 y 109, ib.), debiendo considerarse el art. 27 de la ley citada.

**El señor vocal doctor Luis Enrique Rubio**, dijo:

Adhiero a la solución a la que se arriba en el voto que antecede. Por tanto, me expido de igual modo.

**La señora vocal doctora M. Mercedes Blanc de Arabel**, dijo:

Comparto la decisión que propone el señor vocal doctor Angulo a la presente. Por ello, me pronuncio de la misma manera.

Por el resultado de la votación que antecede, previo Acuerdo, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Laboral,

**RESUELVE:**

- I. Admitir el recurso de casación deducido por la parte actora y, en consecuencia, anular el pronunciamiento según se expresa.
- II. Disponer que al crédito que se ordena pagar, se adicionen intereses equivalentes a la tasa pasiva promedio mensual según encuesta que publica el BCRA con más un 2% nominal mensual desde que cada suma es debida y hasta el 31/12/2022. A partir del 01/01/2023, a la mencionada tasa bancaria se adicionará un 3% nominal mensual hasta el efectivo pago.
- III. Costas por su orden.
- IV. Establecer que los honorarios del Dr. Jorge Oliva Funes sean regulados por la aquo en un treinta y dos por ciento de la suma que resulte de aplicar la escala media del art. 36, ley 9459 sobre lo que constituyó materia de discusión. Deberá considerarse el art. 27 ib.
- V. Protocolícese, hágase saber y bajen.

---

# ***LEGISLACIÓN***

---



## CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

### Ley 27737

#### Modificación.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

#### CAPÍTULO I

#### Reformas al Código Civil y Comercial de la Nación

Artículo 1°- Sustitúyase el artículo 1.198 del Código Civil y Comercial de la Nación, según la modificación introducida por el artículo 3° de la ley 27.551, que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 1.198: Plazo mínimo de la locación de inmueble. El contrato de locación de inmueble, cualquiera sea su destino, si carece de plazo expreso y determinado mayor, se considera celebrado por el plazo mínimo legal de tres (3) años, excepto los casos del artículo 1.199.

Artículo 2°- Sustitúyase el artículo 1.199 del Código Civil y Comercial de la Nación, según la modificación introducida por el artículo 4° de la ley 27.551, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 1.199: Excepciones al plazo mínimo legal. No se aplica el plazo mínimo legal a los contratos de locación de inmuebles o parte de ellos destinados a:

- a) Sede de embajada, consulado u organismo internacional, y el destinado a habitación de su personal extranjero diplomático o consular;
- b) Habitación con muebles que se arrienden con fines de turismo, descanso o similares, y para cualquier otro fin temporario en interés del locatario. Si el plazo del contrato o de los contratos consecutivos supera los tres (3) meses, se presume, salvo prueba en contrario, que no fue hecho con esos fines;
- c) Guarda de cosas;
- d) Las locaciones de puestos en mercados o ferias.

Tampoco se aplica el plazo mínimo legal a los contratos que tengan por objeto el cumplimiento de una finalidad determinada expresada en el contrato y que debe normalmente cumplirse en el plazo menor pactado.

Artículo 3°- Sustitúyase el artículo 1.201 del Código Civil y Comercial de la Nación, según la modificación introducida por el artículo 5° de la ley 27.551, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 1.201: Conservar la cosa con aptitud para el uso convenido. El locador debe conservar la cosa locada en estado de servir al uso y goce convenido y efectuar a su cargo la reparación que exija el deterioro en su calidad o defecto, originado por cualquier causa no imputable al locatario.

En caso de negativa o silencio del locador ante un reclamo del locatario debidamente notificado, para que efectúe alguna reparación urgente, el locatario puede realizar por sí, con cargo al locador, una vez transcurridas al menos veinticuatro (24) horas corridas, contadas a partir de la recepción de la notificación.

Si las reparaciones no fueran urgentes, el locatario debe intimar al locador para que realice las mismas dentro de un plazo que no podrá ser inferior a diez (10) días corridos, contados a partir de la recepción de la intimación, cumplido el cual podrá proceder en la forma indicada en el párrafo precedente. En todos los casos, la notificación remitida al domicilio denunciado por el locador en el contrato se tendrá por válida, aun si el locador se negara a recibirla o no pudiese perfeccionarse por motivos imputables al mismo.

Artículo 4°- Sustitúyase el artículo 1.221 del Código Civil y Comercial de la Nación, según la modificación introducida por el artículo 9° de la ley 27.551, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 1.221: Resolución anticipada. El contrato de locación puede ser resuelto anticipadamente por el locatario:

a) Si la cosa locada es un inmueble y han transcurrido seis (6) meses de contrato, debiendo notificar en forma fehaciente su decisión al locador con al menos un (1) mes de anticipación. Si hace uso de la opción resolutoria en el primer año de vigencia de la relación locativa, debe abonar al locador, en concepto de indemnización, la suma equivalente a un mes y medio (1½) de alquiler al momento de desocupar el inmueble, y la de un (1) mes si la opción se ejercita transcurrido dicho lapso, considerándose para su cálculo el valor equivalente al mes locativo en que se entrega el inmueble. En los contratos de inmuebles destinados a vivienda, cuando la notificación al locador se realiza con una anticipación de tres (3) meses o más, y dicho preaviso opere sus efectos luego de haberse cumplido seis (6) meses de contrato, no corresponde el pago de indemnización alguna por dicho concepto;

b) En los casos del artículo 1.199, debiendo abonar al locador el equivalente a dos (2) meses de alquiler, considerándose para su cálculo el valor equivalente al mes locativo en que se entrega el inmueble.

## CAPÍTULO II

### Reformas a la ley 27.551

Artículo 5°- Modifícase el artículo 14 de la ley 27.551, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 14: Ajustes. Los contratos de locación, cualquiera sea su destino, están exceptua-

dos de lo dispuesto en los artículos 7º y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias.

En los contratos de locación de inmuebles con destino a uso habitacional, el precio del alquiler debe fijarse como valor único, en moneda nacional, y por períodos mensuales, sobre el cual podrán realizarse ajustes con la periodicidad que acuerden las partes y por intervalos no inferiores a seis (6) meses.

A los fines dispuestos en el párrafo anterior, los ajustes deberán efectuarse utilizando un coeficiente conformado por la menor variación que surja de comparar el promedio del 0,9 de la variación del Coeficiente de Variación Salarial (CVS), publicado por el INDEC y la variación del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), publicado por el Banco Central de la República Argentina.

Artículo 6º- Incorpórase como artículo 14 bis de la ley 27.551, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 14 bis: Toda publicidad, en cualquier medio o plataforma, que incluya precio de locaciones de inmuebles con destino habitacional debe realizarse en moneda nacional, quedando prohibida cualquier publicidad en contravención a la presente ley, al Código Civil y Comercial, a la ley 27.551 y a normas complementarias.

Artículo 7º- Publicación de estadísticas. Incorpórese el inciso k) al artículo 19 de la ley 27.551, el que quedará redactado de la siguiente manera:

k) Relevar y difundir de manera periódica y actualizada información estadística sobre la situación de locaciones con fin habitacional, en la República Argentina, identificando demanda locativa y cantidad de hogares inquilinos, y sobre la demanda habitacional de alquiler social, beneficiarios alcanzados y las medidas adoptadas para su cumplimiento.

### CAPÍTULO III

#### Incentivos

Artículo 8º- Monotributo. Modifíquese el inciso e) del artículo 2º del anexo Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS), monotributo, título II de la ley 26.565, que quedará redactado de la siguiente manera:

e) No realicen más de tres (3) actividades simultáneas o no posean más de tres (3) unidades de explotación. En el caso de la actividad de locación de inmuebles, mediante contratos debidamente registrados, se considera como una sola unidad de explotación independientemente de la cantidad de propiedades afectadas a la misma.

Los ingresos provenientes exclusivamente de la locación de hasta dos (2) inmuebles estarán exentos del pago del Monotributo.

Artículo 9º- Bienes personales. Exención. Incorpórese el inciso l) al artículo 21 del título VI del decreto 281/97 (t. o. ley 23.966), de impuesto sobre los bienes personales, que que-

dará redactado de la siguiente manera:

l) Los inmuebles destinados a locación para casa-habitación, con contratos debidamente registrados, cuando el valor de cada uno de ellos sea igual o inferior al monto establecido en el segundo párrafo del artículo 24.

Artículo 10.- Impuesto a los débitos y créditos bancarios. Incorpórese como inciso d) del artículo 2° de la ley 25.413 el siguiente:

d) Los créditos y débitos en caja de ahorro o cuentas corrientes bancarias utilizadas en forma exclusiva para las operaciones inherentes a la actividad de locación de inmuebles con destino casa-habitación, cuyos contratos se encuentren debidamente registrados, conforme a la reglamentación.

Artículo 11.- Incorpórese como inciso k) al artículo 85 de la ley 20.628 (t.o. 2019) el siguiente:

k) El diez por ciento (10%) del monto total anual de alquileres de inmuebles destinado a casa-habitación. Ambas partes, locatario y locador, podrán hacer uso de esta deducción adicionalmente con otras que existan.

#### CAPÍTULO IV

##### Disposiciones finales

Artículo 12.- Vigencia. Las disposiciones de la presente ley entrarán en vigencia el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial y resultará de aplicación para los ejercicios fiscales 2023 y siguientes.

Artículo 13.- Invitación. Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a aprobar beneficios tributarios en sus jurisdicciones en los contratos de locación con destino casa-habitación celebrados y registrados conforme a la ley, así como también sus prórrogas, cesiones y transferencias.

Artículo 14.- Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS DIEZ DÍAS DEL MES DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL VEINTITRÉS

REGISTRADO BAJO EL N° 27737

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER - CECILIA MOREAU - Marcelo Jorge Fuentes - Eduardo Cergnul

e. 17/10/2023 N° 83364/23 v. 17/10/2023

**Fecha de publicación** 17/10/2023



