Tutela judicial efectiva de los *vulnerables*

El caso de los acreedores involuntarios

Actualidad*

Por Víctor M. Collado Ulivarri

"Los dones que provienen de la justicia son superiores a los que se originan en la caridad"
Gibran Khalil "El profeta", filósofo Libanés, (1883 - 1931)

1. Introducción [arriba]

Resulta objeto del presente trabajo, el abordaje concreto de la ardua problemática actual vinculada a la efectiva tutela judicial de ciertos sujetos de derecho a los que se les ha asignado el status de "vulnerables", con fundamento en normativa constitucional -y, a través de ella, de tratados internacionales-, los cuales -con relación al específico ámbito concursal o falimentario y bajo determinadas circunstancias- se han denominado "acreedores involuntarios" del concurso o quiebra, cuando dicha "vulnerabilidad" se expone frente a un proceso falencial[1].

En primer lugar, realizaremos breve conceptualización de la noción de "acreedor involuntario" en lo que aquí nos interesa, en el entendimiento de que tanto la jurisprudencia como la doctrina especializada han avanzado claramente en el delineamiento de sus contornos y características.

A posteriori, pretendemos, sin agotar la extensa cuestión, realizar un análisis sobre el fundamento para el ejercicio concreto y acceso a dicha tutela judicial efectiva, profundizando sobre el estado actual del derecho constitucional, el denominado "bloque de constitucionalidad federal", el impacto del Código Civil y Comercial de la Nación y el denominado "activismo judicial".

Ello, necesariamente, nos conducirá a un arbitraje entre los lineamientos constitucionales actuales y su dimensión axiológica[2] y la normativa concursal vigente, sus principios rectores y -en particular- su sistema cerrado para el reconocimiento de privilegios[3].

Luego, resultará imprescindible analizar los pronunciamientos de nuestro Máximo Tribunal que zanjaron esta problemática -en uno u otro sentido, con apoyo de doctrina especializada y jurisprudencia conteste- frente al caso presentado.

Finalmente, desarrollaremos algunas conclusiones, con pretendida ambición de aporte para análisis integral de la cuestión abordada, las que incluirán nuestra postura frente al asunto.

En definitiva, compartimos preliminarmente el oportuno y temprano diagnóstico de Dasso, en cuanto sostuvo que "Está claro que es en el ámbito concursal donde la tutela genérica del acreedor involuntario, justificada en función de contenidos axiológicos, encuentra la mayor dificultad, porque el carácter distributivo del concurso provoca un inevitable y equivalente desprotección en la tutela de los otros acreedores. La dificultad adquiere mayor gravedad aún, cuando confronta con acreedores garantizados porque se proyectará con efectos desestimulantes en el mercado de crédito, por ello nunca en el derecho concursal clásico se advirtió tratamiento diferenciado o, si advertido, no tuvo reflejo en el ordenamiento.

En la actualidad los acreedores involuntarios son sujetos pasivos de la par conditio pero no iguales a los voluntarios y por eso su categoría impone nuevos enfoques cada vez más evasivos del colectivo acreedor. ¿Llegará en este camino el acreedor involuntario a evadir totalmente la colectividad, con análogo o parecido trato al acreedor laboral o al fiscal? ¿Logrará también la exclusión de activos y su afectación separada para el propio crédito? ¿Genera un rango de privilegio en el concurso?"[4]

También, oportunamente se sostuvo que "Inexorablemente se advierte que existen casos de acreedores involuntarios en los que deben primar sobre las normas del derecho concursal, aspectos que atañen al derecho a la vida, a la salud, a la protección de la minoridad"[5]. Se avizoraba entonces el camino -arduo- para una tutela necesaria y concreta de los derechos de esta categoría de acreedores.

En parte, esos interrogantes y planteos ya han encontrado cierto grado de respuesta en la doctrina y jurisprudencia. Veamos.

2. Acreedor involuntario: breve conceptualización [arriba]

Se ha señalado[6] que la característica distintiva de este tipo de acreedores radica en que, a diferencia de los demás acreedores expuestos y concurrentes a un proceso concursal, los denominados involuntarios no han tenido posibilidad ni oportunidad de elegir a su deudor (como sí la tiene quien concede un préstamo, elige vender a crédito y/o afianza una relación crediticia, por ejemplo), ni tampoco de procurar a su respecto garantías o aseguramientos de cualquier tipo (como quien presta dinero y solicita una garantía personal o real) con relación a su devolución en las condiciones pactadas. De esta forma, los acreedores involuntarios asumen súbitamente dicha calidad por hechos que le resultan ajenos y/o inevitables (vgr. mala praxis, accidente de tránsito, víctima de un delito o cuasidelito, etc.) y con relación a personas físicas o jurídicas (deudores) que, generalmente, no conocen ni eligen.

Analizando el espectro de variadas posiciones respecto de esta pretendida categorización de acreedores[7], se ha sostenido que -eventualmente- integrarían este grupo: (a) los acreedores extracontractuales, cuyos créditos nacieron a partir de un delito o un cuasi delito (tal es el caso, por ejemplo, de quien transitaba prudentemente por la calle y fue embestido por un vehículo de carga o transporte, quien claramente nunca quiso entablar una relación crediticia ni resultar acreedor de la sociedad titular dominial de dicho vehículo); (b) los sujetos que son parte de una relación contractual y resultan damnificados por un obrar ilícito de la otra parte de esa relación (como, por caso, el sujeto que habiendo celebrado un contrato de transporte, con la única finalidad de llegar a su lugar de destino, sufre durante el viaje un accidente que deriva en un daño a su persona o también el supuesto paradigmático de la víctima de mala praxis médica); (c) los "pequeños proveedores" o "comerciantes no informados" que deben inexorablemente concluir un determinado negocio pese al riesgo de la ulterior insolvencia de la contraparte; (d) los trabajadores, quienes contratan con la única finalidad de poner su fuerza de producción a servicio del empleador a cambio de una retribución de carácter alimentario, sin esperar jamás el devenir acreedores de sus empleadores; y (e) los sujetos que sufren perjuicios como consecuencia de contaminaciones y/o cualquier otro tipo de daño ambiental.

Adelantamos que las caracterizaciones propuestas supra, a nuestro criterio, resultan muy amplias y difusas en algunos casos. A priori, sostenemos que tal noción requiere -insoslayablemente y dada su falta de regulación normativa- de un marco y contornos lo más precisos posibles, toda vez que -como veremos más adelante- ello resultará indispensable para la tarea de la judicatura frente al caso sujeto a resolución.

También se ha dicho que la problemática del acreedor involuntario sigue siendo un fenómeno que radica en el hecho de la injusticia de que a un elenco de determinados

sujetos que no han asumido el riesgo empresario se les pretenda imponer una alternativa concordataria o el resultado de una liquidación falimentaria.[8]

A su vez, se ha intentado identificar a dichos acreedores como aquellos cuya relación crediticia se origina con prescindencia -y aún en contra- de su voluntad[9]. En otro orden, se ha sostenido que son “acreedores involuntarios” los titulares de derechos de crédito por el daño sufrido a la vida, su salud o integridad psicofísica, y que el deudor -ahora concursado o fallido- tiene la obligación de reparar si concurren los presupuestos de la responsabilidad civil.[10]

La denominación de “acreedores involuntarios” resulta más amplia, dado que permite incluir tanto los contractuales como a los extracontractuales. Es por ello que dicha nominación alcanza a aquellos acreedores que, habiendo celebrado un contrato -vgr.: transporte, asistencia médica, etc.-, sufren un daño en su persona. Es claro que su consideración no puede ser diferente a la de los acreedores extracontractuales.[11]

Como nota característica, también se ha dicho que el “acreedor involuntario” carece de la posibilidad de analizar riesgos o cautelar su crédito respecto del deudor. Ello, toda vez que en realidad su crédito lo sorprende como consecuencia de un acontecer no querido[12]. Asume la condición de creditor de manera inesperada.

Con razón, se ha dicho que el “acreedor involuntario” es una “doble víctima”: ha sufrido el hecho dañoso en su persona y -además- es perjudicado por la insolvencia del dañador (deudor)[13]. Por otro lado, esta clase de acreedores no tiene recepción alguna en la normativa concursal vigente, lo que implica -lisa y llanamente- que sus derechos no cuentan con cobertura en ese marco. Por el contrario, su desprotección es absoluta. Sostenemos, por nuestra parte, que debe entenderse que dicha desprotección o falta de cobertura debe considerarse en función de la magnitud y alcance de la afectación sobre determinados derechos del creditor, de protección constitucional y/o supra legal. Ergo, no es suficiente la cobertura que eventualmente otorga a los mismos la específica normativa falencial (créditos comunes o quirografarios).

En este sentido, también se sostuvo que acreedores involuntarios resultan aquellos que "no concedieron crédito al deudor sino que resultaron acreedores por otras causas, como hechos ilícitos, por ejemplo"[14] y que por tal calificación resultan menesterosos de un tratamiento preferencial en el proceso concursal[15].

Ahora bien, conviene ajustar la noción de acreedor involuntario a los fines del presente trabajo, del cual no pretendemos dé a luz una conceptualización definitiva sobre dicha categoría de acreedores, lo que resultaría imposible -entre otros aspectos- dada la amplitud del análisis requerido y el acotado ámbito de tratamiento de la cuestión que nos impone el desarrollo de nuestra presentación.

Es por ello que, entendemos y nominamos como acreedores involuntarios a (i) aquellos acreedores cuyos créditos reconocen su causa en un hecho ilícito (ya sea delictivo o cuasi delictivo) extracontractual (donde el ejemplo claro resultaría el caso de un peatón embestido por un camión de cargas); y (ii) entre los acreedores contractuales, únicamente a quienes contratan una prestación determinada pero terminan padeciendo un daño absolutamente ajeno a ella, durante la ejecución del contrato (por ejemplo, los damnificados en virtud de mala praxis médica que han contratado prestaciones médicas con sanatorios, hospitales, obra sociales, etc.; o los sujetos que padecen un accidente/siniestro durante la ejecución de un contrato de transporte).

Agregamos, en forma preliminar, que dichos acreedores deben alcanzar -en nuestra opinión- el status de “vulnerables” o “hipervulnerables”, de acuerdo con los lineamientos

determinados por nuestro Máximo Tribunal para tal caracterización. Del desarrollo que sigue surgirá -con claridad- el tamiz a aplicar para alcanzar tal status.

Reiteramos que resulta una aproximación a su conceptualización, derivada exclusivamente de los alcances del presente trabajo. Sin perjuicio de ello, una noción más contorneada y delimitada aún emergerá de los análisis que se desarrollan infra, que complementarán lo ya expuesto.

3. Tutela judicial efectiva de sujetos vulnerables. Pilares para su efectiva realización [arriba]

Atento el enfoque que pretendemos sobre la cuestión sub examine, y asumiendo la clara y distintiva nota de vulnerabilidad que ostentan los "acreedores involuntarios"[16], creemos necesario analizar cada uno de los pilares en los que se apoya la posibilidad de ejercicio concreto de una tutela judicial efectiva de estos sujetos vulnerables.

3.1.- Estado de derecho constitucional

La reforma constitucional del año 1.994 incorporó once instrumentos internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional (art. 75, inc. 22, 2º párr., Const. Nacional), ampliando significativamente el espectro de derechos y garantías ya consagrados en nuestra Carta Magna. Asimismo, agregó un nuevo Capítulo a la Primera Parte del texto constitucional que contiene los denominados "nuevos derechos y garantías". Debe entenderse entonces que las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la Primera y Segunda Parte de la Constitución, más los once tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, más los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos que adquieran jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 in fine, Const. Nacional), conforman el llamado "bloque de constitucionalidad federal"[17].

Ello implico que "En la cúspide de todo el ordenamiento, el reinado de la Constitución dejó de ser absoluto y exclusivo para constituirse en un gobierno mancomunado junto a tratados internacionales [de derechos humanos] que pasaban a tener su misma jerarquía". "Lo anterior no significó de ningún modo sacrificar la noción de 'supremacía constitucional', pues, dichos tratados alcanzaron aquella jerarquía por una habilitación directa de la misma Constitución (...) La Constitución continúa siendo entonces la norma 'fundante' y 'fundamental' de todo el sistema, en esta particularidad radica hoy su carácter absoluto y exclusivo. Pero en cuanto al 'parámetro' que deben seguir las normas 'infraconstitucionales' para ser admitidas como válidas jurídicamente dentro del sistema, la Constitución dejó de ser el único referente"[18].

De ello se deduce que en caso de que una norma interna contradiga un tratado internacional de derechos humanos, tal norma es inconstitucional, carece de validez jurídica y por ello es inaplicable. Esta reforma supone una importante ampliación del sistema de protección y garantías de los derechos humanos en Argentina. En este sentido, el art. 31 de nuestra Carta Magna prevé la supremacía constitucional, obligando a los jueces a tutelar la vigencia de ésta "por sobre cualquier norma"[19].

Así, se ha expresado que "no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que las nutre es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional que avente el riesgo de un formalismo paralizante" (Fallos 305:2040; 311:2223, entre otros) y que "no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enumerados precedentemente,

arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos y otros no se compadece con la misión de administrar justicia"[20]. Ello exige, por parte de los jueces, de una interpretación armónica, sistemática e integral del ordenamiento jurídico.

La dimensión axiológica que impregna nuestra Constitución Nacional recepta, reconoce y tutela los derechos fundamentales del hombre, siendo éste "eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental"[21]. Lo dicho resulta una suerte de mandato para el juzgador, quien debe tenerlos en cuenta al momento de interpretar la Constitución[22].

El denominado "bloque de constitucionalidad federal", acepción receptada en variada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[23], se erige entonces en la cima del ordenamiento jurídico argentino.

Así, el art. 75, inciso 23 de la Constitución Nacional expresa que se debe "…legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

Respecto de los tratados internacionales que, como consecuencia de lo antes dicho, se tornan operativos en nuestro ordenamiento jurídico, en lo que aquí nos interesa, destacamos:

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre · Art. 1° "Todo ser humano tiene derechos a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona."

2. Declaración Universal de Derechos Humanos · Art. 3° "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y seguridad de su persona. Art. 25 inc. 1° "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."

3. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) Art. 5° inc. 1 "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". Dicha convención explicita el derecho al "respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (art. 5°, inc. 2) y "al reconocimiento de su dignidad" (art. 11, inc. 1). En particular, sobre el derecho a la dignidad, la CSJN definió -en el marco del fallo "Pupelis"- a la dignidad humana como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de la Constitución[24].

4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales · Art. 10 inc. 3° "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición... · Art. 12 inc. 1° "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda

persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”... Inc. 2° D “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

5. Convención sobre los Derechos del Niño · Art. 3 inc. 2° “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. · Art. 24 inc. 1° “los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. Inc. 2° B “asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”.

En consecuencia, los tratados de derechos humanos incorporados como norma constitucional, “normativamente tienen el mismo valor que la Constitución formal, pero sin formar parte de ella”[25]. Ello implica ejercitar el denominado “control de convencionalidad”, que obliga a contrastar todas las leyes con el “bloque de constitucionalidad federal”[26].

Dicho esto, corresponde analizar las consecuencias e impacto del denominado “bloque de constitucionalidad federal” respecto de nuestra normativa interna, y -en particular- respecto de la normativa falencial vigente.

La primera consecuencia, que compartimos con Junyent Bas y Marcos[27], es la de “reconocer y comprender a la vez, que el Derecho como ciencia práctica, es decir, como disciplina que tiene como objeto la acción humana (individual o social) para ordenarla hacia la consecución de un fin (el bienestar general), posee en sí mismo un dinamismo que es opuesto a estructuras legales rígidas como las que propuso la exegética que vino de la mano de la codificación decimonónica”.

Ni más ni menos, dicho fenómeno se conoce como la “constitucionalización del derecho privado”. En este sentido se ha dicho que “La mutación del sistema de principios y valores del ordenamiento en su cúspide y la consiguiente primacía de la persona y sus intereses más cercanos al núcleo de la personalidad, constituyen -junto con otros principios constitucionales (el sistema republicano de gobierno, la forma de vida democrática, la igualdad sustancial ante la ley)- los pilares centrales del plan político del Estado, constituyéndose en principios informadores de todo el ordenamiento jurídico y, desde luego, del derecho privado”[28].

Nos permitimos citar a Vítolo[29], quien -a nuestro criterio- expone con meridiana claridad el alcance e impacto del desarrollo precedente en nuestra normativa concursal. Así, sostiene que “La reforma constitucional de 1994 y -especialmente- el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación han generado -con sus disposiciones- una ruptura parcial respecto de la naturaleza del sistema cerrado de privilegios consagrado por la Ley N° 24.522 de Concursos y Quiebras, y modifican -también- los criterios con que debe resolver el juez concursal, el que -a partir de la sanción de la Ley N° 26.994- debe dictar su sentencia verificatoria -arts. 36, 37, 56, 200 y concordantes- ajustada a los parámetros fijados en el art. 3 de dicho Código, y más allá de las disposiciones legales contenidas en lo arts. 2573 y siguientes del nuevo Código y los arts. 239 y siguientes de la Ley N° 24.522.1 En efecto; la ruptura del tipo legal, a raíz del contenido del Título Preliminar del nuevo Código -en especial el art. 3º-, como la anterior conformación del Bloque de Constitucional Federal, y la aplicación amplia que del principio pro homine -denominado o a favor del hombre o a favor de la persona- propiciada por el Ministerio Público de la Nación y algunos casos

jurisprudenciales, han venido a establecer un nuevo modo de resolver en materia de privilegios, frente a los procesos concursales, lo que ha determinado que ese sistema al cual la doctrina y la jurisprudencia, originariamente, habían calificado como un sistema de "orden cerrado", ha pasado a conformar un mero "orden poroso", pues dentro del propio sistema se han generado -en el interior del mismo- huecos o espacios intersistemáticos, en los cuales han venido a alojarse tanto privilegios particulares que intentan ganar espacio modificando su valor relativo respecto del interior de la masa privilegiada, como también se ha intentado permitir que dichos espacios sean llenados por elementos -créditos- externos -o extra sistema- a los cuales la ley concursal no les otorga preferencia alguna -entendido el término preferencia en un sentido lato y no técnico- pero a las cuales pueden acceder en función de otras normas, principios o valores. Así, la ley con su texto, su orden y sus preferencias, no operarán ya en forma absoluta sobre el sistema de privilegios, sino que al momento de decidir, el juez concursal, respecto de la calificación que debe otorgar a un crédito cuya verificación se ha pretendido o reclamado por parte del acreedor, deberá ajustar su pronunciamiento a lo dispuesto en el art. 3 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -el cual ha generado una ruptura parcial de los tipos legales-, habiendo dejado de constituir la ley -por sí misma y en su contenido- una regla absoluta, para convertirse en un elemento más de un conjunto de elementos que deben conformar e integrar la decisión judicial, dentro de los cuales deben señalarse las reglas, los valores y los principios, en una decisión que también debe ajustarse a los parámetros de razonabilidad, proporcionalidad, ponderación, e interdicción de la arbitrariedad. Todo ello, además, difumina la naturaleza propia del privilegio, concebido legalmente como una característica o propiedad del crédito, importando un instituto de naturaleza objetiva, para derivar en un instituto en el cual se incorporan elementos de carácter subjetivo vinculados al titular del crédito -normalmente el acreedor- o a terceros vinculados al mismo"[30].

Dejamos introducido de este modo el análisis que sigue más abajo.

3.2.- Arts. 1°, 2° y 3° del Código Civil y Comercial de la Nación. Fuente de fuentes del Código Civil y Comercial de la Nación. Principio de razonabilidad

En primer lugar, debemos decir que la unificación de los Códigos[31] concretó -básicamente a partir de los artículos en cuestión del Código Civil y Comercial de la Nación- la ya mencionada "constitucionalización del derecho privado".

Se ha dicho, en este sentido, que "la constitucionalización del derecho privado implica echar por tierra con la tradicional pretensión de aislar al derecho privado del alcance de los principios constitucionales, sobre todo en lo atinente a estándares de justicia distributiva. Una visión tradicional observa y analiza al derecho privado dentro de su propia dinámica, y sus propios principios. Consecuencia de esta postura fue la doctrina de la eficacia vertical (opuesta a la eficacia horizontal) de los Derechos fundamentales"[32].

Destacamos, por su claridad, la afirmación que sostiene que "La constitucionalización del derecho privado es la tendencia a extender el marco de aplicación de los principios constitucionales, rechazando la pretensión de insularizar ciertas áreas del derecho, o la idea de que ciertas áreas se rigen por principios especiales, desconectados de los estándares constitucionales"[33].

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

En este sentido, se ha dicho que “El Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) inaugura su texto con un articulado que constituye la columna vertebral del instrumento legal más importante del derecho privado. Este primer artículo coloca al CCyC en su justo lugar, ser parte de un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, que son los que cumplen dos funciones fundamentales: 1) sentar las bases axiológicas sobre las cuales se estructura el CCyC; 2) servir de guía para resolver los casos que se presenten mediante la aplicación de diferentes fuentes: a) leyes aplicables (el propio CCyC, en primer lugar, y las leyes complementarias) que deben, precisamente, estar en total consonancia con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que el país sea parte…”[34].

En consecuencia, cuando corresponda, se debe plantear el abordaje de los diferentes casos bajo una perspectiva de derechos humanos. El nuevo Código Civil y Comercial ha venido a saldar la disociación entre la Constitución Nacional y el derecho civil. Como dijimos, esto ha dado lugar al conocido “derecho civil constitucionalizado” o, en palabras de Mosset Iturraspe, a una suerte de “publicización del derecho privado”[35].

Así, nuestro Código Civil y Comercial no solo ha tenido en cuenta a la Carta Magna y a los tratados de derechos humanos que ella incorpora y eleva con jerarquía constitucional en la Reforma de 1994 (art. 75, inc. 22), sino también a “…un corpus iuris más extenso, al que se conoce bajo el nombre de “bloque de la constitucionalidad federal”, que es la principal fuente o “fuente de fuentes” del CCyC”[36].

Como sostuvimos con anterioridad, resulta interesante destacar que el concepto de “bloque de constitucionalidad federal” ha sido abordado y utilizado por la Corte Federal -a partir del año 2000- en varios precedentes como, por ejemplo, el caso “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, 03/05/2005; “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones”, 17/05/2005; y “Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía -causa N° 120/02-”, 08/08/2006, entre tantos otros.

Puntualmente, a su vez, destacamos el fallo de la CSJN en el caso “Mazzeo”, de fecha 13/07/2007, donde se dijo que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”, y que ello importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (cons. 20); como así también el valor de sus Recomendaciones y Opiniones Consultivas”[37].

Por su parte, el art. 2° del Código Civil y Comercial dispone: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Se ha entendido que “la interpretación es la actividad dirigida a obtener la significación de una norma”[38]. Ello resulta primordial a los fines del análisis en desarrollo.

Queda claro que, al estructurar las pautas de interpretación, se vuelve a apelar a los tratados de derechos humanos, reafirmándose así la columna vertebral sobre la cual se edifica el propio Código Civil y Comercial[39]. Se patentiza y concreta así lo que la doctrina especializada ha llamado “diálogo de fuentes”: resulta impensado, en el estado actual de la cuestión, no interpretar una norma bajo el tamiz de la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte del “bloque de constitucionalidad federal” (fuente de fuentes).

Citamos, en este sentido, fallo también de la CSJN, que sostiene que “es propio de la tarea judicial indagar sobre el espíritu de las leyes más que guiarse por el rigor de las palabras con que ellas están concebidas (Fallos: 308:1664), procurando que la norma armonice con el ordenamiento jurídico restante y los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:2075 y 324:2153) y evitando que su aplicación a un caso concreto derive en agraviantes desigualdades entre situaciones personales sustancialmente idénticas (Fallos 311:1937 y 323:2117)”[40].

Por último, el art. 3° del Código Civil y Comercial prescribe: “Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

En función de dicha norma, la resolución de un caso requiere de una obligada y necesaria visión sistémica de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Citamos fallo del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, que determinó que “El requisito constitucional y el natural principio de transparencia del Estado de Derecho que impone auto abastecer la motivación de las sentencias significa que no basta para la validez de los pronunciamientos jurisdiccionales que tengan fundamentos, sino que es menester que los fundamentos expuestos como decisivos estén a su vez fundados. Sin esta básica motivación no existe en puridad sentencia. Resulta así imprescindible que la sentencia explicite los argumentos de derecho o de hecho en los que funda sus conclusiones decisivas, ya que, cabe reiterar, la falta de esta argumentación básica de sus fundamentos decisivos priva a los justiciables del más elemental derecho de fiscalizar el proceso reflexivo del sentenciador. (…) A la par que posibilita el control social difuso sobre el ejercicio del poder por los jueces, ya que destinatarios de las resoluciones judiciales no son solamente las partes de un litigio dado sino también y fundamentalmente, el pueblo, Juez de los jueces”[41].

Se debe entender entonces que este deber de fundar razonablemente las sentencias se vincula con las fuentes del derecho y las pautas interpretativas que se regulan en los arts. 1° y 2° anteriormente analizados. Al respecto se dijo que “…las ahora explicitadas pautas “la ‘finalidad’ del texto de la ley, ‘los tratados sobre derechos humanos’, ‘los valores jurídicos’ y el ‘modo coherente con todo el ordenamiento’ [es un] reservorio [que] constituye diques de contención para que el fallo judicial sea una decisión razonablemente fundada”[42].

Se sostiene entonces que toda solución jurídica emanada de la judicatura debe sustentarse en el principio de razonabilidad y respetar esa doble fuente suprema constitucional-convencional, que en definitiva constituye un bloque normativo e interpretativo de máxima jerarquía que sienta las bases y, a la vez, condiciona a aquella (la solución alcanzada)[43].

Pero conviene en este punto profundizar en la naturaleza y alcances del principio de razonabilidad mencionado. Ello contribuirá definitivamente con el análisis objeto del presente trabajo, pues concretará el aporte que las soluciones jurídicas imbuidas con este principio hacen al sistema jurídico en general: soluciones jurídicas razonables implican la concreción y exaltación del Estado de Derecho y la existencia de “seguridad jurídica” en la más amplia de sus acepciones. Así, una vez más, nuestro Máximo Tribunal nos provee una clarísima conceptualización del principio de razonabilidad, al sostener que "...la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que "manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, "A Theory of Justice", 1971, Harvard College). La razonabilidad significa entonces que, sin

perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad"[44].

3.3.- Activismo judicial (bien entendido)

Sin perjuicio de que los alcances y objeto del presente trabajo nos limitan respecto de una adecuada profundización de este tópico, adelantamos que -a nuestro juicio- este aspecto resulta fundamental en orden a la concreción de una efectiva tutela judicial de aquellos sujetos vulnerables.

También adelantamos que -por supuesto- solo consideraremos la noción de activismo judicial bien entendida y desde una óptica positiva, dado que, desde que se reconoce el origen del término[45], el mismo ha tenido variadas connotaciones. En este sentido, solo diremos con Atienza, que "Un primer dato, muy obvio, en relación con el uso que hoy se hace de la expresión es que, en contextos europeos (por ejemplo, en España), calificar a un juez, o a una de sus decisiones, de activista, tiene un sentido inequívocamente descalificatorio: un juez activista es uno que actúa como no debería actuar un juez. Pero las cosas no son así en relación al uso que se hace en Latinoamérica: si no siempre, al menos en muchas ocasiones (y me refiero al empleo de la expresión no sólo en los medios de comunicación, sino también por parte de juristas profesionales) calificar a un juez de activista supone atribuirle una cualidad positiva: activista es el juez que se toma en serio lo que constituye la función esencial de la jurisdicción: la defensa de los derechos fundamentales de las personas (individual y colectivamente consideradas)"[46].

En este sentido, y para despejar toda idea o connotación que no se amalgame con el objeto del presente, conviene definir el término "activismo". Así, "activismo es toda actitud activa, frontal y directa frente a diferentes obstáculos que se pueden presentar en el camino hacia un determinado objetivo. La palabra "activa" deriva del latín activus, que significa facultad de obrar con diligencia, eficacia y prontitud, sin dilación"[47].

Aplicado el término a la judicatura, "un juez activista es un magistrado que desprovisto de toda formalidad brega por el cumplimiento de sus propósitos en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respeto de los derechos constitucionales"[48].

Entonces, el activismo judicial "se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar al sistema procesal respectivo (…). Esta característica explica que convalide la creatividad pretoriana razonable de los jueces que en tantas oportunidades se han anticipado al quehacer legislativo, habitualmente moroso"[49]. Tomamos nota de la mencionada "creatividad pretoriana razonable" de los jueces, que la vincula puntualmente con el art. 3 del Código Civil y Comercial antes analizado.

Por nuestra parte, pensamos que -en el contexto actual- el activismo judicial se convierte -para la judicatura- en una obligación derivada de la vigencia actual de los principios y valores que emanan del Estado Social Constitucional de Derecho y que exige ajustar el funcionamiento de los distintos poderes del Estado a su axiología[50]. Ergo, ya no resulta solo una variante, alternativa o corriente procesal a adoptar al momento de abordar un determinado conflicto.

Nuestra Corte abordó la cuestión en varios fallos. Así, se ha sostenido que "…los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales"[51].

También, que es "doctrina tradicional de esta Corte que la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional. Y también lo es que si bien los jueces deben fallar con sujeción a las reglas y principios de forma, según las

circunstancias de hecho que aducen y acreditan las partes (secundum allegata et probata partium), nada excusa su indiferencia respecto de la objetiva verdad en la augusta misión de dar a cada uno de lo suyo"[52].

Queda claro que la reforma de nuestra Carta Magna en el año 1994 (modificación del sistema de fuentes) significó un claro espaldarazo para que el juez asuma un preponderante rol activo[53]. Compartimos con Perez Hualde que el Poder Judicial no puede permanecer ajeno a la materialización del derecho a un nivel adecuado de vida de las personas[54].

Claramente, el activismo judicial debe formar parte del diálogo de fuentes a que nos referíamos supra. En consonancia, se ha dicho que "…la problemática del Derecho constitucional moderno donde justamente se está planteando un "constitucionalismo dialógico" que postula no la tradicional división de los poderes como compartimentos estancos, sino que brega por la resolución de los asuntos constitucionales fundamentales mediante una conversación y cooperación extendida y persistente en el tiempo entre los distintos poderes"[55].

Puntualmente, y en lo que aquí interesa, se debe concluir en que los principios constitucionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso, pueden determinar que se deba dejar de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio[56].

Sostenemos el ejercicio de un activismo judicial razonable y justo, cuyas características esenciales se definieron como las siguientes[57], orientadas a:

(i) Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes

(ii) "Crear" derechos, es decir, garantizar la protección de un derecho no enumerado por considerarlo de raigambre constitucional, ampliando así la nómina de derechos protegidos -derivación del art. 33 de la CN-

(iii) Señalarle al Congreso la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia

(iv) Establecer sentencias como modelo social a seguir por el Estado y por todos los ciudadanos.

Destacamos un reciente fallo del Juzgado de Familia de la localidad de Paso de los Libres, Provincia de Corrientes[58], de repercusión nacional, que -a nuestro criterio- patentiza y concreta el activismo judicial que reclamamos (razonable y justo). El decisorio en cuestión, en forma inédita, otorga la guarda provisoria de un niño por nacer, a un matrimonio inscripto en el Registro Único de Aspirantes a guarda con fines adoptivos (RUA), sosteniendo entre sus fundamentos que en el caso se "…requiere un tratamiento especial por parte de la judicatura, a modo de proceso judicial preliminar y urgente, que concilie el derecho de la joven madre con el de la persona por nacer, evitando todo tipo de riesgo, para dar una respuesta de fondo y humanista ante el excepcional caso que se presenta.- Conforme la legislación vigente, constituye uno de los supuestos para la declaración de situación de adoptabilidad, la decisión libre e informada de los progenitores de que el niño/a sea adoptado. Esta manifestación es válida solo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento.- Ahora bien, cuando esta decisión libre e informada, comprensiva de sus tres elementos: información, capacidad-comprensión y voluntariedad, es manifestada durante el proceso de gestación del niño por nacer, con especial consideración que el embarazo se concreta producto de un abuso intrafamiliar, ¿es necesario forzar la maternidad, obligando al niño a permanecer junto a su madre, contra su voluntad, durante el plazo previsto (45 días desde el nacimiento) para recién posibilitar

optar válida o legalmente por el desprendimiento del niño a través del instituto de la adopción? Entiendo que este requisito, en cuanto al plazo, debería ser ratificado pero no excluyente, posibilitando que al momento del nacimiento del niño, éste pueda ser ahijado provisoriamente por pretensos adoptantes elegidos conforme el proceso de selección previsto por la legislación, condicionado por supuesto al nacimiento con vida del niño y a la ratificación de la decisión materna luego de los 45 días del alumbramiento".

Se arriba a dicha solución "…primordialmente respetando el interés superior del niño por nacer, principio rector que configura una regla de oro de la que no puede apartarse ninguna normativa que involucre los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño…" (art. 3 CDN), que en el caso, se concreta con la protección, cuidado y ahijamiento del niño, posterior a su nacimiento ante las diferentes circunstancias fácticas que podrían vulnerarlo, para integrarlo inmediatamente a una familia, la cual le brindará el afecto y sustento, que no resulta posible se edifique en el seno de su familia biológica, asegurando su contención mediante aquellos que pueden y desean brindarle amor y cariño".

A no dudarlo, tutela judicial efectiva de un sujeto de derecho hipervulnerable. Clara solución jurídica teniendo en cuenta el "bloque de constitucionalidad federal", el diálogo de fuentes determinado por el Código Civil y Comercial de la Nación y que evidencia el ejercicio de un activismo judicial razonable y justo, todos aspectos que evitan que la misma (la solución jurídica alcanzada) resulte tachada y atacada por resultar "contra legem"[59].

4. Tutela judicial efectiva [arriba]

A esta altura, reafirmamos el derecho de los sujetos vulnerables a la tutela judicial efectiva, comprensivo del derecho de acceso a la jurisdicción, del derecho a obtener una sentencia de fondo (fundada, justa y razonable) y el derecho al cumplimiento de dicha sentencia. Ello, derivado de la observancia estricta del "bloque de constitucionalidad federal"[60], el que da lugar a "un derecho sustentado en principios fundamentales, básicamente emanados de los tratados sobre los derechos humanos, de indiscutida raigambre constitucional, e incorporados por el legislador al derecho privado y vivo mediante el precepto que contiene el citado artículo 1º del Código Civil y Comercial, son el fruto de la necesidad de contar con herramientas idóneas y útiles que se ajusten a la realidad cambiante y al dinamismo de estos tiempos que exigen una efectiva tutela de los derechos de la persona humana, en particular, de los niños, ancianos, enfermos graves y, en general, de las personas más vulnerables de la sociedad, es decir, la necesaria, justa y moralmente ineludible protección del más débil"[61].

Tempranamente sostenía Macagno que "…ponderando la situación especial que soportan los acreedores involuntarios, una resolución apegada a los principios y normas del derecho concursal, ha de ser descalificada por alterar y amenazar con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, el derecho a la vida y a la preservación de la salud"[62].

Como sostuvimos antes, el principio pro homine debe ser el eje rector y el primer tamiz para el ejercicio del llamado "control de convencionalidad". Adelantamos nuestra posición, afirmando que toda solución jurídica alcanzada que no supere el tamiz del principio pro homine, debe ser considerada "contra legem", en abierta contradicción con el bloque de constitucionalidad ya analizado.

Bajo esa óptica, nos introducimos en el punto que sigue.

5. Acreedor involuntario: entre la operatividad de la tutela diferenciada de los "vulnerables" y el sistema cerrado de privilegios concursales [arriba]

El análisis desarrollado hasta aquí coloca al denominado acreedor involuntario en el centro de un arbitraje entre la operatividad de la tutela diferenciada que emana de nuestra Carta Magna -y los tratados internacionales a ella incorporados- y el régimen de privilegios regulado por la normativa falimentaria vigente -sistema cerrado, de origen exclusivamente legal y de interpretación restrictiva-.

Resulta claro, a esta altura, el status que alcanza dicho acreedor bajo el manto del "bloque de constitucionalidad federal". Se trata de un sujeto vulnerable alcanzado -en forma operativa y concreta- por la protección efectiva que surge de la normativa constitucional, su dimensión axiológica y los tratados internacionales antes reseñados. Sus derechos esenciales (los de dicho acreedor) prevalecen frente a regulaciones específicas y tienen una clara y preferente protección constitucional. Ello, en la práctica, determina que su crédito resulte "privilegiado", en la más amplia acepción de la palabra (y más allá de lo estrictamente técnico). Esa tutela supera -eventualmente- a los privilegios establecidos por el legislador en la normativa específica y determina su tacha de inconstitucionalidad para el caso concreto. Como dijimos, otra solución distinta resultará calificada como "contra legem"[63].

Por otro lado, y bajo una exclusiva visión civilista y falimentaria, dicho acreedor queda sometido al carácter quirografario de su acreencia. En este sentido, a diferencia de lo dispuesto por el Código Civil derogado que conceptualizaba al privilegio[64] como un derecho del acreedor otorgado por la ley para ser pagado con preferencia a otro[65] -art. 3875-, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación lo define como "… la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro…" -art. 2573-, la que sólo podrá invocarse cuando existan por los menos dos (2) acreedores que pretendan cobrarse con el producido de la cosa que están en el patrimonio del deudor -asiento- o sobre los importes que los sustituyan por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real[66].

A su vez, del juego armónico de los arts. 239, primer parr.; 241, 242 parte general y 243 parte general e inciso 2° de la Ley N° 24.522 (LCQ), no surge establecimiento de privilegio o preferencia de pago alguno a su favor. También aquí, con los fundamentos que desarrollarán infra, una solución contraria se reputará como "contra legem"[67].

Esbozadas sintéticamente ambas posiciones, cada una será profundizada a partir del análisis de los fundamentos y motivaciones de los fallos de nuestra Corte Suprema que siguen, que abordan la cuestión del acreedor involuntario con disímiles resultados.

6. La cuestión del acreedor involuntario en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Actualidad [arriba]

Ahora bien, conviene analizar cuál es el estado actual de la cuestión en la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal.

Adelantamos que analizaremos los dos últimos pronunciamientos emitidos sobre los denominados "acreedores involuntarios" y sus fundamentos, los que arriban a soluciones contradictorias y disímiles entre sí. Ello implica, a nuestro criterio, que la cuestión no resulta definitivamente zanjada a la fecha: se impone el análisis de cada caso en forma puntual y específica. Dichos fallos, a su vez, han sido dictados en breve espacio temporal entre ellos.

Indicamos también que solo analizaremos las posturas mayoritarias y el resultado de las mismas, puesto que los votos en minoría fundamentan el resultado contrario alcanzado, comparando ambas soluciones jurídicas.

También profundizaremos y ampliaremos los fundamentos, en cada caso, mediante análisis y desarrollo de otros pronunciamientos jurisprudenciales y de la doctrina especializada que avale y apoye la solución alcanzada[68].

Por una cuestión de orden metodológico, comenzaremos analizando el pronunciamiento emitido primero en el tiempo.

6.1.- CSJN, "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ Quiebra s/ Incidente de Verificación de crédito por L.A.R. y otros", 6/11/2018[69]. Fundamentos. Doctrina y jurisprudencia que avalan la solución alcanzada

En una breve aproximación al origen del conflicto y los hechos acaecidos, en esta causa se reclamó un privilegio crediticio en el marco de una quiebra. Así, el crédito en cuestión se originó en una condena en un juicio por mala praxis contra un médico, la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia y La Fortuna S.A. Argentina de Seguros Generales. El menor de edad involucrado resultó con una incapacidad al momento de su nacimiento.

En forma paralela al trámite del proceso por daños y perjuicios iniciado oportunamente, la mencionada Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia se presentó en concurso preventivo y, finalmente, se declaró su quiebra. En ese marco, los padres del menor promovieron un incidente para verificar el crédito proveniente de la referida indemnización, postulando que el mismo debía gradarse con privilegio especial y prioritario de cualquier otro.

El juez de primera instancia declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previstos en la Ley N° 24.522, y declaró verificado el crédito con privilegio especial prioritario a cualquier, otro a favor del menor de edad. A posteriori, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó esa resolución y le asignó al crédito el carácter de común o quirografario, dejando sin efecto el pronto pago dispuesto en primera instancia.

Contra esta decisión, los curadores del menor edad, la Fiscal General ante la Cámara y la Defensora Pública de Menores e Incapaces ante el mismo tribunal ocurrieron por la vía recursiva pertinente (planteo de recursos extraordinarios), invocando tratados internacionales de derechos humanos y la Ley N° 26.061, de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Puntualmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió, en este caso, que los privilegios crediticios en el marco de una quiebra no pueden ser afectados por las condiciones particulares del acreedor, confirmando así la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Para así decidir, en forma nuclear y primordial, sostuvo los siguientes fundamentos, condensados por autorizada doctrina[70]:

a) Los privilegios nacen de la ley, su reconocimiento solo incumbe al legislador, los jueces no pueden conceder preferencias en base a las circunstancias personales del acreedor, pues no es competencia del poder judicial fijar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica, sino de los poderes políticos.

b) Romper el régimen legal de privilegios y crear un sistema paralelo, contra legem, discrecional y casuístico puede conllevar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general y podría afectar los derechos de terceros acreedores, que también pueden ser titulares de derechos alimentarios. Ello encarna una clara postura de defensa y prevalencia del axioma "seguridad jurídica".

c) Ni las convenciones internacionales, ni la Ley N° 26.061 contienen referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal. Se trata, en todo caso, de una obligación del Estado para con dichos grupos vulnerables (doctrina de la eficacia vertical de las convenciones y tratados sobre derechos humanos).

d) La pretendida declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios con sustento en los amplios mandatos contenidos en los convenios internacionales podría conllevar también la invalidez de toda norma o acto que no conceda a los menores y/o discapacitados un trato preferente u otros grupos vulnerables que cuentan con especial protección constitucional (art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional).

e) Como las Convenciones sobre los Derechos del Niño y sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagran un mandato general de mayor protección constitucional que implica obligaciones a cargo del Estado, ello no autoriza a reconocer judicialmente un privilegio a un crédito quirografario. Además, los tratados internacionales no prevén ni determinan en qué ámbitos y con qué alcance se hará efectiva esa especial protección, la que queda reservada entonces a cada uno de los Estados.

f) Las normas de las convenciones internacionales que tutelan a niños y personas con discapacidad están dirigidas al Estado para que implemente las políticas públicas necesarias para cumplir tales fines.

g) El Poder Judicial no debe sustituir al legislador a la hora de fijar en qué ámbitos debe efectivizarse aquella mayor protección constitucional, o decidir qué políticas públicas deben implementarse en materia de protección de la niñez o de la discapacidad.

h) El control judicial debe limitarse a verificar que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de razonabilidad y no avance sobre prohibiciones específicas contenidas en la Constitución o, en su caso, en las leyes.

i) El control de razonabilidad debe realizarse siempre teniendo presente que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad que debe ser considerada ultima ratio del orden jurídico máxime en supuestos como el de autos, donde las decisiones enjuiciadas corresponden al ámbito de funciones privativas de los otros poderes del Estado, con amplio margen para definir las medidas que estimen más oportunas, convenientes o eficaces para el logro de los objetivos propuestos.

Básicamente, la Corte sostuvo que la pretensión respecto de la gradación del crédito a favor del menor de edad resulta contra legem, solo fundamentada en las características y circunstancias personales del incidentista y no en la naturaleza objetiva del crédito que pretende insinuar. En favor de esta posición, se ha expresado que los eventuales privilegios se conceden solo en consideración al crédito que se trata de proteger, sin tener en cuenta la persona del acreedor ni la del deudor[71].

A su vez, reafirma que el origen de los privilegios es exclusivamente legal, es decir, que no pueden ser establecidos por vía de convención, y al menos como regla, tampoco pueden nacer de una decisión judicial[72].

Por otro lado, sostiene que -de receptar el planteo del incidentista menor de edad- se afectaría la paridad entre acreedores sin ningún fundamento normativo ni constitucional: se verificaría una palmaria vulneración del derecho constitucional de propiedad de los demás acreedores de la fallida, que verían afectado su legítimo derecho de cobro. En definitiva, propugna la estricta aplicación de las normas concursales vigentes[73].

En la misma línea postulada por Vítolo, entiende que por vía pretoriana no resulta posible determinar preferencias en el tratamiento de los créditos y cualquier innovación debe ser incorporada -eventualmente- por medio de una reforma legislativa[74].

De los considerandos del fallo sub examine, se desprende el aval y apego a los principios rectores de los procesos reglados por la normativa concursal específica. Entre ellos -y frente al puntual planteo del incidentista- pondera al colectivo de acreedores y el derecho de los mismos a una solución dentro del marco normativo vigente y aplicable a los procesos falenciales. Así, uno de los rasgos típicos del proceso liquidatorio falencial es su universalidad, que, desde un prisma estrictamente subjetivo, importa afirmar su interés primordial en satisfacer al total de acreedores del deudor[75]. Por ello es que, declarada la quiebra, todos los acreedores quedan sometidos a las disposiciones de la ley y solo pueden ejercitar sus derechos en la forma prevista por ella -art. 125 de la ley 24.522-.

El fallo analizado ensalza y justifica la vigencia -en el marco concursal- de un principio rector: la denominada par conditio creditorum, en tanto garante de que todos los acreedores de iguales características[76], reciban un tratamiento parejo. Su finalidad no es otra que obtener un más equitativo reparto del patrimonio del deudor respetando la justicia distributiva. "El principio "concursal de la par conditio creditorum no "implica necesariamente una mera proporción "matemática calculada sobre las relaciones "conmutativas previas al estado concursal sino un "criterio orientador del reparto basado en una "justa distribución de bienes; en ello ha de "reconocerse amplitud de acción a la prudencia "legislativa, habida cuenta de que depende un "conjunto de factores que pueden insinuar "distintas soluciones posibles, o incluso variar "de acuerdo a circunstancias sociales o económicas..."[77].

En consecuencia, y conteste con la solución alcanzada en este caso por nuestro Máximo Tribunal, dicho principio impone solo brindar trato igualitario a los acreedores en iguales circunstancias. De modo que su aplicación no apareja la nivelación automática entre todos los acreedores del concurso; antes bien, permite considerar de manera desigual aquello que objetivamente no resulta uniforme. En tal sentido, la distinta posición personal de un acreedor puede estar determinada por la existencia de un privilegio en el cobro de un crédito. Y, en tal caso, esa preferencia funciona como causa derogatoria del principio paritario en el tratamiento de los acreedores[78].

En definitiva, la Corte determina que corresponde al legislador distinguir -o graduar- las diversas realidades que ofrecen los créditos, a efectos de establecer un verdadero orden justo en el que habrán de ser -en alguna medida- satisfechos. Será entonces su objetivo -del legislador-, establecer un régimen en virtud del cual todos los acreedores sufran un sacrificio equivalente; equivalencia que solo puede lograrse si, por un lado, se asegura la aplicación de iguales reglas a quienes se hallen en igualdad de situación y, por otro, se releva de ellas a quienes derivan sus créditos de contextos en los que no se verifica ese presupuesto de hecho[79].

En consecuencia, el pronunciamiento analizado rechaza toda posibilidad de alteración del numerus clausus que determina la ley falimentaria vigente respecto de la existencia, alcance y tratamiento de los privilegios que ella acuerda. Promueve, entonces, la estricta aplicación de una visión de la civilística general, en tanto ésta destaca como principio elemental de la teoría general sobre privilegios, que solo pueden tener fuente legal.

Así, como dijimos supra, el Código Civil y Comercial de la Nación define al privilegio como "… la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro…" -art. 2573- y siempre deben interpretarse con rigor, sin que quepa efectuar analogía alguna[80].

El decisorio determina entonces que la solución del caso se encuentra dentro del marco estrictamente concursal, para el que el art. 239 de la Ley N° 24.522 dispone: "Existiendo

concurso, solo gozarán de privilegio los créditos enumerados en éste capítulo y conforme a sus disposiciones". Tal disposición redunda inexorablemente en el establecimiento de un régimen cerrado, que permite únicamente la invocación y el reconocimiento de los privilegios establecidos en el ordenamiento concursal[81]. Ello, pues en materia concursal, la regulación del régimen de privilegios es autosuficiente, salvo remisión expresa de la ley especial a ordenamientos ajenos a ella, como sucede con el art. 242 in fine, y los únicos privilegios que pueden reconocerse en un proceso concursal son aquellos expresa y taxativamente receptados en el articulado de la Ley N° 24.522[82].

En apoyo de esta postura, la doctrina especializada ha dicho que no corresponde a los jueces determinar qué créditos están eximidos de la paridad -por vía de privilegios o por la concesión del cobro anticipado-, habida cuenta que tal tarea es exclusiva del legislador[83]. Si la única fuente de privilegios es la legal, así como la voluntad de las partes es impotente para crearlos, tampoco puede darles nacimiento la autoridad de los jueces ya sea mediante una interpretación laxa, extensiva o analógica de los supuestos excepcionales previstos en la normativa para crear estos derechos preferentes[84].

Otro fallo adelantaba la solución que determinó la Corte en este caso. Así, se sostuvo la improcedencia de acordar el privilegio derivado de la relación laboral a un crédito originado en los daños y perjuicios que había sufrido su titular a consecuencia de una mala praxis médica; precisamente porque las preferencias no pueden admitirse por analogía cuando no existe una ley que las reconozca[85].

También que, "decretada la quiebra del deudor, la concurrencia de acreedores que habrá de sucederse, impone al juez el deber de custodiar la vigencia de la regla de paridad a que antes se aludió; directiva que, por lo demás, ostenta raigambre constitucional, en tanto dispone el art. 16 de la norma fundamental que "todos sus habitantes son iguales ante la ley""[86]. La Corte Suprema entiende entonces que, si bien el principio de igualdad de los acreedores no es absoluto, las excepciones al mismo han sido previstas por el legislador y no son facultativas del juez.

La dimensión axiológica constitucional puesta de manifiesto en el fallo que se analiza importa considerar tal principio en su sentido más positivo -es decir, desde el punto de vista de su aplicación o de los fines protectores de la sociedad, y según la ciencia y el espíritu de la Constitución-, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unas personas, de lo que se concede a otras en iguales circunstancias[87].

Rechaza la Corte Suprema entonces determinar pretorianamente una preferencia concursal que el legislador no asignó, lo que importaría ubicar al incidentista en una situación jerárquicamente superior a todos los acreedores de la fallida, beneficiándola -a criterio de ella, en forma infundada- en desmedro de ellos. Ello conllevaría una clara afectación a la garantía constitucional antes mencionada[88].

En otro fallo ya citado se expresó que el dictado de un pronunciamiento como el que se requiere, "importaría un precedente que allanaría el camino de presentaciones en idéntico sentido a la examinada, circunstancia que produciría, por un lado, una virtual derogación en esta causa del régimen legal de preferencias concursales y, por otro, una injusticia ante la no improbable insuficiencia de fondos para satisfacer a todos esos acreedores, según el orden en que vayan apareciendo"[89].

La estructuración lógica y jurídica del fallo de la Corte Suprema supone sostener que la calificación del crédito en cuestión como quirografario no lesiona derechos de raigambre constitucional, por lo que a su vez, no autoriza a admitir que el menor de edad tiene derecho a percibir el crédito verificado a su favor con preferencia a los restantes acreedores falenciales, con sustento en las normas internacionales que se invocan, en

especial la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El mismo pronunciamiento, en sus considerandos, expresa que "…es importante destacar que reconocer el carácter de privilegiado a un crédito implica otorgarle el derecho de ser pagado con preferencia a otro, y que tal calidad solo puede surgir de la ley (artículos 3875 y 3876 del Código Civil derogado y 2573 y 2574 del Código Civil y Comercial de la Nación). Asimismo, los privilegios, en tanto constituyen una excepción al principio de la par conditio creditorum -como derivación de la garantía de igualdad protegida por el artículo 16 de la Constitución Nacional- deben ser interpretados restrictivamente, pues de aceptarse una extensión mayor a la admitida por la ley se afectarían derechos de terceros[90]. De tal modo, la existencia de los privilegios queda subordinada a la previa declaración del legislador, quien cuenta con amplio margen de discrecionalidad para la distribución de los bienes o agrupación de los acreedores, sin que esté dado a los jueces realizar una interpretación amplia o extensiva de los supuestos reconocidos por la ley, para evitar que situaciones excepcionales se conviertan en regla general"[91].

En defensa de esta postura, un sólido argumento resulta aquel que sostiene que la Ley de Concursos y Quiebras es derecho sustancial y específico, contiene un esquema de unificación de los privilegios y establece en el art. 239 un sistema cerrado por el cual, en situación de insolvencia, estos se rigen exclusivamente por sus disposiciones, salvo las puntuales remisiones que allí se hacen a regímenes especiales. En este orden de ideas, el régimen contemplado en el título IV, capítulo I de la Ley N° 24.522, donde la asignación de un privilegio responde a la causa o naturaleza del crédito con independencia de la condición del sujeto, no confiere privilegio alguno al crédito de incidentista menor de edad. Por lo tanto, según el ordenamiento concursal, no le cabe otro carácter que el de crédito común o quirografario (art. 248 LCQ).

La línea argumental del fallo respecto a las convenciones internacionales invocadas concluye en que estas no contienen referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal. Por consiguiente, no se prevé expresamente -ni puede derivarse de sus términos- una preferencia de cobro, por la sola condición invocada, respecto de los restantes acreedores concurrentes, ni la exclusión de sus créditos del régimen patrimonial especialmente previsto por la ley concursal. De sus considerandos se colige que no hay duda que las normas invocadas reconocen que los niños y las personas con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere una mayor protección por parte del Estado, a fin de garantizarles el goce de los derechos humanos fundamentales allí contemplados (arts. 3°, 6°, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 40, 70 aps. 1 y 2, 25 y 28.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). De todos modos, son normas que están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el nivel de vida más alto posible, en particular en lo que concierne a la salud, la rehabilitación, el desarrollo individual y la integración social. Con ello, se echa por tierra la argumentación sostenida por el incidentista respecto de una pretendida operatividad de dichas normas internacionales por sobre la normativa específica falencial[92].

En este sentido, se ha dicho que "…aquella consideración general de mayor protección constitucional a favor de los niños discapacitados debe necesariamente hacerse efectiva en el específico ámbito concursal y, concretamente, a través de una preferencia en el cobro de sus créditos respecto de otros acreedores y sin una ley que así lo disponga. Que, en tales condiciones, en la medida en que las normas internacionales en cuestión consagran un mandato general de mayor protección constitucional que implica obligaciones a cargo del Estado, no puede derivarse directamente de esas normas el reconocimiento de un derecho específico como el que se reclama. Ello es así, pues los tratados internacionales

no solo no lo prevén sino que ni siquiera determinan en qué ámbitos y con qué alcance se hará efectiva esa especial protección que otorgan a los niños discapacitados, materia que queda reservada entonces a cada uno de los Estados"[93].

Lo expresamos antes, para el fallo en cuestión no resulta posible resolver este planteo por vía pretoriana, avanzando sobre lo determinado por el legislador. Esta afirmación, a no dudarlo, reside en la esencia de nuestro sistema republicano y de división de poderes.

En apoyo de lo dicho, "no compete a los tribunales juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por los otros poderes, en el ámbito propio de sus atribuciones, para alcanzar el fin propuesto"[94]. De allí se colige que no es propio del Poder Judicial sustituir al legislador a la hora de definir en qué ámbitos debe efectivizarse aquella mayor protección constitucional, o decidir qué políticas públicas deben implementarse en materia de protección de la niñez o de la discapacidad. Se trata, por el contario, de atribuciones propias de los demás poderes del Estado, a los cuales el judicial debe reconocer un amplio margen de discrecionalidad, por ser los órganos constitucionalmente habilitados para ello[95].

Sin duda alguna que la Corte advierte aquí que todo planteo orientado al reconocimiento de privilegios en el marco de un proceso falencial debe necesariamente abordarse de manera sistémica o integral (considerando el colectivo de acreedores), pues lo que está en juego no es solo la relación entre el deudor y sus acreedores, sino -claramente- la de estos últimos entre sí. Se desprende de sus considerandos que la preferencia que se otorgue a cualquiera de ellos es la otra cara de una misma moneda, generando un mayor sacrificio que deberán soportar los demás, entre los que podrían hallarse sujetos con privilegios fundados en el carácter alimentario de sus créditos, o que pertenezcan también a alguno de los demás grupos vulnerables a los que la Constitución y los tratados internacionales otorgan protección preferente.

Por otro lado, el fallo en análisis realiza puntual análisis sobre la eventual afectación a la seguridad jurídica que implicaría el acogimiento del planteo del menor de edad. Así, "admitir el reconocimiento judicial de derechos preferentes no previstos en la ley concursal traería aparejados serios inconvenientes que excederían el ámbito propio de los concursos. La ruptura del régimen legal de privilegios y la creación de un sistema paralelo, contra legem, discrecional y casuístico puede conllevar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general. Por ejemplo, la preferencia en el cobro de las acreencias garantizadas con hipoteca y prenda (artículo 241 inciso 4 de la ley 24.522) se justifica en los intereses económicos y sociales considerados por el legislador para acordarles dicho privilegio. En efecto, esa preferencia se vincula con la protección del crédito, que es indispensable para el desarrollo y el crecimiento del país, y que depende, en parte, de la existencia y la eficacia de ciertos instrumentos que, como las garantías, aseguren el recupero del crédito. En el caso concreto, el resguardo de esa preferencia en el cobro se relaciona con la oportunidad y el costo de acceder al crédito que tienen los agentes de salud y, en definitiva, con la adecuada prestación de esos servicios que, de hecho, permiten atender el derecho a la salud de toda la comunidad. En síntesis, la preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces de acuerdo con las circunstancias subjetivas que en cada caso en particular se puedan plantear"[96].

En este sentido, debe recordarse que "la seguridad jurídica" resulta un axioma preponderante que persigue dar a las personas certezas sobre la ley vigente y su aplicación, para que "toda persona tenga conocimiento cierto y anticipado sobre las consecuencias jurídicas de sus actos y omisiones"[97].

En definitiva, del voto de la mayoría en este caso surge la preeminencia que otorga el pronunciamiento a dicho concepto, justificando su jerarquización y preponderancia en

atención a la protección del crédito, que vincula directamente al desarrollo y crecimiento del país. Ergo, sostiene que la pretensión orientada a reconocimiento de crédito preferente a quien no lo tiene en virtud del sistema de privilegios de la Ley de Concurso y Quiebras, atentaría claramente contra la valoración de los intereses económicos y sociales que realizó oportunamente el legislador al instaurar el numerus clausus en este sentido.

También, rechaza de plano la eventual consideración y acogimiento de un "pronto pago de salud".

Los precedentes jurisprudenciales que otorgaron preferencias de pago a estos denominados "acreedores involuntarios" han resultado descalificados por un importante sector de la doctrina concursalista, por la misma razón que se rechaza la pretendida preferencia en la gradación del crédito a favor del menor: resulta "contra legem", al desconocer y dejar de lado la aplicación de las específicas normas concursales. Ello implicaría desconocer, en caso de existencia de acuerdo preventivo homologado, el efecto novatorio y vinculante que el mismo tiene. Para dicha postura, ello concreta y patentiza la alteración de la par conditio creditorum.

La crítica puntual se centra en el argumento -válido y justificado- que sostiene que, por vía pretoriana, se ha desconocido la colectividad que determina que todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación del concurso preventivo o declaración de quiebra quedan sujetos a sus reglas y principios, sin que influya el origen del crédito, sea este contractual, o extracontractual, ni la naturaleza de la obligación, sea comercial, civil, laboral, etc. Se ha desconocido, de esta forma, el sistema cerrado de privilegios concursales, de numerus clausus e interpretación restrictiva, al crearse un nuevo privilegio, sustituyéndose el juez en las facultades del legislador.

En el mismo sentido, Vítolo -con una visión crítica- señala que pretender por vía interpretativa, o de invocación de equidad, modificar y alterar el sistema de privilegios y preferencias concursales es algo asistemático y contrario al régimen vigente, considerando que resulta no sólo contraindicado sino hasta peligroso. Pone de resalto, que los derechos humanos a la vida, a la salud y a la integridad física, no son una obligación en cabeza de los deudores concursados, ni de los fallidos, sino un deber por el cual debe velar el Estado, sin que pueda delegar forzosamente su tutela en los deudores, o hacerlo lo recaer en el patrimonio de otros acreedores de un deudor fallido[98].

También se ha sostenido, lo que va en apoyo de unos de los argumentos centrales del fallo analizado, "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 leyes generales. Es esta legitimación de origen la que justifica tal exaltada facultad. Y de esa legitimación carecen los jueces, más allá de su alta capacitación, de los duros mecanismos de selección a los que se los somete y del espaldarazo que importa el acuerdo legislativo"[99].

En la misma dirección, tiene dicho nuestro Máximo Tribunal que "…es principio del ordenamiento jurídico vigente en la República que tanto la organización social como política y económica del país reposan en la ley. Y si bien la exégesis de este concepto no ha de caracterizarlo como una expresión exclusivamente formal, no lo es menos que debe estimarla como excluyente de la creación ex nihilo de la norma legal por parte de los órganos específicos de su aplicación: los jueces en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales. En suma, el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces -comprensivo de la determinación de su conformidad con los principios y garantías de la Ley Fundamental-, así como la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales y la suplencia de sus lagunas (artículo 16 del Código Civil) no

incluye, obviamente, la facultad de instituir la ley misma. No es lícito que los magistrados judiciales argentinos procedan con olvido de su carácter de órganos de aplicación del derecho vigente ni que se atribuyan, así sea por invocación de supuestas razones de emergencia, o de gravedad del interés público comprometido, potestades legislativas de las que carecen"[100].

6.2.- CSJN, "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)", 26/03/2019[101]. Fundamentos. Doctrina y jurisprudencia que avalan la solución alcanzada

Respecto de los hechos en este caso, en forma suscinta y breve, destacamos que, durante su alumbramiento, el menor de edad en cuestión sufrió una mala praxis, que determinó que el mismo padeciera parálisis cerebral irreversible.

Frente a ello, oportunamente, por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad, sus progenitores iniciaron un proceso de responsabilidad civil contra el médico involucrado, la obra social y el sanatorio en cuestión. Luego de un largo proceso, finalmente obtuvieron sentencia firme, que condenó a los demandados a una reparación pecuniaria.

En forma paralela a la tramitación del proceso de daños y perjuicios antes referenciado, el sanatorio se presentó en concurso preventivo y, finalmente, se declaró su quiebra. Ello implicó -en ese marco- la promoción de un incidente de verificación tardía, solicitando la verificación del crédito -reconocido en sede judicial a favor del menor de edad- con gradación privilegiada y pronto pago, en atención a las particulares circunstancias del caso.

En primera instancia, el Juzgado Nacional en lo Comercial N° 20 declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los artículos 239, primer párrafo, 241, 242 y 243, inciso 2, de la Ley N° 24.522 de Concursos y Quiebras. En consecuencia y en lo aquí interesa, verificó, en favor del menor de edad, un crédito con privilegio especial de primer orden por el capital adeudado, más los intereses prefalenciales por dos años. Respecto de dicho crédito verificado, dispuso el pronto pago y su inclusión en el proyecto de distribución final presentado en los autos principales.

A posteriori, en razón de la vía recursiva instada por dos acreedores hipotecarios, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la sentencia de primera instancia. Para ello, argumentó que el crédito en favor del menor de edad no se encuentra comprendido en ninguno de los supuestos de créditos privilegiados previstos en la Ley N° 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. En forma nuclear, indicó que los privilegios obedecen a características propias del crédito y no del acreedor. En definitiva, entendió que en el caso bajo examen no se encontraba comprometido el derecho a la vida, a la dignidad y a la salud del menor discapacitado, sino un derecho de carácter exclusivamente patrimonial, transmisible y renunciable que nació con motivo de un incumplimiento contractual.

Contra dicho pronunciamiento, la parte actora y la Defensora Pública de Menores e Incapaces ante la Cámara Nacional de Apelaciones interpusieron sendos recursos extraordinarios, los que habilitaron la actuación del Máximo Tribunal.

En trascendente decisión, la Corte reconoció carácter de privilegio especial de primer orden al crédito verificado a favor del menor de edad y dispuso su pronto pago.

Previo a ingresar al desarrollo y análisis de los fundamentos esgrimidos en este caso, conviene señalar que -aunque producto de votos en disidencia respecto soluciones alcanzadas mediante mayoría- ya nuestra Corte Suprema venía advirtiendo que:

(i) Debía tenerse en cuenta la "situación de extrema vulnerabilidad" de determinados sujetos, ponderando especialmente los derechos involucrados, donde la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la ley. Se sostuvo que "la vida, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico es inviolable, y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás derechos tienen siempre carácter instrumental"[102]

(ii) Respecto al interrogante planteado en relación a que si las normas contenidas en los tratados internacionales determinan que el derecho de ciertos sujetos (menores de edad, discapacitados, etc.) resulte privilegiado, consideraron que dichos derechos están contemplados expresamente en la "Convención de los Derechos del Niño" y en la "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", tienen jerarquía constitucional y son plenamente operativos. Esto determina el deber de velar por el interés superior del niño, para que pueda gozar de una vida plena y digna

(iii) La propia Corte se había pronunciado previamente en otra causa concursal[103], donde se sostuvo que el régimen de privilegios previsto en la Ley N° 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 normado por el art. 75 inc. 22 CN. En aquel caso, por tratarse de los derechos de un trabajador, se aplicó las normas de la OIT para verificar el crédito laboral con el carácter de privilegiado

Puntualmente, en este caso se resolvió se resolvió "…declarar la inconstitucionalidad del régimen de privilegios -arts. 239, primer parr. ; 241 ; 242 parte general ; 243 parte general e inc. 2° de la Ley 24.522- habida cuenta de que no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce del derecho a la vida y a la salud del incidentista -acreedor de una indemnización por la mala praxis médica sufrida durante su nacimiento que le provocó una incapacidad total e irreversible-, atento a la extrema situación de vulnerabilidad y la falta de recursos económicos suficientes para afrontar los tratamientos médicos adecuados para que lleve el nivel más alto posible de vida digna, sumado a la especial protección que los instrumentos internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico con igual rango constitucional -art. 75, inc. 22 , de la CN.- le otorgan a su persona".

A nuestro criterio, del considerando del fallo bajo análisis surge una caracterización fundamental del "creditor", a los fines de resultar considerado "acreedor involuntario" y merecedor de una tutela judicial efectiva: ostenta hipervulnerabilidad o extrema situación de vulnerabilidad. Por supuesto, quedará librado al estricto análisis de cada caso si esa caracterización se presenta. Para ello resulta indispensable la aplicación del principio de razonabilidad a las soluciones jurídicas alcanzadas.

En el mismo sentido, ratificando nuestra opinión, en otro considerando se reafirma lo antes dicho, toda vez que se sostiene que "…si bien el privilegio contemplado en la Ley de Concursos y Quiebras es una excepción al principio de paridad que rige entre los acreedores de un mismo deudor, que solo puede resultar de una disposición legal, en el caso se presenta una situación excepcional de absoluta vulnerabilidad que este Tribunal no puede desatender en orden a las exigencias de los tratados internacionales citados-Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" (el subrayado nos pertenece). De esta forma, entendemos se concreta la aplicación del "bloque de constitucionalidad federal", como tamiz primordial para la solución del caso.

Continúa: “Con el fin de garantizar al incidentista -en alguna medida- el goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, y de acuerdo a los derechos humanos reconocidos tanto por nuestra Constitución Nacional como por las convenciones internacionales mencionadas; la extrema situación de vulnerabilidad de la incidentista y el reclamo efectuado, que tiene por objeto satisfacer sus derechos esenciales, el crédito en cuestión debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados”.

Concluyendo que “…atento a la situación de vulnerabilidad que requiere de una urgente solución, al tiempo transcurrido desde el reconocimiento del crédito por los daños y perjuicios sufridos, y a la duración que tuvo el trámite del presente incidente de verificación, corresponde que este Tribunal, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, última parte, de la Ley 48, ponga fin a la discusión en examen y fije para el crédito el privilegio especial de primer orden en los términos en que fue reconocido por el juez de primera instancia”.

En ese marco, creemos necesario destacar un aspecto del fallo, surgido del voto del Ministro Rosatti, quien sostiene que “…ante la ostensible situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el beneficiario del crédito, no cabe afirmar, sin más, que la indemnización solo protege un mero interés pecuniario ajeno y escindible de su situación personal, sino que, por el contrario, se presenta como uno de los modos previstos en nuestra legislación para garantizar el goce de los derechos esenciales reconocidos en los citados tratados, entre los que corresponde mencionar el derecho a la vida, a la salud, a la supervivencia y al desarrollo, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, definitiva, a la igualdad”. Sostenemos que lo dicho concreta -de manera evidente- la estricta aplicación de los arts 1°, 2° y 3° del C.C. y C. para alcanzar la solución definitiva del caso. Ello supone ejercitar vigorosamente el “diálogo de fuentes” que surge de una correcta interpretación del articulado del Código Civil y Comercial de la Nación en cuestión.

Por otro lado, se sostuvo que “…la actuación del Tribunal no implica en modo alguno incursionar en facultades que son propias del legislador, toda vez que mientras este dicta normas generales, los magistrados resuelven casos particulares en los cuales no pueden desentenderse de las circunstancias concretas de la causa. Así, cuando se juzga que el régimen de privilegios concursales resulta en este caso inconstitucional, ello no implica desconocer que en general no atenta contra la dignidad humana, ni contra las convenciones de derechos humanos. Sucede que, no dar una respuesta adecuada a esta situación, sería tanto como transformar al Estado -del cual el Poder Judicial forma parte-, en un segundo agresor, comprometiendo así su responsabilidad internacional”[104].

La claridad conceptual expuesta en el considerando que antecede, reafirma y fundamenta la operatividad de las convenciones y tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución. Incorporar argumentos respecto a la responsabilidad internacional del Estado frente a eventuales incumplimientos respecto de su aplicación a un caso concreto, supone una elevada visión sobre la dimensión y alcances del “bloque de constitucionalidad federal". A su vez, puntualiza la necesidad de análisis específico sobre el caso o situación dada para la declaración de inconstitucionalidad de la norma involucrada, la que a priori y en general -como se destaca- no contraviene la normativa internacional en materia de derechos humanos incorporada a nuestro derecho.

En consecuencia, en aras del sostenimiento de la “seguridad jurídica”, lo antes dicho implica que el fallo no desconoce la existencia del sistema de privilegios implementado por la ley concursal (como se sostuvo antes de ahora, sistema cerrado que opera por excepción). Ello, sin perjuicio de la tutela útil y efectiva que requieran ciertos casos

excepcionales, adecuadamente perfilados[105], conforme los lineamientos que surgen de este pronunciamiento.

Advertimos que el fallo reseñado se caracteriza por la aplicación de una visión panóptica sobre el Derecho, en su sentido más amplio. También, por la defensa y fomento del rol activo que debe asumir la judicatura.

Así, se dijo que "…el Tribunal también ha sostenido 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 decisión (conf. arg. Fallos: 302:1611; 304:1919; 315:992; 323:3139; 326:3593; 328:4818 y 331:1262, entre otros). De ahí que las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas o conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (doctrina Fallos: 300:417; 302:1209, 1284; 303:248 y sus citas)."

Conteste con lo manifestado antes, y en estrecha relación con el principio de razonabilidad (que supone no desentenderse de las consecuencias de las decisiones que se alcanzan), se expresó que "No puede desconocerse que la protección especial contemplada en los instrumentos internacionales de derechos específicos de los niños discapacitados genera consecuencias concretas en el caso donde diversos acreedores concurren a procurar satisfacer sus créditos de un patrimonio que devino insuficiente para atender sus obligaciones en el tiempo y en las condiciones previstas originariamente. En este escenario particular, el cuidado especial que demanda la situación de vulnerabilidad de aquellos exige que se traduzca, ineludiblemente, en una preferencia en el cobro de sus acreencias vinculadas con la satisfacción de sus derechos fundamentales"[106]. Justifica de ese modo un resultado adecuado y consecuente con la necesaria operatividad de las normas que resguardan dichos derechos fundamentales.

Con los fundamentos reseñados se garantiza entonces -a favor del insinuante, menor de edad en su momento- el derecho a una tutela judicial efectiva y a un debido proceso, especialmente por tratarse de una persona discapacitada, que eventualmente puede ver postergada la satisfacción de su crédito a raíz del encuadramiento de su reclamo en el ámbito de un proceso falencial. "En este sentido, contrariamente a lo expuesto por el tribunal a quo, la indemnización en cuestión no protege un mero interés pecuniario de B. M.F, sino que es uno de los modos previstos en nuestra legislación para garantizar los derechos esenciales mencionados (cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Furlán y familiares vs. Argentina", cit., párr. 203). En especial, el reclamo de B. M. F. tiene por objeto una prestación directamente vinculada al goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de la salud, que, a su vez, -en razón de la delicada situación de B. M. F- está íntimamente relacionado con su derecho a la vida (Fallos: s.e. 1. 344, L. XLVII 329:1638, entre otros)"[107].

En conclusión, el fallo concreta la denominada "penetración del derecho constitucional en el derecho privado", que se traduce en la operatividad de las normas que protegen a los derechos humanos de rango constitucional. Ello, como dijimos, solo resulta posible con la irrenunciable aplicación y ejercicio del "dialogo entre fuentes" reseñado supra, todo ello, a fin de superar los ámbitos normativos cerrados, los denominados "microsistemas", como el falencial, priorizando la protección de los derechos humanos, los principios y valores jurídicos comprometidos (art. 2 CCyC), tal como se desarrolló antes en extenso.

La doctrina especializada, que previamente ya esbozaba con sus aportes que la solución al presente caso implicaba -eventualmente- atender de manera diferenciada el caso de los acreedores involuntarios, indicaba que en estas situaciones "se refleja claramente la iniquidad de las preferencias legales"[108].

Se sostuvo también que la debilidad y vulnerabilidad de los acreedores involuntarios también se patentiza al momento del ingreso al pasivo concursal. Al respecto, se expresó que tienen "una posición de clara inferioridad en orden a la acreditación de su derecho, pues, salvo sentencia firme, no pueden ingresar al pasivo"[109].

Dicha doctrina resultó conteste en afirmar que los acreedores involuntarios rompen el sistema autosuficiente de los privilegios concursales y ponen en crisis uno de los principios generales del Derecho Concursal como es la igualdad[110].

Conceptualmente coinciden en que la legislación concursal actual no genera respuestas frente a determinadas situaciones, donde se expone -de manera manifiesta y palmaria- la vulnerabilidad del "creditor"[111].

Por su parte, conviene citar -en forma breve- jurisprudencia precedente que delineaba el camino para alcanzar una solución como lo aquí analizada. Es el caso del fallo de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, en el marco de los autos "González, Feliciana c/ Micrómnibus General San Martin s/ incidente verificación tardía", donde se decidió, de acuerdo a las particulares circunstancias del caso y en lo que nos interesa, que a) la aplicación lisa y llana del acuerdo homologado comprometía el derecho a la vida de un acreedor, mientras que, a los demás solo los menoscababa en el derecho de propiedad, y b) si bien es cierto que el derecho de propiedad, como el derecho a la salud, se encuentran ambos amparados constitucionalmente, al haberse incluido doce documentos internacionales relativos a los derechos humanos en la Constitución Nacional, puede entenderse que el derecho a la salud se encuentra más elevado incluso que la propiedad privada.

A su vez, resulta también relevante el fallo de la Cámara Nacional Comercial, Sala "B", de fecha 01/10/2013, "Obra Social Bancaria Argentina s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación y pronto pago promovido por R.C.", donde se sostuvo que, si bien no debía declararse la inconstitucionalidad del régimen de los privilegios, correspondía reconocer el otorgamiento de un pago preferente. Para justificar tal solución, entendió que una aplicación integral de nuestro ordenamiento, implica acudir tanto al régimen taxativo de la ley de privilegios, como a la Convención de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, de jerarquía constitucional, la cual otorga una protección prioritaria derivada del principio de interés superior del niño.

7. Conclusiones [arriba]

A no dudarlo, nuestro trabajo pretende aportar elementos concretos que alienten y fundamenten una tutela judicial efectiva y un debido proceso en favor de los denominados "acreedores involuntarios" frente a un proceso concursal, cuando corresponda. Ello, mientras los mismos no sean receptados en el marco de la normativa falencial vigente.

En este sentido, la postura contraria a la que sostenemos, ha manifestado claramente que el reconocimiento privilegiado de esta particular categoría de acreedores debe efectivizarse -a todo evento- mediante la correspondiente reforma legislativa a la ley concursal vigente. Ergo, mientras ello no suceda, propugna el estricto apego a las soluciones determinadas por el legislador dentro de la normativa específica.

Lo dicho implica, como se desprende de las soluciones jurídicas alcanzadas bajo esta tesitura, la negación de cobertura -mediante tutela útil y efectiva- de derechos fundamentales en cabeza de dichos créditos.

En consecuencia, en primer lugar, creemos que un pretendido aporte derivado del desarrollo que antecede, consiste en la profundización de la noción de "acreedor involuntario", incorporando mayores notas distintivas que colaboren con la judicatura a la hora de determinar su eventual existencia en un caso concreto.

Frente ello, hemos advertido la importancia que para nuestro Máximo Tribunal ostenta su caracterización como sujeto "vulnerable" o "hipervulnerable" o en "situación de extrema vulnerabilidad", status que -si y solo si- se alcanza a través de un adecuado tamiz de la situación particular analizada y las condiciones personales del creditor por ante el llamado "bloque de constitucionalidad federal", en ejercicio del "control de convencionalidad" correspondiente.

Vinculado a ello, en cierto modo compartimos la noción de "acreedores involuntarios" que los caracteriza como aquellos titulares de derechos de crédito por el daño sufrido a la vida, su salud o integridad psicofísica, y que el deudor -ahora concursado o fallido- tiene la obligación de reparar si concurren los presupuestos de la responsabilidad civil.

Proponemos entonces que toda pretendida conceptualización de la noción de "acreedor involuntario" contemple su caracterización como sujeto "vulnerable", en los términos y con los alcances antes desarrollados. Ello contribuirá a un adecuado perfilamiento de la categoría, que, a nuestro criterio, ha sido extendida a límites difusos por cierta doctrina y jurisprudencia.

En segundo lugar, y derivado de la dimensión axiólogica y contexto actual de la cuestión, sostenemos la estricta aplicación de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos que surgen de los tratados y convenciones incorporados por nuestra Constitución. Lo dicho -que implica que sus prescripciones y directivas no solo obligan al Estado, sino también a los particulares en sus relaciones entre sí- tiene decisivo impacto sobre el proceso concursal: las relaciones de acreedores entre sí y entre acreedores y deudor resultan alcanzadas por la eficacia y operatividad de los derechos humanos involucrados, con apego irrestricto al principio "pro homine".

En tercer lugar, en el estado actual de la problemática, destacamos el necesario ejercicio de un activismo judicial razonable y justo, que ponga en valor y concrete un vigoroso "diálogo de fuentes", generando una "creatividad pretoriana razonable". Ello, en contraposición a un "formalismo paralizante" que frustre el goce y ejercicio de los derechos involucrados.

En cuarto y último lugar, entendemos relevante considerar que cuando la tutela útil y efectiva se concreta sobre casos excepcionales y adecuadamente perfilados (conforme se propone supra), no se afecta el principio "seguridad jurídica" ni se desconoce la existencia del sistema de privilegios implementado por la ley concursal (sistema cerrado que opera por excepción).

En definitiva, si bien sostenemos que la cuestión aún no sido zanjada definitivamente, creemos que el último pronunciamiento de la Corte Suprema sobre el asunto ha reafirmado que "la vida, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico es inviolable, y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás derechos tienen siempre carácter instrumental".

El derecho concursal deberá revisar, entonces -y sin perjuicio de eventual reforma legislativa sobre aspectos específicos y vinculados al numerus clausus respecto del

reconocimiento de privilegios-, los principios rectores que lo informan, so pena de no brindar útiles y adecuadas respuestas a las problemáticas surgidas de las actuales demandas de la sociedad.

En definitiva, la universalidad de los procesos falenciales (en tanto eje rector fundante de estos procesos) ha sido conmovida con las soluciones jurisprudenciales que reconocen privilegio al acreedor involuntario. Negarlo, implicará desconocer que las problemáticas y demandas sociales siempre anteceden a la respuesta legislativa (nihil novum sub sole).

Notas [arriba]

** Trabajo final para optar al título de Magíster en Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.*
Director: Mag. Nicolás Di Lella -Tribunal: Ignacio Strasser, Pablo Anderson, Ariel Dasso
Nota: 10- Año: 2019

[1] “La vulnerabilidad” ha sido conceptualizada como un estado de la persona, un estado inherente de riesgo; una situación permanente o provisoria, individual o colectiva, que fragiliza y debilita a uno de los sujetos de derecho, desequilibrando a la relación (Cf. Marques, Claudia L., "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", Revista dos Tribunais, San Pablo, 2011, 6ª ed., pág. 323 citado por Barocelli, Sergio Sebastián; La vulnerabilidad de los consumidores Consumidores hipervulnerables; “Hacia la acentuación del principio protectorio”; LA LEY 23/03/2018 , 1 • LA LEY 2018-B , 783)
[2] “El mismo Derecho, uno de cuyos paradigmas fundamentales es el ser creado por y para el hombre en comunidad, no puede ser entendido tan sólo como fuerza del Poder, como una simple emanación del Estado. El Derecho, como bien dijera Recaséns Siches, tiene que ser visto como objetivación normativa de la justicia y, al unísono, como medio de integración de todos los otros valores emergentes con un determinado ambiente histórico. El Derecho ha de aspirar, pues, a realizar una serie de valores, y entre ello, muy especialmente, la justicia material; quiere ello decir que el Derecho ha de hallarse transido por una dimensión axiológica. Bien es verdad que en cuanto la Ley es moralmente falible, siempre existe como reconoce Lyons, la posibilidad de que surja un conflicto entre lo que la Ley requiere en un caso y lo que, por otra parte, exige la moral. Si el Derecho en general ha de estar inspirado por valores sociales con más razón aún ha de propugnarse tal circunstancia del Derecho constitucional. La Constitución se caracteriza precisamente por ser un código de valores, lo que se comprende perfectamente si se advierte que es un Derecho fundamental de organización de la convivencia social. Es por ello mismo por lo que no podemos abdicar en nuestra disciplina de la capacidad de estimar o valorar, formulando juicios prácticos de una institución o de un sistema político-constitucional”. (Cf. La dimensión axiológica del Derecho Constitucional, Francisco Fernández Segado, Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol nº 1. Valencia, 1992, https://dialnet.unirioja.es).
[3] Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522, B.O. 9/8/1995
[4] “EL ACREEDOR INVOLUNTARIO: EL ULTIMO DESAFIO AL DERECHO CONCURSAL”, Ariel A. Dasso, conferencia dictada en el "VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia", Mendoza, año 2009.
[5] BORGARELLO, Luisa y RICHARD, Efraín Hugo, ACREEDORES INVOLUNTARIOS, Comunicación a las IV Jornadas Interdisciplinarias de Derecho Concursal del Centro de la República (Córdoba 16/17 de junio de 2009) publicado en Ensayos de Derecho Empresario nº 5 pág. 433.
[6] MICELLI María Indiana, “Las nuevas tutelas diferenciados del derecho concursal. Los acreedores involuntarios”, La Ley, 23/10/2011.

[7] BARREIRO Marcelo E., “El acreedor involuntario. La necesidad de la regulación de su problemática en la ley concursal”.
[8] BARREIRO, Marcelo - TRUFFAT, E. Daniel, "El acreedor involuntario", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos, 2013-2, pág. 243.
[9] DASSO, Ariel A. Op. Cit, DASSO, Ariel, conferencia dictada en el "VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia", Mendoza, año 2009.
[10] MICELLI, María I., “Las nuevas tutelas diferenciadas del derecho concursal. Los acreedores involuntarios”, L.L. Litoral 2011 (febrero), 01/02/2011. Define a los acreedores involuntarios como “aquellos créditos de quienes han quedado vinculados con un deudor, devenido insolvente, a raíz de un hecho ilícito que determina el deber de reparar el daño ocasionando en la vida, en la salud, en la integridad física de la persona”.
[11] TRUFFAT, Edgardo D. -BARREIRO, Marcelo G., “Los acreedores involuntarios: Una cuestión que ronda las puertas del debate concursal”, L.L. 2008-A-712.
[12] DASSO, Ariel A., El acreedor involuntario..., conferencia dictada en el "VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia", Mendoza, año 2009.
[13] PARELLADA, Carlos A., El acreedor por daños extracontractuales en el proceso concursal, L.L. 2009-C, 905.
[14] ALEGRÍA, Héctor, "El derecho comercial y sus principales problemáticas", LL Sup. Act. 12-III-2013, 1.
[15] Cf. Barreiro, Marcelo G.; Truffat, E. Daniel., "El acreedor involuntario", en RDPyC, tomo 2013-2. "Concursos. Actualización -I", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 241 y ss.; Baracat, Edgar J., "Otra creación de los jueces activistas: el acreedor involuntario", LL 2014-B, 90; Micelli, María Indiana, "Las nuevas tutelas diferenciadas del derecho concursal. Los acreedores involuntarios", LL Litoral, 2011 -febrero-, 30; Vaiser, Lidia, "Los acreedores 'involuntarios' en la ley concursal y en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia", LL 2010-C, 816; Parellada, Carlos A., "El acreedor por daños extracontractuales en el proceso concursal", LL 2009-C, 905; Dasso, Ariel Gustavo, "El Derecho Concursal hoy", LL 2009-B, 921; Alegría, Héctor, "Aspectos humanos no patrimoniales en la insolvencia", LL 2008-F, 1134.
[16] En este sentido, una definición de “acreedor involuntario”, a nuestro criterio, no debería soslayar dicha nota. Es de la esencia de la problemática de esta clase de acreedores. Ver conceptualización de “vulnerabilidad” en la nota al pie N°1.
[17] BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, Tomo I, págs. 345 a 347, Ed. Ediar, Rosario, 2001.
[18] PIZZOLO, Calogero. Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino. En: Méndez Silva (Coord.) Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, No. 98. 2002, pág. 514.
[19] FAYT, Carlos S., Supremacía constitucional e independencia de los jueces. Ed. Depalma, Bs. As., 1994, pág. 164.
[20] CSJN, “S. y D., C. G.”, 06/11/1980, LL 1981-A, 397.
[21] CSJN, “Campodónico de Beviacqua c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaria de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Amparo Ley 16.986”, Fallos 323:3229, 3239 (2000).
[22] BIDART CAMPOS Germán J., El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Edit. Editar, Bs.As., año 2004, págs. 118-125.
[23] Cfr. v. gr., Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus, 03.05.05; Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221-, 17.05.05; Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía -causa N° 120/02-, 08.08.06. En estos fallos se utiliza frecuentemente la acepción “Bloque de Constitucionalidad” para establecer la competencia de la Corte Suprema en un asunto concreto. Por ejemplo, en el fallo Verbitsky la Corte afirma que “existe cuestión federal suficiente [si] se cuestiona la inteligencia y el alcance otorgado

al art. 43 de la Constitución Nacional, como así también la violación al art. 18 in fine del mismo cuerpo, y a diversas normas contenidas en los tratados, convenciones y documentos internacionales que forman parte del bloque constitucional". Cabe destacar que a pesar de que la reforma constitucional se remonta a 1994, sólo a partir de 2000 se comienza a usar jurisprudencialmente la acepción "Bloque de Constitucionalidad" para referirse al fenómeno bajo estudio (Cf. Manuel Eduardo Góngora Mera, El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad, 19/01/2007).
[24] (Fallos, 314:424).
[25] MIDÓN, Mario A. R., Control de Convencionalidad, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2016, pág. 17.
[26] Estos tratados internacionales "se han transformado en parámetros o modelos insoslayables a través de los cuales se deben tamizar todas las leyes -control de convencionalidad-, cuya validez, aplicación y exigibilidad no debe contravenir la fundamental máxima que gobierna la materia de estos derechos fundamentales universales como el principio pro homine o pro persona". (Cf. JUNYENT BAS, Francisco A. y MARCOS, Fernando J., Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del "acreedor involuntario", Diario La Ley, 27 de febrero de 2019).
[27] JUNYENT BAS, Francisco A. y MARCOS, Fernando J., Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del "acreedor involuntario", Diario La Ley, 27 de febrero de 2019, págs. 4-8,
[28] TOBÍAS, José W., Persona y mercado, publicado en: Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 28/02/2012, 1 • LA LEY 2012-B, 632, DFyP 2012 (abril), 185.
[29] VÍTOLO, Daniel Roque, La evolución del régimen de privilegios en la ley de concursos y quiebras. De un orden "cerrado" estable a un "orden poroso" inestable. Tesis expuesta ante el III Congreso nacional sobre aspectos empresarios del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, organizado por el Instituto de Derecho Económico "Isaac Halperin" de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Mar del Plata, Abril de 2016.
[30] Resulta interesante la cita que realiza el autor respecto del principio "pro homine". En tal sentido debe confrontarse a ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
[31] A partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en virtud de la Ley N° 26.944 y su entrada en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015 (Ley N° 27.077, modificatoria de la antes citada).
[32] ALEGRE, Marcelo, "A propósito de la reforma al Código Civil. Duguit y la constitucionalización del Derecho Privado", disponible en: http://www.der echo.uba.ar/p ublicacio nes/pensar-e n-derech o/revistas/0/a -proposito-de-la-r eforma-al-codig o-civi l.pdf. Según el mismo autor, la doctrina de la eficacia vertical de los derechos fundamentales (típicamente reconocidos en los textos constitucionales) obligan al Estado, pero no a los particulares en las relaciones entre sí (pág 57). A nuestro criterio, claramente nos encontramos en un momento de plena expansión de la doctrina opuesta (eficacia horizontal) (el comentario y la negrita nos pertenece).
[33] ALEGRE, Marcelo, Op. Cit., pág. 66
[34] Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I, Título preliminar y Libro Primero. Directores Herrera, Caramelo y Picasso. Infojus. Pág. 5.
[35] MOSSET ITURRASPE, Jorge, Derecho Civil Constitucional, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.
[36] Código Civil y Comercial Comentado, Op. Cit. Pág. 7.
[37] CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad", 13/07/2007,
http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&falloId=1951)
[38] PERRACHIONE, Mario C., "Crítica a la modificación de la interpretación y aplicación de la ley establecida en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en DJ, 06/03/2013, pág. 97, AR/DOC/5747/2012.
[39] Código Civil y Comercial Comentado, Op. Cit., pág. 13.

[40] CSJN, “Municipalidad de Olavarría c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 27/05/2004, en LL, AR/JUR/6290/2004.
[41] STJ Corrientes, “M., O. A. c/ F., A. M en representación de su hijo menor de edad s/alimentos”, 25/09/2014, en Revista Actualidad Jurídica. Familia y Niñez, n° 127, año X, noviembre, Córdoba, Nuevo Enfoque, 2014, pág. 4062.
[42] PORRAS, Alfredo R., “Decisión razonablemente fundada: principio de razonabilidad”, en LL Gran Cuyo, diciembre, 2014, AR/DOC/4277/2014
[43] CIURO CALDANI, Miguel Á., Aportes para la decisión jurídica (Aporte jurídico para la decisión), en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N.º 46. Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídica, 2013.
[44] CSJN, Fallos: 335:452
[45] “La locución “activismo judicial” fue, posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de EE.UU. alrededor de 1954 cuando se autoproclamó “activista”, muy especialmente bajo la presidencia del Juez Earl Warren, con el célebre caso “Brown vs. Board of Education” del 17/5/1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas norteamericanas”. (Cf.” El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, MARANIELLO, Patricio Alejandro, http://www.derech o.uba.ar/publi caciones/pens ar-en-der echo/revistas/1/ el-activism o-judicial-una-he rramienta-de-pro teccion-constitucion al.pdf, pág. 125).
[46] ATIENZA, Manuel, Siete tesis sobre el activismo judicial, web: https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.pdf?noCache=1540204326938
[47] MARANIELLO, Patricio Alejandro, Op. Cit., pág. 125.
[48] MARANIELLO, Patricio Alejandro, Op. Cit., pág.127.
[49] PEYRANO, Jorge W. Acerca de los “Ismos” en Materia Procesal Civil. Revista del Foro de Práctica Profesional de Santa Fe, 3er. Aniversario, año 2.011, número 14. Año IV.
[50] PEYRANO, Jorge W. y PEYRANO, Federico J., El activismo judicial, El Derecho 266-807 (2016).
[51] Fallos: 337:1361 del 2.12.2014.
[52] Fallos: 339:533 del 26.4.2016.
[53] SANTIAGO, Alfonso, (h), En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho: consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales. Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2010, 1era. Edición.
[54] PÉREZ HUALDE, Alejandro. El usuario y el servicio público en Argentina en Jaime Rodríguez Arana Muñoz y Raúl Canosa Usera, editores, Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral. Villanueva Centro Universitario, Netbiblo. La Coruña. 2008.
[55] GARGARELLA, Roberto (compilador). Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2014.
[56] ZAGREBELSKY, “El derecho dúctil”, traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1997, pág. 134.
[57] MARANIELLO, Patricio Alejandro, Op. Cit., pág. 130. Se deben considerar las citas incluidas por el autor, las que aportan sustancia a las características por él propuestas.
[58] Autos “LXP 19676/19. "NMR S/ SITUACION DE N.N.A", 12 de julio de 2019, Jueza Dra. Marta Legarreta.
[59] Cf. nota al pie N° 55.
[60] Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 11/90 del 10 de agosto de 1990, que sostiene que el art. 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.
[61] JUNYENT BAS, Francisco A. y MARCOS, Fernando J., Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del “acreedor involuntario”, Diario La Ley, 27 de febrero de 2019, págs. 4-8.
[62] MACAGNO Ariel A. Germán, “Derecho preferente de acreedores involuntario. En la búsqueda de una interpretación del sistema normativo concursal en “clave” constitucional”, VIII Congreso Argentino de derecho concursal, V Congreso

Iberoamericano de la Insolvencia, Mendoza, 2009.
[63] Paradójicamente, ambas posiciones arbitradas concluyen -con fundamentos atendibles- en que una solución contraria a sus postulados resulta “contra legem”. En un caso, en palmaria contradicción con el “bloque de constitucionalidad federal”. En el otro, en evidente contradicción con la normativa específica vigente y aplicable (LCQ) y sus principios rectores (universalidad, par conditio creditorum, carácter distributivo de las soluciones falenciales, etc.).
[64] FERNÁNDEZ, Raymundo L., "Privilegios en general y privilegios en la quiebra", LA LEY, 14-584; MOLINARIO, Alberto D., “Los privilegios en el derecho civil argentino”; SPOTA, Alberto G., LEIVA FERNÁNDEZ. Luis F. P. (actualizador), “Prescripción y caducidad. Instituciones de Derecho Civil”, ts. 1 y 11, LA LEY, Buenos Aires, 2009, y ts. IV y VI.
[65] CORDEIRO ALVAREZ, Ernesto, Elementos para una doctrina de los privilegios, en estudios de derecho civil en homenaje a Vélez Sársfield, Universidad Nacional de Córdoba, 1936.
[66] ITURBIDE, Gabriela A., "Privilegios. Comentario a los artículos 2573 a 2586", en RIVERA, Julio César (dir.) - MEDINA, Graciela (coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Primeras reflexiones en torno a los privilegios en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", LL, 1988-C, 797; MARIANI DE VIDAL, Marina , "Los privilegios en el Proyecto de Código", LL, 8/8/2012; RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela, "El tratamiento de los privilegios en el Proyecto de unificación legislativa", ED, 127-693.
[67] Cf. Nota al pie N° 62.
[68] Conforme el objeto del presente trabajo, pretendemos analizar la mayor cantidad de fundamentos que avalen una u otra postura, con la pretensión de condensar argumentos que puedan resultar útiles y prácticos para eventual lector en ejercicio del método del caso y/o ejercicio profesional.
[69] Cf. www.cij.gov.ar, fecha de captura 3/9/2019.
[70]JUNYENT BAS, Francisco A. y MARCOS, Fernando J., Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del “acreedor involuntario”, Diario La Ley del, 27 de febrero de 2019, pág. 4-8.
[71] MARIANI DE VIDAL, M., "Apuntes sobre privilegios", L.L. 137-932.
[72] RIVERA J. -ROITMAN H. –VITOLO D., “Ley de Concursos y Quiebras”. Ed.Rubinzal y Culzoni 2000, T.I pág.8
[73] TON, Walter Rubén, Pars conditio creditorum ¿existe?, Revista La Ley Buenos Aires Nro. 9 año 13, pág. 1147, octubre 2006.
[74] VÍTOLO Daniel Roque, ponencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza 2009.
[75] HEREDIA, Pablo; “Tratado exegético de derecho concursal”, ed. Ábaco 2.000, T. 1, pág. 227.
[76] Adviértase que, para sostener tal estructuración lógico-jurídica, la Corte descarta el tratamiento del crédito insinuado por el menor de edad como un crédito pasible de gradarse como privilegiado. Antes bien, para sostener su carácter de quirografario, soslaya las condiciones particulares del acreedor, objetivizando el crédito y descartando toda posibilidad de asignación de privilegio con fundamento o apoyo en dichas condiciones particulares (discapacidad).
[77] C.S.J.N., “S.A. Barbarella”, Fallos 300: 1087.
[78] HEREDIA, Pablo, Op. Cit., pág. 232.
[79] VILLANUEVA, Julia; “Privilegios”, Ed. Rubinzal-Culzoni 2004, pág. 16.
[80] LLAMBÍAS, Jorge; “Tratado de Derecho Civil – Obligaciones”, Ed. Perrot 1973, T. I, págs. 640 y 642.
[81] VILLANUEVA, Julia, Op. Cit., pág. 60.
[82] Cf. voto de los jueces Rodolfo A. Ramírez y Ángel O. Sala, en CNCom., en pleno, “Garbin S.A. s/conc. preventivo s/inc. de revisión por Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo”, del 20.12.07, LL. 2.008-A, pág. 382.
[83] TRUFFAT, Edgardo; “Reflexiones sobre abuso y discriminación en la propuesta de

acuerdo-con motivo de un fallo tan querible como erróneo”, Sup. CyQ 2.004 (noviembre), 38.
[84] GRISPO, Jorge Daniel, "Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras", t. VI, Ed. Ad-Hoc, 2002, pág. 75.
[85] CNCom., Sala C, del 23.6.06 en “Alí Juan P. c/ H., A.”, ver RCyS, 2.006-1.209.
[86] Cf. Fallo en autos “Helvetia Arg. Cia. de seguros s. Liquidación Judicial (no firme)”; 28785 J.19/S.38, 26 de mayo de 2008.
[87] GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, Ed. Estrada 1.971, pág. 126.
[88] Claramente, como dijimos, la Corte Suprema sostiene en este caso una dimensión axiológica (de valores) que privilegia y valora determinados derechos constitucionales por encima de otros. El arbitraje entre el derecho constitucional a la igualdad y el derecho constitucional a la salud resulta claro, resultando aquel el pilar donde se asienta toda la estructuración de la sentencia bajo análisis.
[89] Cf. Fallo ya citado en autos “Helvetia Arg. Cia. de seguros s. Liquidación Judicial (no firme)”; 28785 J.19/S.38, 26 de mayo de 2008.
[90] Fallos: 330:1055; 329:299 y sus citas, entre muchos otros.
[91] Cf. Fallo CSJN, CON 8283/2006/34/CS1, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, 6/11/2018, sitio web http://public.dia riojudicial.com/d ocumentos/000/0 81/353/000 081353 .pdf
[92] ALEGRE, Marcelo, Op. Cit. “A propósito de la reforma al Código Civil. Duguit y la constitucionalización del Derecho Privado”, disponible en: http://www.derech o.uba.ar/public aciones/pensa r-en-derech o/revistas/ 0/a-proposito -de-la-reforma -al-codi go-civil.pdf. Según el mismo autor, la doctrina de la eficacia vertical de los derechos fundamentales (típicamente reconocidos en los textos constitucionales) obligan al Estado, pero no a los particulares en las relaciones entre sí (pág. 57). Claramente, la Corte Suprema aplica en este caso dicha doctrina (el comentario en negrita nos pertenece).
[93] Cf. Fallo CSJN, CON 8283/2006/34/CS1, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, 6/11/2018, sitio web http://public .diariojudic ial.com/docume ntos/000/0 81/353/0000 81353.p df
[94] Fallos: 317:126; 324:3345; 325:645, entre otros.
[95] Fallos: 1:32.
[96] Fallo CSJN, CON 8283/2006/34/CS1, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, 6/11/2018.
[97] MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), Diccionario del Español Jurídico (RAE y Consejo Gral. Del Poder Judicial), Barcelona, Ed. Espasa, 2016, pág. 1499.
[98] VITOLO, Daniel Roque, "Bajo el régimen actual de la Ley 24.522 los jueces no pueden establecer preferencias en el tratamiento de los créditos de titularidad de los denominados "acreedores involuntarios": cualquier innovación debe ser incorporada por medio de una reforma legislativa", ponencia presentada en el "VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia", Mendoza, año 2009.
[99] BARREIRO, Marcelo-TRUFFAT, Edgardo Daniel, “Los acreedores involuntarios: una cuestión que ronda las puertas del debate concursal”, LL. 2008-A-712.
[100] CSJN, Fallos 308: 1848. Añade el mismo pronunciamiento que “la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes”.
[101] https://aldi aargentina. Microjuri s.com, MJ-JU-M-117713-AR | MJJ117713 | MJJ117713.
[102] https://ar.m icroju ris.com, MJ-DOC-13770-AR | MJD13770.
[103] CSJN, “Pinturas y Revestimientos aplicados SA”, Fallos 337:315.
[104] del voto de la Dra. MEDINA.
[105] So pena de resultar reiterativos, de una atenta lectura del fallo surge con claridad

la importancia de la existencia -en el marco del caso analizado- de ostensible situación de vulnerabilidad, vulnerabilidad extrema o absoluta vulnerabilidad, términos que se reiteran en distintos considerandos.
[106] del voto del Dr. ROSATTI.
[107] Dictamen del Procurador General de la Nación en el mismo fallo bajo análisis
[108] CHOMER, Héctor, "Concursos y quiebras. Ley 24.522", CHOMER, Héctor (Director); FRICK, Pablo, (Coord.), Buenos Aires, Astrea, t. III, 2016, pág. 446. En otros trabajos, el citado autor puso de manifiesto la insuficiencia del régimen de los privilegios concursales frente a los acreedores involuntarios, en este sentido, véase: CHOMER, H., "Futuro del derecho concursal", en L.L. 2012-D, pág. 1299; CHOMER, Héctor, "El derecho económico social", en L.L. 2012-F, pág. 788.
[109] GEBHARDT, Marcelo, "Prevención de la insolvencia", Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 223.
[110] TRUFFAT, Edgardo, "La "agenda" concursal", en "Doctrina Societaria y Concursal", Errepar, Buenos Aires, Nº 252, noviembre 2008, pág. 1045; GERBAUDO, Germán, "Aproximaciones a algunas cuestiones que conforman la actual agenda del derecho concursal", en "Doctrina Societaria y Concursal", Errepar, Buenos Aires, junio 2012; pág. 515; GRANADOS, Ernesto, GERBAUDO, Germán, FRANCAVILLA, Claudia y CHASCO, Martín, "Los acreedores involuntarios. La necesidad de su regulación", en Microjuris MJ-DOC-6020-AR, 1/11/2012.
[111] DASSO, Ariel, "El acreedor involuntario: el último desafió al derecho concursal", en conferencia presentada al "VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia", Mendoza octubre de 2009. ALEGRÍA, Héctor, "El derecho comercial y sus principales problemáticas", en L.L., Suplemento Actualidad 12/03/2013.