

Crisis del régimen de los privilegios

El acreedor involuntario

María Florencia Ovejero

Uno de los principios que rige el procedimiento concursal es la par conditio creditorum. Esta regla significa que en la base del proceso concursal se encuentra la justicia distributiva que exige la satisfacción de todos los acreedores, de conformidad a la naturaleza de su crédito y no la justicia conmutativa de las relaciones sinalagmáticas[1].

El art. 2573 del Código Civil y Comercial de la Nación, define a los privilegios como la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro[2]. Uno podría pensar que el privilegio desiguala, que pone a un crédito por encima del otro, que hace valer más a una persona sobre otra, pero la Ley 24.522 tiene una finalidad diferente, lo que trata es de armonizar el principio de igualdad a través del régimen de privilegios, dándole algunas preferencias a aquellos que se encuentren en una situación que la ley presume desigual para igualarlos con los demás. Entonces, ¿Cómo funciona el régimen de privilegios? La Ley de Concursos y Quiebras regula a través de lo dispuesto en los art. 239 a 248 la materia de privilegios de manera exclusiva y excluyente por sobre cualquier otra normativa, cuando el deudor se encuentra concursado o quebrado y hay un proceso concursal abierto.

En materia concursal, el privilegio es un derecho que la ley establece a favor de determinados créditos para ser pagados antes que otros. Únicamente pueden ser creados por ley. Rouillon, señala que la interpretación de todo lo concerniente a privilegios debe ser restrictiva, no pueden reconocerse privilegios por analogía, y en caso de duda ha de estarse en contra de la existencia del privilegio[3].

En los últimos años, se viene poniendo en crisis varias cuestiones del régimen de privilegios. En la jurisprudencia se registran fallos que evidencian la necesidad de repensar qué créditos deben ser privilegiados, y además revisar el rango de los privilegios concursales. El debate surge por los denominados “acreedores involuntarios”, aquellos que se presentan en una situación de debilidad jurídica en los procesos concursales y de los que no existe un tratamiento legal.

La doctrina llama acreedores involuntarios a aquellos que concurren al concurso con un crédito derivado de hechos ajenos a la voluntad, que los hizo titulares de una indemnización por daños y perjuicios [4]. Estos son titulares de un crédito originado de manera involuntaria, que no quisieron ser acreedores de nadie y sin embargo por un hecho accidental terminaron siéndolo. Incluidos en este grupo están los denominados como vulnerables (menores, personas con discapacidad y mayores adultos, entre otros), estando en juego cuando aparecen dichos acreedores los Derechos Humanos reconocidos por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Aquí aparece el enfrentamiento entre el principio objetivo de los privilegios según el cual la preferencia surge en función del crédito y no de la persona y el enfoque subjetivo que es aquel que podría realizar su aparición a partir de la eventual tutela de los créditos cuyos titulares son acreedores involuntarios denominados como vulnerables[5].

Este tema reconoce contradicciones de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Uno de los precedentes que generó una ruptura del sistema

cerrado de privilegios, cambiando su orden, es el fallo dictado en el año 2014 por CSJN en el caso “Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A. s/ quiebra” [6], en el que estableció que los créditos de los trabajadores están por encima del Estado, fundando tal decisión en la aplicación del Convenio O.I.T. N° 173 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.

Con posterioridad, la CSJN dictó dos fallos contradictorios entre sí. Se trata del fallo Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros, dictado en noviembre de 2018 [7], y el fallo Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F), dictado en marzo de 2019 [8]. Ambos, guardan similitud en los hechos que originaron los créditos. Asimismo, los acreedores solicitaron la inconstitucionalidad de los artículos de la Ley 24.522 que regulan los privilegios, y peticionaron cambiar el orden de prelación, invocando para ello principalmente la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el primer caso, la CSJN, por mayoría (Dres. Rosenkrantz, Highton de Nolasco y Lorenzetti) confirmó la sentencia apelada que le asignó al crédito el carácter de quirografario y dejó sin efecto el pronto pago dispuesto por el juez de grado respecto de la porción privilegiada del crédito. Señalaron que es el estado el que debe hacer efectivos los derechos que surgen de Tratados Internacionales, y que no es propio del Poder Judicial definir políticas públicas de protección de niñez o la discapacidad. En segundo lugar, que una justicia pretoriana va en detrimento de la seguridad jurídica que los jueces deben garantizar debido a que un privilegio solo puede surgir de la ley, no de los jueces. Puntualmente, que el régimen contemplado en la ley 24.522, respecto a la asignación de un privilegio, responde a la causa o naturaleza del crédito con independencia de la condición del sujeto, y que no confería privilegio alguno al crédito en cuestión. Por lo que, según el ordenamiento concursal, no le cabe otro carácter que el de crédito común o quirografario[9].

En disidencia, los Dres. Maqueda y Rosatti, destacaron que las normas internacionales invocadas alteran la preferencia de cobro establecida en la Ley de Concursos y Quiebras, que la vida es el primer derecho de la persona humana y la preservación de la salud lo integra, por lo que existe una obligación de las autoridades en general de garantizarla mediante la realización de acciones positivas. Que en el caso el reclamo tiende a satisfacer el derecho a la vida del niño y su disfrute del más alto nivel posible de salud, por lo que el crédito no solo debía ser privilegiado, sino que además debía ser prioritario al de los demás créditos privilegiados[10].

En el segundo caso, con un cambio de composición, la CSJN dejó sin efecto lo resuelto por la Cámara y declaró al crédito con carácter de privilegiado. La mayoría, compuesta por los Dres. Rosatti, Maqueda y Medina, votaron a favor de la procedencia del recurso extraordinario interpuesto por los damnificados, mientras que los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti se pronunciaron en igual sentido al voto emitido al resolver la causa “Asociación Francesa”. La Dra. Medina (en reemplazo de Rosenkrantz), además de los argumentos vertidos por los otros miembros que integraron la mayoría, detalló específicamente cada instrumento internacional de los que tomaba como fundamento para que el crédito en cuestión tenga el carácter de privilegiado, y destacó que la obligación del estado de garantizar el derecho a la vida y a la salud de los colectivos vulnerables puede ser cumplida por cualquiera de los poderes públicos, inclusive el judicial[11].

Un caso reciente, es el de Fundación Educar s/ Concurso Preventivo, en el que el crédito se origina por los daños y perjuicios ocasionados del que fuera damnificada una niña de 2 años por un abuso sexual. Los padres de la niña se presentaron a verificar el crédito en el concurso, invocando el fallo Institutos Médicos Antártida s/ quiebra. El juez de primera instancia, rechazó el planteo de inconstitucionalidad, y entendió que resultaba de aplicación al caso lo resuelto por la CSJN en los autos “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”[12].

Apelada la sentencia, la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, dictaminó que correspondía hacer lugar a los recursos interpuestos en favor de la niña y que se le debía otorgar el carácter de privilegio autónomo y de preferente pago por la totalidad del monto insinuado con intereses hasta el efectivo pago, como así también la declaración de inconvencionalidad de los art. 239 párrafo 1°, 241, 241 parte general y 243 parte general e inc. 2 de la Ley 24.522 [13].

La Fiscal señaló que el caso debe ser juzgado bajo el doble estándar de protección internacional de los Derechos Humanos que ampara a las niñas víctimas de abuso, es decir, en cuanto niñas y mujeres. Lo inédito aquí, es que entre sus fundamentos resaltó que no debe prescindirse de una mirada integral, cuando fueron vulnerados derechos fundamentales, que de hacerlo constituiría una revictimización a través de un proceso concursal que no protegió a la niña.

El 15 de diciembre del 2021, la Cámara revocó parcialmente la resolución apelada, y declaró la inconstitucionalidad de los art. 19, 54, 55, 56, 239 párrafo 1°, 241, 242 parte general, y 243 parte general e inciso 2° de la ley 24.522. Asimismo, declaró verificado el crédito de la niña K.M. y le asignó el carácter de “privilegio autónomo” con derecho a cobro preferente en relación a los demás acreedores concurrentes y a los que en el futuro se pudieran incorporar al pasivo concursal[14].

Para ello expuso que la indemnización acordada a K.M., tiene innegable finalidad reparatoria de las “consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”[15].

Además, haciendo hincapié en la teórica igualdad como principio inalienable de los procesos concursales, afirmó que no puede prescindirse de la diversidad, ni de los derechos especiales que tienen los niños, niñas y adolescentes o las mujeres violentadas por su condición. Aquellos derechos y garantías, no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, que en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema[16].

Igualmente, se pronunció en cuanto a que los jueces, como servidores de la Justicia en el caso concreto, no pueden obviar la obligación del Estado de adoptar “necesariamente” una protección y que, si ella no es cumplida por la ley 24.522, es tarea de los jueces declararlo y establecer un remedio para el caso. La salvaguarda de los derechos y garantías de la menor y la protección especial a que ésta es acreedora, con arreglo a las Convenciones internacionales y leyes internas ya mencionadas, requiere que los tribunales atiendan al interés superior de aquélla, llevando a cabo una supervisión adecuada, lo cual comprende el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, siendo función elemental y notoria de los jueces hacer cesar, con la

urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra la menor, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio[17].

Particularmente la Dra. Alejandra N. Tevez agregó que el abuso sexual del que fue víctima K.M. en el establecimiento educativo de la concursada es un hecho de violencia de género a la luz de los instrumentos nacionales e internacionales antes referenciados. Y debe subrayarse que tal situación impone que la cuestión ventilada deba juzgarse necesariamente con perspectiva de género. Ello resulta una obligación legal fundada en el derecho a la igualdad y a la no discriminación (CN: 16; CN: 75:22 y arts. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 1.1. y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y vinculada con la garantía de la protección judicial efectiva[18].

En los últimos años se han dictado fallos que declararon la inconstitucionalidad del régimen de privilegios de la ley 24.522, en protección de los Derechos Humanos, pero este caso particular ha sentado un gran precedente en cuanto a la aplicación de la perspectiva de género.

El régimen cerrado de los privilegios concursales se encuentra en crisis. Los acreedores involuntarios del proceso concursal son reconocidos por la jurisprudencia de nuestro país, y esto ha ido avanzando en el sentido de otorgarles un trato "preferencial", aun cuando no existe norma concreta que así lo disponga.

Pero, ante lo expuesto, se plantean innumerables interrogantes, entre ellos ¿Qué pasará si llega un nuevo caso a la Corte, y la composición vuelve a ser la misma que falló para el caso Asociación Filantrópica?

Favier Dubois, plantea un cambio de concepción, que la institución analizada debe responder a una nueva visión de persona, abandonando la visión meramente económica, propia de la época del liberalismo del código velezano, para desembocar en una visión humanista[19]. Otros autores, como Junyent Bas hacen especial hincapié en la seguridad jurídica, la que no debe verse vulnerada ante algunas soluciones para casos excepcionales y que merecen una ágil protección por parte del derecho, reivindicando de esa manera el sistema cerrado de los privilegios concursales a pesar de las excepciones[20].

Es difícil resolver estos interrogantes, pero lo que si queda claro es que con el surgimiento de los denominados "acreedores involuntarios", se ha dado lugar a distintas interpretaciones, al análisis del control de convencionalidad, a la excepcionalidad del régimen de privilegios de la Ley de Concursos y Quiebras, temas a los que corresponde atender en virtud de un equilibrio entre la seguridad jurídica en materia concursal y el requerimiento de los Tratados Internacionales de proteger los derechos individuales que integran el grupo de vulnerables.

Notas

[1] JUNYENT BAS, Francisco A.; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Ley de Concursos y Quiebras - Comentada", Abeledo-Perrot, 3° ed., Buenos Aires, 2011, t. I, p. 29.

[2] ROUILLON, Adolfo A.N., "Régimen de Concursos y Quiebras", Astrea 17a Ed.,

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, t. I, p. 381

[3] ROUILLON, op. cit., pág. 383.

[4] DASSO, Ariel A “Un nuevo derecho concursal en el derecho comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)”, La Ley 2007-A-957

[5] Cfr. RASPALLI, Miguel A. Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales. Revista Código Civil y Comercial, 4 de marzo de 2019.

[6] CSJN, Fallos: 337:315

[7] CSJN, Fallos:341:1511

[8] CSJN, Fallos: 344:2011

[9] Véase Considerando 8° del voto de la mayoría. CSJN Fallo: 341:1511

[10] Véase Considerando 6° del voto del Dr. Maqueda. CSJN Fallo: 341:1511

[11] Véase Considerando 20° del voto de la Dra. Medina, CSJN Fallo: 344:2011.

[12] GRAIEWSKI, Mónica. Ciclo de conferencias “Actualización Jurisprudencial del Código Civil y Comercial de la Nación”, organizado por el Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de San Isidro- Tema: una excepción al régimen de los privilegios, 17 de junio de 2021.

[13] Véase Dictamen N° 284/2021, fecha 25/03/2021, CNCom Sala F, Fundación Educar s/ Concurso Preventivo Expte. 023177/2016, en <http://scw.pjn.gov.ar/> (acceso el 18/07/2022).

[14] CNCom Sala F, Fundación Educar s/ Concurso Preventivo Expte. 023177/2016, en <http://scw.pjn.gov.ar/> pág.61-61 (acceso el 18/07/2022)

[15] CNCom Sala F, Fundación Educar s/ Concurso Preventivo, op. cit., pág.18.

[16] CNCom Sala F, Fundación Educar s/ Concurso Preventivo, op. cit., pág.19.

[17] CNCom Sala F, Fundación Educar s/ Concurso Preventivo, op. cit., pág.20.

[18] CNCom Sala F, Fundación Educar s/ Concurso Preventivo, op. cit., pág.28-29.

[19] Cfr. FABIÉ DUBOIS, Eduardo M., “El derecho Concursal “Posmoderno- Un nuevo modelo para abordar la insolvencia”. Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR, junio 2021.

[20] Cfr. JUNYENT BAS, Francisco A. y MARCOS, Fernando J., “Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del “acreedor involuntario””, LA LEY 27/02/201