

## Privilegio concursal del acreedor involuntario y vulnerable

Francisco Nicolás Powell

*Los hombres de que hablo son también hijos de la justicia. También ellos sufren la desgracia de todos, con conocimiento de causa. Saben justamente que no existe una justicia ciega, que la historia no tiene ojos y que es preciso, pues, rechazar su justicia para sustituirla, tanto como sea posible, por la que concibe el espíritu.*

“Prometeo en los Infiernos”, *El verano*.— Albert Camus (1946).

El privilegio es, por su naturaleza, injusto, odioso e inicuo<sup>1</sup>. Dispensa a su titular de un deber o carga que recae sobre todos los demás, o bien concede a alguien un derecho que excluye o limita a los demás de lo que en principio les es común. En una comunidad de iguales, el privilegio de uno que lo distingue *de* los demás es intolerable. Pero, también es cierto, el sentido formal de la igualdad no consume su aspecto material o estructural. Limitarnos a referir que los individuos tienen derecho a no verse impedidos o despojados arbitrariamente de la posibilidad de emplear su libertad en el desarrollo autónomo de su personalidad frente a otros —a que no se constituyan privilegios personales que excluyan a unos de lo que se concede a otros generando compartimientos de desarrollo estancos y exclusivos en un sentido abstracto—, es necesario, pero no suficiente. No puede evadirse que la declaración formal necesariamente supone, para ser internamente consistente con sus postulados, que todos los miembros de la comunidad se encuentren en igualdad *real* de condiciones iniciales. De lo contrario, la igualdad postulada es un dogma vacío. Es que el Derecho no instituye la igualdad: la *garantiza*. En una comunidad política constituida para el bien común de sus miembros iguales y libres, *asegurar los beneficios de la libertad* para todas las personas importa que las normas y su aplicación no son ciegas. La justicia del Derecho se realiza en entender que a todos se aplican las mismas reglas, pero que razones de desigualdad real y profunda hacen que las reglas no puedan aplicarse a todos de la misma manera, tapándonos los ojos para no ver lo que, bien visto, es una injusticia —o, mejor, que aplicar a todos las mismas reglas significa efectuar las necesarias compensaciones para que las mismas reglas se apliquen de la misma manera—.<sup>2</sup> Lo expuesto no es novedoso y ha sido dicho mejor; pero vale la pena recuperarlo—es quizás el principio telúrico de la verdadera libertad de todos.

Los acreedores del deudor concurren a su concurso comulgando en igualdad. Es justo en principio que la impotencia patrimonial patológica del deudor sea repartida entre todos, de manera tal que nadie sufra la pérdida de la totalidad de su crédito mientras que otros salgan satisfechos. Ahora bien, el privilegio concursal es nada menos que la consagración de una desigualdad que, por diversas razones de justicia, es tolerada, incluso necesitada. El acreedor común es despojado por el acreedor privilegiado; y ello está bien<sup>3</sup>. Está bien, en principio, porque el privilegio nace de la ley, y es fruto y acuerdo de la voluntad general de la comunidad expresada por sus representantes, que han visto que, si toda la comunidad de acreedores concurren de igual modo sobre el patrimonio impotente, la situación final de algunos acreedores particulares sería particularmente intolerable, incluso si otros a raíz de ello sufren la pérdida absoluta de su crédito. Así los trabajadores en relación de dependencia de una entidad concursada que desarrolla una empresa y cuyo crédito es el pago del precio de su fuerza de trabajo y su sostén vital; así los que construyeron, mejoraron o conservaron los bienes que aprovecha el concurso para cobrarse; así la comunidad política en la que la actividad económica de unos y otros se desarrolla; y así aquellos acreedores que confiaron en el deudor contra la garantía de un bien particular extendiendo el crédito necesario para su actividad. Lo mismo con la consagración de

preferencias o adelantos tutelares. El principio no es absoluto: se trata de equidad, no de igualdad rasante.<sup>4</sup> Y no existen sorpresas: la ley nos declara que esto pasará; y al concurrir veremos que hay algunos acreedores más iguales que otros.<sup>5</sup>

El presente trabajo analiza el privilegio exorbitante de los acreedores involuntarios vulnerables, de origen pretoriano. La línea de precedentes es escasa y desacorde —dada la excepcionalidad de los casos—; pero entendemos es suficiente para extraer una regla de derecho directamente aplicable a un supuesto de hecho específico. Al mismo tiempo, entendemos que existen buenas razones para justificar la existencia y aplicación de dicha regla, pese a las críticas que se le han formulado. En tales términos, procuraremos sostener que la línea de precedentes actual impone como regla de derecho que, ante la existencia de un acreedor de carácter involuntario que además reúne la condición de ser un sujeto de tutela preferencial atento su vulnerabilidad, dicho acreedor, en el concurso preventivo o liquidativo de un deudor, posee un privilegio general de prelación excluyente y de categoría propia. Contra un argumento basado en el carácter taxativo de los privilegios en razón de su origen legal y la vulneración de la necesaria publicidad de las condiciones de afección de un patrimonio potencialmente impotente, así como la inseguridad derivada de la creación judicial sobre una casuística no siempre correctamente fundamentada, entendemos que pueden oponerse: (i) la aplicación integral del sistema normativo en la preservación de valores que son por sí superiores en ponderación —en particular el desarrollo de una verdadera igualdad concursal—; (ii) la función correctora e integradora propia de la aplicación judicial de la ley en sentido material a casos concretos; y (iii) el hecho de que la seguridad también proviene de la discusión crítica constante de las soluciones, que enmienda y pule las líneas jurisprudenciales, perfilando y perfeccionando las reglas de derecho que surgen de ellas.

#### A. Análisis de la regla [\[arriba\]](#)

El sistema de privilegios concursal es por su propia lógica —receptada legalmente (arts. 239 de la ley n.º 24.522, *ley de concursos y quiebras* [“LCQ”], y 2574, 2579 y 2580 del Código Civil y Comercial de la Nación [“CCCN”])— de carácter taxativo, sujeto también a un orden riguroso de prescripción legal (243, 244, 246, 247, 249 LCQ). Sentado el principio de paridad de los acreedores concurrentes, las excepciones y la correlación entre ellas deben estar fijadas por reglas claras, fuera de las que toda situación no contemplada queda regida necesariamente por el principio: la concurrencia en condiciones de igualdad de todos los acreedores, ante la inexistencia de una causa de preferencia legal. La interpretación es siempre restrictiva.<sup>6</sup> Pero ello no está exento de problemas: la elección del legislador puede ser, frente a los hechos concretos del caso, desacertada, omisiva o incluso contraria a otras indicaciones y reglas sentadas por el mismo legislador en normas de igual o mayor jerarquía. El problema radica en que la realidad escapa a las posibilidades de previsión del legislador y en que el legislador no es precisamente prolijo. Es que la ley no es más que el producto de una sedimentación histórica de reglas de convivencia y orden de conflictos.

En este marco surge el problema del acreedor cuyo crédito:

I. no surge de manera ni mediata ni inmediata de su voluntad, sino en prescindencia o en contra de ella, de manera tal que no puede argüirse que exista en el caso una consideración real o ficta por el acreedor del equilibrio entre los riesgos asumidos al otorgar el crédito —incluso mediatos— y la garantía de dichos riesgos constituida por la potencia patrimonial del eventual deudor, de modo que, al quedar involucrado en el concurso del deudor, se produzca la actualización de un riesgo comercial que debe entenderse asumido —como sí es el caso, e.g., de un crédito entre comerciantes vinculado al giro comercial del deudor concursado—; y

II. involucra o responde a una situación a la que el ordenamiento jurídico integralmente considerado —la ley en sentido *material* o *amplio*<sup>7</sup>— confiere una tutela diferenciada y preferente al concernir una situación de *vulnerabilidad estructural* —lo que, adelantamos, excluye consideraciones únicamente *personales* o *subjetivas* de justificación de la tutela— ; pero que, no obstante:

III. no se encuentra contemplado como un crédito accedido de un privilegio general o especial o de preferencia alguna; de manera tal que

IV. resultará alcanzado por el acuerdo preventivo al tratarse de un crédito quirografario o bien concurrirá con los demás acreedores quirografarios a la distribución de los bienes del deudor únicamente sobre el saldo remanente tras el pago de los gastos del concurso, los créditos con privilegio especial, y los créditos laborales de privilegio general, y ello en competencia también con los restantes créditos de privilegio general que se reservan una mitad del saldo; todo lo que importa una efectiva licuación o aniquilación del crédito.<sup>8</sup>

El problema ha sido planteado ante los tribunales y ha recibido respuestas que sugieren una línea, aunque la cuestión dista de estar resuelta, en tanto los precedentes son escasos y discordantes entre sí<sup>9</sup> y difieren en torno a la extensión de la solución. Las posiciones doctrinales y jurisprudenciales se encuentran también divididas, y con sólidos fundamentos en lo que hace a la necesaria sistematicidad y restricción en materia de privilegios, engarzada sobre el principio de legalidad y expresas normas positivas. No obstante, de su lectura creemos que la regla judicial de los fallos existentes puede sintetizarse —a los fines de su aplicación— en una regla de derecho lo suficientemente concisa, y que esta regla es defendible. Así, por inducción de los precedentes, cabe postular que (en el marco del concurso de un titular de una empresa comercial) el crédito de causa involuntaria nacido de una afección a un derecho personalísimo cuyo titular es una persona humana en una situación de vulnerabilidad sujeto de tutela normativa diferenciada goza de un privilegio general prioritario de categoría propia y de pago pleno e inmediato en la medida en que la sujeción a las reglas concursales normales en materia de privilegios importe la aniquilación del crédito.<sup>10</sup> Las notas esenciales de la regla vienen dadas por: (i) el hecho complejo que constituye su antecedente de aplicación; y (ii) el alcance específico de su consecuente en lo que hace a la definición propia del privilegio conferido —donde existe una división sobre la que tomamos una posición—.

## B. Sobre el antecedente [\[arriba\]](#)

En este sentido, con relación al antecedente de la regla, el análisis inductivo expone un hecho complejo de *cuatro partes*, donde, para la procedencia del privilegio exorbitante de origen pretoriano, la situación debe:

I. Involucrar a una *persona humana* en calidad de acreedora que ha sido afectada en un *derecho personalísimo*.<sup>11</sup>

II. Plantear una afección del derecho personalísimo que *dé origen* a un crédito de naturaleza *reparativa*, de manera tal que el crédito de esta persona humana nazca de manera independiente de o incluso contra su voluntad; debe tratar un *crédito resarcitorio de causación involuntaria para el acreedor*.<sup>12</sup>

III. Concernir a una persona humana que es al mismo tiempo *sujeto de tutela diferencial*; es decir, que *presenta y mantiene* una situación objetiva de vulnerabilidad que es receptada por el ordenamiento jurídico como de especial protección

tanto *sustancial* como *procesal*<sup>13</sup>, generalmente por a través de normas de jerarquía constitucional o suprallegal con *obligaciones positivas* para el Estado.<sup>14</sup>

IV. Implicar que la sujeción a las reglas normales en materia de privilegios concursales importe la *efectiva desnaturalización del crédito*, sea por: (a) forzar su inclusión en las consecuencias de un acuerdo preventivo de acreedores como crédito quirografario y con efecto novatorio (arts. 46, 47, 52, 55, 56 LCQ) —sin perder de vista tampoco el caso de que, incluso como crédito privilegiado, ingrese en un acuerdo preventivo desfavorable—; o bien (b) por sujetarlo a la eventualidad de una distribución residual para los acreedores quirografarios —o privilegiado en una concurrencia competitiva que también aniquila de manera efectiva el crédito— (109, 221, 239, 241, 242, 243, 247, 248, 249 LCQ).<sup>15</sup>

Los cuatro presupuestos aparecen en el análisis como condiciones *necesarias* y *no suficientes por sí*, que por su parte permiten también ya dar suficientes razones para la admisión excepcional de la regla; y así observamos que:

I. La afección de un *derecho personalísimo* de una *persona humana* como *causa* del crédito circunscribe en primer lugar el ámbito de aplicación del privilegio pretoriano. La situación es excepcional y límite<sup>16</sup>, donde el concurso enfrenta el daño injusto causado por el deudor a una persona humana en derechos e intereses que exceden el ámbito propio de lo comercial —a través de una actividad *generalmente* ilícita atribuible— y que conciernen a su *dignidad como ser humano* —a su *ser existencial*—, derecho cuyo carácter en lo relevante es innato, necesario, esencial, inherente y extrapatrimonial<sup>17</sup>, y que debe ser resguardado *en toda circunstancia* (arg. arts. 51 y 52 CCCN; 28, 33 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; 1 y 22 de la DUDH; 11 CADH).

En este sentido, la comunión entre *persona humana* y *afección de un derecho personalísimo* es inextricable, donde la primera justificación para la exorbitancia del privilegio deviene de encontrarnos ante una persona humana que reclama la protección de un elemento propio de su dignidad frente al concurso. De este modo, resulta entonces:

a. que, por un lado, la regla postulada no es aplicable o extensible a una *persona jurídica* en cuanto no puede predicar derechos de esta índole, en la medida en que se limita a ser un recurso técnico dotado a una colectividad de personas —o una persona— para la consecución de fines específicos, sean públicos o privados;

b. que, por el otro lado, la regla postulada no es aplicable ante el caso de un crédito que *no tiene causa* en una afección a un derecho personalísimo, sino a otra índole de derechos del deudor —observándose que no es únicamente la condición de vulnerabilidad presente al momento del reclamo la que justifica en los fallos la concreción del privilegio exorbitante, sino además un carácter particular en el origen de los créditos, constituido por daños a la salud o integridad psicofísica (en su caso sexual) de los acreedores, que el crédito, dimanado de la responsabilidad civil del deudor, pretende reparar de manera plena<sup>18</sup>—; y

c. que tampoco basta el mero hecho de ser una *persona humana* no contemplada en la normativa concursal de privilegios.

La cuestión debe enfatizarse, pues no debe confundirse este punto con la vulnerabilidad, o deducirse de él una situación de vulnerabilidad. La persona (estructuralmente) *vulnerable*, como se verá debajo, lo es primordialmente, a nuestro entender, en virtud de su *incapacidad de acceder sustancial y procesalmente al ejercicio pleno de sus derechos*; es vulnerable en contraposición a *quien no encuentra dificultades para el respeto y ejercicio de sus derechos y la tutela y reparación de sus intereses* —y no por la clase del derecho afectado del que es titular o la causa de su crédito—. De tal modo, lo que queremos decir es que no surge la necesidad del privilegio pretoriano como mecanismo de acción afirmativa ni del mero hecho de la afección de un derecho

personalísimo ni de la vulnerabilidad que atiende a una calidad distinta: la cuestión surge en cuanto una persona que *está en situación de vulnerabilidad* reclama un crédito que tiene *causa en una afección a uno de sus derechos personalísimos* —o puede verlos comprometidos, en un paso adicional—.

II. El origen *involuntario* y la *naturaleza resarcitoria* del crédito constituyen el segundo recaudo de limitación. En este sentido, con relación a lo primero, el crédito no debe reconocer actividad voluntaria alguna del acreedor que mediata o inmediatamente pudiera dar origen a él<sup>19</sup>, incluso tratándose de una afección a un derecho personalísimo. Es que —preciso es notar— la afección del derecho personalísimo de una persona física *puede provenir* de situaciones que guardan conexidad suficiente con una actividad que permite entender que el acreedor ha asumido —incluso fictamente— el riesgo de la afección y el riesgo del concurso.<sup>20</sup> Ahora bien, lo que en rigor constituye la situación de hecho considerada por los precedentes para asegurar la exorbitancia al régimen normal de privilegios es la *ajenidad*, en el sentido de que el acreedor no resultó enmarcado por una voluntad propia construible en las reglas del concurso sino a través de la concurrencia de circunstancias dañosas propias de un ámbito de influencia al que es ajeno que no tenía deber concreto de prevenir —un accidente de tránsito, una mala praxis médica, una situación de violencia sexual—. Con relación a lo segundo, no puede dejar de observarse que a esta *ajenidad* se integra a su vez el hecho de que el crédito *pretende ser una reparación plena de este daño injusto imputable y atribuible a un responsable ajeno*<sup>21</sup>, lo que importa un supuesto fáctico marcado por dos subcomponentes.

III. La situación de *vulnerabilidad estructural persistente y objetiva* de la persona física objeto del caso, receptada normativamente en la concreción de *deberes positivos de conducta para el Estado*, es el tercer condicionamiento necesario. No basta encontrarnos ante una persona humana que ha resultado involuntariamente afectada en un derecho personalísimo: la exorbitancia del privilegio está también asentada de manera concurrente en el hecho de que esta persona está en situación de *vulnerabilidad* y encuadra objetivamente en un supuesto de tutela diferenciada sustancial y procesal receptado por el ordenamiento —de manera tal que existe una discriminación positiva de origen normativo estatuyendo deberes de protección agravados, sobre la base de consideraciones estructurales—.

Este supuesto es también complejo y así divisible en dos subcomponentes fácticos: existe una situación de desigualdad estructural que conlleva una *vulnerabilidad*, pero además existe una normativa que recepta esta vulnerabilidad de manera tutelar, explícita o implícitamente. En este sentido, por un lado, la persona se encuentra en una *situación de vulnerabilidad*, lo que significa que existen condicionamientos físicos, jurídicos, sociales, políticos, económicos o culturales identificables que le impiden *sustancial o procesalmente* el pleno desarrollo de sus derechos sea en general o en particular con relación al caso concreto, sea a raíz de una condición propia inmanente, sea a raíz de una concatenación de circunstancias dada, y sea de modo permanente o temporario —pues ninguna de estas combinaciones es excluible—. En otras palabras, es *vulnerable* quien presenta, en virtud de condicionamientos objetivos existentes, una *mayor dificultad que otros* para ejercer efectivamente sus derechos, resguardarse de ataques a ellos o prevenir o sobreponerse al impacto de una eventual afección, y ello bien sea sustantivamente (v.gr., una afección directa) como también procedualmente o en su acceso (v.gr., imposibilidad de canalizar los medios preventivos, reparativos o punitivos de la afección regular y eficientemente); y ello es lo que marca la pauta de una necesaria corrección judicial (y legislativa y ejecutiva) en favor de la efectivización de la igualdad garantida constitucionalmente, y por lo que referimos al calificativo de *estructural*.<sup>22</sup>

Pero, adicionalmente, la situación requiere una justificación jurídica de la detección y tutela positiva de la vulnerabilidad en el caso. En efecto, debe existir una norma jurídica en el ordenamiento, en sentido lato, que pueda utilizarse como fundamento de un deber

jurídico de ofrecer una tutela diferenciada y preferente a cargo del Estado en vista de la vulnerabilidad detectada y que debe hacerse operativa. Generalmente, y así lo exponen los casos, la cuestión es salvada con la existencia de regímenes normativos específicos, en particular tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, que definen situaciones específicas de vulnerabilidad —fungiendo incluso como presunciones *iure et de iure*— y que concretan deberes de protección a cargo del Estado, sirviendo de tal modo la referencia específica a tales obligaciones positivas como autorización inferencial para justificar, y pasar de, la detección de una situación de vulnerabilidad (hecho) a la protección específica en el caso (conclusión derivada de la regla protectoria). Pero esto no significa, a nuestro entender, que la inexistencia de una recepción normativa específica de la situación de vulnerabilidad de índole legal o formal —v.gr., de una codificación u estatuto, o de una convención o tratado— sea impeditiva del avance de una posición protectoria. En otras palabras, si bien por un lado la detección de una situación que conceptualmente pueda encuadrarse como *de vulnerabilidad* no necesariamente debe dar pie a una protección diferenciada en el caso —pues puede ser irrelevante jurídicamente o justificada su postergación en una ponderación; y debe meritarse también que *no toda situación injusta, penosa o deplorable es una situación de vulnerabilidad en-sí*—: por el otro lado, tampoco es cierto que la inexistencia de una recepción normativa específica deba impedir que, de sí detectarse una situación *de vulnerabilidad relevante e injustificada*, el operador jurídico pueda, en tal caso, propender a una protección diferencial. Ahora bien, si es así, igualmente se requiere una *justificación jurídica* que sustente el paso inferencial, tanto en detectar la situación como de vulnerabilidad en-sí como en justificar la solución diferencial propiciada en el caso, sobre la base de elementos jurídicos relevantes —normas concretas o análogas, principios o valores—.

Con ello, lo que destacamos es que, por un lado, las normas positivas no son fuente única y válida del Derecho en nuestro sistema, y que la inexistencia de tratados o regulaciones específicas para situaciones que puedan calificarse como de vulnerabilidad no es una excusa para obviarlas (arg. arts. 1 y 2 del CCCN), pero sí que, si se penetra en mayor profundidad en los fallos en análisis, es *indispensable siempre una justificación jurídica tanto del encuadre de la situación como de vulnerabilidad y de la necesidad preponderante de su protección a través de una tutela diferenciada determinándose la existencia de obligaciones positivas específicas a cargo del Estado*, en cuyo caso el operador jurídico deberá destilar una regla de Derecho del diálogo de fuentes de modo razonable y fundado, necesariamente con base constitucional o supralegal<sup>23</sup>, so pena de recaer en una aplicación arbitraria y *desigual* del Derecho (arg. arts. 3 CCCN; 31 de la Constitución Nacional). Para ejemplificar la disquisición expuesta, observamos que los casos encuentran suficiente asidero en tratados internacionales para justificar la protección de colectivos identificados como vulnerables —discapacitados, mujeres y niñas desde una perspectiva de género, menores de edad, adultos mayores, víctimas de ataques contra la integridad sexual—, y sería posible fundar acciones protectoras en pro de otros colectivos normativamente reconocidos de manera específica —como es el caso de los consumidores o de las comunidades indígenas—. Ahora bien, véase también que, en cambio, la vulnerabilidad de una persona afectada en su *salud* (sin recaer en la discapacidad) requiere de una construcción más elucubrada para dar el mismo paso —desde definir que la afección a la salud importa una situación de vulnerabilidad jurídicamente relevante hasta avanzar hacia la obligación positiva del Estado de adoptar una acción concreta en vista de la situación de vulnerabilidad—, sin que exista un reconocimiento normativo específico de un colectivo vulnerable de ‘los afectados en su salud’ —pero sí una *garantía* de la salud—. Por otro lado, parece plausible sostener que el *analfabetismo* involucra a un colectivo identificable objetivamente en situación de vulnerabilidad, pero no necesariamente existe una regla legal positiva que importe adoptar medidas concretas para su protección en el marco de procesos comerciales en vista de dicha situación —más allá de asegurar una defensa y representación eficaz de sus intereses y sin perder de vista el *soft law* ni el derecho constitucional y convencional a la educación—; pero, a la vez, difícilmente pueda argüirse en contra de que dicha situación de vulnerabilidad existe y que existe un deber

protectorio del Estado y, en conjunto con todo lo demás mencionado, debe ser meritado como tal —pero debe construirse—.

La cuestión no es indiferente, pues justifica el privilegio en el *presente* sobre una base normativa y una situación objetiva que desplaza la cuestión de lo que sería una mera situación de la persona particular —traslada el privilegio pretoriano, a nuestro entender, de una consideración particular sobre la persona del deudor en el caso (donde siempre existen situaciones injustas en el marco de un concurso), a un encuadre normativo de la situación particular del deudor con obligaciones forzosas a cargo del Estado—. Ello es además objetivado también por las condiciones precedentes, que imponen que no basta una situación de vulnerabilidad normativamente aceptada expresa o constructivamente sino un crédito particular en cabeza de una persona física nacido de manera involuntaria por afección a derechos personalísimos. Insistimos en el punto: el privilegio exorbitante no es *personal*, ni nace fruto de apreciaciones personales en el caso por parte del juez; se determina sobre la base de patrones objetivos y normativos que se engarzan unos con otros, donde es menester que concurra un crédito de determinadas condiciones categoriales y una persona que pertenezca a una categoría estructural determinada objetivada a través de la recepción normativa; es un privilegio *tan objetivo como —o más incluso que—* encuadrar a una persona y su crédito en el carácter de titular de una acreencia laboral constituida por una indemnización por accidente de trabajo o dirigida a paliar contingencias de salud, alimentarias o “que no admiten demoras” (arg. arts. 16, 241, inc. 2, 246, inc. 1, LCQ). Finalmente, es menester en ese sentido, y por su parte, remarcar la *persistencia*: no basta la vulnerabilidad ínsita en el momento de origen del crédito; sino que ésta sea actual al momento de requerir la tutela diferenciada (lo que la justifica).

IV. En conjunto con ello, la situación de hecho expone además un elemento de injusticia que importa la adaptación equitativa a través de la exorbitancia: la aplicación de las reglas normales del concurso en materia de privilegios importa la *aniquilación* del crédito, en cuanto su percepción deviene imposible o intolerablemente dificultosa o reducida en el marco del acuerdo preventivo o la liquidación y distribución concursal. Ello resulta incompatible con la naturaleza resarcitoria del crédito, la índole de los derechos involucrados y la tutela diferenciada obligatoria; y puede hablarse entonces de una afección en el núcleo de un derecho personalísimo en infracción a normas positivas, que, por omisión de una disposición legal y pese a su raigambre constitucional con obligación a su protección, no se ve reparado ni tutelado de manera efectiva de manera sobreviniente por causa ajena a la persona afectada en un ámbito que no tenía el deber de prever. El disparador del privilegio se ubica en este vaciamiento de un derecho personalísimo de una persona particularmente tutelada por un *efecto temporal y procesal*; sacrificio que, en ponderación, el ordenamiento jurídico no puede tolerar sin ser inconsistente. En otras palabras: la situación que dimana de los precedentes es que existe un crédito reconocido cuya satisfacción es imperativa por razones de justicia reparativa; pero que es vaciado y aniquilado por a través de la normativa concursal, lo que impone la solución correctora (generalmente en situaciones de décadas de litigio que terminan *cayendo a su vez* en un proceso concursal). Por su parte, la inexistencia de este presupuesto priva a su vez de relevancia a los demás: si el acreedor involuntario, objeto de tutela diferenciada, puede ver satisfecho su crédito en la aplicación normal del régimen de privilegios, o si no existe una afección desmesurada que lo vacíe de contenido, resulta improcedente la exorbitancia reclamada; lo que expone su carácter de condición *necesaria*.

Dicho todo ello, no debe escapar, por su parte, que los distintos precedentes comparten un *contexto*: la situación se produce en el proceso concursal de una persona jurídica privada que desarrolla una actividad empresarial incidente en un mercado —con o sin fin de lucro—, generadora de externalidades. En este sentido, la acreencia es el resultado de la actividad empresarial desarrollada por el deudor, que constituye en todos los casos una persona jurídica, y el riesgo ínsito en ella. Puede preguntarse si, en cierto modo ulterior,

hay un fundamento de la exorbitancia del privilegio pretoriano en este riesgo ínsito de la actividad empresarial, con un orden de prioridad para aquellas personas afectadas por el despliegue de la actividad riesgosa del deudor y no por el mero riesgo comercial o crediticio de hacer negocios con el deudor. Entendemos que ello no es así, por dos razones: (i) la primera es que el contexto resulta *prima facie* irrelevante en la lectura de los fallos —el privilegio no es contextual, atingente a elementos propios de la actividad del deudor; sino una función de un conjunto de cuatro circunstancias particulares propias del crédito objeto de trato, independientemente del contexto—; y (ii) la segunda es que fundar el privilegio en la externalidad del riesgo empresarial puede conducir a una restricción o distensión intolerable de su alcance según se vea. Es que es irrelevante, para la procedencia del privilegio, que el contexto involucre a un deudor persona física —que desarrolle o no una actividad comercial— o a una persona jurídica que no desarrolle una actividad incidente en un mercado, en la medida en que concurren las restantes circunstancias; y no se negaría el privilegio si no hubiera una actividad comercial riesgosa. El punto trasunta en que las condiciones analizadas importan la tensión y ruptura del ordenamiento concursal frente al resto del ordenamiento jurídico, bastando de tal modo su concurrencia para la exorbitancia.

### C. Sobre el consecuente [\[arriba\]](#)

En lo que concierne al consecuente, la cuestión transita por lo siguiente: deducido y afirmado que el régimen estricto de privilegios no responde al problema planteado por este acreedor, ¿cómo puede colocárselo en un régimen de tutela preferencial? ¿Es necesario suprimir por inconstitucional el régimen de privilegios concursal o simplemente integrarlo?

Los casos postulan diferentes respuestas:

I. En CCCSI “González Feliciano” se *dejaron de lado parcialmente* los efectos del acuerdo preventivo homologado, respetándose la quita del 40% del monto del crédito verificado pero reduciéndose la espera de 18 cuotas anuales a 24 cuotas mensuales.<sup>24</sup> Ello importó como efecto —a nuestro entender— *asemejar* el crédito al crédito laboral de privilegio general o especial para ingresarlo en un pronto pago *ad hoc*, sin convertirlo plenamente en un crédito privilegiado *ajeno* al acuerdo (arg. arts. 16, 44, 47, 56 LCQ). La sentencia por su parte *no declaró* que el régimen de privilegios es en sí *inconstitucional* como premisa necesaria para apoyar la solución; sino que, tras enfatizar que ni los derechos constitucionales ni la *pars conditio* son absolutos, sostuvo en rigor que una solución *contraria* a la postulada por el juez de primera instancia sería inconstitucional.

Idéntica solución fue seguida, por su parte y con cita expresa de CCCSI “González Feliciano”, en JRos “Hospital Italiano Garibaldi”, donde se procedió a declarar *inconstitucional la aplicación en el caso al actor del acuerdo preventivo* y en virtud de ello adelantar el pago de la acreencia *para el actor*, modificándose los términos del acuerdo manteniendo la *quita* pero reduciendo la espera, al imponer un pago del monto verificado en veintiocho cuotas —cuatro de ellas con la sentencia, en tanto ya iban cumplidas cuatro cuotas del acuerdo preventivo, y el resto en veinticuatro cuotas mensuales consecutivas—. <sup>25</sup>

II. En JNCom 20 “Institutos Médicos Antártida” y “Asociación Francesa”, en cambio, el Dr. Malde entendió: (a) que el sistema de privilegios concursales es incompatible con normas constitucionales tutelares de derechos prioritarios de un menor discapacitado, y que existe una incongruencia en el legislador que omitió contemplar esta clase de derechos y situaciones en la asignación de privilegios para, en cambio, asignar privilegios a acreedores hipotecarios o situaciones equivalentes como la indemnización por accidentes de trabajo;



y (b) que existe al mismo tiempo una obligación específica del Poder Judicial, como poder del Estado, de fallar considerando la integridad del ordenamiento positivo y jerarquía de normas vigente, y ejecutando las obligaciones positivas dimanadas de los tratados internacionales –de índole operativa–; en virtud de lo que corresponde entonces: (a) *apartar determinadas normas del ordenamiento de privilegios concursales* mediante la declaración de *inconstitucionalidad de oficio* para evitar fallar *contra legem* a través de la postergación del derecho constitucionalmente superior; y tras ello (b) establecer un privilegio *en primer orden de preferencia* frente a todos los demás créditos<sup>26</sup>, de carácter *especial* y de *prioridad absoluta* para el caso del crédito del menor discapacitado, inclusivo de intereses por dos años, con derecho a un *pronto pago inmediato*.<sup>27</sup> Esta solución es confirmada, eventualmente, por la Corte Suprema, que procede a declarar la inconstitucionalidad de las normas concursales involucradas –arts. 239, prim. párr., 241, 242, parte general, 243, parte general e inc. 2, LCQ– y conferir un “...privilegio especial de primer orden en los términos en que fue reconocido por el juez de primera instancia”<sup>28</sup>.

La solución es razonable y fundada, aunque brega algunas preguntas, tanto con relación al carácter del privilegio concedido como a la necesidad de la declaración de inconstitucionalidad.

Con relación a lo primero, entendemos que la constitución de un privilegio especial proviene de una intención de evitar una mayor afectación del régimen de preferencias concursales<sup>29</sup>. Sin embargo, esta intrusión legislativa que el magistrado procura evadir se da indirectamente en cuanto se mantiene que el privilegio es de “...primer orden o rango, de prioridad absoluta...”<sup>30</sup>, ordenándose un pronto pago inmediato<sup>31</sup>, y se crea pretorianamente un asiento especial difícilmente justificable en cuanto importa una limitación de un crédito que previamente se declaró de prioridad absoluta bajo normas convencionales, constitucionales y legales<sup>32</sup> manteniéndose la aplicación del art. 244 LCQ para evitar un enriquecimiento sin causa<sup>33</sup>. De tal modo, no parece necesario ni congruente declarar un privilegio *especial* con lo que ello conlleva, particularmente en lo que hace a la búsqueda de un asiento para un crédito resarcitorio que previo a ello tenía como garantía la integridad de los bienes del deudor; siendo igual o menos afectivo del régimen legal limitarse a declarar la existencia de un *privilegio general* con sus pertinentes intereses pagadero de manera previa a los créditos de privilegio especial pero alcanzado por la reserva de gastos del art. 244 LCQ. Ello de manera tal que, en el marco de una distribución, el orden a seguir resulte de deducir primero la totalidad de los importes correspondientes a la reserva de gastos del art. 244 –pues, como se señala en el fallo, el acreedor privilegiado de manera exorbitante *también* se beneficia de la actividad que conlleva la reserva de gastos–, para pagar *luego* al acreedor de privilegio exorbitante<sup>34</sup>, y sólo tras ello, con el remanente de sus respectivos asientos, a los acreedores con privilegio especial conforme el orden de preferencias. Esta, entendemos, es la única manera de ser consistente con la afirmación de que estos créditos son merecedores de una prioridad absoluta atento su naturaleza resarcitoria por la afeción de derechos personalísimos y la existencia de una condición de vulnerabilidad, pues limitar la reparación a bienes específicos mantiene una discriminación no particularmente justificada a favor de otros acreedores.

Con relación a lo segundo, la introducción pretoriana del privilegio exorbitante en el sistema no parece necesitar la declaración de *inconstitucionalidad* –salvando el caso quizás del art. 239 LCQ y en su caso el 2547 CCCN o 3876 Cód. Civ., aunque notamos la argumentación del Dr. Malde en que *está aplicando la ley*<sup>35</sup>–; sino que puede explicarse en una lectura y aplicación integradora y coherente de todo el sistema normativo conforme su orden de prelación jerárquica para evitar una solución contraria a normas vigentes y principios y valores receptados positivamente. Es decir, puede salvarse solucionando la aparente inconsistencia textual al explicar que en el fondo las normas son *compatibles* entre sí pues la regla *está contenida* dentro del ordenamiento normativo (arg. arts. 1 y 2 CCCN; 28 y 31 de la Constitución Nacional)<sup>36</sup>. En otras palabras: puede

afirmarse que el régimen de privilegios concursal se mantiene y es en principio constitucional pero que, compatibilizado con normas superiores, éstas introducen e insertan necesariamente un privilegio adicional de características propias de concurrir circunstancias excepcionales para salvaguardar la coherencia del sistema, norma que se encuentra ya y existe dentro del sistema con fundamento positivo; pues bien leída la norma el legislador no puede querer excluir a quienes manda al mismo tiempo incluir.<sup>37</sup> A mayor abundamiento, cabe cuestionar el efecto práctico: declarados inconstitucionales y *suprimidos* determinados artículos de la LCQ en el marco de un incidente de un proceso concursal, ¿la declaración e integración extiende su vigencia *para todos los supuestos del concurso*? ¿O se trata de una supresión parcial a los efectos de no invalidar la norma introducida para el caso particular? ¿No es ello lo mismo que *desplazar* la normativa concursal con una introducción de una regla adicional manteniéndola no obstante? Esto parece aconsejar como propicia la solución de “González Feliciano” y de los fallos siguientes: es la solución contraria la que *sería* inconstitucional, evitada por la corrección e integración del sistema de reglas.

III. En CCom “Obra Social Bancaria” el voto se limita a propiciar el pronto pago de la acreencia, sin pronunciarse sobre su privilegio, pero remarcando que es innecesaria la declaración de inconstitucionalidad en tanto y en cuanto “...es evidente que no existe una contradicción de orden legal ni un vacío normativo que, para reconocer el derecho prioritario del menor discapacitado a percibir su crédito en forma apropiada a los tiempos que su especial situación requiere, imponga declarar la inconstitucionalidad del régimen de privilegios del ordenamiento concursal. Basta con aplicar la ley vigente integrándola de acuerdo al orden jerárquico establecido” (cdo. 5.f). Idéntica solución se mantuvo en CCom “Obra Social del Personal Gráfico”, y similar solución se expone en CCom “La Economía Comercial”, que se limita a declarar el pronto pago de la acreencia, más allá del carácter del crédito (parcialmente con privilegio general y quirografario por el saldo); así como en CCLP “Persini”, que ordena el pronto pago de la acreencia.

IV. En CCom “Fundación Educar” el voto mayoritario evitó pronunciarse sobre el carácter del privilegio e incluso acordarlo, estimando que resultaba irrelevante en el marco de un concurso con un acuerdo que afectaba a acreedores quirografarios y privilegiados por igual, optando en consonancia declarar el crédito como intangible, e invulnerable a los efectos del concurso y acuerdo —dicho de manera inversa: declara expresamente inoponibles los efectos concursales a su respecto—<sup>38</sup>, adaptando con ello la solución de “V., M. J. s./ concurso preventivo”.<sup>39</sup> El Dr. Barreiro, por su parte, sostuvo una solución similar a la del Dr. Malde, al considerar imposible evadir la normativa concursal sin la declaración de inconstitucionalidad de sus reglas, lo que extiende a los arts. 19, 54, 55 y 56 de la LCQ, postulando a su vez que el crédito de K.M. goza de un “privilegio autónomo” con derecho a cobro preferente en relación a los demás acreedores concurrentes y a los que en el futuro pudieran incorporarse y disponiendo el pago íntegro e inmediato de la acreencia, que escapa por su parte a los efectos del acuerdo.<sup>40</sup> Esta fue también la posición del Ministerio Público Fiscal, aunque con referencia a la *inconveniencia* de la normativa y donde la justificación de la inoponibilidad del acuerdo deviene, además, de la imposibilidad de prestar consentimiento a él.<sup>41</sup>

Con todo ello, observamos que las notas concurrentes en las diversas soluciones son las siguientes: (i) el crédito es de pago inmediato y prioritario, en la medida de lo posible pleno —aunque sujeto según el caso a efectos concursales como la quita prevista en el acuerdo, cierta espera, o sufrir la reserva para los gastos del concurso, o limitación de los intereses—; y (ii) el crédito es sustraído de la concurrencia de acreedores para ostentar un primer rango y orden de pago, excluyente de los demás créditos privilegiados especiales o generales, así como de los quirografarios. El mecanismo para ello en dos casos, uno convalidado por la Corte Suprema, es la creación de un privilegio especial. Los otros dos casos, en cambio, no se pronuncian sobre el punto concretamente, sino que posicionan el crédito en un ámbito de autonomía extra-concursal parcial —pero sin declararlo

privilegiado—. Una línea de pensamiento subsidiaria postula que, en rigor, debería tratarse de un privilegio general autónomo. Ésta es, a nuestro entender, la solución correcta.

Es que, sintéticamente y como se dijo, la interferencia legislativa del juez es la misma tanto si declara al crédito privilegiado como general que si lo hace como especial, con el aditivo de que al declararlo especial debe proceder a crear un asiento cuyos límites resultan más o menos subjetivos y arbitrarios según el caso particular y concreto. Esto es además inconsistente con el principio de reparación plena que alumbra a los créditos, produciéndose finalmente en una limitación de una garantía que antes de ser declarada como privilegiada tenía como asiento a la integridad del patrimonio del deudor. No negamos que todos los créditos sufren modulaciones en un concurso en atención a la insolvencia, pero aquí es una adaptación *ex post* (no *ex ante*) paradójica; donde por intentar corregir el problema que deviene de ser un crédito quirografario al privilegiárselo especialmente el asiento que respalda el crédito se ve necesariamente reducido. De la misma manera, idéntica interferencia sin beneficio adicional alguno deviene de declarar el crédito como privilegiado general “...de primer orden o rango, de prioridad absoluta”, excluyente de otros créditos privilegiados generales o especiales, que de declararlo especial “...de primer orden o rango, de prioridad absoluta”, excluyente de otros créditos privilegiados generales o especiales. En ambos casos se está introduciendo una nueva categoría de crédito privilegiado en el sistema en un lugar particular en el orden de pago; y parece más consistente, dada la naturaleza resarcitoria y particulares condiciones del crédito beneficiado con el privilegio exorbitante, que sea introducido con carácter general en dicho orden de pago, alcanzando la integridad del patrimonio, sujeto igualmente a las reservas y previsiones de gastos del concurso —pero sin limitaciones de intereses, lo que es inconciliable con los fundamentos de fondo de la exorbitancia dirigidos a asegurar un resarcimiento pleno y evitar la aniquilación crediticia por efecto temporal, por un lado, y del régimen concursal, por el otro—. El problema de la inclusión forzosa por lógica categórica en los efectos del acuerdo preventivo, por su parte, resulta de fácil solución en algo que es intuido a lo largo de los fallos: esta clase de créditos (y los acreedores que los acompañan) constituyen una *categoría propia*<sup>42</sup>, de características especialmente demarcadas, no subsumible en otras categorías (quirografarios, privilegiados) en los términos de los arts. 41 y 42 LCQ. Es indiferente que exista un acuerdo preventivo para esta clase de acreedores si no han sido contemplados particularmente en una categoría específica y propia del acuerdo al que hayan prestado conformidad —si lo han sido, el problema del fallo no debería existir— y al no ser quirografarios escapan a la lógica del *cramdown* del 52 LCQ. Son créditos de categoría propia o *sui generis*, que es lo que se quiere sugerir al tratarlos de “autónomos” o “extra-concursales”.

Concordantemente, el consecuente deviene, conforme lo expuesto *supra*, en que, reunidos los presupuestos fácticos del antecedente ya demarcados, esta clase de créditos *goza de un privilegio general prioritario de categoría propia y de pago pleno e inmediato*.<sup>43</sup> A ello nos atrevemos a agregar que, en rigor, no parece necesaria la declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursal, pues dicha regla no es sino un derivado de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico *positivo* que, en condiciones a su vez excepcionalísimas y de tensión extrema y declarando la excepción, se limita a tornar coherentes entre sí las disposiciones del sistema. Es una regla que *ya existe* en el sistema y que es descubierta en el análisis sistemático del ordenamiento y coherente con el régimen concursal —partiendo incluso del mismo principio de necesaria diferenciación de los acreedores para asegurar la igualdad real—; no una norma negatoria e incompatible con aquél.

#### D. Notas sobre las razones de la regla [\[arriba\]](#)

Las críticas a la regla postulada, por su parte, encuentran dos pilares fundamentales:

i. por expresa disposición normativa, el sistema de privilegios es de origen legal y taxativo, lo que encuentra razón suficiente en la distinción que introduce entre personas que deben ser iguales y una necesidad de publicidad y transparencia en torno al alcance y prelación de las afectaciones a un patrimonio que constituye la garantía del crédito (arg. arts. 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional; 15, 242 CCCN), donde además existiría, de lo contrario, una intervención impropia de los jueces para la concreción de obligaciones que en rigor son política de Estado que debe verse reflejada legislativa o ejecutivamente y cuyo cumplimiento no compete producir a los acreedores concursales particulares en sacrificio propio; y

ii. la inconveniencia de la inmisión de una judicatura activista en materia en principio reservada al legislador con criterios no necesariamente objetivos, lo que conlleva un riesgo de inseguridad jurídica y asistematicidad.<sup>44</sup>

Las críticas, no obstante, resultan o bien dogmáticas o bien efectistas.

En el caso de la primera, como es suficientemente argumentado en los fallos objeto de análisis, el privilegio exorbitante reconoce un firme fundamento en normas positivas, en su caso de mayor jerarquía que el régimen civil o concursal de privilegios; y la interpretación integradora del ordenamiento jurídico como sistema es también un deber de origen legal (v. arts. 1, 2 y 3 del CCCN; 28, 31 y 75 inc. 22, de la Constitución Nacional; 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Limitar la lectura a la letra de una colección de artículos de *una* ley, soslayando la evolución legislativa y axiológica del Derecho, los principios y valores que lo informan, e incluso la propia contradicción ínsita en la diferenciación de algunos pero no de otros contra un sistema constitucional y convencional de tutelas diferenciales obligatorias y la inconsistencia resultante del sistema y del legislador; constituye una aplicación dogmática y parcial de la ley contraria, al final del día, al ordenamiento jurídico vigente. Bajo la apariencia de aplicar la ley en deferencia al deseo expreso del legislador o a la separación de poderes, se deja de lado y anula toda una serie de normas preponderantes. Más aún, es deber y función de los jueces fallar aplicando la *totalidad* del Derecho conforme su jerarquía, y la hermenéutica es *inescindible* de la labor jurisdiccional —*incluso para decir que no corresponde efectuar en virtud de otros valores y principios la corrección postulada por el privilegio exorbitante*—; y detrás de la aparente deferencia a la delimitación propia de los poderes del Estado aparece un abandono de la función de los jueces y de su carácter propio como miembros de uno de los poderes del Estado y las obligaciones que ello conlleva para el modo de dictar sus fallos.

De la misma manera, no puede sino observarse que la lectura del término “*ley*” de los arts. 239 LCQ y 2547 CCCN es particularmente estrecha, circunscripta a la ley formal; cuando no es particularmente aberrante una lectura que entienda decir que los privilegios deben tener fundamento en la ley en un sentido amplio o material, es decir, *normativo*, no *exclusivamente legal* —y que la proscripción en realidad responde a que los privilegios no se funden en acuerdos *particulares* sin respaldo normativo positivo—. También se observa que semejante lectura esconde un acto de fe ciega en el legislador y en la propia consistencia, y resulta factible preguntar al operador jurídico *si en todos los casos* aplica el rigor legal estricto sin apartarse de la letra de la norma o construir interpretaciones exceptivas, integradoras o correctoras de la norma, o si es únicamente en este caso donde defiere ciegamente a la imposibilidad de excepcionar. Es que, si pretende defenderse la igualdad a rajatabla bajo la prédica de que los privilegios deben reconocer fundamento objetivo en una ley que los instituya explícitamente, el operador debe conceder que, para ser consistente con la defensa de la igualdad, en otros casos donde se sienta tentado a corregir la ley para atemperarla donde la solución es injusta o integrarla para cubrir lo no contemplado, debe abstenerse de hacerlo si no lo haría en este caso. De lo contrario está negando a unos lo que, por fundamentos similares, concedería a otros.<sup>45</sup> *Dura lex sed lex*, pero ya el Estagirita concedía que ello no es justicia.<sup>46</sup>

Atado a ello, una crítica aparte merece el argumento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, en “Asociación Francesa” y su antecedente, “Institutos Médicos Antártida”, dirigido a separar el *derecho dañado*, el *daño resarcible*, y la *obligación de reparar*<sup>47</sup>; cuyo objetivo es reducir la obligación indemnizatoria a un monto pecuniario, integral del patrimonio del acreedor, derecho “...relativo, patrimonial, transmisible y renunciable”, a modo de suavizar su absorción por el régimen de privilegios y la consecuente dilución, posibilitando el paso argumentativo para decir que *dado que* no está afectado *directamente* un derecho personalísimo, si no únicamente el *pago de su reparación reconocida en sentencia firme*, no existe en rigor una incompatibilidad normativa. La precisión técnico-conceptual es innegable; son conceptos que en la dogmática jurídica existen distinguibles. La cuestión es si semejante distinción es útil, tiene efectos prácticos o es siquiera interesante. Más aún, la cuestión es si dicha distinción es admisible. A nuestro entender, la disquisición efectuada es un intento de separar entidades inextricables por su propia naturaleza para poder habilitar un paso conceptual injustificable: la obligación reparativa del daño es la contracara de un daño, y en su caso la contracara de una afección de un daño a un derecho personalísimo, dirigida a integrarlo en lo que fue vulnerado, alcanzando de tal modo la justicia en la reparación. No es meramente crematística, y si no es posible distinguir los créditos en función de sus causas y las situaciones objetivas de sus titulares, reduciéndose todo a un derecho pecuniario, sería menester que se explicara en consonancia cómo y por qué el legislador y el juez pueden distinguir a los créditos laborales y a las indemnizaciones laborales de otras obligaciones pecuniarias para privilegiarlas, y en particular a aquellos acreedores laborales que requieren un pronto pago en razones de urgencia, pero no obstante encuentran dificultades para separar una obligación pecuniaria nacida para reparar la afección de un daño en la integridad sexual de aquella nacida en una operación de compraventa de materia prima; y *por qué* además deberíamos dar la misma entidad jurídica como comunidad o jueces, ignorando la causa de origen o la situación objetiva de vulnerabilidad de uno de sus titulares. Al mismo tiempo, yendo más allá, no es factible separar la responsabilidad de su eje unificador y delimitante que es el daño —en su prevención, reparación o punición—. Hay una idea de justicia ínsita en la responsabilidad que reside en la injusticia propia del daño sufrido por la víctima, y la obligación de reparar tiene su causa en el daño injusto, es una *reacción al* daño injusto propiciada por el sistema; de lo que se sigue que separar los conceptos idealmente no sólo no coincide con la realidad del sistema normativo estructurado, sino que constituye además una *disociación peligrosa* del fin concreto y la axiología que persigue la obligación reparativa, donde la cuestión trasunta por asegurar la indemnidad de la víctima afectada en sus derechos e intereses lícitos. Ello, más aún, cuando tratamos con víctimas afectadas en derechos personalísimos que la indemnización procura restaurar; lo contrario es vaciar de contenido la diferencia de categorías de derechos y el sentido propio del término derecho personalísimo como prerrogativa innata y esencial

Por su parte, los argumentos de la asistematicidad y la inseguridad, atados ambos al argumento de la publicidad, son por su parte dogmáticos en su abstracción y efectistas en la pendiente resbaladiza que sugieren. Los casos son, ciertamente, excepcionales, como demuestra la escasa jurisprudencia existente. Su procedencia es también excepcional, pues deben estar reunidas cuatro condiciones estrictas distintas conjuntamente, dos de ellas con subcomponentes también específicos; lo que debe ser acreditado por el pretendiente y eventualmente fundado por el magistrado (arg. arts. 3 CCCN; 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Resulta difícil creer que existirá un aluvión de casos que comenzarán a generar excepciones pretorianas para supuestos no previstos por la regulación ya existente —que en su caso además no se hubieran presentado aún—; e incluso si ello fuera así, tampoco es problemático, sino parte misma del funcionamiento y evolución del Derecho, que no es estático, sino dinámico e histórico, donde la jurisprudencia juega un rol que le es esencial en la *integración* del sistema como fuente de Derecho a través de la solución de casos concretos, *tornando coherente* el sistema en su aplicación argumentativa —postulado y premisa que nos resistimos a creer sea debatible,

o que al menos constituye un dato empírico, si no se lo concede como parte del *deber ser*—

En este sentido, observamos a mayor abundamiento que:

i. si se trata de la solución de un caso que reúne las condiciones analizadas, la inercia de la igualdad de solución, que por su parte está debidamente fundamentada en razones de fondo, conlleva la previsibilidad de la aplicación de la regla, que en su caso resultará perfectible a través de su discusión y aplicación crítica —y de lo que se trata para el operador jurídico es de argumentar y debatir críticamente en favor de la *perfección* de la regla o justificar *razonablemente* la improcedencia de su aplicación, *rebatiendo* los argumentos positivos ya expuestos en los precedentes, no limitarse a la referencia a la norma específica del art. 239 LCQ—<sup>48</sup>; y

ii. si se trata de la solución de un caso que no reúne las condiciones analizadas, o bien la solución es improcedente y previsiblemente así, o bien el magistrado deberá fundamentar razonablemente que la regla debe aplicarse a pesar de ello con los pertinentes ajustes o que una regla distinta, nueva, es de aplicación; y el problema entonces es nuevamente una cuestión de fundamentación razonable de la decisión judicial, de argumentación jurídica —y pensamos por ejemplo en el caso de acreedores vulnerables pero no involuntarios; o de acreedores involuntarios no vulnerables pero masivos; además de las ya referidas situaciones que el magistrado pueda fundadamente catalogar como *de vulnerabilidad* en términos jurídicos pero que carezcan de un régimen específico que consagre obligaciones positivas de tutela diferenciada—.

De tal modo, si el magistrado cumple su carga, nos encontraremos ante la aplicación fundada de una regla preexistente, en su caso con ajustes, o bien ante una nueva regla cuyos argumentos y conclusiones deben ser rebatidos o perfeccionados; que es cómo funciona la jurisprudencia como fuente de Derecho y su *esencia de ser*. Si el magistrado no cumple su carga, el sistema reúne suficientes contrapesos para asegurar la corrección de la decisión, sea procesales a través del sistema de recursos, sea extraprocesales a través de la discusión crítica doctrinaria<sup>49</sup>. La sistematicidad y publicidad se preservan en el refinamiento y consolidación de las reglas de los precedentes a través de la crítica sistémica; donde el Derecho es clarificado e integrado por las reglas judiciales, eventualmente receptado por el legislador; y ello porque es un dato dado e irrefragable que el legislador *no puede preverlo todo*. Este dato es, por su parte, una constante en la práctica concursal y connatural a los operadores jurídicos<sup>50</sup>. Así, insistimos, no existe en realidad un riesgo de asistematicidad mediante la proliferación de privilegios inconsecuentes contrario a la publicidad y rigor necesarios de un sistema de privilegios concursal: no apoya ello la evidencia empírica donde el caso concreto es verdaderamente excepcional, y no apoya ello el funcionamiento propio y correcto del sistema, donde las reglas jurisprudenciales son destilaciones que deben ser fundamentadas concretamente, tienen un proceso de depuración, y sufren un proceso de discusión crítica, adquiriendo en ello mismo publicidad; siendo por su parte *función necesaria* de la jurisprudencia la integración del Derecho en la solución de casos concretos que así *adquiere status* de fuente objetiva de Derecho y que el operador tiene un deber (y necesidad) de conocer.

Y con relación al sacrificio de los acreedores concursales particulares para garantizar derechos que competiría garantizar al Estado, el argumento es artificioso. El problema radica en la presentación *al concurso* de un *acreedor también particular y también acreedor que reclama frente a un particular que lo ha afectado también en sus derechos y que ha devenido insolvente*, y el *quid* estriba en garantizar derechos fundamentales personalísimos en el marco del concurso y en la aplicación de la norma concursal con relación a un crédito concreto sin que pueda por su parte el juez desprenderse de las obligaciones que le competen en la aplicación de las normas y como parte del Estado ni olvidarse que el concurso *no es otra cosa que un régimen de distribución de sacrificios*—

con lo que señalamos que la distinción es espuria y no se pretende imponer a los acreedores concursales el financiamiento de viviendas municipales—.

Con ello, no puede olvidarse entonces que la *pars conditio creditorum* es pasible de crítica. También lo es el régimen de privilegios concursales. No constituyen elementos sacrosantos. Si se pretende aplicarlos de manera absoluta en un caso concreto, contra la integridad de razones positivas para no hacerlo, debe *fundamentarse razonablemente* por qué *debe ser así*, no bastando la reiteración de fórmulas tradicionales con relación a la interpretación restrictiva, el carácter taxativo, el cuidado por el sacrificio de los acreedores o la inexistencia de un texto explícito en la consagración del privilegio —cuando se admite sin cortapisas en otros casos que las normas internacionales son directamente operativas—. En casos que reúnen las condiciones analizadas, resulta *manifiestamente* contrario a normas positivas vigentes, a la axiología del sistema constitucional y convencional vigente en nuestra comunidad política, y a principios *consagrados ya* como *ius Gentium*, mantener el régimen concursal de privilegios sin adaptación alguna para ingresar una solución al caso. Si se trata de distribuir de manera justa el sacrificio entre los acreedores derivado de la impotencia patológica del patrimonio del deudor; de *resolver de manera justa el problema de la insolvencia en pro de la paz social y el afianzamiento de la justicia*, sabiendo de antemano que *no todos podrán concurrir a sentarse a la mesa a beber del cántaro y partir el pan*, resulta inlaudable que el acreedor que sobrevive en una situación límite cuyo crédito viene a reparar un daño existencial que la falta de pago agrava, encontrándose comprometida su dignidad como persona, debe ser el primero en cobrar. De lo contrario debemos encontrar una mejor razón tanto en nuestro sistema normativo como de valores como comunidad que justifique la postergación, y debemos preguntarnos concretamente cuál es el rol que pretendemos de los jueces, siendo *consistentes* en ello para *todos* los casos. Cada aplicación del Derecho en un caso concreto requiere preguntarnos si es *justo*. No puede partirse de la base indiscutida de que la solución legal es correcta.<sup>51</sup> Entendemos, conforme hemos introducido al principio, que el privilegio es un instituto que brega por concretar una igualdad real; y que es tarea de los jueces aplicar íntegramente un Derecho que es único, sin evadir los casos difíciles, sino destilando la verdadera regla que existe ínsita en el sistema de manera fundada. El privilegio exorbitante del acreedor involuntario y vulnerable, por un crédito resarcitorio derivado de una afección a un derecho personalísimo, es la concreción jurisprudencial de la garantía de la igualdad en una situación de tensión límite de la justicia distributiva, con fundamento positivo, axiológico y objetivo, donde es la persona que más tiene para perder y más rezagada está la que toca la puerta del concurso solicitando se tenga a bien darle lo que se le debe.

## E. Conclusión [\[arriba\]](#)

La ley n.º 24.522 fue sancionada en 1995, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994. El caso “González Feliciano” fue resuelto de manera definitiva en el año 2006. En 2009 el VII Congreso Nacional de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia propició la necesidad de reformar el régimen de privilegios concursales para incluir a los acreedores involuntarios. La ley n.º 24.522 ha sido modificada en 1997, 2002, 2006, 2011 y 2015 —leyes n.º 24.760, 25.563, 25.589, 26.086, 26.684, y 27.170—. El Congreso de la Nación también sancionó un nuevo Código Civil y Comercial en el año 2014, modificando sustancialmente el ordenamiento positivo e incluyendo un régimen civil de privilegios. No obstante el régimen de privilegios concursal no ha sido modificado. Parece claro que esperar una respuesta del legislador en materia de política pública para armonizar el régimen de privilegios con las normas y directivas constitucionales y convencionales puede ser una tarea estéril. Ahora bien, es necesario *resolver* los casos que se traen ante la jurisdicción y *fallar*. Es más, es necesario fallar de manera razonablemente fundada.

En este sentido, no es posible desentenderse hoy del problema del acreedor involuntario y vulnerable. La doctrina es profusa, y ha avanzado ya a supuestos no analizados aquí —e.g., caducidad del dividendo concursal<sup>52</sup>, créditos alimentarios<sup>53</sup>, su consideración de oficio<sup>54</sup>—; y la profusión de los trabajos no es sino un corolario de la centralidad del problema —la transversalidad de la patología concursal, la mirada axiológica, constitucional y convencional del Derecho, el problema de la igualdad y quien debe cargar con el sacrificio, y la necesidad de tomar decisiones sobre privilegios ante la desidia legislativa—. El trabajo expuesto no pretende agotar la literatura ni el supuesto de los acreedores involuntarios y vulnerables. Su pretensión es más modesta: derivar la regla judicial que los precedentes existentes hoy exponen a partir de sus rasgos comunes, lo que puede permitir delimitar el concreto rango de aplicación de lo que *hoy* es derecho pretoriano. De tal modo, hemos expuesto que el antecedente fáctico que el operador jurídico debe ubicar es tetrapartito, y el caso debe: (i) tratar de una *persona humana* que ha sido afectada en un *derecho personalísimo*, (ii) dando pie a un crédito *resarcitorio* de carácter *involuntario* —i.e., donde no ha existido voluntad inmediata ni mediata en el otorgamiento de un crédito—, (iii) donde dicha persona se encuentra —de modo intersubjetivamente apreciable— en una situación de vulnerabilidad estructural frente a la que existen obligaciones positivas del Estado de proveer tutela diferenciada o protección directa, generalmente plasmadas en normas positivas supraliberales, y donde (iv) la sujeción de tal crédito a las reglas concursales normales en materia de privilegios importa la efectiva aniquilación del crédito, sea por someterlo a los efectos del concurso y del acuerdo preventivo, sea por postergarlo en la distribución del activo falencial. La consecuencia de ello difiere entre los precedentes, pero es plausible sostener que lo *consistente* es definir que dicha clase de créditos gozan de un privilegio general prioritario de categoría propia y son de pago pleno e inmediato, sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad del régimen concursal de privilegios de antemano.

Existen, por su parte, buenas razones para sostener la regla expuesta y su aplicación en los casos concretos. Los argumentos contrarios expuestos en fallos y trabajos determinados no parecen suficientes para excluir su aplicación: el privilegio exorbitante no deja de estar apoyado en fundamentos normativos positivos de mayor jerarquía, ser atendible en una ponderación valorativa de los intereses y derechos en juego, constituir una efectiva concreción de la igualdad material en la aplicación equitativa del Derecho propia de la tarea judicial —máxime ante la pereza del legislador— y la sistematicidad deviene de la perfilación de la regla a través de la discusión crítica entre operadores jurídicos. ¿Significa ello que la regla no es perfectible? Lejos de. Basta observar que los precedentes no reunían varios acreedores vulnerables e involuntarios existentes al mismo tiempo concurriendo al pasivo concursal. Todavía no sabemos ni podemos decir *cómo* deben concurrir entre sí, en qué orden, con qué preferencias. Tampoco cómo podemos y si debemos distinguir acreedores involuntarios no vulnerables de vulnerables con créditos de idéntico origen; o de acreedores involuntarios no vulnerables pero en situaciones de urgencia o masivos. Pero ello es lo que es, un asalto en la inarticulada construcción del Derecho. “Naturalmente es una tarea sobrehumana. Pero se llaman sobrehumanas aquellas tareas que los hombres emplean mucho tiempo para desarrollar; eso es todo”<sup>55</sup>.

## Notas [arriba]

1Por recordar el temperamento de Sieyès, Emmanuel, “Ensayo sobre los privilegios”, en *Escritos de la revolución de 1789*, trad. y ed. por Ramón Maíz, (Madrid: Ediciones Akal, 2020) 53.



2Grosman, Lucas S., *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, (Buenos Aires: Librería, 2008) 78-102: “[l]a igualdad estructural de oportunidades aspira a igualar el impacto de la estructura social sobre las oportunidades de las personas” (p. 85); Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, 3ª ed., actualizada por Pablo Luis Manili, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016) 2:121-8; Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, 3ª ed., (Buenos Aires: La Ley, 2010) 1:687-703.

3Aunque, recordando la observación de Maffía, esta afirmación no está exenta de matices y es incluso romántica, pues los privilegios son también producto del éxito del *lobby* de turno. V. Maffía, Osvaldo J., “‘Prior in tempore’ versus ‘par conditio’”, en *La Ley* 1996-D, 1609 y ss., TR LALEY AR/DOC/16578/2001. Resta, no obstante, la afirmación de que existen privilegios que es preciso permitir en razones de estricta justicia. La cuestión entonces es determinar sus límites y orden, lo que es el segundo punto de Maffía: “[u]tópica la eliminación total, pero imprescindible el desbroce”.

4Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Barbarella S.A.C.I.F.I. s./ concurso preventivo”, Buenos Aires: 17 de octubre de 1978, *Fallos* 300:1087: “...el principio concursal de la *par conditio creditorum* —que el recurrente estima lesionado por la norma impugnada [art. 1 de la ley n.º 20.595, que introdujo como recaudo de la presentación en concurso preventivo la acreditación del pago y las cargas sociales de los trabajadores en relación de dependencia]—no implica necesariamente una mera proporción matemática calcada sobre las relaciones conmutativas previas al estado concursal, sino un criterio orientador del reparto basado en una justa distribución de los bienes; en ello ha de reconocerse amplitud de acción a la prudencia legislativa, habida cuenta que depende de un conjunto de factores que pueden insinuar distintas soluciones posibles, e incluso variar de acuerdo a circunstancias sociales o económicas. [...] ...por lo demás, la congruencia de una norma con los principios constitucionales no ha de ser apreciada exclusivamente dentro del marco del sistema particular del que forma parte, sino en el conjunto del orden jurídico y conforme a sus fines y razón de ser en función del bien común general” (cdos. 6 y 7); íd., “Marrone, Roberto c./ Egom S.C.A. s./ quiebra s./ ejecución hipotecaria”, Buenos Aires: 12 de noviembre de 1981, *Fallos* 303:1708, “...lo que tal pauta da es un criterio orientador del reparto basado en una justa distribución de los bienes, pero no implica necesariamente una mera proporción matemática entre todos...” (cdo. 15). V. tmb. la disidencia del Dr. Rosatti, cdo. 13, en Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s./ quiebra s./ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, Buenos Aires: 6 de noviembre de 2018, *Fallos* 341:1511 (“CSJN: Asociación Francesa”).

5García Martínez (h.), Roberto, “Igualdad de los acreedores en los concursos (par conditio creditorum)”, *La Ley* 1981-B, 1024 y ss., TR LALEY AR/DOC/14674/2001; Graziabile, Darío J., *Instituciones de derecho concursal*, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018) 1:7-19, 27-37, 256-63; y 5:655-671; Raspall, Miguel Ángel y María Laura Raspall, *Derecho concursal de la empresa*, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2014) 2:288-303; Villanueva, Julia, *Privilegios*, (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004) 14-25 —quien define el privilegio como: el “...instrumento técnico creado por el legislador para reconocer prioridades al efecto [del cobro], [...] del que se deriva la posibilidad que la ley reconoce a ciertos créditos, de afectar a sus pagos todo o parte del producto de ciertos bienes del deudor —o de su totalidad—, sin compartirlo con los que se encuentran por debajo de ellos en aquel orden”, justificado en que “...los créditos que participan del reparto derivan de causas diferentes y, a priori, no hay ninguna razón para predicar que entre ellos se plantee un equilibrio similar al que existe entre el peso de la deuda asumida y la prestación prometida en una relación de cambio. Habrá entonces que proceder con cuidado, pues la justicia —en este caso distributiva—, no se predica en abstracto: carentes esos créditos concurrentes de aquel ajuste, la aplicación a rajatabla del principio igualitario, sin aprehensión de situaciones que merezcan ser distinguidas, puede llevar a un resultado

opuesto al que mediante ese criterio se quiere asegurar. En ese contexto se inserta la labor legislativa de comparación de créditos concurrentes en el concurso. De ella resultarán sus diferencias y similitudes: las primeras exigirán un tratamiento distinto para sus titulares; mientras que las segundas harán lo propio para fundar la igualdad de trato entre quienes se prediquen dichas semejanzas”—; Pujol, Jaime Mariano, *Acreeedores involuntarios*, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2021) 7-24; Vítolo, Daniel R., “La ‘pars condicio creditorum’. Privilegios y vulnerabilidad en los procesos de insolvencia”, en *Vulnerabilidad en el proceso comercial*, dirigido por Gabriela Fernanda Boquín y Patricia A. Fernández Andreani, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2023), 125-36.

6Villanueva, *Privilegios*, 20-2; Alegría, Héctor, “Los privilegios en la ley concursal. Aspectos generales”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011) 22-30.

7Aftalión, Enrique R., José Vilanova y Julio Raffo, *Introducción al Derecho*, 5ª ed., (Buenos Aires. AbeledoPerrot, 2009) 594.

8El planteo del problema es similar al de Tévez, Alejandra N., “Acreeedores involuntarios en situación de vulnerabilidad”, en *Vulnerabilidad en el proceso comercial*, 155-6, que lo sintetiza en dos elementos esenciales: (a) la frustración del crédito del acreedor por ausencia de una regulación concursal específica, tanto en situaciones de prevención de la falencia como liquidativas, y (b) la existencia de una situación o contexto desfavorable, asimétrico, desigual o desventajoso, con relación a los restantes acreedores que concurren al proceso. No obstante, tal síntesis presenta una amplitud que contraría la posibilidad de una aplicación objetiva de la regla, pues no toda situación de frustración de una acreencia de un deudor desventajado frente a otros debe o debiera dar lugar a la introducción de un privilegio de índole pretoriano, y la referencia (a p. 187) a un *test de vulnerabilidad* sobre la base de la existencia de un contexto desfavorable, asimétrico o desigual que ‘deba’ ser atendido, profundiza la laxitud de la regla referida. Es por ello que preferimos partir de una base que circunscribe con dos elementos la identificación del objeto de análisis —lo que por su parte se ve reflejado en el análisis del antecedente de la regla—: la existencia de una situación de *involuntariedad* crediticia y la existencia de una *tutela normativa especificada*. La posibilidad de una situación de vulnerabilidad *concreta* en el caso, donde una persona es vulnerable en un contexto dado, en un momento particular y solo con relación al hecho del caso —en contraposición a la vulnerabilidad *normada, reglada legalmente*, que se deduce de una cierta condición personal que es objeto de tutela específica, vid., ser niño, mujer, discapacitado, mayor de edad—, no parece resultar un argumento en contra de lo expuesto. Es que, en rigor, la situación de vulnerabilidad casuística derivará de una referencia normativa, sea legal, sea metalegal (principios, valores); y el operador jurídico fundamentará necesariamente la protección en un mandato derivado de una fuente jurídica, debiendo anclarse de algún modo en la protección normativa general de la vulnerabilidad identificada. Sobre la noción aludida, v. Tévez, “Acreeedores involuntarios en situación de vulnerabilidad”, en *Vulnerabilidad en el proceso comercial*, 157; Vítolo, “La ‘pars condicio creditorum’...”, en *Vulnerabilidad en el proceso comercial*, 122; Boquín, Gabriela F., y Virna Bergoglio, “Acceso a la justicia en igualdad”, en *Vulnerabilidad en el proceso comercial*, 6-7.

9Cf., en particular, dada la preeminencia del tribunal, Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación Francesa”; e *íd.*, “Institutos Médicos Antártida s./ quiebra s./ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)”, Buenos Aires: 26 de marzo de 2019, *Fallos* 342:459 (“CSJN Institutos Médicos Antártida”), notándose que, en este último, el tribunal fue integrado con un conjuer y dos de sus integrantes mantuvieron la posición asumida en “Asociación Francesa”. V. tmb. Olmo, Juan Pablo y Selene I. Scasserra, “Mezcla rara de infancia, discapacidad, privilegios concursales, acreedores involuntarios y conjuerces. ¿Qué justicia queremos?”, JA 2019-II, TR LALEY AR/DOC/1439/2019, para un análisis comparativo de los fallos.

10Véanse: (a) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, “González, Feliciano c./ Micrómnibus General San Martín S.A.C. s./ incidente de verificación tardía”, San Isidro: 18 de mayo de 2004, TR LALEY AR/JUR/865/2004 (“CCCSI González Feliciano”); confirmada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, *in re* “González, Feliciano c./ Micrómnibus General San Martín S.A.C. s./ incidente de verificación tardía”; La Plata: 5 de abril de 2006, causa AC. 92.938 (“SCBA González Feliciano”); (b) Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II, “Persini, Ada Susana s./ inc. de rev. en Racing Club s./ conc.”, La Plata: 28 de diciembre de 2005, TR LALEY AR/JUR/8476/2005 (“CCLP Persini”); (c) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n.º 20, “Institutos Médicos Antártida S.A. s./ quiebra s./ incidente de verificación por R.A.F. y de L.R.H. de F.”, Buenos Aires: 24 de mayo de 2007, expte n.º 61.648, TR LA LEY AR/JUR/4196/2007 (“JNCom 20 Institutos Médicos Antártida”) –eventualmente confirmado en CSJN “Institutos Médicos Antártida”–; (d) *id.*, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficiencia s./ quiebra s./ inc. de verif. Por Lenna A. R., Bibiana L. M. de Lenna y M. B. Lenna”, Buenos Aires: 17 de julio de 2014, expte. n.º 8283/2006/34 (“JNCom 20 Asociación Francesa”); (e) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, “Obra Social Bancaria Argentina s./ concurso preventivo s./ incidente de verificación y pronto pago promovido por R. C. y otro”, Buenos Aires: 1 de octubre de 2013, TR LALEY AR/JUR/71766/2013 (“CCom Obra Social Bancaria”), cuya solución es luego receptada en Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, “Obra Social del Personal Gráfico s./ concurso preventivo s./ incidente art. 280 LCQ – Instituto Armonía de Educación Especial de Adraina M. Urrere Pon y otros”, Buenos Aires: 28 de diciembre de 2015, expte. n.º 22.463/2012/15 (“CCom Obra Social del Personal Gráfico”); (f) Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 7ª Nominación de Rosario, “G., M. E. c./ Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano Garibaldi s./ incidente de verificación de crédito”, Rosario: 18 de agosto de 2016, TR LALEY AR/JUR/106516/2016 (“JRos. Hospital Italiano Garibaldi”); (g) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, “La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s./ quiebra s./ incidente de verificación de crédito de Tules, Yolanda Erminia”, Buenos Aires: 10 de mayo de 2018, TR LA LEY AR/JUR/22249/2018 (“CCom La Economía Comercial”); y (h) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, “Fundación Educar s./ concurso preventivo”, Buenos Aires: 15 de diciembre de 2021, MJJ135707 (“CCom. Fundación Educar”).

11Así: (a) en CCCSI “González Feliciano” la Sra. Feliciano González sufrió, a los 65 años, un accidente mientras viajaba en un colectivo de la empresa Microómnibus General San Martín S.C.A. que afectó su integridad física, generando una discapacidad funcional del 40% y la necesidad de tratamientos médicos y psicológicos (cdos. 3 a 5, y 13); (b) en JNCom 20 “Institutos Médicos Antártida” el menor, B. M. F., fue víctima de una mala *praxis* médica que, merced de un sufrimiento fetal agudo al momento del alumbramiento, afectó su integridad física generando una incapacidad sobreviniente total y permanente (cdos. 1 y 3.2) –lo que es remarcado en CSJN “Institutos Médicos Antártida”, cdo. 5–; (c) en JNCom 20 “Asociación Francesa”, la menor, M. B. L., padecía de una incapacidad absoluta psicofísica causada por un síndrome de parálisis cerebral especial, causado por una mala *praxis* médica al momento de su nacimiento, por la que se condenó solidariamente al hospital interviniente (cdo. 3); (d) en CCom “Obra Social Bancaria” el menor M. M. sufrió también una mala *praxis* médica antes y durante el alumbramiento, que generó anorexia fetal e hipoxia cerebral severa, comprometiendo su integridad psicofísica y generando una incapacidad del 100% con dependencia de terceros (v. cdo. 5.b); (e) en JRos “Hospital Italiano Garibaldi” el incidentista fue sometido a una intervención quirúrgica en el año 2005, a los 40 años, que, con motivo de una mala *praxis* médica, derivó en un cuadro irreversible de cuadriplejía flácida (v. cdos. 2 y 3); (f) en CCom “La Economía Comercial” la incidentista es una señora mayor de 80 años que reclama el pago de un crédito resarcitorio de los daños sufridos en un accidente de tránsito asegurado por la fallida; y (g) en CCom “Fundación Educar”, la menor K. M. había sufrido un abuso sexual en la institución educativa concursada a los dos años (cdo. 3.b). La situación es discutible en CCLP “Persini”: el crédito se origina en un contrato de locación, aunque la Cámara enfatiza que la acreencia estaría afectada a los gastos de subsistencia

de la acreedora, de 85 años de edad, que además debieron ser suplidas por su patrimonio personal en defecto del pago, por lo que se encuentra implícita una afección del derecho a la vida y a condiciones de vida digna, en particular ante la urgencia en el pago del crédito con razón de la edad y la dilación del eventual pago por la quiebra.

12Así: (a) en CCSI “González Feliciano” el crédito reclamado constituye la indemnización por la incapacidad sufrida; (b) en JNCom 20 “Institutos Médicos Antártida” el crédito reclamado y acogido como privilegiado por el tribunal constituye la indemnización por incapacidad sobreviniente y daño moral sufridos por el menor a raíz de la mala *praxis* médica (v. cdos. 1 y 2); (c) en JNCom 20 “Asociación Francésa” el crédito reclamado y acogido como privilegiado por el tribunal constituye la indemnización por incapacidad de la menor y por daño moral y emergente (cdo. 3) —y valga notar que, en cdo. 4, se excluye el crédito de sus progenitores “...dado que el privilegio o preferencia constitucional que se habrá de otorgar a María Belén, encuentra su fundamento jurídico en razones que no son aplicables a sus padres...”—; (d) en CCom “Obra Social Bancaria” el crédito cuyo pronto pago se requiere refiere a la indemnización por incapacidad, daño moral, y daños emergentes, más intereses, a favor de la menor (v. cdos. 5.b y 5.c); (e) en JRos “Hospital Italiano Garibaldi” es especialmente destacado que el crédito está dirigido a reparar el infortunio causado por la cuadriplejia flácida irreversible causada por la intervención quirúrgica, donde la indemnización otorgada pretende hacer lo más llevadera posible la vida del incidentista (v. cdos. 3 y 4); (f) en CCom “La Economía Comercial” el crédito responde al resarcimiento de los daños derivados de un accidente de tránsito, por extensión del contrato de seguro; y (g) en CCom “Fundación Educar” el crédito verificado y privilegiado responde al capital e intereses en resarcimiento, así como los daños punitivos, reconocidos a la menor K.M. (cdo. 3.b; y 5.b: “[l]a indemnización acordada jurisdiccionalmente a K.M. con motivo de los hechos ya descriptos, 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” (art. 1738 CCyCN)”). La situación, por los elementos ya expuestos en la nota previa, no se produce en CCLP “Persini”, que constituye la excepción a la regla, pues en rigor se trata de un crédito por los cánones de una locación comercial y otras deudas a cargo de la fallida.

13Pujol, Jaime Mariano, *Acreedores involuntarios*, 51-63.

14Así: (a) en CCCSI “González Feliciano” se remarca la situación diferencial de la acreedora que reclama el resarcimiento de su integridad física y moral y los montos necesarios para realizar los tratamientos indispensables con 78 años de edad, la correspondiente situación de vulnerabilidad vital —encontrándose en juego directamente el derecho a la vida— y las obligaciones supraleales del Estado de asegurar y garantizar los derechos a la salud y la integridad física conforme los tratados internacionales involucrados, teniendo particular consideración en la edad de la víctima (v. cdos. 24, 29 a 42; destacándose los cdos. 30: “...la sentencia que ordena adelantar el pago acordado teniendo en cuenta la edad de la víctima y el tipo de crédito que ejecuta no es arbitraria sino por el contrario es ajustada a derecho” y 37: “[p]or las características del presente caso el no adelantamiento del pago, que se debe ser completado en 18 años implica una negativa absoluta al derecho a la salud de la mujer de 78 años que resulta inadmisibles por un Tribunal de Derecho que no se puede desentender del resultado de la sentencia”); lo que por su parte es remarcado en SCBA González Feliciano, en el voto del Dr. Roncoroni, con expresa referencia a la necesidad de integrar y no soslayar el orden jerárquico constitucional; y destacando de nuestro lado que, a la fecha de los fallos, la República Argentina había ratificado la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* —v. ley n.º 25.280—, que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establecía protecciones positivas específicas en materia de salud, discapacidad y la tercera edad, en su art. 36, y poco después en el año 2008 se aprobó la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo*

*facultativo* –v. ley n.º 26.378–; (b) en CCLP “Persini” se destaca que la incidentista es una anciana de 85 años de edad, cuya expectativa de vida es limitada, de modo tal que la postergación del pago importaría su falta de percepción en los hechos, y donde –se remarca– la situación de incumplimiento para con la actora *iría más allá de la resignación general que debe padecer la colectividad de acreedores* –lo que supone una diferenciación tutelar–; (c) en JNCom 20 “Institutos Médicos Antártida” se enfatiza la afección de derechos fundamentales radicados en la dignidad humana, consagrada y protegida por instrumentos internacionales de jerarquía superior a las leyes, frente al régimen cerrado de privilegios (v. cdos. 3.2 a 3.5, 3.7, 3.8), destacando de nuestra parte la *discapacidad total e irreversible* de la víctima, que por su parte era *menor de edad* al momento del fallo de primera instancia –lo que el juez señala en el cdo. 3.6, indicando “[n]os ocupa como se explicitó anteriormente, el caso de la acreencia de un “menor” y “discapacitado” –con discapacidad absoluta e irreversible– derivado de un obrar de mala praxis médica, acaecida durante su alumbramiento, que no se encuentra tipificado en ninguno de los supuestos de créditos munidos de privilegio”– y la mención explícita de normas convencionales en el fallo –*Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*– así como legales –*ley n.º 26.061*–, que se declara de carácter directamente operativo con apoyo en el *Fallos 315:1494* (CSJN, “Ekmekdjian, M. A. c./ Sofovich, G.”) incluso hacia el Poder Judicial de la Nación (v. cdos. 3.9 y 3.10) –y v. tmb. CSJN “Institutos Médicos Antártida”, cdos. 9 a 13, y cdos. 10 a 18 del voto del Dr. Rosatti y 6 a 16 del voto de la Dra. Medina–; (d) en JNCom 20 “Asociación Francesa” existe una remisión íntegra a los fundamentos de JNCom 20 “Institutos Médicos Antártida” (v. cdos. 5 a 7); (e) en CCom “Obra Social Bancaria” existe una referencia explícita a la aplicación de normas convencionales de jerarquía constitucional conforme el orden de prelación normativo (v. cdo. 5.f), con especial referencia a la *Convención sobre los Derechos del Niño*; (f) en JRos “Hospital Italiano Garibaldi” se remarca que el actor es discapacitado y que existe un régimen protectorio especial de orden internacional y nacional que involucra a la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, las leyes nacionales n.º 22.431 y 24.901, y el art. 19 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe; (g) en CCom “La Economía Comercial”, se puntualiza el estado de vulnerabilidad de la incidentista, mayor de 80 años, y la existencia de compromisos positivos del Estado a raíz de la *Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*; y (h) en CCom “Fundación Educar” se recala en la necesaria hermenéutica integradora y armónica del ordenamiento normativo, con deferencia para las normas constitucionales y convencionales a raíz de su jerarquía, asó como para los principios y valores –con referencia al art. 1 del CCCN–, y el carácter directamente operativo, derogatorio e invalidante de las normas constitucionales y convencionales, y se remarca que la situación debe partir de lo dispuesto por la *Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, así como las normas legales de protección integral de los menores de edad y las mujeres –*leyes n.º 26.061 y 26.485*– (v. cdo. 4) y se enfatiza también la vulnerabilidad propia de la víctima de violencia sexual así como la obligación positiva del Estado de proveer tutela que haga operativas las normas internacionales (cdo. 5.b); lo que también es enfatizado en el agregado de la Dra. Tévez y también en la disidencia del Dr. Barreiro, con especial referencia a la perspectiva y violencia de género y doble protección de las niñas víctimas de abuso en cuanto *niñas* (menores) y *mujeres* (y v. cdos. 7 a 11 del voto del Dr. Barreiro especialmente; así como el dictamen n.º 284/2021 del Ministerio Público Fiscal en la causa, cdos. 5, 6 y 10).

15Así: (a) en CCCSI “González Feliciano” la consideración del crédito como quirografario conllevaba su inclusión en el acuerdo preventivo con una espera de 17 años y una quita del 40%, para un crédito que llevaba al momento del concurso 12 años de litigio (v. cdos. 9 a 11, 13, 24, 45 y 46: “[n]o advierto cómo cuando el estado restringe un derecho humano hasta hacerlo inexistente los jueces están obligados a preservarlo y cuando la lesión deviene de un concordato de acreedores, el juez deba mantenerse impávido ante la agresión al derecho a la vida de la víctima. Considero que cuando se limita por razones

económicas un derecho humano básico hasta hacerlo inexistente o se contraría la esencia de ese derecho, el juez está obligado a declarar la inconstitucionalidad del acto lesivo sea que este provenga de una norma legislativa o de un acuerdo general concursal”; y cdos. 51 a 56, donde la Dra. Cabrera de Carranza enfatiza la necesidad correctora en equidad); (b) en CCLP “Persini” se enfatiza que la falta de un pronto pago de la acreencia importaría su efectiva falta de percepción ante la expectativa de vida de la incidentista; (c) en JNCom 20 “Institutos Médicos Antártida”, el Dr. Malde destaca que “[l]a verificación de la acreencia con grado quirografario significará en la práctica, conculcarle el derecho indemnizatorio dada la imposibilidad de pago de dividendos quirografarios, echando por tierra con todos estos años de ocurrir sus padres a la justicia [...] en procura de una justa reparación” (cdo. 3.2) —aspecto temporal que es remarcado en CSJN “Institutos Médicos Antártida”, cdos. 5 y 7, enfatizándose que los 28 años de juicio transitados han implicado una afección adicional a B. M. F., en tanto sus gastos médicos no pudieron ser afrontados; y que el actual estado del activo concursal importa que el crédito, de ser considerado quirografario, no podría ser satisfecho; y v. tmb. cdos. 10 a 18 del voto del Dr. Rosatti—; (d) en JNCom 20 “Asociación Francesa”, la cuestión no es resaltada directamente, aunque aparece sugerida con énfasis en los cdos. 8 —en réplica a los argumentos de la Sala A al revocar el precedente “Institutos Médicos Antártida”— y 10; (e) en CCom “Obra Social Bancaria” el voto refiere explícitamente que: “[s]i el crédito del menor discapacitado M. M. fuera sometido al trato igualitario correspondiente a los acreedores quirografarios o comunes —como postula la concursada y lo entendió el Juez *a quo*— el sacrificio de aquél no resultaría igual al de éstos, sino que lo excedería notablemente. Y lo que es peor: sin fundamento legal alguno...”; (f) en JRos “Hospital Italiano Garibaldi” se remarca que la aplicación irrestricta del acuerdo preventivo al incidentista importaría, dado el carácter quirografario del crédito, su efectiva aniquilación, en detrimento liso y llano de sus derechos a la vida y la salud, pues importaría el pago de una indemnización por una cuadriplejía irreversible únicamente en un 40% en diez cuotas anuales (v. cdos. 3 y 4); (g) en CCom “La Economía Comercial” se remarca que: “...por la magnitud de este proceso de liquidación, la expectativa de cobro en los términos usuales habría de insumir un tiempo que hoy no puede siquiera ser estimado”, con relación a una persona mayor de 80 años; y (h) en CCom “Fundación Educar”, el agregado de la Dra. Tévez resalta que “...el remedio concursal al que acudió Fundación Educar estuvo dirigido sustancialmente a afrontar los pasivos derivados de dicho pleito evitando hacer efectivo el íntegro pago de la acreencia de mayor monto establecida en cabeza de K.M.”; y, por su parte, el Dr. Barreiro en su disidencia resalta la incompatibilidad entre el régimen concursal y la debida tutela judicial efectiva y reparación plena de los daños sufridos por una menor abusada sexualmente en una situación de hipervulnerabilidad (v. cdos. 11 y 12 de su voto).

16Del voto de la Dra. Medina en CCCSI “González Feliciano”.

17V. Rivera, Julio César, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, 7ª ed., (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2020) 1:1099-122.

18Con la excepción ya salvada de CCLP “Persini”, que no obstante enfatiza la afección de la subsistencia de la incidentista como premisa para autorizar el paso al pronto pago.

19La *involuntariedad* refiere a que no existe voluntad del acreedor para el *otorgamiento* de un crédito ni *expectativa* o *previsión* de su existencia; lo que conlleva que no existe una distribución, negociación o previsión de riesgos por el eventual acreedor. V. Graziabile, Darío J., “Privilegio general para los acreedores involuntarios”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011) 322-23, 337-8; Pujol, Jaime Mariano, *Acreedores involuntarios*, 36-45; Dasso, Ariel G., “El derecho concursal hoy”, *La Ley* 2009-B, 1, TR LALEY AR/DOC/78/2009; Tévez, “Acreedores involuntarios en situación de vulnerabilidad”, en *Vulnerabilidad en el proceso comercial*, 171-4.

20E.g.: a través de un incumplimiento contractual o de obligaciones propias del deudor generador de daños en el marco de una actividad comercial común de las partes que involucre derechos al honor y la imagen.

21Y son de particular relevancia las formulaciones del punto por el Dr. Rosatti en CSJN “Asociación Francesa” en cuanto a otorgarse el “...reconocimiento de una preferencia en el cobro de sus acreencias –cuyo origen, en autos, en rigor, no reconoce una causa patrimonial preexistente en sentido estricto sino la mensura de daños a bienes humanos inmateriales– vinculadas con la satisfacción de sus derechos fundamentales” (cdo. 13) y CSJN “Institutos Médicos Antártida” en cuanto a que “...no cabe afirmar, sin más, que la indemnización de B.M.F. 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...” (cdo. 13).

22V. sobre la noción de vulnerabilidad, con matices, Boquín y Bergoglio, “Acceso a la justicia en igualdad”, en *Vulnerabilidad en el proceso comercial*, 5-8; y Vítolo, “La ‘pars condicio creditorum’...”, en *Vulnerabilidad en el proceso comercial*, 117-25. V. tmb. arts. 3 y 4 de las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad*.

23Pues, en rigor, se pretende salvar un régimen legal cerrado específico que es el de los privilegios.

24V. CCCSI “González Feliciano”, cdos. 2 y 59.

25V. JRos “Hospital Italiano Garibaldi”, cdo. 5.

26 Véase el resolutorio, pto. b), en “Asociación Francesa”, donde estipula que el crédito y sus intereses por los dos primeros años “...gozarán de privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio especial y general...”.

27V. JNCom 20 “Institutos Médicos Antártida”, cdos. 3.5 a 4.

28V. CSJN, “Institutos Médicos Antártida”, cdos. 12, 13, y 16.

29JNCom 20 “Institutos Médicos Antártida”, cdo. 3.11.e, “[s]i sostenemos que la totalidad de producido de la liquidación de los bienes de la fallida, ya no se trataría de un privilegio especial, sino general, y si no obstante le damos preferencia absoluta, se trastoca todo el régimen de preferencias concursales donde los privilegios especiales son pagados antes de los gastos de concurso –salvo algunos de ellos previstos en el art. 244 LCQ– y antes de los privilegios generales”.

30JNCom 20 “Institutos Médicos Antártida”, cdo. 3.11.b.

31JNCom 20 “Institutos Médicos Antártida”, cdo. 4.

32JNCom 20 “Institutos Médicos Antártida”, cdos. 3.7 a 3.10: “[f]rente a ese derecho humano vigente, ¿qué otro crédito podría ser preferente para que la legislación concursal lo recepte como privilegiado y en condiciones de postergar aquél del menor discapacitado? Francamente, no puedo encontrarlo. Pero lo que no dudo, es que ese derecho del menor discapacitado, no puede ser postergado por el crédito del acreedor hipotecario ni por créditos derivados de la relación laboral ni por ningún otro crédito con privilegio especial o general. Toda acción y omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales del menor (art. 5 párr. 3°, ley 26.061)” (cdo. 3.10).

33JNCom 20 “Institutos Médicos Antártida”, cdo. 3.11.f.

34Puede sugerirse, a razón de la *pars conditio creditorum*, distribuyéndose la afectación a prorrata de concurrir sobre bienes asiendo de privilegios especiales de manera tal de que no sea un único acreedor privilegiado especial y no el resto el afectado por el privilegio exorbitante.

35V. JNCom 20 “Asociación Francesa”, cdo. 8., donde frente al argumento de que el privilegio exorbitante contraría la disposición de que los privilegios deben tener origen legal objetivo, sostiene que: “...nada de ello se vulnera con el reconocimiento del privilegio de la acreencia de la menor discapacitada. a) Tiene origen legal. La Convención de los derechos del Niño (Ley 23.849 y art.75 inc.22 CN) y la Ley 26061. b) Reconoce una justificación objetiva y no es otorgado en miras del interés de la persona titular del derecho”.

36Lo que es resaltado en CCom “Fundación Educar”, cdo. 5.c: “[d]ado que el principio de protección del interés del niño opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre preceptos cuya implementación se revele contraria a sus derechos, los tribunales deben aplicarlo analizando sistemáticamente cómo los derechos y conveniencias del menor se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir (Fallos 331:941, 331:2047). La norma jurídica no es sólo la ley estatal, hay pluralismo de fuentes. Por ello: “...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 enunciados en otro de rango superior y produzca consecuencias notoriamente disvaliosas, resulta necesario dar preeminencia al espíritu de la ley, a sus fines, al conjunto armonioso del ordenamiento jurídico y a los preceptos fundamentales del Derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento normativo” (Fallos 319:1840)”, y también en la disidencia del Dr. Barreiro, cdos. 4 y 7. También es especialmente enfatizado en el dictamen n.º 284/2021, del 25 de marzo de 2021, del Ministerio Público Fiscal en la misma causa, cdo. 6, con referencia a numerosos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tampoco puede escapar que esta tarea integradora es la desarrollada en Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A. s./ quiebra”, Buenos Aires. 26 de marzo de 2014, Fallos 337:315, en particular cdos. 8 y 11, donde la Corte sostiene que “...las normas internacionales invocadas por el apelante han *desplazado* en el conflicto concreto que resulta de autos, a las reglas de los arts. 239, párrafo primero, 247 y 249 de la ley concursal”.

37Cf. JNCom 20 “Asociación Francesa”, cdo. 7, donde el magistrado explica la necesidad de declarar la inconstitucionalidad en que: “...en este caso, se trata de ir mas allá, aplicando un privilegio que no reconoce la ley concursal para recién luego otorgarle el orden de prelación de cobro que corresponda. Siendo así, la claridad de la letra del art.239 LCQ. con su vocación de establecer un sistema cerrado de reconocimiento de privilegio para el régimen concursal y la clara intención del legislador de reafirmar y reforzar ese vocación legal que emana de la supresión por la Ley 24522 de la última parte del art.265 de la Ley 19551 que admitía la vigencia de los privilegios consagrados en leyes especiales, fuerza a superar –control de constitucionalidad mediante– ese valladar para recién una vez desplazado poder traer al caso la aplicación de un privilegio otorgado por normativa de raigambre superior pero no reconocido en la ley concursal inferior”.

38V. CCom “Fundación Educar”, cdos. 5.c y 8.

39Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, “V., M. J. s./ concurso preventivo”, Buenos Aires: 28 de septiembre de 2009, TR LALEY AR/JUR/41217/2009, en particular cdos. 18, 19 y 20, donde se declara la ineficacia relativa del acuerdo preventivo homologado con relación al crédito correspondiente a la ex cónyuge del deudor resultante



del convenio de liquidación de la sociedad conyugal homologado en el juicio de divorcio, que incluía también un acuerdo por alimentos para la menor hija del matrimonio —es decir, un crédito alimentario—, y ello a fin de asegurar la intangibilidad e integridad de tales créditos, instándose las medidas pertinentes para asegurar el pago completo e inmediato.

40V. CCom “Fundación Educar”, voto del Dr. Barreiro, cdos. 12 y 15.

41Véase el dictamen n.º 284/2021, del 25 de marzo de 2021, en “Fundación Educar s./ Concurso Preventivo”, expte. n.º 23.177/2016, en trámite por ante la Justicia Nacional en lo Comercial, firmado por la Dra. Gabriela Fernanda Boquín.

42Sugerido en Barreiro, Marcelo G. y Daniel E. Truffat, “Los acreedores involuntarios: una cuestión que ronda las puertas del debate concursal”, *La Ley* 2008-A, 712, TR LALEY AR/DOC/3955/2007.

43Cf. con las alternativas y propuestas en Usandizaga, Manuel, “La problemática de los acreedores involuntarios en el derecho concursal”, *DCCyE* 2014 (agosto), 25, TR LALEY AR/DOC/1342/2014.

44Véase jurisprudencialmente: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s./ quiebra s./ inc. de verificación de crédito (por Lenna, Adrián Raúl y otros)”, Buenos Aires: 30 de junio de 2016, expte. n.º 8.283/2006/34; y CSJN “Asociación Francesa”, en particular los cdos. 7 a 17 del voto de la mayoría. A nivel doctrinal, con matices: Graziabile, Darío J., “Privilegio general para los acreedores involuntarios”; Truffat, Daniel E., “Reflexiones sobre abuso y discriminación en la propuesta de acuerdo —con motivo de un fallo tan querible como erróneo—”, *La Ley* 2004-F, 790, TR LALEY AR/DOC/2454/2004; Ton, Walter, “Pars conditio creditorum, ¿existe?”, *LLBA* 2006, 1147, TR LALEY AR/DOC/3153/2006; Vítole, Daniel R., “La evolución del régimen de privilegios en la Ley de Concursos y Quiebras. De un “orden cerrado” estable a un “orden poroso” inestable”, *El Derecho* 267, 614, ED-DCCCLXXVI-992. Cf., por su parte, a favor o en comparativa, Mosset Iturraspe, Jorge, “Otra muestra del ‘derecho privado constitucional’: la Constitución avanza sobre los privilegios concursales”, *La Ley* 2004-E, 739, TR LALEY AR/DOC/2047/2004; Baracat, Edgar J., “Otra creación de los jueces activistas: el acreedor involuntario”, *La Ley* 2014-B, 10, TR LALEY AR/DOC/552/2014; Di Chiazza, Iván G., y Carlos J. Gianneschi, “Vulnerabilidad de la persona vs. Créditos privilegiados. La situación de los acreedores involuntarios en la quiebra”, *La Ley* 2019-A, 524, TR LALEY AR/DOC/48/2019; Gil Domínguez, Andrés, “Convencionalidad, discapacidad y normatividad”, *La Ley* 2019-A, TR LALEY AR/DOC/2643&2018; Esparza, Gustavo, “Derechos humanos, tratados internacionales, privilegios concursales y un fallo positivista de la Corte Suprema”, *RDCO* 295, 379, TR LALEY AP/DOC/188/2019; Truffat, Daniel E., “Algunos apuntes sobre el fallo ‘Fundación Educar s./ concurso preventivo’”, *Doctrina societaria y concursal ERREPAR*, XXXIV (feb. 2022), EOLDC105055A.

45 V. *in extenso* Junyent Bas, Francisco A. y Fernando J. Marcos, “Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del ‘acreedor involuntario’”, *La Ley* 2019-A, 337, TR LALEY AR/DOC/187/2019: “[r]esulta obvio que no es el juez quien debe establecer los privilegios y sus alcances; pero cuando la norma que tutela existe como tal, cuando es operativa, como sucede con las Convenciones sobre los Derechos del Niño y sobre las Personas con Discapacidad, aunque éstas no se refieran en forma directa al otorgamiento de privilegios, no parece jurídicamente razonable que los jueces se amparen en normas como el art. 2574 del Cód. Civ. y Com. o el art. 239 de la ley 24.522 —ambas de orden público, pero no de raigambre constitucional— para reconocer preferencias a determinados créditos, frente a otros cuya satisfacción guarda directa relación con la protección de la salud, la vida y la dignidad de las personas humanas, en tanto la cancelación de esa acreencia resulte determinante para que ese riesgo extremo se mitigue”.

46 Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, 5.10, 1137b13-28, trad. de Julio Pallí Bonet, en *Aristóteles. III. Ética nicomáquea. Política*, (Madrid: Editorial Gredos, 2011 [349 a.e.c.]), 120-1: "...lo justo y lo equitativo son lo mismo, y aunque ambos son buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error. Y no es por eso menos correcta, porque el yerro no radica en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, pues tal es la índole de las cosas prácticas. Por tanto, cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido. Por eso, lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su naturaleza la deja incompleta".

47V. cdo. 4 del primer fallo citado, en particular 4.1.

48Recuerdo la discusión en Alexy, Roberto, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012) 261-6, sobre el uso de los precedentes.

49Y cabe meritarse que, en caso de haber llegado a esta instancia, se expone o bien un consentimiento de la comunidad a nivel valorativo o bien una falla del sistema, pues la decisión ha atravesado diversas instancias con anuencia o consenso de los integrantes partícipes de la discusión crítica.

50Alegria, Héctor, "Breve apostilla sobre la flexibilidad en la interpretación de la ley concursal", *La Ley* 2004-E, 723, TR LALEY AR/DOC/1990/2004.

51 Albert, Hans, *Tratado de la razón crítica*, trad. por Rafael Gutiérrez Girardot, (Buenos Aires: Sur, 1973 [1968]) 68-9: "[l]a metodología del examen crítico debe renunciar a la *vacuum-ficción* de la teoría clásica del conocimiento que no corresponde a los rasgos fácticos de la situación humana del conocimiento, y en su lugar poner el intento de hacer aprovechables los llamados prejuicios para el progreso del conocimiento. Ello significa que no se busca eliminarlos globalmente [...] ni tampoco que se intenta crear fundamentaciones para ellos [...], sino que, en la medida de lo posible, se los haga examinables y se esfuerce en examinarlos al hilo de sus consecuencias. Lo que importa es, pues, no el tratarlos como *dogmas*, sino como *hipótesis* que pueden fracasar en principio en situaciones relevantes para su examen, y que hay que buscar tales situaciones o crearlas en la medida de lo posible. Cuando se quiere llegar a la verdad, no es por lo tanto necesario recurrir a *fundamentos* seguros y últimos, sino buscar instancias relevantes inconciliables, es decir, buscar *contradicciones*. Si se quisiera determinar el papel de la lógica en un procedimiento tal, podría decirse que *no se la considera* aquí como *instrumento de la fundamentación positiva*, sino como *órgano de la crítica*. Correspondientemente, esta metodología *no está* orientada, como la clásica, según el *principio de razón suficiente*, sino más bien según una versión metodológica del *principio del tercero excluido* (principio de la contradicción excluida) que se podría formular de la siguiente manera: busca siempre contradicciones relevantes, para exponer las convicciones actuales al riesgo del fracaso, de modo que tengan la ocasión de ponerse a prueba y superarla".

52Tevez, Alejandra N., María Virginia Souto y Gastón J. De Mario, “El acreedor involuntario en la quiebra y una alternativa de solución. El destino de los dividendos concursales caducos”, *La Ley* 2022-B, 182, TR LALEY AR/DOC/900/2022.

53Rocca, Luján L., “La protección de los derechos alimentarios de niños, niñas y adolescentes frente a la insolvencia del progenitor alimentante”, en *Derecho concursal. Perspectivas actuales*, dirigido por Darío J. Graziabile, (Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, 2021) 1:232 y ss.

54Martínez, Verónica F. y M. Cristina Matus, “Los acreedores involuntarios, vulnerables y la tutela igualitaria”, en *Derecho concursal. Perspectivas actuales*, dirigido por Darío J. Graziabile, (Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, 2021) 1:250 y ss.

55Camus, Albert, “Los almendros”, *El verano*, trad. del Dr. Julio Lago Alonso, en *Ensayos*, (Madrid: Aguilar S.A. Ediciones, 1981 [1940]) 866.