

“CONTROVERSIAS EN LA CONCURRENCIA DE ACREEDORES VULNERABLES EN LOS PROCESOS CONCURSALES”⁷⁸

Nicolás José Di Lella⁷⁹

1.- Preliminar.

Después de la segunda guerra mundial, varias naciones Europeas llevaron adelante un proceso de reordenación política, por medio del cual evolucionaron del tradicional Estado de Derecho formal a un Estado material de Derecho, incorporando en sus constituciones derechos fundamentales, aplicables directamente, imbuidos de principios que vinculan a los poderes estatales, y sistemas de control judicial de constitucionalidad⁸⁰.

Este fenómeno, conocido como “neoconstitucionalismo”, tiene como nota relevante la consideración que el ordenamiento jurídico no es un sistema cerrado de reglas, sino también involucra principios y valores⁸¹, que propician el respeto de derechos básicos, tendientes a salvaguardar la dignidad de toda persona humana. Y este modelo neoconstitucionalista, que superó ampliamente al sistema legalista, al dar preeminencia al valor sobre la norma; a la ponderación judicial⁸² por encima de la subsunción; a la omnipresencia de la constitución en lugar de la independencia del Derecho ordinario y a la omnipotencia judicial apoyada en la constitución y tratados internacionales, no es ajeno a la realidad de nuestro país.

En efecto, el 29 de diciembre de 1993, se dictó la Ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma parcial de la Carta Magna de 1853, dando un paso fundamental al traer a nuestro ámbito doméstico el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se le dio vigencia, entonces, por una vía constitucional privilegiada a los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos⁸³, los que constituyen una limitación de la soberanía de los gobiernos, a favor de las prerrogativas de la humanidad.

En el año 2015, el Derecho Privado argentino asistió a un momento histórico, a raíz de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (“CCyCN”), que, bajo el primer capítulo, titulado “Derecho”, ordenada, expresamente, que los jueces deben resolver los casos -mediante una decisión razonablemente fundada- de acuerdo a la Constitución Nacional y a los Tratados de

⁷⁸ Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal - PREMIO A JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO CONCURSAL - Profesor Dr. Ariel A. Dasso

⁷⁹ Doctor en Derecho (UCA); Magister en “Derecho Empresario” y en “Magistratura y Derecho Judicial” (ambas de Univ. Austral). Magister en “Justicia Constitucional y DDHH” (Univ. Bologna, Italia). Secretario letrado Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Profesor de grado (USAL, UNSTA, USPT) y de posgrado (UCA, UADE, Austral, UNT, USPT, UNSTA) en Derecho Societario y Concursal. Autor de 5 libros y más de 40 arts. de doctrina en Derecho Civil y Comercial. Director de más de 20 tesis de Maestría en Univ. Austral y miembro de jurado evaluador de tesis en Doctorado y Maestrías en Univ. Austral y UCA (nicodilella@hotmail.com).

⁸⁰ Comp. ETCHEVERRY, Juan B., “La práctica del derecho en tiempos del neoconstitucionalismo”, LL, Actualidad, Año: LXXIV, n° 241, p. 1.

⁸¹ Vid. GRAJALES, Amós A. - NEGRI, Nicolás J., “Ronald Myles Dworkin y la teoría de la argumentación jurídica (in memoriam)”, SJA, 24/04/2013, ps. 3 y ss.

⁸² Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, ps. 160/161.

⁸³ Ver HITTERS, Juan C., “La reforma de la constitución argentina de 1994 y los tratados sobre derechos humanos a 20 años de su vigencia”, UNLP, 2014-44, 1 y en LLO: AR/DOC/3932/2014.

Derechos Humanos⁸⁴, interpretando la ley según las disposiciones que surgen de los principios, valores jurídicos y derechos humanos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

En ese escenario, el rol de los jueces deja de ser “pasivo”, esto es, meros aplicadores o subsumidores mecánicos de la ley como voluntad directa del legislador, para pasar a ser “activo”, ya que la aplicación del Derecho requiere, ahora, un tipo de razonamiento práctico valorativo, a fin de compatibilizar las reglas positivizadas con los principios y valores. De ese modo, los jueces, sin perjuicio de apegarse a la legalidad vigente, deben procurar atender al trasfondo humano de los conflictos que se suscitaban y atemperar, con criterios de equidad, las consecuencias personales, familiares y sociales desfavorables. Ello, para poder aplicar la solución más justa posible al caso concreto.

Es que el Estado debe brindar, a todo ciudadano, una tutela judicial y administrativa⁸⁵ efectiva de sus derechos, la que involucra la previsión e implementación de un conjunto de mecanismos y herramientas que permitan garantizarles el ejercicio pleno de las garantías, consagradas tanto constitucional como convencionalmente.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho ocurre en todo el sistema jurídico, pero en el especial caso de las personas en situación de vulnerabilidad, se abre una nueva perspectiva basada en estándares internacionales que constituyen el marco de las decisiones judiciales por efecto del compromiso estatal asumido internacionalmente⁸⁶. Y es en este ámbito en donde los magistrados deben velar por la protección de los justiciables especialmente vulnerables, es decir, brindar una salvaguarda particular de aquellos sujetos que atraviesan una situación de riesgo, crisis, peligro, daño o marginalidad (v. gr. niños, mujeres gestantes o con dificultades para procrear, ancianos, enfermos, pobres, indígenas, migrantes).

En el marco del presente trabajo, y dentro de la órbita del derecho concursal, se hará alusión a ciertos casos en donde la aplicación liminar de las normas de la Ley 24.522 (“LCQ”), confrontaban con los derechos de sujetos especialmente vulnerables, y cómo fueron resueltos por los jueces, de acuerdo a las exigencias sociológicas y axiológicas imperantes contemporáneamente.

2. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional.

Como es sabido, el paradigma dogmático-legalista, se constituyó en la Europa continental del siglo XIX, luego de la Revolución Francesa, básicamente a instancias de la escuela exegética e histórica. La sinonimia entre ley y derecho; la consideración de la Constitución en el terreno político no jurídico; la separación entre creación de la ley -legisladores- y su aplicación por subsunción -jueces-; y la existencia de un sistema jurídico cerrado e infalible compuesto sólo por reglas, eran algunas de sus características sobresalientes⁸⁷.

⁸⁴ BORETTO, Mauricio, “El fenómeno de la constitucionalización del derecho privado en la Argentina y su impacto en el ordenamiento jurídico falencial”, LL cita online: AR/DOC/4095/2012.

⁸⁵ Sobre el particular, véase a MUÑOZ, Ricardo A. (h), “La tutela administrativa efectiva”, LL, 2012-B, 919; URRUTIGOITY, Javier, “El principio de tutela administrativa efectiva”, Lexis N° 0003/012321 y lo resuelto en CSJN, 14/10/2008, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - Decreto 310/98 s/ Amparo Ley 16.986”; CIDH, 02/02/2001, “Baena, Ricardo y otros”, LL, 2001-D, 573; *id.*, 06/02/2001, “Ivcher, Bronstein”, LL, 2001-E, 329.

⁸⁶ BRUNETTI, Andrea M., “Acceso a la Justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Hacia la humanización del proceso”, en BASSET, Ursula - FULCHIRON, Huges - BIDAUD-GARON, Christine - LAFFERRIERE, Jorge N. (Directores), *Tratado de la vulnerabilidad*, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 669.

⁸⁷ Véase a MAINO, Carlos A.G., “Derechos humanos y consenso o el eterno retorno al positivismo jurídico”, *Prudentia Iuris* n° 73, 2012, p. 23 y ss.

Este modelo puro de reglas era considerado, hasta ese entonces, un sistema “atractivo”, por la seguridad jurídica y la previsibilidad que confería a los justiciables⁸⁸. Pero las críticas se apoyaban, en lo sustancial, en la ausencia de ponderación de la norma con principios y valores, al momento de aplicar la ley. Es decir, “no toma en serio la Constitución escrita, dejando de lado las regulaciones diferenciales de la ley fundamental”⁸⁹. Había, en ese entonces, una tajante diferenciación entre el derecho público y el derecho privado. Así, la Constitución se encargaba, en términos generales, en definir los órganos del Estado, su composición y atribuciones, la distribución del poder en el territorio, como la elección de gobernantes y su destitución. Mientras que era el Legislador, en tanto representante del pueblo, el autor de la configuración de los derechos y su ejercicio, a través del dictado de las leyes⁹⁰.

Tal como fuera sostenido⁹¹, fue a partir de los juicios de Nuremberg, en donde se condenaron a los jerarcas nazis por aplicar la ley pero en violación de principios, valores y derechos humanos esenciales de jerarquía superior -aunque no estuvieran escritos-, cuando comenzó a advertirse las fuertes insuficiencias y debilidades del sistema dogmático imperante en el Estado de Derecho Legal (“EDL”), que culminaron por evidenciar su distanciamiento con la realidad y la operatividad del derecho.

Comenzó, de esa manera, luego de la Segunda Guerra mundial, a producirse profundos cambios en el campo de la interpretación y aplicación judicial de la ley, dada la necesidad de apelar a argumentos razonables para brindar la solución más justa posible al caso concreto, en aquellas circunstancias en donde la norma legal no lo hacía. Fue así como, a fines de la década del 50’, la problemática de la argumentación jurídica se instaló en la agenda de la teoría del derecho Europeo continental, impulsada por PERELMAN y VIEHWEG, alcanzando gran desarrollo en las últimas tres décadas del siglo XX, de la mano de KALINOWSKI, ALEXY y ATIENZA, entre muchos otros; abriéndose paso al Estado de Derecho Constitucional (“EDC”)⁹². También ha recibido el nombre de *constitucionalismo ecuménico*⁹³.

Se caracteriza, en términos generales, en que la Carta Magna es reconocida como verdadera fuente de derecho, imbuida de moral a través de principios, valores y derechos humanos y en la creación de magistrados con facultades de controlar que las normas jurídicas sean compatibles con ella. Por lo tanto, la Constitución es concebida como un conjunto de principios de moralidad social, que establecen derechos básicos de los individuos⁹⁴.

Así, los principios, valores y Derechos Humanos valen para todos los ámbitos del derecho, de los cuales recibe directrices e impulsos la legislación, la administración y la justicia. Desde ese modo, su efecto es *irradiante* del sistema jurídico tradicional⁹⁵. En efecto, se transformaron los contenidos y la recíproca relación entre la ley y la Constitución y quedó en claro que la legislación debe ser entendida e interpretada a partir de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales.

⁸⁸ Comp. ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 18.

⁸⁹ *Ibid*, p. 117.

⁹⁰ Comp. IBARLUCÍA, Emilio A., “La constitucionalización del derecho privado”, en BUERES, Alberto J. (Dir.), *Incidencias del Código Civil y Comercial, “Derecho Público”*, vol. 19, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, ps. 36/37.

⁹¹ PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988, p. 103.

⁹² Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Argumentación Constitucional”, ponencia presentada en *I Congreso Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, Cancún, México, 2008, p. 53.

⁹³ ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 71.

⁹⁴ Ver NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 18.

⁹⁵ Comp. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa editorial, Estudios Alemanes, Romanyá Valls, Barcelona, 1994, p. 159.

La constitucionalización del derecho es el fenómeno jurídico según el cual se impone que todas las normas jurídicas deben ser promulgadas, comprendidas y aplicadas a partir de la Constitución, que es la matriz de todo el ordenamiento jurídico⁹⁶.

En este escenario, la ley que contenía el derecho en el EDL era absolutamente clara para su comprensión y aplicación, en tanto contenía normas, o sea era un juicio que definía un supuesto fáctico genérico al que se le atribuían ciertas consecuencias jurídicas para la hipótesis que ocurriera. Se consideraba al juez como ser prácticamente inanimado y boca de la ley, que aplicaba mecánicamente la voluntad del legislador. Por ello, la interpretación de la ley era exegética. Así, se sostenía, en ese momento, que al juez no se le debe dar libertad alguna de ejercer su fantasía legislativa, porque si pudiese modificar la ley, teniendo en cuenta criterios equitativos u otros, el principio de separación de poderes sería invalidado por la presencia de dos legisladores: el verdadero y el juez⁹⁷.

Ahora bien, y tal como fuera sostenido, en tiempos del EDC uno de los temas que más interesa a la doctrina jurídica es el de los “principios”⁹⁸.

Sin duda que han colaborado a ello las teorías de Ronald DWORKIN y Robert ALEXI. El primero, en su polémica con HART, rechazando la alternativa de reducir el derecho a un “sistema de reglas” y proponiendo centralmente a los principios (*Principles*), o sea “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad”, cuyo contenido son los “derechos individuales”, y estableciendo entre los diferentes criterios distintivos entre normas y principios, el que aquéllas sí es posible someterlas al test de origen o *pedigree* en orden a establecer su origen y paternidades, pero esto es inviable para los principios dado que ellos están en el derecho y los juristas lo que hacen es descubrirlos y aplicarlos. El segundo con su concepto del derecho no positivista, en donde se postula para el mismo límites morales infranqueables (“la injusticia extrema no es derecho”), y al mismo tiempo se insiste de que más allá de aquella situación excepcional, lo habitual es que circule por el derecho la moral bajo el rótulo de los principios (*Prinzipien*), pues para ALEXI hay una cierta identidad entre ellos y los valores, y su característica central es que son “mandatos de optimización”, en tanto pretenden la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas⁹⁹. En otras palabras, se aspira a que se cumplan lo máximo posible, porque siempre habrá otro principio que se les contraponga¹⁰⁰.

De esta manera, la interpretación exegética de la letra de la ley, propia del EDL, quedará desplazada si ésta contradice normas emanadas de un tratado o un principio general del ordenamiento jurídico, considerado este último como un todo integral.

Conforme fuera expuesto al respecto, toda una generación de juristas ha sido educada durante una “era del orden”, fundada en una única concepción formal del derecho, inspirada en la tradición filosófica inglesa del empirismo lógico y en la dogmática kelseniana. La lógica deontológica, propia de lo jurídico, la deducción como base del razonamiento, la remisión a una norma de reconocimiento fundante, y los principios de jerarquía, temporalidad y especialidad, fueron las

⁹⁶ BERIZONCE, Roberto, “La jurisdicción en el Estado de Derecho Democrático”, LL, cita online: AR/DOC/4249/2014. En el mismo sentido: MANILLI, Pablo L., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico argentino”, en BUERES (Dir.), *Incidencias...*, ps. 25/33.

⁹⁷ Cfr. CURA GRASSI, H. Domingo C., “Breves reflexiones referidas al papel que debe desempeñar el juez ante el derecho y el enigma del caballo que piensa”, ED, 03/05/2019, p. 1 y ss.

⁹⁸ Cfr. COMANDUCCI, Paolo, “Principios Jurídicos e indeterminación del derecho”, DOXA, n° 21, Vol. II, 1998, p. 90.

⁹⁹ VIGO, Rodolfo L., “Principios generales del derecho y principios (estado de derecho legal y estado de derecho constitucional, respectivamente)”, LL, 2011-A, 1129.

¹⁰⁰ OSSOLA, Federico A., “Tutela de la Vulnerabilidad y la Teoría General de las Obligaciones”, Revista Iberoamericana de Derecho Privado, N°10, IJ Editores, nov. 2019, cita online: IJ-DCCCLXIII-22.

bases de un sistema formal cuyo propósito fue la coherencia. De tal modo, el derecho es concebido como un sistema formal de coherencia lógica apriorística, es decir, una obra del legislador y de la dogmática que reproduce el modo de razonamiento. Toda una generación de juristas educados en el orden vive ahora en una “era del desorden”, en la que se ha producido un fenómeno de “materialización del derecho”, puesto que el sistema es cada vez más abierto y permeable a la incorporación de criterios que provienen de otras áreas, de las que el divorcio no ha sido enteramente posible, como la moral, la sociología, la economía, o la técnica, que se introducen a través de principios, valores, conceptos indeterminados¹⁰¹.

3. El actual paradigma de interpretación y aplicación judicial normativa.

Una de las consecuencias de lo expuesto anteriormente, es que los operadores jurídicos pueden distinguir entre ley, derecho y justicia. Y esta diferenciación supone que, en la práctica del derecho, los jueces deben ser conscientes de que el conjunto de materiales normativos con los que dispone para resolver conflictos no sólo cuenta de reglas, sino también de principios; que la aplicación de esas reglas debe compatibilizarse con los principios constitucionales, y que el razonamiento realizado resultará valorativo y, por tanto, no será mera y exclusivamente formal¹⁰².

Es por ello, que en el marco del EDC ya no se habla de interpretar exegéticamente la ley, sino de *argumentar* jurídicamente, por lo que la tarea del jurista es encontrar y decir la respuesta más justa a cada caso. Supone elegir de entre las respuestas disponibles en el derecho vigente para el caso en cuestión, y brindar los argumentos justificatorios de esa elección que permiten postularla como la que corresponde triunfar en la contienda.

Es que, conforme fuera sostenido¹⁰³, la argumentación jurídica busca asegurar la racionalidad en la aplicación del derecho. Entonces, los argumentos son necesarios para lograr una fundamentación racional de las sentencias y, especialmente, para referimos a las que deben resolver casos difíciles. Los argumentos son secuencias de proposiciones que se derivan unas de otras por aplicación de reglas de inferencia (deducción) o por otras reglas (inducción, analogía). Hoy en día se considera que la argumentación puede encontrar apoyos no lógicos suficientes como para que no pierda racionalidad¹⁰⁴.

Todo lo expuesto importa una mutación en la manera en que el juzgador debe arribar a la solución del caso (para muchos autores “peligrosa”), pues dependiendo de las nuevas herramientas que conforman el “derecho” (ya no solo la letra de 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.

Se está frente, en consecuencia, a la interpretación creativa de la jurisprudencia. Ya que al juez, ante la presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción, la penetración general del texto constitucional, se le encarga una continua adecuación de la legislación a las prescripciones constitucionales. La sustancialización de la constitución sitúa en primer plano la consideración de las exigencias de justicia sustancial que el caso concreto trae consigo. Por lo cual, si con anterioridad el juez interpretaba-aplicaba el derecho independientemente de la valoración del caso concreto, ahora el juez debe interpretar el derecho a la luz de las exigencias de justicia

¹⁰¹ Ver LORENZETTI, Ricardo L., “La decisión judicial en casos constitucionales”, LL, 2010-F, 702.

¹⁰² Cfr. ETCHEVERRY, “La práctica del derecho...”, LL, Actualidad, Año: LXXIV, n° 241, p. 2.

¹⁰³ ALEXY, *El concepto y la validez...*, op. cit., p. 174.

¹⁰⁴ Vid. PORTELA, Mario A., “Argumentación y sentencia”, DOXA, n° 21, Vol. II, 1998, ps. 334.

vehiculadas por el caso. La interpretación moral del caso incide, de este modo, en la interpretación de las palabras del derecho. Debido a este peculiar papel asumido por el juez, éste tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico¹⁰⁵.

Como lo señalaba MORELLO, “los jueces no pueden sustraerse a la influencia de las nuevas coordenadas jurídicas, diferentes a las que tradicionalmente constituían su arsenal formativo y, en no pocas decisiones, especialmente en el delicado tema de los derechos humanos, han debido renovar el derecho judicial”¹⁰⁶.

Principios como el *pro homine*, *pro consumidor*, *progresividad*, *pro debilis* o de protección al vulnerable (que nacen de los tratados internacionales ratificados por nuestra Nación y de las 100 Reglas de Brasilia), la buena fe, la prohibición de ejercer abusivamente los derechos, la nulidad por fraude a la ley, el orden público, la defensa de los derechos de incidencia colectiva, la prohibición de dañar a otro o en su caso de reparar el perjuicio ocasionado de manera integral, el deber de prevención, entre otros, resultan rectores a la hora de evaluar la aplicación de una norma o su desplazamiento, teniendo en cuenta que las antiguas pautas interpretativas que ya no son apotegmas dogmáticos a seguir¹⁰⁷. Es que, la persona humana constituye el centro de protección fundamental del sistema jurídico.

Conforme fuera sostenido¹⁰⁸, de la combinación de los principios de (i) *inviolabilidad* de la persona (prohibición de imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos); (ii) *autonomía* de la persona (por el que se asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia) y (iii) *dignidad* de la persona (trato al hombre de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tiene control), se derivan los derechos humanos fundamentales.

Son por definición todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personalidad de su sujeto o en algunas de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personalidad y de los que se es titular, los reconozca o no el ordenamiento jurídico y aun cuando éste los niegue¹⁰⁹. Constituyen una serie de facultades y prerrogativas que han sido reconocidas a la persona humana sin carga ni cortapista alguna, a través de distintos instrumentos de Derecho Internacional Público, a nivel universal y regional. Es decir, que conforman la positivización de derechos que se consideran inherentes a la condición de persona humana y que afincan en el concepto jurídico de Derecho Natural¹¹⁰.

Tal como se resolviera¹¹¹, estos derechos responden a un orden que precede en el tiempo y supera en jerarquía al derecho positivo. La justicia social se inscribe entre los principales valores y objetivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es la justicia en su más alta

¹⁰⁵ POZZOLO, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, DOXA, n° 21, Vol. II, 1998, ps. 341/342.

¹⁰⁶ MORELLO, Augusto, “Motivación adecuada de la sentencia. Matices”, ED, 24/08/2007.

¹⁰⁷ BOQUÍN, Gabriela F., “El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal”, RCCyC, 2018 (febrero), 3; de la misma autora, “Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID 19”, DECONOMI, Año III, n° 3, UBA, 2020, p. 40.

¹⁰⁸ Cfr. NINO, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos*, 2ª ed. ampliada y revisada, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 46.

¹⁰⁹ MASSINI CORREA, Carlos I., *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 140.

¹¹⁰ Vid. MAINO, Carlo A.G., “El control de convencionalidad y las dificultades que ofrecen las interpretaciones de la CIDH”, Prudentia Iuris n° 81, 2016, p. 32.

¹¹¹ CNCom., Sala B, 19/10/2016, “Transportes Tomeo S.A. s/ Quiebra s/ Incidente de verificación de crédito por Chora, María E.” (del dictamen fiscal, que la Cámara hace propio).

expresión, y consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a lograr que todo y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consiguen o se tienden a alcanzar las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad. Constituye un medio para establecer la paz universal, y un fin propio.

En este contexto, el juez debe arribar a una solución que se encuentre dentro de la nueva cosmovisión jurídica, en la cual la persona humana es el centro de protección, debiendo amalgamar las diferentes normas que se ubican dentro del ordenamiento jurídico nacional e internacional, a los fines de brindar una efectiva tutela judicial. La cual se debe reforzar e intensificar en aquellos casos en los cuales se encuentren sujetos en situaciones de vulnerabilidad¹¹².

4.- Breves nociones sobre vulnerabilidad y sujetos vulnerables.

A los fines de ingresar a una noción conceptualizadora del término vulnerabilidad, cabe destacar que, a pesar de ser aparentemente tan comprensible y conocido, esta palabra encierra una notable complejidad. Así se sostuvo que “vulnerabilidad es, en primer lugar, un concepto con múltiples significados, aplicables a ámbitos muy diversos: desde la posibilidad de un humano de ser herido hasta la posible intromisión en un sistema informático. En segundo lugar, la vulnerabilidad es una característica de lo humano que parece evidente desde una perspectiva antropológica, pero que la tradición cultural más cercana a la defensa del individualismo, la autonomía y la independencia, se ha encargado de dejar en un segundo plano o, incluso, de relegar por considerarla de rango inferior. En tercer lugar, la vulnerabilidad, en tanto que posibilidad del daño, es considerada la misma raíz de los comportamientos morales, al menos de aquellos en que el énfasis se sitúa en la protección y en el cuidado, más que en la reclamación de derechos. Y además, en cuarto lugar, la vulnerabilidad se ha ido asociando no sólo con las condiciones del individuo sino, cada vez más, con las condiciones del medio (ambientales, sociales o de otro tipo) en que su vida se desarrolla, dando lugar a la necesidad de incorporar los aspectos socioculturales en la comprensión de este concepto. De ahí que se hable, frecuentemente, de poblaciones vulnerables, para referirse a aquellos grupos de personas que, a consecuencia de las condiciones del medio en que viven, están en una situación de mayor susceptibilidad al daño”¹¹³.

El término vulnerabilidad proviene de una palabra latina que significa “herida”. Es por ello que se entiende que la persona vulnerable es aquella que puede ser herida, atacada, afectada, física o moralmente. Esta palabra reenvía a la idea de fragilidad y de debilidad, apelando a la necesidad de protección, de cuidados y de atención de todo aquel que se encuentra en ese contexto¹¹⁴. En ese mismo sentido, se ha sostenido que vulnerabilidad denota debilidad, fragilidad para sobrevivir y vivir con dignidad, tanto como para reclamar derechos propios que también se reconocen a otros por dificultades que en ocasiones presenta el sistema jurisdiccional¹¹⁵. Se trata de una condición

¹¹² CS, Tucumán, 22/12/2022, “G.T.L.S. c/ I.D.P.S.D.T. s/ Amparo”, -sent. nº 1625-.

¹¹³ FEITO, Lydia, “Vulnerabilidad”, en *Anales del sistema sanitario de Navarra*, Gobierno de Navarra, Departamento de Salud, España, 2007, ps. 07/22.

¹¹⁴ Cfr. FULCHIRON, Huges, “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en BASSET, Ursula - FULCHIRON, Huges - BIDAUD-GARON, Christine - LAFFERRIERE, Jorge N. (Dirs.), *Tratado de la vulnerabilidad*, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 3.

¹¹⁵ Ver GELLI, María A., “Vulnerabilidad y pobreza. Relectura en tiempos de pandemia, LL, cita online: AR/DOC/2045/2020.

inherente a la naturaleza humana, estrechamente vinculada con la exposición al riesgo del sujeto¹¹⁶. También se ha postulado que la expresión “grupos en situación de vulnerabilidad” se utiliza para designar a aquellos conjuntos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas¹¹⁷. Con ese mismo criterio, se ha expuesto que esta expresión es utilizada para identificar a las personas o grupo de personas que, por razones relativas a su identidad o condición y por acción u omisión del Estado, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y atención de sus necesidades¹¹⁸.

A mayor abundamiento, y en este orden de ideas, se ha postulado que con el término vulnerabilidad se designa a quienes se encuentran en un estado o circunstancia desfavorable, o que padecen desventajas, carencias, o se encuentran bajo circunstancias que afectan el goce y ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. En fin, se alude a circunstancias que obstan a la satisfacción de sus necesidades específicas¹¹⁹. De allí que la vulnerabilidad sea relacionada con una situación de exclusión, discriminación y marginación que anulan el ejercicio y goce de los derechos fundamentales.

A más, en la definición del término, se ha considerado que deben admitirse diversas perspectivas, además de la jurídica, en su constitución como tales, como son: la social, la histórica, la cultural, la económica, de modo tal que tal identidad de estas personas varía en cada sociedad y en determinado momento histórico¹²⁰. Es por ello que la autora citada expone que “las personas vulnerables” son aquellas que, por sus características de desventaja por edad, sexo, estado civil, nivel educativo, origen étnico, situación o condición física y/o mental, requieren de un esfuerzo adicional para gozar de sus derechos fundamentales en un pie de igualdad¹²¹.

En definitiva, la vulnerabilidad se relaciona con la capacidad de un individuo para gozar de sus derechos en condiciones igualitarias con otras personas.

En ese marco, se la ha contemplado a la vulnerabilidad como una perspectiva constructiva y reparadora, empoderadora y equiparante del derecho, a los fines de colocar a los sujetos en idéntico pie de igualdad en el ámbito de los intercambios familiares y sociales. En definitiva, se erige en un instrumento de corrección de desigualdades, tanto en el ámbito de adjudicación de justicia distributiva como conmutativa¹²².

Como sus características, se ha esbozado¹²³ que se trata de un concepto: a) *potencial*, puesto que refiere a una posibilidad de herida, ligada a la eventualidad de una amenaza de afectación de la persona y de que esa afectación se produzca efectivamente; b) *objetivo*, dado que la amenaza de

¹¹⁶ Ver SOSA, Guillermina L., “La prevención y/o mitigación del daño en materia de vulnerabilidad”, LL, cita online: AR/DOC/436/2020 y de la misma autora “Hacia una teoría de la vulnerabilidad”, LL, cita online: AR/DOC/800/2019.

¹¹⁷ Cfr. MEDINA, Graciela, “Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las “categorías sospechosas”: una visión jurisprudencial”, en BASSET - FULCHIRON - BIDAUD-GARON – LAFFERRIERE (Dir.), *Tratado de la vulnerabilidad*, p. 78.

¹¹⁸ Cfr. DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba, “Derechos humanos, familia y vulnerabilidad”, en BASSET - FULCHIRON - BIDAUD-GARON – LAFFERRIERE (Dir.), *Tratado de la vulnerabilidad*, p. 109.

¹¹⁹ Comp. VALENTE, Luis A., “El nuevo derecho civil y ética de los vulnerables”, LL, cita online: AR/DOC/3695/2015.

¹²⁰ Vid. DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba, “Derechos humanos, familia y vulnerabilidad”, en BASSET - FULCHIRON - BIDAUD-GARON – LAFFERRIERE (Dir.), *Tratado de la vulnerabilidad*, p. 109.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Cfr. BASSET, Úrsula C., “Fallar con perspectiva de vulnerabilidad (o el riesgo de las categorías en el derecho antidiscriminatorio)”, LL, cita online: AR/DOC/3111/2022.

¹²³ Expuestas por FULCHIRON, Hugues, “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en BASSET - FULCHIRON - BIDAUD-GARON – LAFFERRIERE (Dir.), *Tratado de la vulnerabilidad*, p. 4.

afectación a una persona puede determinarse objetivamente, porque el concepto de vulnerabilidad está ligado a la noción de seguridad; c) *subjetivo*, a la hora de evaluar las causas de vulnerabilidad de una persona determinada (edad, causas naturales, estado de subordinación o situación ligadas al derecho mismo); d) *relacional*, es decir, que un individuo es susceptible de ser víctima de una afectación porque otro (este puede ser un particular o un agente que interviene en nombre de la sociedad) lo amenaza; e) *descriptivo de un estado y prescriptivo de un estatuto*: la situación calificada como de vulnerabilidad llama a una protección que se construirá poco a poco en estatuto, parcial (notablemente cuando las situaciones sean diversas: enfermedades o discapacidades) o completo y coherente (cuando la situación esté claramente identificada: género, niñez, mujer embarazada); f) *marginal*, en el sentido de que es un concepto que habita a la vez en el derecho y más allá del derecho, al tener otras dimensiones que la puramente jurídica; g) *integral*, porque la existencia de vulnerabilidad, por cualquiera de las causas que le dan origen, implica la afectación no de uno sino de varios de los aspectos de la vida de las personas que la sufren; y *progresivo*, dado que se acumula y aumenta en intensidad, lo que provoca consecuencias cada vez más graves en la vida de quienes sufren de alguna causa de vulnerabilidad y sus consecuencias, lo que propicia el surgimiento de nuevos problemas y a un aumento de la gravedad de la vulnerabilidad, por lo que esta condición se vuelve cíclica¹²⁴.

Por su parte, ha sido sostenido que existen dos tipos de vulnerabilidades que pueden padecer las personas: a) la *intrínseca*, propia de las condiciones personales o del grupo de personas de que se trate, tales como la enfermedad; la falta de capacitación o educación; b) la *extrínseca*: que deriva de los contextos sociales, económicos o culturales en los que viven las personas específicas. Por cierto, esas fragilidades pueden interrelacionarse y unas ser causa de las otras, aunque en principio puedan distinguirse, pues las patologías pueden ser congénitas o deberse a la vulnerabilidad estructural que sufren las personas enfermas si, por caso, viven sin acceso a redes cloacales o a la vera de fuentes de aguas contaminadas que originan enfermedades. Se suele citar los casos de niños y mujeres en los países en guerras o invadidos por tropas extranjeras o, en los desplazamientos provocados por las contiendas armadas o religiosas en que esos grupos suelen exhibir mayores debilidades físicas que los varones adultos. Además, por los abusos que estos últimos pueden ejercer sobre aquellos¹²⁵.

En esa línea, se ha postulado que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretan que son peculiarmente frágiles los desplazados, los migrantes¹²⁶, las mujeres, los niños, los mayores, las personas con discapacidad, las personas ilegalmente detenidas, los pueblos indígenas y las víctimas de desaparición forzada¹²⁷. Es que los instrumentos normativos del mecanismo regional y los pronunciamientos de su órgano jurisdiccional componen un excepcional faro para la investigación del tópico, siendo imprescindible que los actores del mundo jurídico acudan a ellos para delinear un criterio acerca del grado de vulnerabilidad que amerita una tutela tonificada.

¹²⁴ PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, "Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar", *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 2005, vol. 38, nº 113, ps. 845-867.

¹²⁵ Ver GELLI, María A., "Vulnerabilidad y pobreza. Relectura en tiempos de pandemia, LL, cita online: AR/DOC/2045/2020.

¹²⁶ OLEA RODRÍGUEZ, Helena M., "Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", en *Economía*, Madrid, Nº 9, octubre 2015 - mayo 2016, p. 249.

¹²⁷ ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin, "La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología", en BURGORGUE-LARSEN, Laurence, MAUÉS, Antonio y SÁNCHEZ MOJICA, Beatriz E. (Coords.), *Derechos humanos y políticas públicas*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2014, ps. 193-231.

En tal sentido, pueden advertirse sendos fallos de la Corte Interamericana resaltando como causas de vulnerabilidad, entre otras, la edad (menores¹²⁸, adultos mayores¹²⁹), la discapacidad¹³⁰, la enfermedad¹³¹, la pertenencia a comunidades indígenas¹³² o a minorías¹³³, la pobreza¹³⁴ e indigencia¹³⁵, la migración¹³⁶ y el desplazamiento interno forzado¹³⁷, el género¹³⁸ y la privación ilegal de libertad¹³⁹, o en caso de desaparición forzada de persona¹⁴⁰; la discriminación estructural¹⁴¹.

Este Tribunal interpretó, en el desarrollo de sus sentencias, que dichas condiciones responden a variados motivos, destacándose entre ellos las afecciones, las características emocionales y psíquicas, el conflicto armado interno, la débil presencia de instituciones estatales, el desarraigo, el desequilibrio de poder, las desigualdades, la exclusión, la falta de estudios, información, reconocimiento de personalidad jurídica y recursos adecuados y efectivos, las limitaciones físicas y de movilidad, los pocos medios económicos, los prejuicios culturales, la prevalencia de cierta visión de la propiedad, la proveniencia rural y los tratos peyorativos.

En este orden de pensamiento y sobre el particular, se ha postulado que, para identificar a sujetos vulnerables, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha construido un *test de vulnerabilidad*, sobre la base de tres elementos fundamentales, a saber¹⁴²: a) las causas subyacentes. Son las condiciones de acceso a los derechos y los elementos estructurales del sistema, las cuales pueden ser: (i) de “derecho” y (ii) de “hecho” (tales como el género, la edad, la condición social o el origen étnico); b) las circunstancias de exposición a amenazas de violación de derechos convencionales. En este marco, se distingue entre los supuestos de omisión (v. gr. ausencia institucional en políticas públicas y económicas) y los de acción (v. gr. influencia de la mundialización que trae disparidad económica y social, ocasionando la marginación de algunos países de la economía mundial, lo que trae aparejado pobreza y migración. Y desde el orden interno, los grandes proyectos de desarrollo amenazan con los pueblos originarios o los conflictos armados incrementan la vulnerabilidad de niños y mujeres); y c) las características y análisis del sujeto vulnerable. Es considerado por el Juez Interamericano como aquel cuya fragilidad (física, de género, étnica, social, cultural) es superior a cualquier otra persona.

De ese modo, se extrae que la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que solo calificará como sujeto vulnerable aquél que presente un alto grado combinado de afectación por las

¹²⁸ Corte IDH, 31/08/2012, “Furlan y Familiares vs. Argentina”, LL, RCyS, 2013-II-276.

¹²⁹ Corte IDH, 08/03/2018, “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, LL, cita online: AR/JUR/26607/2018.

¹³⁰ Corte IDH, 14/07/2006, “Ximenes López vs. Brasil”, LL, cita online: AR/JUR/11786/2006.

¹³¹ Corte IDH, 23/08/2018, “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, LL, online: IC/JUR/2/2018; Corte IDH, 01/09/2015, “González Llu y otros vs. Ecuador”.

¹³² Corte IDH, 06/02/2020, “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, LL, cita online: IC/JUR/1/2020; íd., 24/08/2010, “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”; íd., “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, LL, cita online: AR/JUR/11099/2006; íd., 17/06/2005, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”.

¹³³ Corte IDH, 08/09/2005, “Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, LL, cita online: AR/JUR/13227/2005.

¹³⁴ Corte IDH, 22/11/2019, “Hernández vs. Argentina”, LL, cita online: IC/JUR/8/2019.

¹³⁵ Corte IDH, 20/10/2016, “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, DPyC, 2017 (mayo), 117.

¹³⁶ Corte IDH, 23/11/2010, “Vélez Loor vs. Panamá”, LL, cita online: AR/JUR/103942/2015.

¹³⁷ Corte IDH, “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, LL, cita online: 70019911.

¹³⁸ Corte IDH, 16/11/2009, “González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, LL, cita online: AR/JUR/77909/2009.

¹³⁹ Corte IDH, 17/09/1997, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, LL, cita online: AR/JUR/3800/1997.

¹⁴⁰ Corte IDH, 27/11/2008, “Ticona Estrada y otros vs. Bolivia”.

¹⁴¹ Corte IDH, 20/10/2016, “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, DPyC, 2017 (mayo), 117.

¹⁴² Expuestas por DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba, “Derechos humanos, familia y vulnerabilidad”, en BASSET - FULCHIRON - BIDAUD-GARON – LAFFERRIERE (Dir.), *Tratado de la vulnerabilidad*, ps. 112/114.

causas de vulnerabilidad, sensibilidad a la amenaza de violación de sus derechos y de exposición a la amenaza en sí misma. Entonces puede considerarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló una noción propia de vulnerabilidad, centrando la atención en la debilidad que comparten todos los individuos, pero hace foco en las circunstancias que atraviesan, dado que interpreta que recién allí adquiere su real dimensión y trascendencia. Igualmente, comienza valiéndose de la endeblez que es común a las personas para detenerse en el punto en que esa fragilidad resulta más gravosa por la confluencia interseccional de causas que autónomamente llevan a una posición perniciosa. Por último, refiere a supuestos en los que es dispar el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado y no existe una protección que subsane semejante inequidad.

Sobre esa plataforma, solo cabe colegir que la idea de vulnerabilidad con la que razona el órgano jurisdiccional interamericano aprecia tanto al sujeto como al contexto que lo rodea, enciende sus resortes cuando alcanza un nivel superior al promedio y pretende ofrecer contención a situaciones discriminatorias desprovistas de tutela suficiente.

Desde otro costado convencional, para terminar, las Reglas de Brasilia brindan una clara perspectiva de cómo identificar la pertenencia a un grupo vulnerable, al afirmar que “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. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: 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”¹⁴³. La finalidad de estas Reglas es la de garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, directa ni indirecta, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que les permitan el pleno reconocimiento y goce de los Derechos Humanos que les son inherentes ante los sistemas judiciales.

En esa línea, recientemente, el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán (2022), en la parte preliminar de principios, pregona que “Toda persona tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones en igualdad de condiciones, sin discriminación en razón de la raza, edad, género, religión, idioma, condición social o cualquier otra situación. Toda persona tiene derecho a una tutela jurisdiccional efectiva según el debido y justo proceso siempre que invoque un interés jurídico protegido y legitimación. Se debe priorizar el respeto a niñas, niños y adolescentes, ancianos, personas con capacidad restringida o enfermedad grave y toda persona o grupos en situación de vulnerabilidad, posibilitando su participación en el proceso judicial de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición”.

5.- Los casos “difíciles” y el activismo judicial en materia concursal.

Como es sabido, la simple lectura del art. 274 de la Ley 24.522, al ocuparse medular y específicamente de las facultades del juez concursal, es demostrativa de que se está frente a un enjuiciador con fuertes poderes de impulso procesal y de investigación de la causa, es decir, ante un judicante que resulta calificado de “activista”¹⁴⁴.

¹⁴³ Texto disponible en <https://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf>.

¹⁴⁴ Cfr. BARACAT, Edgar J., “El juez concursal en el inicio del nuevo milenio”, LL, 06/11/2017, 1.

Y a este rol activo, como fuera expuesto en el acápite precedente, el Código Civil y Comercial de la Nación lo ha acentuado, por el proceso de constitucionalización del derecho privado, hoy comprensivo de los Tratados de Derechos Humanos (arts. 1° y 2°, CCyCN), que llama al juzgador no sólo a subsumir los hechos en las reglas, sino a ponderar principios y valores; y por el método de interpretación, más centrado por los fines protectorios de la ley que por la intención del legislador.

En ese sentido, se sostuvo que los artículos citados formulan dos referencias concretas: sostienen que los casos civiles y comerciales *deben* ser resueltos conforme con aquellos tratados de derechos humanos en que la república sea parte y afirman que la ley civil y comercial debe ser interpretada teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de tales convenciones¹⁴⁵.

En ese marco, el Juez está en presencia de dos fuentes, con valores contrastantes, debe buscar coordinar las mismas en un *diálogo de fuentes*; lo que se traduce en una aplicación simultánea, coherente y coordinada de múltiples bases legislativas, leyes especiales y generales, de origen nacional e internacional. Y ese diálogo, será tanto horizontal, entre el Código Civil y Comercial de la Nación y las leyes especiales, como vertical, entre estas normas y aquellas de fuente constitucional y convencional; y deberá estar iluminado por valores y Derechos Humanos fundamentales, colocando a la protección de la dignidad de la persona humana en el centro del sistema jurídico¹⁴⁶.

Es que los principios constitucionales y convencionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso, pueden determinar que deba dejarse de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría una solución injusta¹⁴⁷. Y ese mandato es de *optimización* de la norma, a los fines de procurar obtener la solución más justa al caso concreto¹⁴⁸.

Todo ello por cuanto, como ha sido precisado¹⁴⁹, la justicia no es la contenida en las normas, sino que constituye su pauta axiológica, en el entendimiento que la justicia es un valor superior y anterior a la ley. Como enseña MORELLO¹⁵⁰, los jueces no son fugitivos de la realidad, están inmersos en su tiempo, en las ideas que cuentan en ese lapso de la convivencia. Además, están instalados en valores y creencias que forman parte de la comunidad en la que viven.

En esa inteligencia, se ha postulado que la interpretación que realizará el juez concursal implica una operación intelectual compleja, que incluye diversos factores que deben concurrir de modo simultáneo para alcanzar un resultado final. Ellos son: la norma legal, constitucional, convencional y los principios y valores que las rigen, atendiendo siempre las particulares circunstancias que conforman el caso y que justifican determinado encuadre jurídico, prescindiendo de otras posibilidades¹⁵¹.

Desde esta perspectiva, se sostuvo que los jueces no pueden sustraerse a la influencia de las nuevas coordenadas jurídicas, diferentes a las que tradicionalmente constituían su arsenal formativo y, en no pocas decisiones, especialmente en el delicado tema de los derechos humanos, han renovado el derecho judicial¹⁵². Máxime, cuando existen personas en situación de

¹⁴⁵ ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 57.

¹⁴⁶ Ver KRIEGER, Walter F. - BAROCELLI, Sergio S., *Derecho del Consumidor*, El Derecho, Buenos Aires, 2016, ps. 14/17.

¹⁴⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2016, p. 10.

¹⁴⁸ Cfr. ALEXI, Robert, *Derecho y razón práctica*, Distribuciones Fontamara, México, 1998, p. 30.

¹⁴⁹ Ver VIGO, Rodolfo L., "La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)", UBA, Buenos Aires, 2004.

¹⁵⁰ Cfr. MORELLO, Augusto, "Motivación adecuada de la sentencia. Matices", ED, 24/08/2007.

¹⁵¹ FERRARESI, Laura, "El rol del juez civil a la luz de la constitucionalización del derecho privado", LL, cita online: AR/DOC/4197/2019.

¹⁵² JUNYENT BAS, Francisco A., "Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales", LL, 2007-E, 552.

vulnerabilidad. Ya que, con el desarrollo del constitucionalismo social, la igualdad ideal sostenida por el constitucionalismo clásico fue perdiendo terreno, para pasar a considerar a las minorías y las necesidades reales de los sectores a los que una igualdad formal no les resultaba suficiente, en tanto no lograban hacer efectivos los derechos pretendidos por los sujetos vulnerables. Comienza el desarrollo de la igualdad por equiparación, involucrando la adopción de medidas de acción positiva a fin de sostener un piso de posibilidades reales, exigiendo poner la mirada en las especiales circunstancias de los sujetos como destinatarios del sistema para concretar no sólo el reconocimiento de los derechos, sino también su efectividad¹⁵³.

Entonces, en un caso complejo, una regla es incompleta si se le aplica liminarmente, es decir, sin ponderación previa con los principios, valores y Derechos Humanos, que conforman el ordenamiento¹⁵⁴.

En el marco de este acápite, si bien es imposible agotar, ni mucho menos tratar, todas las consecuencias que la concurrencia normativa, de principios y valores implica en el sistema concursal, haré alusión, seguidamente, a ciertos casos en donde la aplicación liminar de las normas concursales confrontaban con los derechos de acreedores especialmente vulnerables¹⁵⁵ y cómo fueron resueltos por el Juez. Situaciones jurídicas éstas que, en el anterior Estado de Derecho Legal, hubieran sido consideradas como “casos fáciles”, puesto que la aplicación literal de la ley habría sido lo correcto o esperado.

En el actual Estado de Derecho Constitucional, por sobre la letra expresa del articulado de la ley 24.522 y los principios y valores comprometidos en el propio sistema concursal, se encuentra la protección de la persona humana, quien es sujeto de preferente tutela, según su estado de vulnerabilidad. Y los Tratados suscriptos por nuestro país, en ese sentido, harán que la interpretación del juzgador sea diferente en cada caso, considerando la posible colisión y desplazamiento de normas y derechos, teniendo en cuenta la integración de todo el ordenamiento jurídico¹⁵⁶.

Son ahora los jueces quienes hacen la valoración del interés de la accionante, en el caso concreto. Así como la ley lo realiza en abstracto y de una manera general. Y el silencio legal frente a casos semejantes es suplido por una decisión de equidad, que apunta a una corrección de la ley en el proceso de concretización o particularización¹⁵⁷.

En este orden de ideas, el Máximo Tribunal Nacional ha resuelto que los jueces, en cuanto servidores de justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución del conflicto, pues de lo contrario aplicar la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, tarea en la que tampoco cabe prescindir de las consecuencias que se derivan de los fallos, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su decisión¹⁵⁸.

¹⁵³ Comp. MOSMANN, Victoria, “Incidencias del Código Civil y Comercial en la reforma procesal civil. La igualdad ante la ley y los sujetos vulnerables”, RCCyC, 2016 (octubre), 50.

¹⁵⁴ Vid. ALEXY, *Teoría de los derechos...*, op. cit., p. 134.

¹⁵⁵ Ver SOSA, Guillermo L., “Incidencias en la aplicación del derecho de las personas vulnerables”, LL, 2017-C, 653.

¹⁵⁶ Comp. BOQUÍN, “El artículo 2 del Código Civil y Comercial...”, RCCyC, 2018 (febrero), 3.

¹⁵⁷ Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Otra muestra del “derecho privado constitucional”: la constitución avanza sobre los privilegios concursales”, LL, 2004-E, 739.

¹⁵⁸ CSJN, *fallos*: 302:1611; 304:1919; 315:992; 323:3139; 326:3593; 328:4818 y 331:1262.

5.1. *Salvaguarda de adultos mayores.*

La protección de las personas mayores de edad es una obligación estadual que proviene tanto de nuestra Constitución Nacional como de Tratados Internacionales (especialmente, puede citarse a la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores), a través de la cual se debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizarles el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días.

De ese modo, estas personas son consideradas como sujetos especialmente vulnerables¹⁵⁹, a los cuales el Estado de propiciarles una particular tutela. Y esta especial salvaguarda pudo advertirse en el marco del concurso preventivo de la firma “Microómnibus General San Martín S.A.C.”¹⁶⁰, ante la incorporación a su pasivo del crédito de la Sra. Feliciana González, de 78 años de edad, con causa en la indemnización por daños y perjuicios producto de un accidente de tránsito, provocado por un vehículo de la empresa concursada. La actora, víctima de un accidente de tránsito, litigó seis años para lograr sentencia de primera instancia, y luego tres años para llegar a la sentencia de la Alzada. En el ínterin, la empresa responsable del accidente se presentó en concurso preventivo, donde obtuvo homologación de un acuerdo que contemplaba una quita del 40% de los créditos quirografarios, pagadero, ese 60% restante, en 18 cuotas anuales.

En ese marco, de la aplicación lisa y llana de lo normado por el art. 56 de la LCQ, le sería oponible a la víctima, con minusvalía física, el acuerdo preventivo homologado. Entonces, se condenaba a la Sra. González a recibir su crédito al cabo de 18 años, cuando contara con 96 años de edad, transformándola -de aplicarse a ultranza el principio de igualdad de los acreedores- en un beneficio para sus herederos y no para ello, tornando ilusorio cualquier tratamiento que pudiera efectivizarse sobre su minusvalía física, con grave afectación a su derecho a la salud. En suma, en este caso, el art. 56 LCQ conllevaría a una “injusticia extrema” para la Sra. González por conculcar principios de raigambre constitucional y convencional (“vida”; “salud” e “integridad física”), por lo que la Alzada Civil y Comercial de San Isidro, dejó de lado su aplicación y ordenó prontopagar el crédito en cuestión.

Los Jueces de la Cámara partieron de la base que el principio de igualdad frente a los acreedores no es aplicable cuando está comprometido el derecho a la vida de un acreedor, mientras que a los demás sólo les menoscaba el derecho de propiedad. Los Vocales afirmaron que nuestro derecho no es un sistema cerrado de reglas, pertenece al orden de la praxis y debe estar orientado al establecimiento del bien común. Y precisamente para conocer el contenido de este concepto es que el juez debe recurrir en el caso concreto a su verificación según el mismo ha sido plasmado por las normas constitucionales. Sostuvieron que el Juez no cumple el papel de una boca, a través de la cual habla la ley, el juicio implica una decisión y no una conclusión impersonal y necesaria hecha a partir de premisas indiscutidas, puesto que supone la intervención de una voluntad personal. Y para resolver la aplicación de los principios constitucionales que consagran el derecho a la vida y a la salud (arts. 14 y 75 inc., 22, CN), no puede sino juzgar la cuestión a través del prisma de la equidad. En efecto, según la clásica definición, la equidad es aquella parte de la justicia legal que nos induce a la no aplicación de aquellas normas que implican consagrar una injusticia grave y evidente. Concluyeron 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

¹⁵⁹ FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela, “El anciano: consumidor consumido”, en ARIAS, María P - URRUTIA, Liliana A. (Coord.), *Protección jurídica de los subconsumidores*, Juris, Buenos Aires, 2017, ps. 145 y ss.

¹⁶⁰ CCiv. y Com., 18/05/2004, “González, Feliciano c/ Microómnibus General San Martín S.A.C.”, LLBA, 2004-818.

inconstitucionalidad del acto lesivo. De ese modo, resolvieron que si bien el acuerdo al que llegó el concursado con sus acreedores es ley para las partes, esta ley es inconstitucional para la víctima del accidente de tránsito que obtuvo sentencia favorable en un proceso por daños y perjuicios -en el caso, verificó su crédito tardíamente, cuando el concordato ya estaba homologado-, ya que atenta contra su derecho a la vida teniendo en cuenta su avanzada edad y que el acuerdo se terminará de cumplir en dieciocho años, lo que implicaría que su crédito se transformaría en un crédito para sus herederos de aplicarse a ultranza el principio de igualdad de los acreedores.

Sobre la base de similares argumentos protectorios de la dignidad de la persona humana, el fallo fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires¹⁶¹.

En idéntico sentido y con este alcance, el citado Superior Tribunal, amparó los derechos de una adulta mayor (85 años) a los fines de evitar la espera en el pago de su crédito por el concursado¹⁶².

Por su parte, la Alzada Nacional en lo Comercial¹⁶³ también reconoció el beneficio de pronto pago en los términos del art. 16 de la LCQ a una acreedora debido a su edad (más de 80 años), cuyo crédito derivaba de un accidente de tránsito causado por quien se hallaba asegurado por la fallida y que no contaba con recursos económicos. La Alzada afirmó que “todo eso la coloca en un estado de vulnerabilidad que el tribunal no puede soslayar, máxime si se atiende a que, por la magnitud del proceso de liquidación, la expectativa de cobro en los términos usuales habría de insumir un tiempo que hoy no puede siquiera ser estimado”.

En similares términos, se evidencia un caso en la justicia rosarina¹⁶⁴, con relación a la inoponibilidad de la espera prevista en el acuerdo homologado, respecto de un acreedor, adulto mayor de edad, con una incapacidad total e irreversible que le impedía realizar los actos de vida más elementales por una mala praxis médica.

5.2. Resguardo prioritario de créditos laborales.

Los créditos de los trabajadores, debido a su carácter alimentario, han merecido una gran protección, tanto en una ejecución individual como en la concursal. La cual, a través de los tiempos ha ido en aumento. Son sujetos de “preferente tutela”¹⁶⁵. En el ámbito concursal, goza de una amplia protección, tanto desde el punto de vista *temporal*, a través del instituto del pronto pago, como *cualitativo*, contando con un doble privilegio: especial y general¹⁶⁶.

Ahora bien, en muchos casos, esos créditos pueden quedar totalmente insatisfechos en la quiebra de su empleador, puesto que pueden existir otros créditos con mayores preferencias que consuman los fondos falenciales. Ante esta situación, y partiendo de la base que los titulares de

¹⁶¹ CS, Buenos Aires, 05/04/2006, “González, Feliciano c/ Microómnibus General San Martín S.A.C.”, LLBA, 2006-904.

¹⁶² CS, Buenos Aires, 17/06/2009, “Racing Club s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación p.p. Persini, Ada S.” (causa: 98.731).

¹⁶³ CNCom., Sala C, 10/05/2018, “La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales s/ Quiebra s/ Incidente de verificación por Tules, Yolanda E.”, LL, cita online: AR/JUR/22249/2918.

¹⁶⁴ CCiv. y Com., Sala VIII, Rosario, 18/08/2016, “Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano Garibaldi s/ Concurso s/ Incidente de verificación tardía p.p. González Marcelo Eduardo”, LLLitoral, 2017 (diciembre), p. 6.

¹⁶⁵ CS, Tucumán, 30/11/2017, “Pereyra Víctor Alfredo c/ Farías Franco Emmanuel s/ Cobro de pesos”, -Sentencia nº 1859-; íd., 19/02/2002, “Complejo Agroindustrial San Juan S.A. s/ Concurso preventivo s/ Incidente promovido por Carlos Víctor Majolli s/ Pronto pago laboral”, -Sentencia nº 48-; CCiv. y Com., Sala I, Tucumán, 27/08/2018, “Embotelladora Torasso S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de pronto pago por Trujillo, Ricardo O.”, -Sentencia nº 344-; íd., 27/05/1998, “Norcivil S.A.”, LL, 1999-F, 739; CCiv. y Com., Sala III, Rosario, 01/04/2001, “Cooperativa Gremial Coop. De Seguros Ltda.”, LLLitoral, 2002-271; CNCom., Sala B, 19/10/2016, “Transportes Tomeo S.A. s/ Quiebra s/ Inc. de verificación de crédito por Chora, María E.”.

¹⁶⁶ Ver DI LELLA, Nicolás J., *Concurso Preventivo*, Bibliotex, Tucumán-Córdoba, 2015, ps. 407/430.

créditos laborales son personas vulnerables, merecedores de especial tutela, hay instrumentos internacionales que velan por una efectiva protección, máxime en caso de insolvencia de su empleador, para evitar su desamparo.

Tal cuestión ha sido materia de análisis en la causa “Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A.”¹⁶⁷, cuando un crédito laboral, originado en un accidente de trabajo, es verificado en esa quiebra. En ese proceso, en la oportunidad de pagar el dividendo concursal (art. 218 LCQ), según el orden de prelación de los privilegios concursales (art. 239 y ccs., LCQ), el 95% del activo falencial disponible en razón de la subasta de un inmueble de la fallida, se destinaba a satisfacer el crédito de la AFIP, y el 4,4 % restante sería adjudicado, al trabajador.

Sobre el particular, revocando los fallos de las anteriores instancias, nuestro Máximo Tribunal Nacional, dispuso que “La sentencia que reconoció a un crédito laboral verificado, derivado de un accidente de trabajo, el privilegio general y no el especial invocado por el trabajador debe ser dejada sin efecto, pues el Convenio N° 173 de la OIT, ratificado por la ley 24.285, establece que esas acreencias deben quedar protegidas por un privilegio de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que a los acreedores no privilegiados y contar con un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, directivas que 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”. Sostuvo que los convenios de la OIT, en tanto hubieran obtenido la ratificación legislativa, se inscriben en la categoría de los tratados a los que el art. 75, inc. 22, CN, confieren un rango superior al de las leyes.

Este Convenio, en su art. 5º, dispone que “*En caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda*”. Y, por su parte, el art. 6º establece que “*El privilegio deberá cubrir al menos los créditos laborales correspondientes: a) a los salarios correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; b) a las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como las correspondientes al año anterior; c) a las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo, y d) a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo*”.

En cuanto al rango del privilegio, el instrumento internacional preceptúa que “La legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social” (art. 8.1).

En ese marco, la Corte hizo hincapié en que estas directivas no son meramente programáticas, sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos en el ámbito local, sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación ya acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad, pues consideró que la ratificación del Congreso de la Nación al Convenio n° 173 de la OIT, por medio de la ley 24.285, determinó, tanto su incorporación al sistema jurídico argentino, con un rango superior al de las leyes, conforme lo dispuesto por el citado art. 75, inc. 22,

¹⁶⁷ CSJN, 26/03/2014, “Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A.”, LL, 2014-C, 191.

CN, como el desplazamiento de las pautas legales vigentes hasta ese momento que se opusiesen o no se ajustasen a ellas.

Asimismo, el Alto Tribunal, igualmente, tuvo en especial consideración la Recomendación Nro. 180 de dicha Organización internacional, referida también a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, adoptada en Ginebra el 23/6/1992, ya que entre los créditos que deberían ser protegidos por un privilegio, además de los que indica el Convenio Nro. 173, incluye en forma expresa las indemnizaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando corran directamente a cargo del empleador.

El Tribunal ponderó, además, que el Convenio Nro. 17 de la OIT del año 1925, ratificado por nuestro país por medio de la ley 13.560, en su art 11 establece que “Las legislaciones nacionales establecerán las disposiciones que, de acuerdo con las condiciones particulares de cada país, sean más adecuadas para garantizar, en toda circunstancia, el pago de la indemnización a las víctimas de accidentes y a sus derechohabientes, y para garantizarlos contra la insolvencia del empleador o del asegurador”.

En definitiva, el Máximo Tribunal concluyó que las normas internacionales citadas han desplazado, en el caso, a las reglas de los arts. 239, párr. 1º, 247 y 249 de la ley concursal, debiendo dar suma protección al trabajador, titular de un crédito de base alimentaria, cuya percepción es destinada a su supervivencia y la de su familia.

Este sostén argumentativo refuerza toda decisión protectoria de los créditos laborales en el marco de un proceso de crisis. Así, el Superior Tribunal de Tucumán, recientemente, a los fines de conferir privilegio a la defectuosa insinuación de un crédito laboral, ha resuelto que “Una solución contraria -como la brindada en la sentencia recurrida-, además de lo considerado, no resultaría acorde con el compromiso internacional argentino de brindar tutela especial y preferente al crédito laboral, conforme lo dispuesto por el Convenio n° 173 de la OIT, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador (ratificado por la ley 24.285), que establece el deber de brindar la mayor protección posible en la satisfacción de los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo. Y cuya operatividad ha sido consagrada por nuestro más Alto Tribunal Nacional (CSJN, 26/03/2014, Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A. s/ Quiebra, LL, 2014-C, 191)”¹⁶⁸.

5.3. Protección de personas enfermas.

Otro antecedente relevante surge en el marco del concurso preventivo de Correo Argentino S.A.¹⁶⁹, donde un abogado -actuando por derecho propio- petitionó el pronto pago de su acreencia (honorarios profesionales) fundando su pretensión en la circunstancia que debía someterse a una intervención quirúrgica en forma urgente, atento la enfermedad que lo aquejaba.

Como resultado de su reclamo, el Juez admite el crédito del insinuante con carácter de privilegio general (art. 241, inciso 1º, LCQ) y autorizó el pronto pago, atento las características del caso, donde está en juego la vida misma del justiciable.

Puntualmente, se sostuvo que “Si bien el suscripto tiene dicho en numerosos precedentes que es improcedente la concesión del pronto pago a favor del letrado del trabajador por el crédito verificado por honorarios regulados en sede laboral, en base a abundante jurisprudencia del

¹⁶⁸ CS, Tucumán, 08/05/2023, “Eciri SRL s/ Conc. Prev. s/ Inc. de verificación p.p. Coronel, Omar O.”, -Sentencia n° 452-.

¹⁶⁹ CNCom., Sala B, 02/05/2003, “Correo Argentino SA s/ Conc. Prev. s/ Inc. de verificación y pronto pago por Segura Carlos”.

Superior, lo cierto es que en el caso concurren circunstancias excepcionales que ameritan apartarse de tal regla, en tanto se encuentra en juego la vida del incidentista quien debe realizarse una intervención quirúrgica de vital importancia para su subsistencia, conforme fuera ratificado por el especialista del Cuerpo Médico Forense en su informe de fs. 139/140. En base a ello, y contemplando la excepcional situación, admitiré en este caso puntual el pronto pago solicitado por el crédito aquí reconocido”.

5.4. Amparo de los menores y/o discapacitados.

En relación a los niños el abordaje de la problemática no puede hacerse sino a la luz de las normas protectoras supralegales, es decir, el reconocimiento debe hacerse en clave constitucional y convencional.

Así, nuestra Carta Magna reconoce que determinados sujetos, entre los que se encuentran los menores de edad, resultan merecedores de una tutela particular. Al respecto, el art. 75, inciso 23, de la CN, establece la obligación del Estado Argentino de legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad. Todo ello, respaldado por disposiciones concretas contenidas en sendos instrumentos internacionales, especialmente, la Convención sobre los Derechos de los Niños.

Entonces, es indudable la obligación del Estado de proporcionar al niño una protección especial, la que ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesen en el bienestar del niño. Por ello, cuando una norma vigente conculca derechos de un niño, los jueces deben velar por la protección de este sujeto vulnerable.

En ese marco argumentativo, puede observarse la protección del menor vulnerable frente al concursamiento de su deudor, en el marco de los resuelto en la causa “Obra Social Bancaria Argentina s/ Concurso preventivo s/ Incidente de verificación de pronto pago”¹⁷⁰, en donde, ponderando principios y valores y disposiciones contenidas en Convenciones Internacionales, dejaron de lado la aplicación liminar de las normas sobre privilegios concursales, para salvaguardar los derechos del niño.

Así, los vocales de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sostuvieron que “el crédito insinuado por un menor discapacitado -indemnización por mala praxis médica- debe gozar de un pago preferente, sin que ello implique violar el numerus clausus de privilegios del régimen concursal, pues el propio legislador otorgó a los derechos de aquel una protección prioritaria al introducir a nuestro derecho positivo la Convención de los Derechos del Niño, otorgando de esa forma operatividad al principio interpretativo del interés superior de los menores”.

Para acceder al pronto pago del crédito que corresponde al menor, los Sres. Jueces de Cámara sostuvieron que no existe una contradicción legal ni un vacío normativo que, para reconocer el

¹⁷⁰ CNCom., Sala D, 01/10/2013, DJP, 2014 (diciembre), 19 y en LL, cita online: AR/JUR/84364/2013.

derecho prioritario del menor discapacitado a percibir su crédito en forma apropiada a los tiempos que su esencial situación requiere, imponga declarar la inconstitucionalidad del régimen de privilegios del ordenamiento concursal. A tales fines, dijeron que basta con aplicar la ley vigente 24.522, integrándola de acuerdo al orden jerárquico establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional que, bajo el prisma del art. 75, inciso 22, dota a la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por la ley 23.849, de fuerza normativa de innegable proyección en este caso.

En ese marco, afirmaron que si el crédito del menor discapacitado fuera sometido al trato igualitario de cualquier acreedor quirografario, el sacrificio de aquél no resultaría igual al de éstos, sino que lo excedería notablemente. Y, lo que es peor, sin fundamento legal alguno, ya que la Convención citada, de rango constitucional, otorga a los menores un derecho prioritario, que este Poder Judicial debe hacer valer. Por lo tanto, concluyó la Alzada que decidir de este modo no se viola el *numerus clausus* de privilegios del régimen concursal (art. 239 LCQ), puesto que el propio legislador otorgó a los derechos de los menores una protección prioritaria, lo que implica que sus créditos gozan de un pago preferente (art. 16 LCQ), en atención a las particulares características que ostentan y el interés superior del niño.

Por su parte, puede citarse, además, el reconocimiento del instituto del pronto pago al crédito por educación especial de un niño con síndrome de Down, mediante la aplicación armónica e integral de la legislación interna con tratados internacionales de derechos humanos, a los fines de proteger el interés superior del menor¹⁷¹.

En similares términos, se evidencia un caso en la justicia rosarina¹⁷², en donde se le reconoció privilegio al crédito de un menor -indemnización derivada de una mala praxis sufrida al tiempo del nacimiento y que le ocasionara al niño una lesión corneal en su ojo izquierdo- y ordenó a la concursada el pago preferente e integral de la acreencia insinuada, en un plazo de 60 días de notificada la resolución.

En este orden de ideas y con relación a la insinuación y pago del crédito de una persona hipervulnerable -crédito con causa en la indemnización de daños y perjuicios por abuso sexual de una menor en las instalaciones de un colegio privado- en el marco de un concurso preventivo, el Juzgado de primera instancia rechazó el pedido de los padres de una menor de edad (basado en: a) la inconstitucionalidad del régimen de privilegios; b) la verificación del crédito de su hija, de \$9.784.352,50 como privilegiado y c) la inoponibilidad del acuerdo preventivo alcanzado para privilegiados). La Alzada¹⁷³, el 15/12/2021, revocó el pronunciamiento y ordenó: pago de la totalidad del crédito verificado sin quita (que el acuerdo homologada en sí no contempla); pago sin espera (que el acuerdo contempla en el plazo de 5 años); pago de los intereses devengados con posterioridad a la presentación del concurso preventivo y con la tasa ordenada en sede civil (deja de lado la tasa fiscal fijada en el acuerdo); y se da la opción de cobro que podrá efectivizarse en moneda de curso legal o en moneda extranjera.

Preliminarmente, se sostuvo que resulta imprescindible destacar que el abordaje de cualquier conflicto jurídico no puede prescindir del análisis y eventual incidencia que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales proyectan en el derecho interno del caso. O, dicho de otro modo, la hermenéutica de las normas de derecho común debe adecuarse a la comprensión constitucional de

¹⁷¹ CNCom., Sala B, 28/12/2015, "Obra Social del Personal Gráfico s/ Conc. Prev. s/ Inc. p.p. Instituto Armonía de Educación Especial de Adriana M. Urrerepon y otros".

¹⁷² Juzg. Civ. y Com., nº 3, Rosario, 28/09/2021, "IPAM s/ Conc. Prev. s/ Inc. de verificación p. p. F., F. B", LL, cita online: AR/JUR/168031/2021.

¹⁷³ CNCom., Sala F, 15/12/2021, "Fundación Educar s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación", MJJ 135707.

los intereses en juego. El conflicto traído a estudio no merece ser abordado exclusivamente con la regulación específica de la LCQ, sino que resulta inexcusable la ocurrencia a las pautas provistas por los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos que amparan a las niñas víctimas de abuso desde un doble orden tuitivo: en cuanto niñas y mujeres. Abonó sus fundamentos en el fallo de la CSJN, de 2019, “Institutos Médicos Antártida”, en el que se declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales a los fines de satisfacer el crédito de un menor vulnerable. Postuló la Cámara que pretender que, aun tratándose de un sujeto preferentemente tutelado, la 'situación concursal' pueda imponer su igualación con el resto de los acreedores, implica una conclusión reprochable y errónea en la comprensión global que exige el caso. El sometimiento de la acreencia de la menor a las pautas regulatorias del concurso preventivo provoca una licuación de la indemnización acordada en sede civil. Por otro lado, enfatizó que el remedio concursal al que acudió la fundación concursada estuvo dirigido sustancialmente a afrontar los pasivos derivados de dicho pleito evitando hacer efectivo el íntegro pago de la acreencia de mayor monto establecida en cabeza de la menor.

Sobre el particular, RIBERA¹⁷⁴ en apoyo de la decisión reseñada precedentemente, considera que, dada la constitucionalización del derecho privado, los tratados internacionales vinculados al caso y lo normado por el art. 16 de la LCQ, correspondía conferirle pronto pago al crédito de la niña víctima de abuso sexual. MICELLI¹⁷⁵ postula que toda la normativa plasmada en el fallo que se cita, tanto en los instrumentos legislativos internacionales como nacionales, determina el deber del Estado de hacer efectivos los derechos en juego de la menor abusada, siendo obligación de los jueces garantizar su cumplimiento.

6.- Soluciones encontradas de la CSJN sobre la materia.

Dentro del escenario apuntado en el acápite precedente, resulta imperioso destacar dos recientes resoluciones emanadas de nuestro más alto Tribunal Nacional, vinculadas a la posibilidad o no de pagar prioritariamente el crédito, de un menor de edad discapacitado (producto de una mala praxis médica producida en el establecimiento fallido), en el marco de la quiebra de un sanatorio, dejando insolutos créditos preferentes al de aquél y sin efecto, al caso, el régimen de privilegios concursales. Pronunciamientos éstos que están sirviendo de plataformas argumentativas para un sin número de casos análogos en trámite o por iniciarse.

6.1.- Primer caso: “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”¹⁷⁶.

En el marco de un incidente de verificación tardía promovido en la quiebra de la AFFyB, el Magistrado concursal, a cargo del Juzgado Nacional en lo Comercial n° 20, declaró verificado al pasivo falencial un crédito a favor de un menor (M.B.L.) con causa en la indemnización derivada de los daños que sufriera con motivo de la mala praxis médica durante su nacimiento en el establecimiento fallido. En ese mismo acto, declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales (previsto en los artículos 239 párrafo 1°, 241, 242 parte general y 243 parte general e inciso 2° de la ley 24.522 -LCQ-), verificó ese crédito con privilegio especial prioritario de

¹⁷⁴ RIBERA, Carlos E., “Perspectiva de género y proceso concursal”, RDCO, 315-63 y LL, cita online: AR/DOC/1486/2022.

¹⁷⁵ MICELLI, María I., “Una tutela concursal diferenciada, integral, efectiva y con perspectiva de género”, RDCO, 315-57 y LL, cita online: AR/DOC/871/2022.

¹⁷⁶ CSJN, 06/11/2018, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia (AFFyB) s/ Quiebra s/ Incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otro”, La Ley, cita online: AR/JUR/56326/2018.

cualquier otro privilegio y ordenó su pago inmediato con los primeros fondos existentes en la quiebra.

Apelado que fuera el fallo, la Sala A de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial lo revocó y le asignó al crédito del menor el carácter de común o quirografario, dejando sin efecto el pronto pago dispuesto en primera instancia.

Contra esta decisión, los incidentistas, la Fiscal General ante la Cámara y la Defensora Pública de Menores e Incapaces ante el mismo tribunal presentaron sendos recursos extraordinarios, invocando tratados internacionales de derechos humanos y la ley 26.061, de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Los vocales de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dres. Ricardo L. LORENZETTI, Elena I. HIGHTON DE NOLASCO y ROSENKRATZ, votaron por mantener la constitucionalidad del régimen de privilegios concursales y no hacer lugar al pedido de verificación en ese carácter.

Preliminarmente, la Corte apeló a los principios de legalidad y excepcionalidad que caracterizan a los privilegios, tanto en materia de ejecución individual como colectiva. Asimismo, entendió que el régimen contemplado en el título IV, capítulo I, de la LCQ, de donde surgen los privilegios crediticios, responde a la causa o naturaleza del crédito, con independencia de la condición del sujeto.

Sostuvo que 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. Es por ello, que la preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco del proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces. Y en ese debate parlamentario debe abordarse esta temática de manera sistémica o integral, sin desnaturalizar la finalidad de los procesos concursales.

En ese marco, consideró que tampoco se ajustó a derecho la decisión del Juez de primera instancia al ordenar el pronto pago del crédito del menor (el que por la legislación falencial era quirografario), atento a que los arts. 16 y 183 de la LCQ, establecen un elenco taxativo de créditos prontopagables, entre los cuales no se encuentra el crédito del vulnerable.

Por su parte, la Suprema Corte señaló que si bien es cierto que existen tratados internacionales que cuentan con Jerarquía Constitucional (art. 75, inciso 22, CN), tales como: Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales contienen cláusulas vinculadas con la asistencia y cuidados especiales que se les debe asegurar a los niños y discapacitados, no es menos cierto que de ellos no se deriva el reconocimiento de un privilegio como el reclamado.

Los pactos señalados están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el más alto nivel de vida posible, en particular en lo relativo a salud, rehabilitación, desarrollo individual e integración social, pero de ningún modo tienen virtualidad para alterar el régimen de preferencias establecido por la ley, so pena de generar caos e inseguridad jurídica. Se reitera que ello debe provenir del Poder Legislativo más no del Judicial.

Como consecuencia de este fallo, el crédito del menor de edad discapacitado (sujeto hipervulnerable), quedará totalmente impago en la quiebra, puesto que los créditos con preferencias, según el régimen cerrado de la legislación concursal, consumen todo el activo liquidable. En su mérito, la quiebra se clausurará por distribución final (art. 230 LCQ) y, luego de haber transcurrido dos años, se concluirá por falta de reapertura (art. 231, parte final, LCQ).

6.2.- Segundo caso: "Institutos Médicos Antártida S.A."¹⁷⁷.

El marco fáctico consistió en que un menor fue víctima de mala praxis médica durante su alumbramiento -25 de Mayo de 1990- en un establecimiento médico denominado Institutos Médicos Antártida -fallida desde 2003-, sufriendo como consecuencia un daño consistente en una parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible, que condujo a un sufrimiento fetal agudo, con afección de todos los órganos y especialmente de su cerebro.

A raíz de ello, los padres del menor incoaron acción por daños y perjuicios, obteniendo sentencia favorable de la Alzada, que condenó solidariamente a la fallida, conjuntamente con una Obra Social -OSMATA- y a un médico dependiente de aquella entidad -Dr. Jorge López Mautino-. Consecuentemente, encontrándose firme e impaga la acreencia, los padres del menor iniciaron acción vericulatoria, como representantes legales de su hijo y por sus propios derechos, en la quiebra de Institutos Médicos Antártida, para poder cobrar el crédito en cuestión. El problema surgió en relación al grado con el cual debía verificarse ese crédito en el pasivo de la fallida, ya que realizados los activos de ella y estando pendiente de aprobación el proyecto de distribución final, se advierte que con el producido de los bienes sólo se podría hacer frente al crédito reconocido con privilegio especial a la entidad bancaria que financió gran parte de las actividades del establecimiento médico (art. 241 LCQ), y los gastos del concurso.

El juez de grado, teniendo suma consideración a los derechos superiores del menor de edad, naturalmente considerados de orden público, y que se encontraban en juego en el caso de marras, declaró la inconstitucionalidad de parte de la normativa concursal sobre privilegios, para luego proceder a incorporar un privilegio no reconocido en ella, pero que consideró que hoy se encuentra contemplado.

Apelado el decisorio, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la sentencia de primera instancia, destacando que el crédito insinuado no se encuentra comprendido en ninguno de los supuestos de créditos privilegiados previstos en la ley 24.522. Sentado ello, entendió que el régimen de privilegios concursales es compatible con los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y las restantes normas de orden constitucional. Explicó que aquéllas no contemplan de modo específico la situación del niño titular de un crédito en el marco de un proceso universal, ni establecen preferencia de cobro alguna respecto de los restantes acreedores. Asimismo, alegó que el respeto por el interés superior del niño no contradice el derecho del acreedor hipotecario a hacer efectiva la preferencia establecida en la ley 24.522. Indicó que los privilegios obedecen a características propias del crédito y no del acreedor.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁷⁸, con fecha 26/03/2019, se pronunció favorablemente a los incidentistas, revocando la decisión de la Alzada; declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales -arts. 239, párr. 1º, 241, 242, parte

¹⁷⁷ CSJN, 26/03/2019, "Institutos Médicos Antártida S.A. s/ Quiebra s/ Incidente de verificación de crédito promovido por Ricardo A. Fava y Liliana R. Harreguy de Fava", La Ley, cita online: AR/JUR/1632/2019.

¹⁷⁸ Con voto de los Dres. Juan C. MAQUEDA y Horacio ROSATTI, junto a la Dra. Graciela MEDINA. Con disidencia del Dr. Ricardo L. LORENZETTI y de la Dra. Elena I. HIGHTON DE NOLASCO.

general, y 243, parte general e inc. 2º, de la ley 24.522- y verificó a favor de B. M. F. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio, sobre la base de los siguientes argumentos.

Parte de la consideración de que los derechos del insinuante están contemplados expresamente en la “Convención de los Derechos del Niño y en la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” que alcanzan a personas de extrema vulnerabilidad como es B.M.F. Lo que determina el deber de velar por el interés superior del niño, para que pueda gozar de una vida plena.

Asimismo, los Sres. Vocales recordaron el antecedente dictado por la Corte en otra causa concursal “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.” donde se sostuvo que el régimen de privilegios previsto en la Ley 24.522 debía ser integrado con las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales que fueron incorporados en nuestro sistema jurídico con rango superior a las leyes, conforme a lo normas en el art.75 inc.22 CN. En aquel, caso, por tratarse de los derechos de un trabajador se le aplicó las normas de la OIT para verificar el crédito laboral con el carácter de privilegiado.

Y sostuvieron que, si bien son situaciones no asimilables, ya que aquí las normas internacionales en juego no aluden en forma explícita a una prioridad de pago ni otorgan privilegio a estas acreencias en las cuales el daño ocasionado es en la vida, la salud y la integridad física de una persona, no por ello no deben ser contempladas.

En ese marco, concluyeron que el eje del debate y análisis es la operatividad de los derechos humanos contenidos en las convenciones internacionales frente a la normativa concursal. Otorgándole aquí prioridad a estos instrumentos internacionales que tutelan especialmente los derechos del niño y de las personas con discapacidad a fin de que puedan gozar de una vida digna. Y como bien se señala, estamos frente a derechos humanos esenciales y es deber de los jueces hacer que estos derechos resulten efectivos y no ilusorios.

La Jueza Graciela MEDINA, destacó que el menor lleva 28 años intentando cobrar su crédito, reconocido por sentencia judicial firme en el año 2003, mientras sobrelleva una incapacidad del 100%. Expuso que se trata de un sujeto de extrema vulnerabilidad (por ser menor, discapacitado y con bajos recursos) y que de los tratados de derechos humanos constitucionalizados (art. 75, inciso 22, CN), se desprende el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad. Y al aplicar el régimen de privilegios del Código Civil y Comercial de la Nación y de la ley concursal, no solo no respeta el derecho a la salud del vulnerable, sino que agrava sus condiciones físicas, ya de por sí deterioradas, lo cual sería aun más perjudicial si no se establece un pronto pago, que ponga fin a esta interminable disputa en la que se ha visto indirectamente involucrado por la conducta del deudor. Concluyó, sosteniendo que esta decisión constituye una respuesta apropiada a la particular situación del recurrente pues se presenta como un modo de implementar las obligaciones reforzadas que tiene el Estado, la familia, la comunidad y la sociedad en aras de garantizar y proteger los derechos de los niños con discapacidad de manera adecuada.

Como consecuencia de este fallo, el crédito del menor de edad discapacitado (sujeto hipervulnerable), quedará totalmente satisfecho en la quiebra con los fondos existentes, mientras que los créditos del acreedor bancario (hipotecario) no se pagará (aunque le hubiera correspondido por la letra de la Ley 24.522), puesto que los únicos fondos existentes son los ingresados por la venta del instituto médico hipotecado, los que será consumidos por las reservas de gastos y el crédito del menor. Luego de ello, la quiebra se clausurará y, luego de haber transcurrido dos años, se concluirá por falta de reapertura (art. 231, parte final, LCQ).

7. Debate doctrinario sobre la preferencia y orden de pago del crédito del acreedor vulnerable frente al sistema de privilegios de la LCQ.

Nada pacífica ha sido en la doctrina la aparición de los dos fallos de la CSJN, reseñados precedentemente, y las postulaciones que se efectuaron sobre el particular. En ese contexto, pueden advertirse, marcadamente, dos corrientes de opinión. Una que hace a un lado el régimen, cerrado, objetivo y taxativo, de privilegios de la LCQ y apoya la concesión de privilegio de primer orden al crédito de personas en situaciones de vulnerabilidad. Otra que pregona la aplicación de los lineamientos de la legislación concursal en post de garantizar seguridad jurídica al tráfico mercantil y el mantenimiento del principio de división de poderes.

7.1. Posición afirmativa.

Esta postura se encuentra en línea con los fundamentos brindados por la CSJN de 2019, en "Institutos Médicos Antártida", aceptando la posibilidad de desarticular la legislación concursal sobre privilegios y generar una preferencia de primerísimo orden -y pronto pago en su caso- por las situaciones personales de vulnerabilidad del titular del crédito concurrente.

Parten de la base que "la igualación de los desiguales no es igualdad ante la ley". A grandes rasgos bregan por un replanteo de la forma de resolver y de argumentar las soluciones, introduciendo el desafío de armonizar su naturaleza con las distintas perspectivas sectoriales, que pueden resumirse en una "perspectiva de vulnerabilidad"¹⁷⁹. El fin es humanizar al derecho comercial y, en particular, el derecho concursal, ya que no solo afecta a relaciones comerciales, sino que también, indirectamente, lo hace con las personas humanas. Es por este motivo que el rol de los jueces debe ser activo y no pasivo, en pos de garantizar el cumplimiento de los derechos que se les han ido otorgando a personas vulnerables¹⁸⁰, a los fines de impartir justicia de la manera más equitativa y razonable posible¹⁸¹.

Se expuso que no existen dudas que el derecho concursal debe mirar con suma atención a los tratados internacionales de derechos humanos. La cuestión constitucional y convencional de las prioridades no es ajena, dado que cuenta con base normativa (arts. 2° y 3°, CCyCN). Ahora bien, para crear nuevos privilegios el juez debe cumplir acabadamente con el art. 3° que lo obliga a solucionar el conflicto mediante una decisión razonablemente fundada¹⁸².

Dentro de esta postura, VÍTOLO¹⁸³ argumenta que se ha alterado el "orden cerrado" de los privilegios y que el sistema se muestra poroso y como tal que permite la filtración de otros privilegios

¹⁷⁹ MOIA, Ángel L., "La liquidación falencial y los terceros vulnerables: nuevos desafíos de la concursalidad", Revista DECOMI, año IV, nº 18.

¹⁸⁰ BASTEIRO, Maximiliano; GALLARDO, Rocío y JALIF, Kalanit N., "La transversalidad del derecho internacional de los DDHH en el régimen de privilegios de la LCQ", ponencia en *XI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Bahía Blanca, 2021, p. 173.

¹⁸¹ MARTÍNEZ, Miguel G., "Privilegios concursales frente a los procesos con sujetos vulnerables del nuevo código de procedimiento civil y comercial de la provincia de corrientes. un gran avance", ponencia en *XI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Bahía Blanca, 2021, p. 179.

¹⁸² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La Constitución Nacional y los fundamentos de los privilegios concursales", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2021-3, p. 31.

¹⁸³ VÍTOLO, Daniel R., *Privilegios Concursales y Derechos Humanos*, La Ley, 2022; del mismo autor, "El impacto del sistema interamericano de protección de derechos humanos en el régimen de privilegios concursales previsto en la ley 24.522", ponencia en *XI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Bahía Blanca, 2021, ps. 192-198; del mismo autor: "Privilegios Concursales. La Corte que viene y va", DSCE, (marzo) 2019; del mismo autor, "Sobre la necesidad de reformular el régimen de privilegios concursales en la legislación argentina", ponencia en *X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Santa Fe, 2018, ps. 445

que no están en la norma concursal, sino que se originan a la luz de la reforma constitucional que comprende elementos ya no exclusivamente objetivos, y admite aristas de subjetividad en razón de circunstancias personales y situaciones subjetivas, sosteniendo para encontrar un equilibrio que la doctrina y la jurisprudencia son quienes -por el momento- deben darle cauce a esta nueva realidad evitando que la ponderación se convierta en un procedimiento irracional, ante la inexistencia de una estructura clara al respecto, lo cierto es que en la búsqueda de la realización del principio de la seguridad jurídica, resulta absolutamente necesario y conveniente reformular legislativamente el sistema de privilegios en la legislación concursal.

MOSSET DE ITURRASPE¹⁸⁴, apunta que en los tiempos actuales hay que repensar el Derecho en el contexto de un orden capaz de vincular la ley a la realidad. Ello incide en el tema capital de las fuentes del Derecho; del diálogo entre fuentes diversas; de la comunicación permanente con la superación de los ámbitos cerrados o cotos normativos. El sistema "macro" y los "microsistemas" en un diálogo fluido, propio de una avenida de doble tránsito. Son ahora los jueces quienes hacen la valoración del interés de la accionante, en el caso concreto. Así como la ley lo realiza en abstracto y de una manera general. Y el silencio legal frente a casos semejantes es suplido por una decisión de equidad, que apunta a "una dichosa corrección de la ley", al decir de Aristóteles, en el proceso de concretización o particularización. El Tribunal falla en equidad. Si bien lo hace "contra legem", pero al conjuro de un fuerte clamor constitucional.

En este orden de ideas, GIL DOMÍNGUEZ¹⁸⁵, comentando el fallo de la CSJN de 2018, expone que "la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen normas generales con el objeto de poder subsumir las particularidades de los titulares de los derechos, para que de esta manera cada uno de ellos se encuentre en igualdad de condiciones ante la ley cuando su subjetividad se espeja en el orden simbólico de la normatividad. La generalidad no es su debilidad, al contrario, es su mayor riqueza frente al Estado. La posición de la mayoría de otorgarle al Estado la potestad absoluta para determinar las obligaciones convencionales es volver al dualismo soberanista de principios del siglo XX y enterrar en un solo acto la totalidad de la doctrina elaborada por el derecho de los derechos humanos desde su advenimiento hasta el presente".

Por su parte, JUNYENT BAS¹⁸⁶ y MARCOS¹⁸⁷, han postulado que la falta de previsiones más específicas sobre un régimen de preferencias cuando el deudor se encuentre *in bonis* o atravesando un estado concursal en absoluto representa un obstáculo para atender casos particulares de extrema e indiscutible vulnerabilidad, como lo demuestra la objetiva y contundente descripción que hace el Dr. Rosatti en su voto. Precisamente, si algo define la necesidad de acudir a una razonable integración normativa (art. 3º, Cód. Civ. y Com.) es la excepcionalidad del caso concreto y la extrema vulnerabilidad del sujeto, beneficiado con la especial tutela de su vida y su dignidad como persona humana que le dispensan instrumentos internacionales de indiscutida jerarquía constitucional como los que se encuentran involucrados en el proceso que venimos analizando. De otra forma no se tutelarían en forma útil, oportuna y justa derechos de indiscutible mayor valor, como lo son el derecho a la vida de las personas humanas y a la salud que lo complementa, fundamentalmente

y ss.; del mismo autor: "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.

¹⁸⁴ MOSSET DE ITURRASPE, "Otra muestra del "Derecho Privado Constitucional": La Constitución avanza sobre los privilegios concursales", LL, cita online: AR/DOC/2047/2004.

¹⁸⁵ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Convencionalidad, discapacidad y normatividad", LL, 11/02/2019, p. 7.

¹⁸⁶ JUNYENT BAS, Francisco A., "Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales", LL, 2007-E, 552.

¹⁸⁷ JUNYENT BAS, Francisco A. – MARCOS, Fernando J., Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del "acreedor involuntario", LL, cita online: AR/DOC/187/2019.

cuando se encuentran atravesando problemas de tal gravedad que no admiten las demoras inaceptables, pero ciertas, en que sistemáticamente incurre el Estado a la hora de cumplir con estas obligaciones asumidas en convenciones y tratados internacionales. No resulta correcto afirmar que el sistema sobre privilegios sea "cerrado" o "abierto". Este debate carece de sentido, pues siempre se debe respetar el principio de legalidad de los privilegios, pero ello no implica ignorar las preferencias que otorgan la Carta Magna y las normas supralegales que surgen de los tratados constitucionalizados. Resulta obvio que no es el juez quien debe establecer los privilegios y sus alcances; pero cuando la norma que tutela existe como tal, cuando es operativa, como sucede con las Convenciones sobre los Derechos del Niño y sobre las Personas con Discapacidad, aunque éstas no se refieran en forma directa al otorgamiento de privilegios, no parece jurídicamente razonable que los jueces se amparen en normas como el art. 2574 del CCyCN o el art. 239 de la LCQ -ambas de orden público, pero no de raigambre constitucional- para reconocer preferencias a determinados créditos, frente a otros cuya satisfacción guarda directa relación con la protección de la salud, la vida y la dignidad de las personas humanas, en tanto la cancelación de esa acreencia resulte determinante para que ese riesgo extremo se mitigue. Son claras razones humanitarias y de equidad, que operan como un principio y valor jurídico a la vez, las que obligan a dar cauce a situaciones donde se encuentran en juego aquellos derechos humanos esenciales.

BOQUÍN¹⁸⁸ enfatiza que la situación de vulnerabilidad de un acreedor debe ser especialmente considerada en el proceso concursal siendo su atención prioritaria un imperativo convencional. Esa protección especial se encuentra radicada en nuestra Carta Magna (art. 16), en virtud de la garantía de igualdad ante la ley, que debe ser sustancial y no solo aparente o abstracta. Asimismo, a través del CCyCN (art. 2º), se instauró la denominada "constitucionalización" del derecho privado que no resulta otra cosa que la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos para resolver los casos prácticos de nuestra cotidiana práctica judicial. En el Estado Constitucional moderno existe una subordinación de la ley general o especial a los principios, valores y normativa internacional que son cláusulas de aquellos Tratados en los cuales nuestro país ha comprometido su cumplimiento, so pena de responsabilidad internacional. Es por todo ello que a pesar de que por la fría letra de la ley con una mirada simplemente exegética se lo pueda considerar quirografario al crédito de personas vulnerables, tal no es la solución correcta, pues deben compatibilizarse la LCQ con las normas y principios que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos receptados con jerarquía constitucional (art. 75, incisos 22 y 23, CN), además de las leyes que reglamentan dichos derechos y principios en el orden interno.

A su turno, RIBERA¹⁸⁹ sostiene que aun cuando en materia de privilegios la interpretación es de carácter restrictiva y su origen es exclusivamente legal (art. 2574, CCyCN), compartimos la solución que reconoce derecho al pago prioritario a algunos créditos que, pese a no estar mencionados en la LCQ, se trata de casos particulares en los que están en juego derechos humanos esenciales. La jurisprudencia mayoritaria se inclina por la solución correcta aplicando los tratados de derechos humanos que no pueden ser soslayados mediante disposiciones como el régimen cerrado de los privilegios de la legislación concursal (cfr. leyes 26.061 y 26.485). El tema debe ser analizado con los principios centrales de igualdad y de derechos humanos, porque es deber de los magistrados ejercer

¹⁸⁸ BOQUÍN, Gabriela Fernanda, "Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID 19", DECONOMI, año III, n° 3; de la misma autora: "El artículo 2 del Código Civil y Comercial...", RCCyC, 2018 (febrero), 3, y "Dialogo de fuentes y flexibilización del numerus clausus de los privilegios y preferencias en el cobro", ponencia en X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, T. III, Santa Fe, 2018, ps. 361-366.

¹⁸⁹ RIBERA, Carlos E., "Perspectiva de género y proceso concursal", RDCO, 315-63 y LL, cita online: AR/DOC/1486/2022; del mismo autor, "El acreedor involuntario con privilegio especial", LL, 2019-B, 290; del mismo autor, "El fin del sistema cerrado de privilegios de la LCQ ante los principios jurídicos", RDCO 273, 961 y LL, cita online: AR/DOC/5301/2015.

sus funciones con tal interpretación para evitar intervenciones que impliquen revictimización de los sujetos vulnerables.

DI CHIAZZA y GIANNESCHI¹⁹⁰ arguyen que el mero hecho de que el origen del privilegio sea la ley, ello no significa que un juez no pueda crearla para un caso concreto y determinado. No es casualidad que con motivo de la sanción del Código Civil y Comercial se les conceda a los jueces un margen de acción importante. Se procura que puedan aplicar las normas con cierta flexibilidad para conferirle al caso concreto la justicia que reclaman los litigantes. Incumbe a los jueces ordinarios tener atribuciones para la búsqueda de la verdad, ya que habrán de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (cf. art. 3º, CCyCN). El juez cuenta con facultades de creación de ciertas herramientas para la protección de determinados derechos en cada caso concreto, ya que debe ser un intérprete de principios supraleales que lo obligan y debe arbitrar los medios de protección de las personas vulnerables.

En esa línea, YUBA¹⁹¹ considera que otorgar el plus de protección reforzado en tanto sujetos de derechos de los más vulnerables (en este caso, al decir de Medina, "doblemente vulnerables": por ser niño y discapacitado) se vuelve entonces en un objetivo central en la interpretación y aplicación de las leyes. La igualdad, la no discriminación, la protección integral, la tutela judicial efectiva son ejes vitales en la garantía del pleno goce y ejercicio de los derechos que se vincula con la dignidad humana. El Estado en su deber de proteger, fundado en las normas convencionales y nacionales, cobra relevancia desde la actuación del Poder Judicial al resolver reconociendo efectivamente derechos al sujeto vulnerable, otorgando privilegio especial al crédito que le es debido para poder así, a través de este, recibir el tratamiento y asistencia necesaria para tener una vida digna. El deber de proteger del Estado se traduce en este caso en el reconocimiento de la tutela judicial efectiva del derecho del menor a recibir lo que le es debido con ese plus reforzado de protección en pos de la realización y promoción de sus derechos conforme la doctrina de la Protección Integral. Y esa puesta en práctica de los derechos del sujeto vulnerable, no ha de considerarse como un proceso caritativo que consista en hacerle favores a los niños y personas con discapacidad, sino en aplicar una perspectiva basada en los derechos de la infancia y de las personas con discapacidad que apunten a la realización plena de sus derechos, mediante una acción de gobierno, del parlamento y la justicia, teniendo en cuenta los principios de los arts. 2º, 3º, 6º y 12 de la CDN. No basta con la mención o su reconocimiento en los tratados o convenciones internacionales, sino que es necesario que en la práctica el Estado, en este caso, el Poder Judicial decida de una manera que efectivamente se concrete la protección especial que requieren los sujetos doblemente vulnerables para que su vida, la salud y la dignidad como persona sea respetada, garantizada y promovida.

Con este criterio, MARTÍNEZ¹⁹² agrega que el tradicional sistema cerrado de privilegios ha mutado a un régimen "poroso". Dentro de un cambio de paradigma del Derecho, hacia la centralidad de la persona humana y los derechos fundamentales, con eficacia normativa directa, es decir, necesidad de desarrollo legal de disposiciones y efectividad de los derechos reconocidos. En este contexto, recobran significado e importancia el respeto, la protección y la defensa de los DDHH en y desde la

¹⁹⁰ DI CHIAZZA, Iván G. – GIANNESCHI, Carlos J., "Vulnerabilidad de la persona vs. créditos privilegiados. La situación de los acreedores involuntarios en la quiebra", LL, 2019-A, 254.

¹⁹¹ YUBA, Gabriela, "El Estado y el deber de proteger a los sujetos vulnerables", SJA, 22/05/2019, p. 32; DFyP, 2019 (junio), p. 215 y LL, cita online: AR/DOC/1301/2019.

¹⁹² MARTÍNEZ, Marisol, "Régimen de privilegios: bloque federal de convencionalidad y acreedor involuntario. La igualación de los desiguales no es igual ante la ley", LL, cita online: AR/DOC/1744/2019; de la misma autora: "¿Superación del régimen de privilegios?", ponencia en *X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Santa Fe, 2018, ps. 411-420.

cultura jurídica de la sociedad, pues son tales libertades las que definen y orientan ese proyecto de Nación. En definitiva el fallo de la CSJN de 2018 es descalificable como tal por omitir la aplicación de las disposiciones de orden público e internacionales reconocidas en nuestro sistema como bloque federal de convencionalidad, que claramente desplazan las normas de la LCQ, afectándose el principio de progresividad receptado en diversas normas de derecho internacional de los derechos humanos, las que cita expresamente, en tanto retrocede en el reconocimiento de derechos al estado anterior a la entrada en vigencia de las directivas de la Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849 y ley 26.061, como asimismo desconoce los principios de la ley 26.378 que aprobara la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo.

MICELLI¹⁹³ expone que estamos frente a derechos fundamentales a tutelar, de rango constitucional, como la vida, la salud, el derecho a una vida digna, en el caso de un niño o una niña con discapacidad absoluta desde su alumbramiento, a fin de que pueda disfrutar de una vida en condiciones que aseguren su dignidad. Y ello, no puede quedar sin una justa reparación frente a la insolvencia y al inexplicable silencio de nuestra ley concursal para estos casos. Esperamos que de aquí en más este sea el criterio que marque el camino a seguir frente a futuros casos, a fin de que los jueces concursales puedan seguir otorgando estas «tutelas diferenciadas». Bajo estos extremos contextos fácticos, resulta imperativo e indispensable proteger a estas personas en situación de absoluta vulnerabilidad.

DE CESARIS¹⁹⁴, pregona la necesaria valoración de la situación de los denominados “acreedores involuntarios” conforme al principio “pro homine” y con criterio de progresividad -o no regresividad-, sin que sea el régimen de privilegios un obstáculo para la atención prioritaria de su crédito. Considera que las personas vulnerables tienen un mejor derecho y gozan de una legítima causa de preferencia que viabiliza se autorice el pago directo y “pronto” del crédito pero la “preferencia” está adherida o adosada al crédito en función de la situación de su titular, de sus condiciones personalísimas.

En similares términos, EGUIAZU¹⁹⁵ sostiene que “éstos acreedores se hacen merecedores de atención de sus créditos por fuera del sistema de los privilegios que la ley de quiebras establece, debiendo el magistrado interviniente procurar la satisfacción del mismo, en la medida de salvaguardar la protección de sus derechos reconocidos por la manda convencional y constitucional, sin necesidad de recurrir a la creación pretoriana de categoría preferencial alguna o declaración de inconstitucionalidad del régimen de preferencias, sino por la sola existencia del reconocimiento de su situación excepcional y su amparo supra concursal. Dentro de la comunicación de fuentes del derecho, las normas convencionales guardan su supremacía sobre las leyes locales en cuanto afectan los derechos por ellas reconocidos”.

Por su parte, BELLOTI DE SAN MARTÍN¹⁹⁶, en apoyo de esta postura sostiene que lo decidido por la CSJN de 2019: a) reafirma la irradiación de la Constitución y de los tratados internacionales de

¹⁹³ MICELLI, María I., “Un nuevo pronunciamiento de la Corte sobre las tutelas diferenciadas: Institutos Médicos Antártida. ¿Habemus justicia?”, *Microjuris*, cita online: MJ-DOC-14875-AR.

¹⁹⁴ Cfr. DE CESARIS, María C., “El pago preferente que se reconozca a los llamados acreedores involuntarios no conlleva el otorgamiento de privilegio al crédito verificado”, ponencia en *X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Santa Fe, 2018, ps. 369-370.

¹⁹⁵ EGUIAZU, Alfredo A., “Los Acreedores Involuntarios. (Aquellos que nunca quisieron asistir a una cena empobrecida)”, ponencia en *X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Santa Fe, 2018, p. 378.

¹⁹⁶ BELLOTI DE SAN MARTÍN, Lucas, “La Corte Suprema y los privilegios titularizados por una persona incapaz. Un feliz viaje de Francia a la Antártida”, *LL*, 2019-B, 280.

derechos humanos hacia todo el ordenamiento jurídico, aun en aquellas materias que tradicionalmente han sido ajenas a esa perspectiva, como la concursal: b) pone de manifiesto la conveniencia de asumir la tarea judicial en toda su complejidad, la cual debe hacerse cargo de una infinita cantidad de particularidades, valores y normas que singularizan cada causa. Es ese difícil ejercicio el que permite hallar la justicia, que las más de las veces está en las reglas, pero otras en las excepciones; y c) nos asegura que el Estado no se convierta a través de su Poder Judicial en un segundo agresor de las personas vulnerables.

Finalmente, RAMÍREZ BOSCO¹⁹⁷ postula que el grado de concreción de los principios y normas internacionales y constitucionales en los casos de mala praxis de menores es suficiente para llevar a una solución semejante a la de “Pinturas y Revestimientos aplicados” (fallo CSJN, año 2014), aun cuando su intensidad fuera algo menor que en este último.

7.2. Posición negatoria.

Esta corriente de opinión se encuentra en línea con los fundamentos brindados por la CSJN de 2018, en “Asociación Francesa Filantrópica”, negando la posibilidad de dismantelar la legislación concursal sobre privilegios y generar una preferencia de primerísimo orden -y pronto pago en su caso- por las situaciones personales de vulnerabilidad del titular del crédito concurrente.

Dentro de esta postura, GRAZIABILE¹⁹⁸, uno de sus principales exponentes, sostiene que en esta nueva labor judicial no es lo mismo aplicar principios constitucionales o convencionales frente a un vacío legal, que hacerlo directamente para borrar una regla concreta, dado que ello llevaría al peligro de que la reglamentación no quede en manos del legislador sino del criterio de cada uno de los jueces. Sería un peligroso libre albedrío judicial. La Sociedad, el justiciable y la economía se debe manejar en un Estado de derecho con seguridad jurídica. Si el derecho judicial destruye el sistema jurídico y las reglas no son claras, no podrá existir desarrollo económico, porque no podrá acentuarse la mayor interacción social necesaria para que se produzca. Ninguna de las fuentes supralegales determina que deba reconocérsele un privilegio al crédito de la persona vulnerable y no todas las normas de derechos humanos son operativas. Concluye, categóricamente, afirmando que ni el derecho como ciencia, ni la justificación como valor, se realizan concretamente con soluciones ajenas a nuestro sistema jurídico, y exentas de toda justificación jurídica.

BARREIRO¹⁹⁹ y TRUFFAT²⁰⁰, exponen su preocupación sobre la desatención del valor “certeza”, inmolado sin prudencia en el altar de la “justicia” en el caso concreto (cuando una sociedad civilizada exige un razonable equilibrio entre ambos). Recuerdan que los jueces deben evitar apartarse de las reglas generales que consagran las leyes o de las excepciones que estas mismas autorizan, a riesgo, en caso contrario, de alterar el mecanismo de división de Poderes. Cabe al Poder Legislativo, que deriva su autoridad de la voluntad popular y está sujeto a la periódica renovación de sus integrantes, el hacer las leyes generales. Es esta legitimación de origen la que justifica tal exaltada facultad. Y de

¹⁹⁷ RAMÍREZ BOSCO, Lucas, “La quiebra y el porvenir de los acreedores involuntarios más vulnerables”, RDCO n° 295, p. 353 y LL, cita online: AR/DOC/1183/2019.

¹⁹⁸ GRAZIABILE, Darío J., *Nuevo sistema concursal*, Ediciones dyd, Buenos Aires, 2022, ps. 44-51; del mismo autor: “Sistema normativo concursal de la seguridad jurídica”, DSyC, n° 408, noviembre de 2021, p. 1153; del mismo autor: “Necesaria ratificación de la constitucionalidad de los privilegios concursales (a propósito del antecedente de la CSJN “Asociación Francesa Filantrópica”)”, DSyE, n° 375, febrero de 2019, p. 113; del mismo autor, “Inconstitucionalidad del acuerdo preventivo homologado”, LL, cita online: AR/DOC/2161/2004.

¹⁹⁹ BARREIRO, Marcelo - TRUFFAT, E. Daniel, “Los acreedores involuntarios: una cuestión que ronda las puertas del debate concursal”, LL, cita online: AR/DOC/3955/2007.

²⁰⁰ TRUFFAT, E. Daniel, “Reflexiones sobre abuso y discriminación en la propuesta de acuerdo -con motivo de un fallo tan querible como erróneo-”, LL, cita online: AR/DOC/2454/2004.

esa legitimación carecen los jueces. Postulan que una decisión contraria, que desarticule lo legislado expresamente, encarecerá el crédito. Mucho peor si esto queda librado al simple arbitrio judicial (con invocación de normas supranacionales o declaraciones de inconstitucionalidad) porque nada dispara tanto el costo del crédito como la imposibilidad de efectuar previsiones razonables -dado que allí rige el temor y es sabido cuan cobarde, y a la vez cuan ávido, es el capital cuando tiene miedo-.

Los autores citados, en un trabajo posterior²⁰¹, si bien se mostraron más permeables con este tópico, insisten en los riesgos de los fallos a medida y la necesidad de que los jueces recuerden que no son, salvo cuando la ley los habilita, magistrados de equidad; y que la destrucción de toda certeza es un flaco favor a la calidad del derecho y de la vida civilizada. Es grave riesgo que la vida o fortuna de los justiciables esté a tiro de olas, modas, estados de ánimo de quienes fijan la verdad legal.

RASPALL²⁰², expone que la discusión es sumamente "filosa" y sensible, por los riesgos que implica crear categorías y privilegios desde la jurisdicción (derecho judicial), contrariando el régimen de creación legal, el sistema de excepción que rige en materia de privilegios y que imponen interpretación restrictiva, siendo estos los principios sobre los que se sustentan privilegios, o igualmente, forzando las normas y su interpretación de una manera sumamente exigida. Esta modalidad, si bien puede permitir dar una respuesta satisfactoria a la pretensión de un caso concreto, genera inseguridad jurídica en un tema tan sensible como es el de los privilegios, que influyen directamente sobre el sistema de las garantías patrimoniales que son ponderadas para realizar los negocios jurídicos y el otorgamiento de crédito (comercial, negocial o financiero). El sistema patrimonial requiere previsibilidad. Es un tema del cual debe hacerse cargo el legislador y si está dispuesto a generar una tutela diferenciada mediante la concesión de algún tipo de preferencia o privilegio para proteger estos créditos que ciertamente lo ameritan -en los cuales la calidad y cualidad de la persona titular del mismo tiene mucha relevancia- que lo plasme a través de una ley y deje las cuestiones puestas en su lugar y a la vista de todos los interesados, a fin de que cese la incertidumbre y cada quien pueda contratar con el deudor y su patrimonio, con conocimiento de causa y asumiendo los riesgos. Esta es la razón de ser del principio de creación legal y de unidad o cerrado en materia concursal.

En un trabajo posterior²⁰³, el autor citado expuso que "esta actitud indiferente y facilista de nuestros legisladores implica "patearle" el problema a los ciudadanos y a los jueces, con altos costos implícitos para la seguridad jurídica y para la tutela efectiva en tiempo oportuno de los derechos de los vulnerables. La reforma del régimen de privilegios con un tratamiento específico para los acreedores involuntarios es una necesidad impostergable, única forma de resolver el conflicto de manera tal que reponga la seguridad jurídica".

²⁰¹ BARREIRO, Marcelo - TRUFFAT, Daniel - RASPALL, Miguel, "El acreedor involuntario. Esbozo de una teoría general del tema en el Derecho Concursal Argentino", *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Legis, Colombia, 2019, p. 41.

²⁰² RASPALL, Miguel A., "Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales", LL, cita online: AR/DOC/196/2019.

²⁰³ RASPALL, Miguel A., "Dinámica de los privilegios: orden cerrado y privilegios por fuera de la LCQ", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2021-3, p. 127.

RICHARD²⁰⁴ y FUSHIMI²⁰⁵, en esta postura, exponen que la responsabilidad debe recaer sobre quienes fueron realizaron los actos de mala praxis y no sobre los acreedores de la persona jurídica que -en definitiva- son los que soportan la socialización de los quebrantos de la concursada o de la fallida. La atención de los grupos vulnerables y más con los doblemente vulnerables o hipervulnerables corresponde al Estado, al menos en forma subsidiaria. ¿Por qué, entonces transferírsela a los acreedores que son sujetos del derecho privado y que nada tuvieron que ver con el daño recibido por los hipervulnerables?. El Estado, a través de los enormes gastos que efectúa en materia de ayuda social, y a través de los amplios recursos de la seguridad social que percibe a trabajadores en relación de dependencia y a empleadores, el que otorgue la cobertura final, aunque subsidiaria, a la desprotección en que queda sumido el hipervulnerable en estos procesos, ya que - en definitiva- el bienestar general no es sino el primero y más claro objetivo del Estado, plasmado en el mismo Preámbulo de nuestra Carta Magna.

De tal manera, DE LAS MORENAS²⁰⁶ expresó que “los jueces, de su lado, deben evitar los cantos de sirena que claman la justicia del caso para apartar los siempre molestos privilegios. Nunca se tratará de resolver conflictos normativos, o de establecer una mera atribución de prioridades jurídicas de diferente rango, y menos de transformar el régimen de privilegios en una cenicienta jurídica por su naturaleza estrictamente patrimonial. Se tratará, al contrario, de una interpretación finalista que contemple no solo el derecho subjetivo afectado con tutela supra legal sino también la afectación al interés general que pueda provocar un quebrantamiento al régimen de privilegios”.

Por su parte, TON²⁰⁷, comentando un caso en donde se ventilaron estas cuestiones, se preguntó “¿Quién nos asegura que otro acreedor mucho más joven no tenga alguna enfermedad incurable? O que un acreedor no pueda sufragar los gastos de salud o por qué no de educación de su hijo ¿No son todos estos casos plenamente aceptables como necesarios para una vida digna? Esto nos lleva a una pregunta mucho más grave aún ¿Sirve nuestro sistema concursal actual?. Hemos dicho que habría que modificarlo. Pero es una cuestión de política legislativa. Si los daños derivados de accidente de tránsito para el legislador deben gozar de pronto pago como los acreedores laborales se debe modificar la ley y permitirle tal instrumento a todos los dañados, no sólo a uno de ellos. Si las personas que tienen derecho a cobrar y son mayores de determinada edad participan de un proceso concursal y se le quiere dar un pronto pago, hay que hacerlo con todos y no sólo en un caso especial. Estas desigualdades en manos del juzgador no dan de ninguna manera seguridad jurídica, que habíamos dicho que era el valor que queríamos defender para lograr la paz social”.

CAPDEVILLA y PALAZZO²⁰⁸ postulan que la solución de atribuir privilegio a personas que no lo tienen, más allá del fin loable puesto que son sujetos vulnerables, genera un desbalance, ya que prescinde de considerar tanto la estructura social básica sobre la que se funda esa asignación, cuanto las consecuencias que su modificación puede tener. Evaluar los casos desde una perspectiva redistributiva, como lo hace la CSJN, requería un análisis de mayor envergadura que no se limitara a precisar quien obtiene la ventaja puntual -la preeminencia en el cobro-, sino que abarcara el

²⁰⁴ RICHARD, Efraín H. y FUSHIMI, Jorge F., “Acreedores hipervulnerables de una sociedad concursada o en quiebra: ¿problema de los acreedores o de los socios?”, en *Instituciones y Principios Concursales*, T. I, Univ. Nacional del Sur, Departamento de Derecho, Bahía Blanca, 2021, p. 257.

²⁰⁵ FUSHIMI, Jorge F., “Proceso concursal, vulnerabilidad e hipervulnerabilidad”, ponencia en *XI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Bahía Blanca, 2021, p. 185.

²⁰⁶ DE LAS MORENAS, Gabriel, “Aplicación de tratados internacionales al estado de distribución”, ponencia en *X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Santa Fe, 2018, ps. 375.

²⁰⁷ TON, Walter, “Pars conditio creditorum ¿existe?”, LLBA, 2006-1147.

²⁰⁸ CAPDEVILLA, Guillermo H. (h.) - PALAZZO, Carlota, “Una solución de justicia distributiva que no repara en sus posibles consecuencias”, LL, cita online: AR/DOC/3499/2019.

paradigma básico de adjudicación de los derechos vinculados. Por fuerte que fuera la idea de justicia que la Corte ha querido sostener, la misma no podía aplicarse aislada, desasida de los criterios de eficiencia y coordinación que debían servir para conformar la estructura social estable. Sin este análisis, la solución del caso conduce solo a un estado disvalioso donde los derechos que se atienden en el caso individual se precarizan, por consecuencia, respecto de los otros propios de la misma clase.

VANNEY²⁰⁹, postula que si bien resultaba justo que el afectado cobre su crédito, no resultó justo - en Institutos Médicos Antártida- en quien recayeron las consecuencias de hacer ese pago, el acreedor hipotecario del único activo importante de la fallida. Si en el caso ha fallado la administración de justicia (no tenemos duda que hubo algún tipo de falla, con solo ver la demora de 28 años en brindar una solución definitiva), creemos que debería ser el Estado quien se haga cargo de las consecuencias de esa falla, al menos hasta tanto se reconozca en el texto legal -en las normas concursales, sin necesidad de acudir a los tratados de jerarquía constitucional- algún tipo de preferencia o privilegio a los casos como los aquí mencionados. Esta incertidumbre no solo afecta a quien reclama su crédito y requiere la inconstitucionalidad, sino que repercute también en el crédito en general, afectando a los acreedores que ya no tendrán tanta seguridad a la hora de prestar su dinero con una garantía hipotecaria amparada por un privilegio concursal. Todos tienen derecho a la certeza de saber el lugar que ocuparán en la quiebra.

A su turno, FISSORE²¹⁰ considera que los jueces, al realizar el control de constitucionalidad difuso, no deben desplazar al legislador, dada las graves consecuencias para el ordenamiento jurídico en su conjunto y para el sistema de división de poderes. Es por ello que, no cabe duda que la materia referente a las causas de preferencia en el pago de los créditos es una de las que por disposición del art. 75, incs. 12 y 31 de la Constitución Nacional se halla sujeta a la legislación exclusiva del Congreso, y que una interpretación contraria sería realmente inconciliable con los propósitos expresados en los artículos citados de hacer efectivo en todo el territorio del país el principio de la unidad de la legislación común

Finalmente, SAFI²¹¹, de un modo contundente y con preocupación, destaca la pérdida de fuerza vinculante de la ley y el notable aumento de los poderes discrecionales del juez para resolver los casos según su arbitrio, sin un necesario respaldo normativo, con la sola invocación de estándares laxos relativos a principios generales, extraídos de una pretensa visión constitucional, convencional y axiológica de todo conflicto. Resalta que “el riesgo de amputar lo legislativo para fallar los casos a sola constitución y principios, nos deja a merced de un decisionismo judicial, potencialmente arbitrario y distorsivo de los resultados democráticamente establecidos por el ordenamiento legal, fragmentario de su uniformidad y devaluador de su autoridad, abriendo paso -a su vez- a la perplejidad, imprevisión y desconcierto en el funcionamiento de las instituciones, perjudicando la convivencia social, aun por fuera del proceso judicial, al inyectar una fuerte dosis de irracionalidad en los comportamientos por falta de marcos objetivos de referencia general, reafirmando todo ello la sensación de anomia social y la idea del todo vale”.

²⁰⁹ VANNEY, Carlos E., “La última porción”, ponencia en *XI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Bahía Blanca, 2021, p. 189.

²¹⁰ FISSORE, Gabriel, “Una Corte, una quebrada y volvemos”, Univ. San Andrés, En *Disidencia Blog Online*, 17/11/2018.

²¹¹ SAFI, Leandro, “La fuga facilitadora hacia los principios generales”, LL, cita online: AR/DOC/3817/2020.

8.- Postura adoptada.

La cuestión de los acreedores, concurrentes a los procesos de crisis, que se encuentran en situación de vulnerabilidad, tiene una complejidad especial en nuestro medio, puesto que el ordenamiento falencial no les otorga privilegio o, cuando lo hace, no lo es en forma suficiente.

Surgieron así las contradicciones, en doctrina y jurisprudencia, que, en determinadas situaciones concretas, puede generar ese sistema de privilegios respecto de ordenamientos de jerarquía más elevada -CN y Tratados internacionales de DDHH- en materia de derechos esenciales.

Delineadas las corrientes de opinión encontradas sobre esta temática, analizadas en los acápites precedentes, expondré mi posición, adelantando que, a pesar de conmovirme el tópico de marras, considero acertada la tesis negatoria, sobre la base de los argumentos que expondré a continuación.

8.1. Argumentación genética del instituto de los privilegios concursales.

El legislador argentino ha creado el régimen de privilegios en la Ley 24.522 como un sistema excepcional, puesto que rompía con la igualdad de trato para con el resto de los acreedores. Así fue que el legislador, con fundamentos basados en el bien común, protección del tráfico mercantil, justicia distributiva, carácter alimentario -entre otros-, confirió, objetivamente, privilegio a determinados créditos a los fines de ser satisfechos con preferencia a otros.

Claramente, el espíritu de ese legislador era que sólo él y nadie más que él crearía los privilegios, al resaltar, de un modo enfático y contundente, sus caracteres de legalidad, objetividad y taxatividad, con interpretación judicial sumamente restrictiva (art. 239, LCQ)²¹². Ello a los fines de dotar de previsibilidad y seguridad al ordenamiento jurídico y al tráfico mercantil.

Y ese régimen fue instaurado en el año 1995, cuando ya se había reformado la Carta Magna y otorgado jerarquía constitucional a sendos tratados internacionales de Derechos Humanos, lo que era harto conocido por los congresistas.

Tampoco debe olvidarse que sobre la base de ese régimen de privilegios para las ejecuciones universales, en 2015 se lo reflejó para las ejecuciones individuales, con la sanción del Código Civil y Comercial Común (arts. 2573 a 2586, CCyCN), enfatizando el origen “legal, exclusivo y objetivo” de las preferencias (art. 2574, CCyCN), cuando la concurrencia de créditos cuyos titulares son vulnerables era una temática debatida por la doctrina y analizada por la jurisprudencia concursalista y no concursalista. Incluso la Corte de la Nación ya había dictado el fallo “Pinturerías y Revestimientos Aplicados”, vinculado al privilegio laboral.

Es por este motivo que, desde una interpretación histórica del régimen de privilegios, el espíritu del legislador es el de proteger a ultranza el principio de división de poderes (puesto que no confiere a los jueces la potestad de crear privilegios en ningún tipo de ejecución de deuda); el de seguridad jurídica (para que todo ciudadano sepa a qué atenerse en sus relaciones con el Estado y los demás particulares) y el de previsibilidad en las transacciones comerciales (para facilitarlas, fomentarlas, salvaguardarlas y no elevar sus costos).

Tales circunstancias son valoradas y respetadas por la CSJN en el caso: “Asociación Filantrópica de Beneficencia” y desconocidas en “Institutos Médicos Antártida”, como en cualquier otro en el que se autorice al Poder Judicial a crear privilegios, sobre la base de la subjetividad del titular del

²¹² DI LELLA, Nicolás J., “Transmisibilidad de los Privilegios”, RDPyCO, 2021-3, ps. 233-238; del mismo autor; *Régimen Concursal Preventivo*, T. I, Bibliotex, Tucumán, 2020, ps. 165 y ss.

crédito y haciendo sopesar sus consecuencias en los restantes acreedores del deudor, como en el tráfico crediticio en general.

8.2. *Estado de Derecho Constitucional vs. Estado de Derecho Judicial.*

Como fuera analizado, en el “neoconstitucionalismo” imperante en nuestro Estado de Derecho, la Constitución Nacional es reconocida como una verdadera fuente de derecho, imbuida de moral a través de principios, valores y derechos humanos, y los Magistrados cuentan con facultades de controlar que las normas jurídicas sean compatibles con ella.

En este escenario vigente, toda la doctrina es pacífica en preocuparse y resaltar los riesgos de migrar de un Estado de Derecho Constitucional a un Estado de Derecho Judicial, en donde, ante la inactividad del Estado de sancionar leyes idóneas, que recepten normativamente los principios protectorios de personas vulnerables en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y que los regule expresamente, los Jueces deben ocupar esa función y legislar a través de sus sentencias, con posibles decisiones opuestas ante casos de similar plataforma fáctica y jurídica.

En tal contexto, se dictaron los fallos analizados de la CSJN en 2018 y 2019. El primero, respetando la letra de la ley, velando por los principios de la seguridad jurídica y la división de poderes, e interpelando al Poder Legislativo del Estado a cumplir sus funciones y sancionar las leyes pertinentes. El segundo, desplazando la ley expresa, en post de satisfacer el crédito de un acreedor vulnerable, en desmedro del patrimonio de las demás partes intervinientes en la quiebra de la deudora, con el impacto negativo en las relaciones mercantiles en materia de créditos y seguros.

A priori, la primera reacción de cualquier lector del fallo sería, desde un plano de la sensibilidad humana, que el carácter restrictivo y origen legal de los privilegios concursales, debe ceder ante el bloque de constitucionalidad, que impone el deber del Estado de proteger a los niños y personas con discapacidad, de manera preferente y con un plus reforzado de actuación.

Nadie desconoce que la protección especial que requieren los niños con discapacidad implica, por parte del Estado, el adoptar todas las medidas de acción positivas que tornen efectivos los derechos reconocidos por los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, brindando a todos los sujetos hipervulnerables -en el caso, menor de edad, discapacitado y de bajos recursos-, una atención y trato en igualdad de condiciones y sin discriminación, orientada al desarrollo integral de su personalidad.

Ahora bien, considero que no es adecuado quedarse en ese análisis preliminar, sensible y efectista de la cuestión, puesto que resulta fundamental efectuar un estudio más profundo de las consecuencias negativas que apareja este tipo de decisión.

Y estas derivaciones se traducen en el traspaso a un “Estado de Derecho Judicial”, en donde las reglas sean establecidas por los Jueces en cada caso, según su subjetividad, formación y argumentación. Ergo, existiría una solución particular según el Magistrado sorteado y la jurisdicción competente. De ese modo, la norma concreta no estaría ya en la ley sino en la forma en la que ese Juez la interpreta sobre la base de los principios y valores, contenidos de un modo amplio, genérico y laxo, en los Tratados internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional. Entonces, ante un caso con idéntica plataforma fáctica y jurídica, la resolución judicial sería distinta, de acuerdo con el Juez de turno (incluso en caso de subrogancias o suplencias). Esto es lo que sucedió en los casos concursales de la CSJN de 2018 y 2019, los que están sirviendo de base argumentativa para un sinnúmero de casos similares.

Este avance de un decisionismo judicial subjetivo, claramente, atenta contra la más elemental seguridad jurídica, base fundamental de todo Estado de Derecho. Es que la Justicia exige que el derecho sea previsible, imparcial, seguro y no aleatorio, a partir del respeto de las reglas de juego por las que se dejaron llevar las partes al tiempo de litigar.

La tesis contraria que postula que ahora todo caso judicial sería “difícil” y debería resolverse no con la letra de la ley, sino integrando el diálogo de fuentes constitucionales y convencionales, para aplicar la solución más justa al caso concreto, no autoriza a considerar que ahora todos los casos sean de este modo, que ya no haya casos fáciles y/o que toda decisión se haya vuelto opinable, ante el más mínimo miedo en la aplicación de la norma. Es que cuando la norma y reglas jurídicas aplicables son claras y establecidas de antemano, la apertura al diálogo de fuentes debe ser subsidiaria, más no sustitutiva de la ley, debiendo aplicarse en forma razonable, por la inseguridad e incertidumbre que genera en el sistema político, social y económico. Caso contrario, ingresaríamos forzosamente en un casuismo judicial inagotable e incierto, dejando la suerte de los conflictos en manos de la solución discrecional de un activismo judicial incontrolable.

Es que debe entenderse que cuando la ley es clara y no admite dudas, debe ser aplicada por los Jueces y resolver el caso sometido a su jurisdicción. Y si esa norma debe mejorarse, esa tarea debe provenir del Poder Legislativo, no del Judicial. La apelación a principios, valores y derechos humanos debe efectuarse ante vacíos legales o en aquellas situaciones donde la decisión no afecta los derechos de terceros, la seguridad jurídica, el tráfico comercial de una comunidad y desmantela todo un proceso concursal. Lo expuesto no significa volver a un Estado de Derecho Legal, sino mantenernos en el Estado de Derecho Constitucional vigente (y que el Estado actúe a través del Poder pertinente -el legislativo-) y no pasar a un indeseable e inseguro Estado de Derecho Judicial.

En ese marco, resulta más conveniente y preferible, a largo plazo, la valoración y decisión adoptada por la Corte en el caso: “Asociación Filantrópica de Beneficencia”. Supuesto éste, en donde se privilegió la seguridad jurídica y se interpeló al Estado, a través del poder ejecutivo y legislativo, a reformar la legislación vigente, para dar una solución segura sobre base ciertas al presente conflicto.

8.3. El Poder Judicial no debe legislar.

Como fuera analizado en este trabajo, en el paradigma del Estado de Derecho Constitucional, a través de reforma de 1994 a la Carta Magna y de 2015 al ordenamiento Civil y Comercial, el rol de los jueces debe ser activo en procura de la aplicación de la solución más “justa posible” al caso concreto.

Ahora bien, en esa búsqueda del “mejor Derecho” el Juez no puede sustituir al legislador. No cabe sobreinterpretar la Constitución Nacional y llegar al liso y llano desplazamiento de la ley, cuando la misma es clara y está vigente hace casi 30 años (en el caso de las disposiciones de la Ley 24.522), por más criticable que fuera.

Y en ese cuestionamiento de la legislación concursal, por más loable que sea la ponderación entre el derecho de propiedad del deudor -y el resto de los acreedores- y el derecho a la salud y a una vida digna por parte del acreedor vulnerable, no puede pedirse a la ley de concursos y a los jueces encargados de aplicarla soluciones que deben venir necesariamente de la política.

A diferencia de lo que sostiene la tesis afirmativa, cuando se desplaza sin más el régimen de privilegios concursales por acudir a los principios generales y valores plasmados en los tratados de DDHH, se conculca la manda que exige al Juez decidir sobre la base de una “decisión razonablemente fundada” (art. 3º, CCyCN), puesto que no aplican la ley objetiva y proceden subjetivamente a legislar

sobre la materia, generando soluciones diversas para casos idénticos, reinando la inseguridad jurídica.

Claramente, los Jueces no pueden legislar en el caso particular, *so pena* de llegar a tantas soluciones distintas como magistrados hubiera -esto es, a un Estado de Derecho Judicial-, quebrantando así el tan esencial principio de división de poderes imperante en cualquier Estado de Derecho.

Sabido es que desde sus inicios la CSJN ha reconocido la división de poderes como un principio cardinal del sistema político, siendo la misión más delicada de la justicia la de mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumbe a los otros poderes, dado que es el poder judicial el llamado legalmente a sostener la vigencia de la Constitución Nacional y un avance sobre los restantes implicaría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público.

De ese modo, la creación del privilegio está reservada, con exclusividad, al Congreso de la Nación, el que deberá proveer las disposiciones pertinentes como correlato de las competencias que le está reservada por el art. 67, inciso 2º, CN, respecto de la facultad de dictar la legislación de fondo, dentro de la cual están incluidas las normas sobre el régimen de las obligaciones y del crédito, por ser éstas materias directamente vinculadas con los privilegios.

Tal como se sostuvo²¹³, aquella sujeción a lo legal, a la que se hizo referencia precedentemente, es inherente al Estado de Derecho -en lo vertical- y a la división de los poderes -en lo horizontal-. Con relación a lo primero, el principio de legalidad nos recuerda que todas las autoridades del Estado -incluidos los jueces- deben someterse al imperio de la ley para ahuyentar el riesgo de la arbitrariedad en el ejercicio del poder, en beneficio de la libertad de todos los ciudadanos. No pudiendo escaparse los jueces de ese marco bajo el pretexto de ser los portavoces de la Constitución, porque ello los sobrepondría a la ley, haciéndolos amos y señores del derecho, con riesgo de indefensión general frente a su abuso de autoridad. Ello explica que, también por añadidura, los jueces deban guardar actitud de deferencia especial hacia lo legislativo, en respeto de la voluntad plural de las mayorías, por sobre el libre arbitrio de su exclusiva voluntad individual, condescendiendo al “valor epistemológico de la democracia deliberativa”, sirviendo ese principio de límite y contrapeso del poder que también tienen los jueces para controlar lo legal. Cierto es que las mayorías pueden violar la Constitución y que los jueces pueden tener que invalidar esas desviaciones en resguardo de las minorías, pero en tales supuestos no deben actuar a su arbitrio, ni ignorar lo legal, sino hacerse cargo de su análisis y ejercer un control objetivo de constitucionalidad, evidenciando la falla palpable y no subjetiva de la pretendida antinomia normativa.

Lo expuesto refuerza la corrección de lo decidido por la Corte en el caso: “Asociación Filantrópica de Beneficencia”. Es que el Poder Judicial allí no legisló -con preservación de los principios más elementales de la división de poderes, previsibilidad y seguridad jurídica- y procedió a exhortar al Estado para que sea el Poder Legislativo el que se avoque a reformar la cuestión y brindar la protección que la persona vulnerable se merece desde el lugar o la legislación que estime más conveniente.

8.4. La fundamental vigencia de la Seguridad Jurídica y la protección del tráfico mercantil.

La seguridad jurídica es uno de los principios fundamentales y básicos del ordenamiento constitucional democrático, a los fines de que todo ciudadano sepa a qué atenerse en sus relaciones

²¹³ Comp. SAFI, “La fuga facilitadora...”, LL, cita online: AR/DOC/3817/2020.

con el Estado y los demás particulares. Se traduce en la confianza de todo individuo en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. Los Jueces y Tribunales tienen el deber de aplicar la ley y esa sujeción a la misma es lo que dota de previsibilidad a las consecuencias jurídicas de los actos de todos los ciudadanos.

Un Estado de Derecho quiere decir que su poder y autoridad vienen regulados y controlados por la ley; la que debe respetarse y, en caso de que resultar necesario, modificarse por las vías constitucionales previstas a esos efectos.

Este principio básico se asienta, entonces, sobre el concepto de predictibilidad, en el sentido de que cada uno conozca, *a priori*, las consecuencias jurídicas de sus comportamientos, promoviendo, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en la libertad.

En los países desarrollados, una sólida seguridad jurídica ha permitido y permite, inversiones importantes a largo plazo, como créditos amplios sin elevada tasa de interés. Entonces, una fuerte seguridad jurídica es indispensable en todo Estado y se erige en un presupuesto básico y esencial, para el desarrollo económico y social.

Particularmente, el régimen de privilegios concursales impone una distribución de riesgos entre los actores de la insolvencia que, si bien está lejos de ser perfecto, es absolutamente previsible, confiriendo certezas a los sujetos involucrados o a involucrarse en el juicio colectivo que prevé la legislación concursal de Argentina. En especial, a los dadores de créditos, garantizando la fluidez y economía en el tráfico mercantil cotidiano. El principio supremo del proceso, del que depende la Justicia del reparto, es el de la imparcialidad judicial y la mejor manera de garantizarlo es el apego criterioso del juez a la normativa legal.

Es por ello que sin una acción positiva que provenga del Estado encaminada a dar una solución a la problemática de los acreedores vulnerables en los procesos de crisis, ante el rígido régimen de privilegios concursales, que cualquier Juez, acudiendo al fallo “Institutos Médicos Antártida”, pueda declarar en una quiebra privilegiado y prontopagable el crédito de sujetos vulnerables, considero que podría llegar a desestabilizar bases y cimientos estructurales, no sólo de la legislación concursal, sino de todo el ordenamiento jurídico, con una contundente y preocupante afectación de la seguridad jurídica.

O, por ejemplo, apelando a los fundamentos del fallo “Fundación Educar” (ya analizado), en un concurso se autorice la verificación de créditos cuantiosos de acreedores vulnerables (menores con discapacidad; accidentes de tránsito, adultos mayores, indemnizaciones por abuso sexual o violencia de género), a todas luces, se atentaría contra la finalidad de este proceso, la conservación de la empresa, la fuente de trabajo y se pondría en jaque este sistema de reestructuración patrimonial que rige en la Argentina.

De ese modo, una solución como la apuntada, en un contexto en donde el Estado no evalúa esta situación y no reforma la legislación concursal (vigente desde 1995), desencadenaría, además, graves repercusiones en el régimen de garantías, considerando que en aquellos casos en los que pueda estar comprometido los derechos de un menor de edad, quien otorgue el crédito verá su garantía desplazada y disminuida, ocasionando inconvenientes a la circulación del crédito e inseguridad jurídica en el tráfico mercantil. A la par que puede terminar destruyendo o desarticulando toda forma de solución preventiva o de reestructuración ante la crisis empresarial.

En este orden de ideas, LORENZETTI²¹⁴ ha expuesto su preocupación sosteniendo que: “i) que “la Argentina es un país imprevisible”, caracterizado por el hecho de que las reglas que en otros países se cumplen, aquí no se observan; ii) que aquí las reglas se perciben como simples “sugerencias” y no como algo vinculante, bajo la sensación de que pueden ser abandonadas en cualquier momento; iii) que ello impide contar con marcos legales de referencia razonables y previsibles que sirvan para orientarnos; iv) que la estabilidad de las reglas tiene importancia decisiva para el desarrollo de las naciones, incrementando la confianza institucional y las inversiones económicas, redundando todo ello en beneficio de los ciudadanos; v) que en ese contexto las personas no pueden planificar su vida, ni hacer cálculos racionales; vi) que la situación de imprevisibilidad normativa coloca en desamparo al ciudadano, deteriorando sus relaciones y calidad de vida, llegando al extremo de resultar -esa anomia- enfermante”.

Por su parte, ROSENKRANTZ²¹⁵ explicó la imperiosa necesidad de que los Jueces respondan y respeten las reglas que el pueblo fijó para resolver los conflictos. Poniendo de relieve la crisis de legitimidad que padece el Poder Judicial en la República Argentina, expuso que ella responde a “... una crisis de confianza, y la desconfianza de nuestros ciudadanos en el Poder Judicial ha nacido en parte porque existe la sospecha de que servimos a intereses diferentes al derecho... (sin sujeción) a procedimientos reglados con base en los cuales sea posible evaluarnos con objetividad. La magistratura... (señaló)... debe estar sujeta a reglas de evaluación claras... debemos mostrar que lo que hacemos se conforma a reglas claras establecidas de antemano... debemos esforzarnos en mostrar que somos puntillosamente respetuosos de las reglas que el pueblo...fijó para resolver los conflictos...y que respetamos únicamente esas reglas...”.

Es que la ruptura del principio de la seguridad jurídica genera, de forma automática, el quiebre de la previsibilidad que requiere el sistema patrimonial. Todo ello influye, directa y negativamente, sobre el sistema de las garantías patrimoniales que son ponderadas para realizar los negocios jurídicos y el otorgamiento de crédito. Maxime, si a la inseguridad jurídica se le suma la económica que impera en nuestro país desde hace años.

Difícil, a mi criterio, sería, con la proliferación de fallos en este sentido (como el de la CSJN de 2019), imaginar el financiamiento de los medios de transportes (principalmente empresas de ómnibus, ferroviarias, aéreas) o bien la construcción, modernización o financiación de establecimiento médicos o educativos, en donde por desgracia constantemente ocurren siniestros, y lamentablemente, un porcentaje no menor de ellos involucran niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, evaluando las circunstancias fácticas del caso, surge la preocupación de que, en caso de llegar a ser un criterio preopinante en la Corte Nacional (el del fallo de 2019), qué persona o entidad con fines de lucro o bajo qué condiciones, conferirá un crédito importante para financiar estas actividades mencionadas, si nuestro ordenamiento no reconocerá preferencia cuando se vea involucrado los derechos de los menores de edad, quienes tendrían un privilegio especial prioritario absoluto a cualquier otro sujeto o profesional represente a las partes involucradas en el asunto.

8.5. *Los tratados internacionales que rigen la materia no confieren privilegio al crédito de sujetos vulnerables.*

Nuestro más Altos Tribunal Nacional, reiteradamente y desde tiempos inmemoriales, ha decidido que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma

²¹⁴ LORENZETTI, Ricardo, “La Argentina imprevisible”, Diario Clarín, 03/05/2019.

²¹⁵ ROSENKRANTZ, Carlos F., “Discurso de apertura del año judicial 2019”, www.cij.gov.ar.

gravedad que debe ser considerado la *última ratio* del orden jurídico²¹⁶, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados²¹⁷.

En este marco, nos encontramos con la legislación concursal que establece, de un modo expreso, objetivo y taxativo, qué créditos gozan de privilegio y el orden de su pago en un proceso de crisis. Como se dijo al respecto, puede que el sistema referido no sea perfecto y requiera un cambio, pero genera previsibilidad en las relaciones negociales y, por ende, seguridad jurídica en el tráfico mercantil. Tan necesaria en épocas de crisis económicas, como la que atraviesa nuestro País desde hace años.

Desde esta perspectiva formal y, ciertamente, no intrascendente, no hacen lo propio ni la Convención de los Derechos del Niño (ley 26.061) ni la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378), las que si bien tutelan especialmente a los sujetos a quienes están dirigidas estas normas convencionales, no ingresan en los mecanismos legales de protección patrimonial de eventuales acreencias que pudieran estar en juego.

Solución ésta que sí sucedía en el escenario fáctico del caso “Pinturerías y Revestimientos” (CSJN, 2014), por lo cual la Corte decidió amparar prioritariamente al crédito del trabajador frente a los créditos estatales, dado que ello estaba expresamente reglado por la Recomendación nº 173 de la OIT.

Lamentablemente, nada de ello ocurre con relación a la concurrencia al pasivo concursal preventivo o falimentario de los créditos de personas vulnerables. No existe norma expresa internacional que les confiera privilegio alguno o derecho a pronto pago, que autorice al Juez a desplazar las normas de la Ley 24.522.

Y tal omisión del Estado no puede ser suplida por la judicatura a través de lo normado por el art. 3º del CCyCN, puesto que ordena a los jueces a resolver los casos -mediante una decisión razonablemente fundada- de acuerdo a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos. En esa misión, la interpretación y aplicación de la ley según las disposiciones que surgen de los principios, valores jurídicos y derechos humanos, tiene que efectuarse de un modo coherente con todo el ordenamiento, no para desmantelarlo o destruirlo, sino para optimizarlo y buscar la mejor solución posible. Y esa mejor solución no será brindar respuesta a una de las partes, haciendo sopesar las consecuencias desfavorables en el patrimonio de los acreedores, de los profesionales que intervinieron en el proceso y a costa de la seguridad jurídica y la previsibilidad del tráfico mercantil.

8.6. Necesaria protección de los demás acreedores.

Si bien, reitero, el criterio sentado por la CSJN en el fallo “Institutos Médicos Antártida”, en cuanto protege y da primacía a los derechos del menor hipervulnerable, es loable apelando a criterios de sensibilidad humana, no puede desconocerse que, con esa decisión, se está haciendo sopesar en los demás acreedores (que no cobrarán sus créditos y que, seguramente, también puede encontrarse en situaciones de vulnerabilidad -desconocidas por el magistrado-) y de los profesionales intervinientes (cuyos honorarios tienen naturaleza alimentaria), la obligación del Estado de articular mecanismos óptimos de tutela de los derechos humanos básicos de sujetos vulnerables.

²¹⁶ CSJN, fallos: 303:248; 312:72; 324:920, entre muchos otros.

²¹⁷ CSJN, fallos: 315:923; 328:4542.

Considero que no es válido ni deseable invocar aquellas ideas neoconstitucionalistas para justificar un activismo judicial decisorio; como si la tutela constitucional no incluyera una protección a las garantías de legalidad, imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa (art. 18, CN), como también la salvaguarda del derecho de propiedad de los demás titulares de créditos que se incorporaron al pasivo concursal, como el crédito por honorarios, de naturaleza alimentaria, de los profesionales intervinientes en el proceso.

En este orden de ideas, y hasta tanto exista una reforma legal, se han desarrollado ideas y opiniones tendientes a responsabilizar por el crédito del acreedor vulnerable a los socios de la sociedad y el costo del siniestro trasladarse a las aseguradoras (si existieran y correspondiera), o a los mismos responsables directos, administradores y controlantes.

También responsabilizar al Estado, dado que es el responsable final de la protección y amparo de cualquier persona, más aún vulnerable. Es que, es el Estado el sujeto pasivo de las obligaciones consagradas en las convenciones internacionales y, por ende, quien debía asegurar el pleno goce de los derechos en cuestión, sin que correspondiera trasladar esa obligación a los demás acreedores concurrentes que contaban con un privilegio legalmente reconocido, como sucedería en el caso con los acreedores hipotecarios que verían postergado el pago de sus créditos.

Paliativamente, hasta tanto el Poder Legislativo se digne en tomar cartas en el asunto, resultaría de gran ayuda la creación de un fondo nacional para la protección de este tipo de situaciones, en donde el Estado cumple con la orden judicial de pago y otorgue al deudor un plan para su devolución, sin hacer sopesar las consecuencias en los restantes acreedores concurrentes al pasivo concursal, que también puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad.

8.7. Responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Uno de los argumentos que la doctrina emplea para aprobar el segundo y más reciente fallo de la CSJN, que se vincula a que gracias a su dictado la Argentina se exime de responsabilidad internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no es acertado.

Es sabido que toda violación de una obligación internacional -generada por costumbre; tratado; sentencia o laudo de un tribunal; resolución de organismo vinculante o por un acto jurídico unilateral²¹⁸- que pueda atribuirse a un Estado de acuerdo con el derecho supranacional, constituye un hecho internacionalmente ilícito que genera responsabilidad internacional²¹⁹.

Para la configuración de este tipo de responsabilidad basta con la comprobación de dos elementos esenciales²²⁰: (i) objetivo, configurado por una acción u omisión²²¹ (v. gr. deber de prevención²²²; falta de debida diligencia en la investigación de delitos²²³) contraria a una obligación

²¹⁸ Vide. BARBERIS, Julio, *Formación del derecho internacional*, Ábaco, Buenos Aires, 1994, p. 260.

²¹⁹ Comp. GATTINONI DE MUJÍA, María, "La responsabilidad internacional del Estado derivada tanto de la actividad como de la inactividad judicial", en VIGO, Rodolfo L. - GATTINONI DE MUJÍA, María (Dirs.), *Tratado de Derecho Judicial*, T. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 305/306.

²²⁰ Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, "La responsabilidad internacional del estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al derecho internacional general", Avellaneda SGN Editora, Buenos Aires, 2013, ps. 8/9.

²²¹ Corte IDH, 04/07/2007, "Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador".

²²² Corte IDH, 20/01/1989, "Godínez Cruz vs. Honduras"; *id.*, 29/03/2006, "Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay", LL, cita online: AR/JUR/11099/2006; *id.*, 04/07/2006, "Ximenes López vs. Brasil", LLO: AR/JUR/11786/2006.

²²³ Corte IDH, 26/11/2008, "Tiu Tojin vs. Guatemala"; *id.*, 16/11/2009, "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", LL, cita online: AR/JUR/77909/2009.

internacionalmente asumida por el Estado; y, (ii) subjetivo, que dicha conducta le sea imputable al Estado obligado.

En el escenario apuntado, basta con leer la doctrina sentada en la resolución del juicio “Furlán”²²⁴ de la CIDH, para evidenciar que el Estado argentino ha violado el derecho humano a obtener una decisión judicial en un plazo razonable -por incumplimiento de sus recaudos: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales y d) afectación jurídica de la parte interesada e impactos en la integridad personal-, dado que la fecha del siniestro fue en 1990 y la decisión judicial en comentario es dictada a principios del 2019. Dada la situación inflacionaria de nuestro país, el derecho de propiedad del menor vulnerable también se ha visto conculcado en este caso.

En esta línea de pensamiento, la CSJN en el caso “Institutos Médicos Antártida” -segundo caso-, sea que confirmara el criterio sentado en “Asociación Filantrópica de Beneficencia” -primer caso- o que resolviera del modo en que lo hizo -privilegiando el crédito del menor hipervulnerable y declarando inconstitucional el régimen de privilegios concursales-, igualmente nuestro Estado puede ser pasible de responsabilidad internacional ante los organismos protectorios interamericanos de los derechos humanos, al conculcar el principio del dictado de una sentencia en “plazo razonable”.

Se suma a lo expuesto que, partiendo de la base que todo Estado es internacionalmente responsable por todo acto u omisión de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, nuestro país, al no arbitrar mecanismos judiciales y/o administrativos idóneos que brinden una solución efectiva, eficiente y adecuada para este grupo de acreedores (personas humanas en situación de vulnerabilidad), podría llegar a ser pasible de un reclamo de responsabilidad internacional por ausencia de tutela judicial y administrativa efectiva ante los organismos internacionales protectorios de los Derechos Humanos.

8.8. Imperiosa y urgente necesidad de una reforma.

A la luz de todo lo expuesto, para procurar la salvaguarda de la seguridad jurídica, la división de poderes y el derecho de propiedad de todos los acreedores concurrentes al pasivo concursal, la necesidad de una reforma integral sobre la temática se impone de un modo contundente. Máxime, si es una cuestión advertida y debatida por la doctrina concursalista desde más de 15 años.

Cabe recordar las conclusiones y las recomendaciones, expuestas en 2009 (a raíz del fallo de primera instancia en “Institutos Médicos Antártida”, de 2007), en el marco del *VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*: “...se coincide en que es necesario que la ley concursal se haga cargo del conflicto, estableciendo un régimen especial para este tipo de acreedores que hoy son quirografarios, lo cual amerita introducir una reforma en la Sección de Los Privilegios y en su caso, de las categorías, dado que nadie considera apropiado que estas preferencias deban ser dispuestas por los jueces por vía interpretativa o integrativa, teniendo que recurrir a la Constitución Nacional (derechos y garantías) y/o a los tratados internacionales ratificados por el país, para poder hacer justicia en el caso concreto frente a situaciones puntuales de altísima sensibilidad porque ello confronta con el régimen cerrado y estricto de los privilegios en el Derecho Concursal y produce tremenda incertidumbre e inseguridad jurídica”.

²²⁴ Corte IDH, 31/08/2012, “Furlán y Familiares vs. Argentina”, LL, RCyS, 2013-II-276.

El interés y la inquietud que el tema despertó fue en aumento en los sucesivos Congresos Argentinos de Derecho Concursal e Iberoamericanos de la Insolvencia (Tucumán-2012; Córdoba-2015; Santa Fe-2018 y Bahía Blanca-2021), con la activa participación en ponencias y exposiciones por parte de la más autorizada doctrina nacional e internacional.

Es pacífica la conclusión que la solución a este conflicto no debe venir de la mano del Poder Judicial (la que actualmente es paliativa, pero sumamente peligrosa, ante la inacción del Congreso), sino directamente del Poder Legislativo, a los fines de preservar los principios de división de poderes y la seguridad jurídica, cimientos de cualquier verdadero Estado de Derecho.

En este escenario, considero acertada las conclusiones arribadas en el fallo “Asociación Filantrópica de Beneficencia”, puesto que el Poder Judicial no debe obrar como legislador, sino exhortar a nuestro Estado para que cumpla con los compromisos por la CADH y, de un modo inmediato, se avoque a reformar la legislación vigente y prever mecanismos de reparación rápida e integral de los créditos de vulnerables en los procesos de insolvencia.

Ahora bien, si el Estado no toma ese compromiso, y de proliferar resoluciones como las adoptadas “Institutos Médicos Antártida” o “Fundación Educar”, primará la pérdida de la dimensión formal e institucional del derecho, con una fuerte inseguridad jurídica en las transacciones comerciales, con la consecuente disminución del crédito a establecimientos médicos, educativos, de transportes, de construcción o, en su defecto, un extremo encarecimiento del mismo.

Finalmente, y más allá de lo expuesto, estos fallos (2018 y 2019) serán de gran utilidad a los fines de abrir un cauce dentro del derecho judicial y permitir la convocatoria a los legisladores a una serena y profunda reflexión sobre el tratamiento de este tipo de créditos, en armonía y sin conculcar derechos de terceros, igual de legítimos que aquellos.

En nada soluciona el conflicto, el art. 51 del Anteproyecto de reformas al CCyCN, en cuanto establece que “las personas en condiciones de vulnerabilidad tienen derecho a una tutela efectiva diferenciada, que promueva, proteja y asegure el pleno y eficaz goce de sus derechos y el respeto de su dignidad”, puesto que contiene la misma indefinición que los tratados internacionales sobre la materia, más no se expide directamente con relación a si los créditos de personas vulnerables gozan de privilegio en los procesos de ejecución contra su deudor, sea individual o universal.

Deberá encontrarse y conjugarse entonces, medidas y herramientas idóneas, de diversa naturaleza, para la satisfacción íntegra de los derechos del menor y otros sujetos vulnerables, sin violentar derechos legítimamente reconocidos a terceros, ni alterar el equilibrio fundamental otorgado por la igualdad estricta que debe primar en toda relación de derecho privado, inspirada por los lineamientos de la justicia conmutativa.

Nuestro Estado debe tomarse esta temática en serio de una vez por todas y adoptar medidas legales concretas para agilizar los procedimientos judiciales, asegurar el ejercicio y goce de los derechos humanos sin discriminaciones arbitrarias, brindar atención especial, protección enriquecida y un trato preferente a las personas en situación de vulnerabilidad en el marco de los procesos de ejecución individual como colectiva, preservando los derechos de todas las partes involucradas en los procesos de crisis, la seguridad jurídica y el principio de división de poderes.

Considero que solo a través de una reforma legislativa, integral y eficiente, sobre la cuestión litigiosa analizada en este trabajo, salvaguardaría adecuadamente la dignidad de la persona humana, cumplimentaría con los lineamientos convencionales en la materia y permitiría mitigar la situación de la concurrencia de las personas vulnerables en los procesos de crisis empresaria, sin

conculcar derechos de terceros ni violentar los principios de división de poderes, seguridad jurídica y previsibilidad en las transacciones económicas.

Es que colocar a la inviolabilidad de la dignidad de hombre como un principio general y cardinal del derecho, aplicable a todas las relaciones jurídicas e independientemente del rol que el ser humano desarrolle en la sociedad, no solo nos posibilita avanzar como sociedad, sino que torna operativos los valores constitucional y convencionalmente reconocidos.