

Crisis del sistema de privilegios concursales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Mauricio BORETTO*

RESUMEN: La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación pone en evidencia la imperiosa necesidad de que el Legislador revise y, en su caso modifique, el sistema de los privilegios en materia concursal. Ante la pereza de este último Poder del Estado, la realidad demanda soluciones de carácter jurisdiccional a partir de la aplicación del principio de convencionalidad, que, si bien permite resolver el conflicto planteado, conspira contra la seguridad jurídica. En efecto, no hay una misma vara para tratar y solucionar casos similares que se van suscitando, todo lo cual termina por actuar en detrimento del Estado de Derecho.

PALABRAS-CLAVE: Privilegios concursales; *par conditio creditorum*; jurisprudencia.

SUMARIO: 1. Introducción; – A. El juicio individual; – B. El juicio colectivo; – C. Concursos. Clases: prevención y liquidación; – D. Principios que informan el proceso concursal; – E. Leyes que rigen el concurso; – 2. La Constitucionalización del Derecho Privado; – 3. Intersecciones del derecho concursal y la constitucionalización del Derecho Privado en la Argentina: crisis del sistema de privilegios concursales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; – 4. Conclusión.

TITLE: *Crisis of the System of Bankruptcy Privileges Brought to Light of the Jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Argentine Nation*

ABSTRACT: *The jurisprudence of the Supreme Court of the Nation highlights the imperative need for the Legislator to review and, where appropriate, modify the system of privileges in bankruptcy matters. Given the laziness of this last State Power, reality demands solutions of a jurisdictional nature based on the application of the principle of conventionality, which, although it allows resolving the conflict raised, conspires against legal certainty. In effect, there is no single standard for treating and solving similar cases that arise, all of which ends up acting to the detriment of the rule of law.*

KEYWORDS: *Bankruptcy privileges; par conditio creditorum; jurisprudence.*

CONTENTS: 1. Introduction; – A. Individual judgment; – B. The collective trial; – C. Contests. Classes: prevention and liquidation; – D. Principles that inform the bankruptcy process; – E. Laws governing the contest; – 2. The constitutionalization of private law; – 3. Intersections of bankruptcy law and the constitutionalization of Private Law in Argentina: crisis of the system of bankruptcy privileges in light of the jurisprudence of the Supreme Court of Justice; – 4. Conclusion.

1. Introducción¹

La mejor comprensión del ámbito de aplicación, fines y utilidad del Derecho Concursal requiere recordar algunos conceptos básicos del Derecho de las Obligaciones.

* Profesor titular de Derecho Concursal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo.

¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y BORETTO, Mauricio, "Manuale di Introduzione al Diritto Privato", Mendoza, editoriale Facoltà di Scienze Economiche, Universidad Nacional de Cuyo, 2006/2007. Volume 4.

El sujeto pasivo (*deudor*) de la relación crediticia puede asumir respecto del sujeto activo (*acreedor*) diversas conductas: (I) cumplir en tiempo y forma la prestación debida; (II) no cumplirla; (III) cumplirla tardíamente.

Si cumple en tiempo y forma, se habrá satisfecho plenamente el interés del acreedor. Puede ocurrir que, aunque tardíamente, a pedido o no del acreedor, el deudor cumpla *voluntariamente* la prestación. La otra posibilidad es que el deudor no la ejecute voluntariamente; en este último supuesto, nace para el acreedor el derecho a obtener la satisfacción de la prestación objeto de la obligación en forma *coactiva* sobre el patrimonio del deudor.

Dado que el ordenamiento jurídico de nuestros días no reconoce al acreedor el derecho a tomar los bienes (ni la persona) del deudor *por propia mano*, ni *hacer justicia privadamente*, el acreedor debe recurrir al juez – órgano que el Estado establece para la protección de los derechos subjetivos – con el fin de obtener una decisión judicial que *declare* su derecho a la satisfacción de la prestación objeto de la obligación y, de persistir el incumplimiento, *ejecutar* esa decisión, procedimiento que le permitirá agredir los bienes del deudor, liquidarlos y con ese producido percibir su crédito.

Esta protección al derecho subjetivo del acreedor tiene –básicamente– dos formas: (I) *juicio individual* y (II) *juicio colectivo*.

A. El juicio individual

(I) Una noción elemental

Para procurar el reconocimiento de su derecho y hacerlo efectivo, el acreedor, sin la intervención de otros acreedores, puede promover ante un juez una acción a través de la cual actúa en forma independiente. Esta acción tiene como presupuesto el *incumplimiento* y su fin es constreñir al deudor a cumplir con la obligación. De este modo, *cada* acreedor procura obtener el cobro de su crédito mediante la liquidación judicial de uno o varios bienes del deudor incumplidor.

El juicio individual puede tramitar por el procedimiento llamado *de conocimiento pleno*, o sea, un procedimiento que tolera amplitud de prueba y debate por parte de los litigantes; básicamente, el actor debe acreditar el derecho que invoca (por ejemplo, un juicio de daños, seguido por la víctima de un accidente de tránsito contra el deudor,

conductor o dueño del vehículo). También puede tratarse de un juicio *ejecutivo*, cuyo presupuesto es un instrumento o título que genera la probabilidad o verosimilitud del derecho invocado por el acreedor; se distingue del juicio de conocimiento pleno porque no existe amplitud probatoria ni de discusión

(II) Caracteres del juicio individual

Este juicio individual, presenta las siguientes características:

(a) El acreedor cuya deuda todavía *no es exigible* (vgr.: el plazo suspensivo no venció, la condición suspensiva no se cumplió, etc.) no puede accionar contra el deudor ni participar en el reparto del producto de los bienes que otros acreedores estén llevando a cabo pues, como se ha dicho, la ejecución individual tiene como presupuesto el “*incumplimiento*” de la obligación por parte del deudor, y en el caso, tal incumplimiento no se ha producido, aunque sí ocurrió respecto de otros co-acreedores.

(b) Las ejecuciones individuales, generalmente numerosas, están dispersas en diferentes tribunales, lo que dificulta el control de los acreedores entre sí en cuanto a la gestión de cobro de su acreencia.

(c) Esta pluralidad de juicios (dispersos o no en distintos tribunales) incrementa notablemente los gastos de justicia (vgr.: honorarios de abogados, tasas de justicia, gastos de publicación de edictos, etc.) en detrimento del producido final con el cual los acreedores pretenden satisfacer sus créditos.

(d) Desde la óptica procesal, las ejecuciones individuales están informadas por el *principio dispositivo*, en función del cual el acreedor ejecutante y el deudor demandado tienen amplias facultades de disposición del derecho de crédito y del proceso en sí. Por lo tanto, si lo desea, el acreedor puede desistir de su derecho a ejecutar al deudor, renunciar a la prueba ofrecida, ofrecer o no prueba, etc. Por su parte, el deudor puede negar la deuda, su exigibilidad, o su extensión, pero también puede reconocer que debe y ello bastará para que el juez tenga por cierto que es deudor.

(e) Aunque existan muchas ejecuciones individuales, no hay *inhabilitaciones generales* de la persona del deudor ni *desapoderamiento* de su patrimonio. Las medidas cautelares y las consiguientes restricciones que se aplican en las ejecuciones individuales (vgr: inhibición del deudor para disponer de sus bienes que se anota en el Registro de la

Propiedad inmueble, del automotor, etc.) no tienen carácter de generalidad, ni la extensión e intensidad propias de una separación total de la administración del patrimonio, ni de una inhabilitación para desempeñarse en la actividad comercial.

(f) Finalmente, si el deudor transfirió todos o parte de sus bienes con el fin ilícito de eludir su responsabilidad frente a algunos o a todos sus acreedores, éstos, para revertir la inexistencia o insuficiencia de bienes con los que cobrarse forzosamente en las ejecuciones individuales, tendrán que acudir a las acciones de *simulación* y de *fraude o pauliana* de la legislación común (no concursal). Como es sabido, estas acciones demandan trámites largos, y son complejas y de difícil prueba.

III. ¿Cómo cobran los acreedores en la ejecución individual?

Puede ocurrir que el deudor enfrente varios juicios individuales promovidos por diferentes acreedores. Si existen bienes suficientes para que todos los acreedores logren el cobro forzado, las distintas ejecuciones individuales discurren por caminos separados y, en general, sin punto alguno de contacto.

Otras veces, en cambio, el producido de los bienes del deudor es *insuficiente* para afrontar la totalidad de los créditos cuyos titulares han promovido juicios individuales; deviene, entonces, una *convergencia* de las pretensiones de los acreedores sobre el producido de la venta del bien o bienes liquidados que da lugar a la *conurrencia* de varios acreedores que *compiten* sobre un mismo producido.

En tal caso, en primer lugar, hay que ponderar la *calidad* y *jerarquía* de los diferentes créditos, según sean *privilegiados* o no. *Privilegio*, en sentido amplio, es el derecho dado por la *ley* a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro. El privilegio es *especial* cuando recae sobre un bien determinado sobre cuyo producido se ejerce la preferencia; por ej, si el Sr. “A” ha realizado en un inmueble del deudor gastos de conservación (apuntalamiento de muros, revoque, pintura, etc.), cuando ese inmueble se subasta judicialmente, “A” tiene derecho a cobrar, sobre el producido de ese inmueble, con prioridad al Sr. “B”, cuyo crédito proviene de la venta de mercaderías. El privilegio es *general*, cuando recae sobre *todo el patrimonio del deudor*; por ej., el crédito fiscal por impuestos a las ganancias, tributo que no recae sobre bienes determinados. Los privilegios tienen significación práctica sólo cuando el *acreedor* entra en conflicto o concurrencia con otros acreedores que pretenden cobrarse del mismo producido. En otros términos, es un derecho que se ejerce *contra otro acreedor*. Como regla, en una

ejecución *individual* sólo pueden invocarse los privilegios *especiales*. O sea, un acreedor con privilegio general no puede pretender tener prioridad en el cobro cuando se ha liquidado un bien particular, desde que él tiene una prioridad que puede ejercer sobre el resto de los bienes de su deudor.

¿Cómo funcionan las prioridades *entre acreedores que tienen un privilegio especial sobre el mismo bien*? Por ejemplo, el propietario de un inmueble (Sr. “B”) no ha pagado el impuesto inmobiliario, y consecuentemente, debe al Fisco; también es deudor del Banco “C”, pues no ha restituido en término un préstamo dinerario que se le otorgó con garantía hipotecaria. En caso de ejecutarse el inmueble por cualquiera de estos acreedores, si el producido de la venta no es suficiente para cubrir el crédito de ambos, ¿quién tiene prioridad en el cobro? Con fundamento en el art. 2586 inc c). Código Civil y Comercial de la Nación la respuesta a este conflicto es la siguiente: El Fisco cobrará primero si el impuesto se devengó con anterioridad a la constitución de la hipoteca puesto que la prioridad de la hipoteca se cuenta desde el día que el gravamen se inscribió en el registro inmobiliario; en cambio, el Banco (acreedor hipotecario) cobrará primero, y sobre el remanente cobrará el fisco si se trata de impuestos devengados con posterioridad a la constitución de la hipoteca; ambos (“B” y “C”) son acreedores privilegiados, pero uno tiene preferencia sobre el otro.

Del mismo modo, si se ejecuta un inmueble sobre cuyo producido concurren el Fisco por impuesto inmobiliario adeudado (crédito con privilegio especial) y un acreedor no privilegiado, común o *quirografario* que embargó el bien (vgr. un amigo del deudor que le prestó dinero sin garantía de ningún tipo), el Fisco tiene prioridad sobre el acreedor prestamista o mutuante; esto significa que primero se paga al fisco y sólo con el dinero sobrante se paga al embargante.

Si no hay acreedores privilegiados, o han sido pagados, es decir, si sólo concurren acreedores *quirografarios* o comunes, el orden de prioridad de cobro de las acreencias en los casos de concurrencia dentro de las ejecuciones individuales se expresa con la fórmula *prior in tempore potior in iure* (primero en el tiempo, mejor en el derecho). Esta expresión significa que entre los acreedores comunes (sin privilegio), o de igual rango, el producido escaso, porque no alcanza para todos, *no* se distribuye proporcionalmente o conforme a principios de igualdad, sino que se establece una prioridad derivada de cierta prelación temporal. ¿En qué consiste esa prelación? La prioridad no es del acreedor cuya acreencia es más antigua, ni del titular del crédito que se tornó exigible antes que el de los demás, ni del que primero inició el juicio contra el deudor común, ni tampoco quien

obtuvo sentencia antes; es el acreedor que *embargó antes* que los demás la cosa o cosas cuyo producido escaso los acreedores se disputan. Si se enfrentan acreedores quirografarios que embargaron y otros que no lo hicieron, cobrarán por el orden temporal de los embargos los que petitionaron y obtuvieron su traba (los que antes embargaron cobrarán primero), y el resto lo hará “*a prorrata*”, o sea, el resto insuficiente para pagar todo lo que se debe a cada uno se distribuirá proporcionalmente (por ej., alcanza para pagar sólo el 40% a cada acreedor).

B. El juicio colectivo

El deudor puede encontrarse ante la imposibilidad de hacer frente al *conjunto de sus obligaciones*; su estado de impotencia patrimonial se revela, pues, con carácter *general*. Para estos supuestos, la ley prevé un proceso que involucra a *todo su patrimonio* y a *todos sus acreedores*. Este proceso, que es de carácter colectivo y que comprende la totalidad del patrimonio y la totalidad de los acreedores, se denomina juicio *concursal*, procedimiento concursal o proceso *colectivo*. A diferencia del proceso individual, el proceso colectivo no tiene como presupuesto el *mero incumplimiento* de alguna obligación, sino un estado generalizado de insolvencia del deudor denominado *estado de cesación de pagos*.

Los caracteres más importantes de este *juicio colectivo* son los siguientes:

(a) El presupuesto de apertura del proceso concursal es el *estado de cesación de pagos* o insolvencia del patrimonio del deudor, caracterizado como el *estado general y permanente de desequilibrio patrimonial que coloca al deudor en la imposibilidad de hacer frente, de manera regular, a las obligaciones exigibles*. Este presupuesto del concurso difiere del mero “incumplimiento”, presupuesto del juicio individual, aunque como se verá más adelante, el incumplimiento de la obligación constituye uno de los *hechos reveladores* del estado de cesación de pagos.

(b) La ejecución colectiva es un proceso *único*. Dentro de la República Argentina no pueden coexistir, contemporáneamente y en relación al mismo patrimonio de una misma persona, dos procesos concursales.

(c) En virtud de lo expuesto, un solo órgano jurisdiccional entiende en la totalidad de las pretensiones de contenido patrimonial contra el deudor concursado (*fuero de atracción*). Este proceso colectivo “atrae” todos los juicios individuales que estaban

iniciados contra el deudor; por ej., el pleito promovido por el tenedor de un cheque librado por el deudor y no pagado, etc. Todos estos expedientes, dispersos en diferentes tribunales, serán remitidos al juez competente en el juicio colectivo. Como veremos más tarde, quedan exceptuadas las pretensiones del art. 21 ley 24.522, entre las que se encuentran las que no tienen contenido patrimonial, tales como los procesos fundados en las relaciones de familia (juicios de filiación, divorcio, etc.).

(d) La existencia de un único proceso concursal y la necesidad de que concurran todos los acreedores del deudor, produce varios efectos beneficiosos: (I) Un mejor control del deudor y de los acreedores entre sí respecto a cuáles pretensiones crediticias pueden incorporarse al pasivo común; (II) Una mayor celeridad en la tramitación del procedimiento universal; (III) una mayor economía a fin de que se devenguen menores gastos de justicia.

(e) En el proceso concursal entran en conflicto no sólo los intereses patrimoniales *particulares* del acreedor y del deudor, sino también los intereses de la generalidad de los acreedores, los de la colectividad, interesada en la protección de la empresa como fuente de trabajo y unidad productiva, etc. Ello explica las restricciones al *principio dispositivo* y la mayor vigencia del principio inquisitivo, traducido en mayores poderes del juez concursal y en algunas facultades del síndico, órgano propio y característico de estos juicios (por ej.: el síndico del concurso puede impulsar el desarrollo del proceso, y puede producir prueba aún cuando no sea ofrecida por el concursado; el deudor puede desistir del concurso preventivo y de la quiebra que él peticionó, pero con las restricciones fijadas por los arts. 31, 87 ley 24522; etc.).

(f) El juicio colectivo produce importantes efectos sobre la persona y sobre los bienes del deudor concursado. Así, en la quiebra, todos los bienes del patrimonio (salvo ciertas excepciones legalmente determinadas) resultan incautados y entregados al síndico para su custodia y administración hasta la liquidación judicial. El quebrado pierde las facultades de administración y disposición de sus bienes (desapoderamiento). Por un cierto período, el deudor quebrado es inhabilitado personalmente, medida que le impone numerosas restricciones a sus actividades, sobre todo en la esfera comercial y empresarial.

(g) En el proceso concursal, particularmente en la quiebra, los mecanismos para dejar sin efecto actos realizados por el deudor en perjuicio de sus acreedores y, de este modo, recomponer el patrimonio del fallido, son más simples, exigen menos requisitos y

extremos probatorios que los de las acciones del derecho común (simulación, fraude, etc.). A tal efecto, la legislación falencial regula las *acciones de ineficacia concursal*. Por lo demás, la integridad del patrimonio del deudor es resguardada por el *síndico* quien, en el concurso preventivo, ejerce una *vigilancia* sobre el mismo, y en la quiebra lo *administra y dispone*.

(h) La ley concursal tiene un régimen propio de preferencias o privilegios. Es decir, cuando el deudor está *in bonis* rige la llamada “ley común” (Código Civil y Comercial, códigos procesales, etc.); cuando se encuentra en estado de cesación de pagos, en cambio, normalmente no se aplican las reglas del llamado derecho común (código civil, código de comercio) sino la ley *especial*, que es la ley de concursos o ley *falencial*.

Por eso, las medidas cautelares trabadas por el acreedor sobre una cosa determinada que en la ejecución individual le permitían cobrar primero, no le asignan prioridad alguna si luego el deudor se presenta en concurso.

¿Cómo cobran los acreedores en el juicio colectivo? En primer lugar, hay que respetar el orden de privilegios que establece la propia ley concursal. La regla es que los acreedores con privilegio especial tienen prioridad sobre los acreedores con privilegio general. Una vez pagados los acreedores privilegiados (o no existiendo ellos), entre los acreedores *quirografarios* no hay prelaciones para el cobro de sus acreencias. Así, en caso de insuficiencia de activo para satisfacer la totalidad de los créditos, el reparto escaso del producido se hace *proporcionalmente* o a *prorrata*. Esto quiere decir que todos los acreedores cobran igual porcentaje o, desde otro ángulo, que todos soportan igual pérdida. De esta manera, se efectiviza un principio que es propio de la concursalidad y que es conocido como *par conditio creditorum* (igualdad o paridad de tratamiento de los créditos). Por ejemplo, si pagados todos los créditos con alguna prioridad, el producido de los bienes liquidados en una quiebra es de \$ 10.000, y la suma de créditos quirografarios concurrentes es de \$ 20.000, la división de la primera cifra por la segunda nos dará el porcentaje de percepción y pérdida de cada crédito que, en este caso, será la mitad. En efecto, la alícuota que arroja la operación matemática referenciada es 0,5, la cual, multiplicada por cada monto de cada acreencia concurrente en la falencia indica la suma efectiva a percibir. Así, un acreedor de \$ 100 cobrará \$ 50; uno de \$ 1000 percibirá \$ 500, etc. La pérdida que experimenta cada acreedor es, pues, proporcional (*par conditio creditorum*) y no, como ocurre en el juicio individual, en el cual el acreedor que pidió primero la medida cautelar cobra *toda* su acreencia y, si queda remanente, recién cobran los demás acreedores.

C. Concursos. Clases: prevención y liquidación

“Concurso” es una voz genérica que en nuestro sistema jurídico positivo comprende dos especies:

(I) El concurso *preventivo* (proceso concursal preventivo): consiste en un régimen establecido en beneficio del deudor, desde que le permite continuar al frente de la administración de su patrimonio, desarrollando su actividad habitual, bajo la vigilancia del síndico, otorgándole la oportunidad de que pueda arribar a un acuerdo con sus acreedores que le permita revertir la situación de crisis por la que atraviesa. Se trata, pues, de evitar la quiebra.

Ahora bien, si el deudor fracasa en razón de que no haber obtenido las conformidades de los acreedores a la propuesta de acuerdo preventivo por él formulada o, cuando habiéndolo logrado no ha podido cumplir con lo acordado, el concurso preventivo se transforma en quiebra.

(II) La *quiebra* (proceso concursal liquidativo): es el proceso concursal dirigido a la liquidación de la totalidad de los bienes del deudor para, con su producido, pagar todas las deudas según los derechos, las categorías y los privilegios de los cuales resultan titulares los acreedores. Causa el *desapoderamiento* del deudor, quien pierde la administración de su patrimonio; más aún, normalmente cesa la actividad empresarial para proceder a la liquidación de los bienes.

De todos modos, los sujetos, el presupuesto, y algunos principios, funcionarios y reglas procesales, son comunes al concurso preventivo y la quiebra. Así, la cesación de pagos es el presupuesto necesario del concurso preventivo y de la quiebra. Las mismas personas físicas y jurídicas que pueden petitionar su concurso preventivo pueden ser declaradas en quiebra; el síndico es el funcionario que actúa tanto en el concurso preventivo cuanto en la quiebra, etc.

D. Principios que informan el proceso concursal

El proceso concursal se caracteriza por ser *universal, único y predominantemente inquisitivo*.

(a) *Universalidad* (o colectividad o pluralidad): El proceso concursal es universal por cuanto en él convergen las pretensiones de todos los acreedores sobre la totalidad de un patrimonio. Este carácter del proceso concursal guarda relación con la noción del patrimonio como universalidad jurídica. Se trata de un proceso que compromete al patrimonio como conjunto de bienes y deudas de una persona (no se limita a algunos bienes singulares y a algunas deudas). Afecta a la totalidad del activo del deudor, convocando a los acreedores a dirimir y a efectivizar sus derechos sobre los bienes que integran ese patrimonio.

Por eso, se habla de universalidad concursal *objetiva* y *subjetiva*.

En su *aspecto objetivo*, la universalidad se refiere a los *bienes del deudor* comprometidos en el proceso concursal. Una aplicación de este aspecto es el art. 1 de la ley 24.522 de concursos y quiebras (en adelante L.C.Q.) que dice: “El concurso preventivo o quiebra produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados”. Entre estas últimas encontramos, verbigracia, el art. 108 de ley 24.522, norma que establece qué bienes están excluidos del desapoderamiento que pesa sobre el quebrado [ej.: no resultan afectados por la quiebra, y consecuentemente están a salvo de la acción de los acreedores, la indemnización que corresponda al fallido por daños materiales o morales a su persona; el lecho cotidiano, las ropas, enseres, muebles de uso indispensable; los elementos necesarios para el trabajo intelectual o manual (las herramientas del mecánico, la máquina de coser del sastre, la colección de jurisprudencia del abogado); etc.].

En su *aspecto subjetivo*, la universalidad se refiere a los *sujetos involucrados* como acreedores del deudor concursado; es decir a todos los que pretenden cobrar sus acreencias sobre el patrimonio que se encuentra en cesación de pagos. En este sentido, la carga de *verificar los créditos*, es decir, la carga de concurrir ante el síndico, denunciar el crédito (causa, títulos justificativos y privilegio) y solicitar ser incluido dentro del pasivo al que los bienes del deudor deben dar satisfacción, se impone a “todos los acreedores”, tanto en el concurso preventivo como en la quiebra (arts. 32 y 126, L.C.Q.).

(b) *Unicidad*: este carácter se encuentra íntimamente ligado a la universalidad. No pueden coexistir dos procesos concursales relativos a igual patrimonio del mismo sujeto. Existe un proceso único, un juez único, y *fuero de atracción*. En virtud del fuero de atracción, a partir de la resolución judicial que abre el concurso preventivo o la quiebra *todos los juicios de contenido patrimonial* seguidos ante cualquier juzgado de la

República Argentina contra el concursado, *deben radicarse ante el juez del concurso preventivo o de la quiebra* (arts. 21 inc 1º y 132 ley 24.522).

(c) *Inquisitorialidad*: los procesos concursales pueden ser caracterizados como *predominantemente inquisitivos*, por oposición a los procesos *dispositivos*

El principio dispositivo suele regir en procesos en los que se dirimen cuestiones que afectan intereses privados. Por ej. el juicio civil iniciado por una persona que reclama los daños sufridos en un accidente de tránsito contra el conductor o el dueño del automotor; la ejecución cambiaria promovida por el tomador de un cheque librado por el deudor, rechazado por no tener fondos en cuenta, etc. Estos procesos se caracterizan porque las partes (actor y demandado) tienen el poder de *iniciativa*; relatan los hechos, exponen sus pretensiones y defensas en la demanda y en la contestación y, de este modo, establecen los límites del juicio; al dictar la sentencia que pone fin al pleito, el juez no puede apartarse del marco fijado por actor y demandado. Las partes también tienen el poder de *impulso* del procedimiento; así, durante el juicio, pueden ponerse de acuerdo en suspender los plazos del proceso, pueden delimitar la prueba a producir, ofreciendo una prueba y no otra, etc. Actor y demandado también tienen el poder de *disposición* del proceso; así, el actor o demandante puede desistir *del derecho* a cobrar su crédito contra el deudor, desistimiento que produce la extinción de su derecho, no pudiendo reclamarlo en el futuro; puede igualmente *desistir del proceso*, es decir que se extingue el proceso aunque no del derecho subjetivo, pudiendo luego iniciar un nuevo proceso contra el deudor; también es posible terminar el proceso de mutuo acuerdo (acuerdo transaccional o conciliatorio); etc..

En cambio, en los llamados procesos *inquisitivos* (como el concursal), el rol del juez adquiere mayor protagonismo y sus poderes se acrecientan (por ej.: las pruebas no se limitan a las que las que los particulares arrimen al proceso; el juez, por propia iniciativa, pueden incorporar otras, etc.). El principio inquisitivo rige en los procesos en que están en juego intereses generales o públicos y, por ello, en principio, son indisponibles.

El proceso concursal, una vez abierto, está regido, principalmente, por el principio inquisitivo. Por ejemplo, el juez puede declarar *inadmisibles* créditos cuya verificación es pedida por su titular, aunque el deudor los haya reconocido o no los haya cuestionado; más aún, el juez puede rechazar esos créditos, aunque no hayan sido cuestionados por el resto de los acreedores (durante el período de observación de créditos) ni por el síndico (en el informe individual), etc.

Por otro lado, el juez tiene amplias facultades en materia de *impulso* procesal y de iniciativa probatoria. En este sentido, el art. 274 L.C.Q. dispone que el juez tiene la dirección del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias. A tales fines puede disponer, entre otras cosas: la comparecencia del concursado o quebrado en todos aquellos casos en que omita las informaciones que el juez o el síndico le requieran, incurra en falsedad en las que produzca, o realice actos en perjuicio evidente de los acreedores, pudiendo incluso separarlo de la administración de su patrimonio.

Lo expuesto no obsta a que el proceso concursal tenga rasgos *dispositivos*. Por ejemplo, para la apertura de un proceso concursal, sea preventivo (concurso preventivo), sea liquidativo (quiebra) es menester la iniciativa de parte; así, en principio, el juez no puede declarar *de oficio* la quiebra de un sujeto sin que medie pedido del propio deudor o de un acreedor; tampoco puede abrir el concurso preventivo sin que lo pida el propio deudor. Para acceder al proceso concursal, obtener el reconocimiento de sus acreencias y, en última instancia, cobrar (a través de la propuesta de acuerdo en el concurso preventivo o, en la quiebra, mediante el proyecto de distribución final una vez liquidados todos los bienes), el acreedor debe pedir la verificación de sus créditos. Si el acreedor no concurre a verificar, ni el juez, ni el síndico, ni el deudor, ni otro acreedor pueden suplir su pasividad y quedará marginado del proceso concursal.

E. Leyes que rigen el concurso

Actualmente, la ley que rige el proceso concursal (preventivo y liquidativo) es la 24.522 (B.O. 9/8/1995), con las modificaciones introducidas por las leyes 25.563 (B.O. 15/02/02), 25.589 (B.O. 15/05/02), Ley N° 26.684 B.O. 30/06/2011, Ley N° 26.086 B.O. 11/4/2006 y Ley N° 27.170 B.O. 8/9/2015). Anteriormente rigieron las leyes 19551 (de 1972) y 22917 (de 1983).

2. La Constitucionalización del Derecho Privado²

Hasta hace algunas décadas se pensaba que Derecho Privado y Derecho Constitucional tenían pocos puntos en contacto: uno regía las relaciones jurídicas de coordinación y el otro las relaciones jurídicas de subordinación.

² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y BORETTO, Mauricio, “Manuale di Diritto Privato”, editoriale, Eudeba – Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2017, Volume 1.

Las relaciones entre el Estado y el individuo regidas por el Derecho Constitucional eran, exclusivamente, las que ponían límites al poder del Estado en los casos en que éste pretendía alterar las garantías individuales.

Por ello, la garantía constitucional tradicional más típica fue el *habeas corpus* para asegurar la libertad física del individuo frente a las detenciones arbitrarias del Estado.

En la actualidad, esta visión ha cambiado:

✓ Por un lado, se advierte que no todo poder está en manos del Estado. Por el contrario, existen poderes económicos, culturales, sociales que también deben ser limitados por el ordenamiento para asegurar que las libertades y la igualdad real entre las personas sean efectivas y no se conviertan en una mera declaración. Desde esta nueva perspectiva, no debe extrañar que ingresen a los textos constitucionales relaciones que tradicionalmente pertenecieron al Derecho Privado. De este modo, el Derecho Constitucional penetra en el Derecho Privado y sus principios se propagan a los diversos sectores del ordenamiento jurídico.

✓ Por otro lado, existen ciertos derechos civiles que merecen una tutela especial, más elevada que la que otorga la ley. Así, la reforma constitucional de 1994 incorporó a la Constitución Nacional varias previsiones que tocan materias de Derecho Privado, tales como, la *protección del consumidor* consagrada en el artículo 42, según el cual: “(...) Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control (...)”. La ley 24.240 (con su reforma de la ley n° 26.361) de Defensa del usuario y consumidor y el nuevo Código Civil y Comercial (del 2015, desde el art. 1092 al 1122), hoy, constituyen la reglamentación de esta cláusula constitucional.

Sin perjuicio de los ejemplos transcritos, otras numerosas materias de Derecho Privado (la protección de la persona humana, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, la filiación, el matrimonio, la responsabilidad parental, la adopción, etc.) aparecen en los tratados internacionales a los cuales la Constitución (con la reforma de 1994) reconoce jerarquía constitucional (arts. 31 y 75, inc. 22°).

Ellos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales; el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo; la Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la Convención sobre los derechos del niño.

Esta nueva visión ha traído luz sobre una serie de cuestiones desde que las normas constitucionales tienen gran eficacia en cuatro sentidos:

(i) *Eficacia directa*: este carácter significa que, aunque no haya disposición *legal* que reglamente el derecho reconocido por la Constitución, el derecho es operativo y la persona que demanda la tutela jurisdiccional puede pedir su aplicación.

(ii) *Eficacia derogatoria*: esta característica implica que las disposiciones constitucionales derogan cualquier disposición legal que las contradiga.

(iii) *Eficacia invalidatoria*: este carácter está estrechamente vinculado al anterior pues la disposición de jerarquía legal que se opone a una norma constitucional es inválida y, por ello, puede ser declarada inconstitucional por los jueces.

(iv) *Eficacia interpretativa*: se ha dicho que la visión constitucional exige una “relectura” de los textos legales, de tal modo que la interpretación de la ley esté siempre adecuada a la Constitución. Por eso, cuando una ley es pasible de ser interpretada de diversos modos, uno que contradice la Constitución y otro que se adecua a ella; quien interpreta y aplica la ley debe hacerlo de manera que la norma resulte conforme a la cláusula constitucional. En otras palabras, la norma constitucional dirige la

interpretación de la ley.

De este modo, desde la reforma constitucional de 1994, se ha configurado un nuevo sistema de fuentes del derecho.

La idea de supremacía constitucional – contenida en el artículo 31 de la Constitución – y, principalmente, los Tratados Internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 Const. Nacional), configuran la base fundamental de un “Sistema de Fuentes” en el ordenamiento jurídico argentino que ha venido indefectiblemente a variar el orden jurídico en general.

En efecto, ante el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Privado, *la legislación debe partir de este sistema para interpretar y aplicar el derecho.*

Como consecuencia de ello, los casos que rijan la legislación deben ser resueltos de acuerdo a las leyes que regulen la materia de que se trate y que resulten aplicables, *interpretándolas conforme a la Constitución Nacional y a los tratados suscriptos por la Argentina.*

En efecto, la reforma constitucional de 1994 introdujo un cambio sustancial al sistema jerárquico normativo en Argentina.

En la cúspide de todo el ordenamiento jurídico, la Constitución dejó su rol exclusivo de norma fundamental por cuanto los tratados internacionales – de derechos humanos – han pasado a tener su misma jerarquía. La Constitución continúa siendo entonces la norma fundamental de todo el sistema. Pero en cuanto al ‘parámetro’ que deben seguir las normas ‘infraconstitucionales’ para ser admitidas como válidas jurídicamente dentro del sistema, la Constitución dejó de ser el único referente. De ello se deduce que en caso de que una norma interna contradiga un tratado internacional de derechos humanos, tal norma es inconstitucional, carece de validez jurídica y por ello es inaplicable.

Conclusión: se debe adecuar el Derecho común a la Constitución y a los Tratados de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994.

El artículo 1º del Código Civil y Comercial sigue esta línea al expresar: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que

la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

3. Intersecciones del derecho concursal y la constitucionalización del Derecho Privado en la Argentina: crisis del sistema de privilegios concursales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

En la última década, la Argentina ha transitado un severo cuestionamiento con respecto al sistema de los privilegios concursales. Las voces críticas se alzaron desde la jurisprudencia y, de manera particular, la estocada vino desde el ámbito de los derechos humanos y el principio de convencionalidad.

Precisamente, el control de convencionalidad que realizan los jueces busca establecer si la norma de derecho interno vigente se adecua a lo determinado por los Tratados de Derechos Humanos, es decir, si la misma resulta convencional o no.

En efecto, el control de la convencionalidad desempeña un doble papel: por una parte, es represivo, ya que obliga a los jueces nacionales a no aplicar las normas internas contrarias a los tratados internacionales que tienen una jerarquía constitucional, es constructivo, ya que también les obliga a interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Tratado y su interpretación por los tribunales internacionales (por ejemplo, el Tribunal Interamericano). No es otra cosa que la interpretación armonizada o adaptativa del derecho local al tratado y a la interpretación dada al tratado por el Tribunal Internacional, que lleven a descartar las interpretaciones del Derecho nacional contrarias a dicho Tratado y/o a la forma en que ha sido interpretado por el Tribunal Internacional.³

Así las cosas, el Superior Tribunal de Justicia de la Nación entendió – aunque con cierta vacilación como veremos – que no obstante la regulación de los privilegios en la ley 24.522, la misma podía sufrir modificaciones – dada la trascendencia de los derechos en juego ante el fenómeno de la insolvencia – en virtud de aquél control de convencionalidad y ante la jerarquía de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, sin necesidad de tener que esperar los tiempos de una reforma legislativa; de por sí, lenta.

³ ABALOS, María Gabriela, “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad en el derecho argentino”, Suplemento de Derecho Constitucional 2019 (noviembre), 07/11/2019, 1 - LA LEY 2019-F, Cita Online: AR/DOC/965/2019.

Es lo que ocurrió con el caso “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/ quiebra”,⁴ donde se resolvió que *“El crédito laboral originado en una indemnización por accidente de trabajo, reconocido mediante sentencia firme, goza de privilegio sobre los de la AFIP en virtud de la aplicación del Convenio de la OIT N° 173”* y también con el precedente “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)”,⁵ en el cual – por mayoría – se *“declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales, dándole prioridad para el cobro a los padres de un joven que quedó discapacitado al nacer producto de una mala praxis médica”*.

Cabe destacar que, los privilegios reconocidos por la Corte Federal en estos precedentes (y de la manera en que lo hizo), no tenían respaldo en el texto expreso de la ley concursal argentina.

Sin embargo, el propio Máximo Tribunal ha tenido un comportamiento zigzagueante y, por qué no, desconcertante sobre el tema.

En efecto, en “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”⁶ resolvió – por mayoría – en sentido contrario a lo dicho en “Institutos Médicos Antártida”, al concluir que: *“1) ni las Convenciones internacionales invocadas – Convención sobre los Derechos del Niño y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –, ni la Ley 26.061 contienen referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal en las que no se prevé expresamente – ni puede derivarse de sus términos – una preferencia de cobro, por la sola condición invocada, respecto de los restantes acreedores concurrentes, ni la exclusión de sus créditos del régimen patrimonial especialmente previsto por la ley concursal. Por consiguiente, no se prevé expresamente – ni puede derivarse de sus términos – una preferencia de cobro, por la sola condición invocada, respecto de los restantes acreedores concurrentes, ni la exclusión de sus créditos del régimen patrimonial especialmente previsto por la ley concursal; 2) reconocer el carácter de privilegiado a un crédito implica otorgarle el derecho de ser pagado con preferencia a otro, y que tal calidad solo puede surgir de la ley. Asimismo, los privilegios, en tanto constituyen una excepción al principio de la par conditio creditorum – como derivación de la garantía de igualdad protegida por el art. 16 de la*

⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26-marzo-2014, aldiaargentina.microjuris.com/.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26-marzo-2019, aldiaargentina.microjuris.com/.

⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6-noviembre-2018, camoron.org.ar/.

Constitución Nacional – deben ser interpretados restrictivamente, pues de aceptarse una extensión mayor a la admitida por la ley se afectarían derechos de terceros; y 3) que admitir el reconocimiento judicial de derechos preferentes no previstos en la ley concursal traería aparejados serios inconvenientes que excederían el ámbito propio de los concursos. La ruptura del régimen legal de privilegios y la creación de un sistema paralelo, contra legem, discrecional y casuístico puede conllevar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general. Por ejemplo, la preferencia en el cobro de las acreencias garantizadas con hipoteca y prenda (artículo 241 inciso 4 de la ley 24.522) se justifica en los intereses económicos y sociales considerados por el legislador para acordarles dicho privilegio. En efecto, esa preferencia se vincula con la protección del crédito, que es indispensable para el desarrollo y el crecimiento del país, y que depende, en parte, de la existencia y la eficacia de ciertos instrumentos que, como las garantías, aseguren el recupero del crédito. En el caso concreto, el resguardo de esa preferencia en el cobro se relaciona con la oportunidad y el costo de acceder al crédito que tienen los agentes de salud y, en definitiva, con la adecuada prestación de esos servicios que, de hecho, permiten atender el derecho a la salud de toda la comunidad. La preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces de acuerdo con las circunstancias subjetivas que en cada caso en particular se puedan plantear”.

En particular, en relación con los dos precedentes judiciales "Institutos médicos" y "Asociación francesa", cabe destacar dos hechos muy importantes:

- 1) transcurrieron sólo cuatro meses entre los dos casos – muy similares – y el Tribunal Nacional los resolvió de manera diferente;
- 2) en ambos casos, la disputa surge entre un acreedor hipotecario (acreedor privilegiado incuestionable) y la víctima con derecho a reclamar daños y perjuicios (acreedor común, sin privilegio); lo que pone de relieve la crisis que está sufriendo la regulación de los privilegios de quiebra en la ley 24.522.

4. Conclusión

El sendero pendular de la Corte Suprema de la Nación sobre un tema tan delicado pone en evidencia la imperiosa necesidad de que el Legislador revise y, en su caso modifique, el sistema de los privilegios en materia concursal.

Ante la pereza de este último Poder del Estado, la realidad demanda soluciones de carácter jurisdiccional a partir de la aplicación del principio de convencionalidad, que, si bien permite resolver el conflicto planteado, conspira contra la seguridad jurídica.

En efecto, no hay una misma vara para tratar y solucionar casos similares que se van suscitando, todo lo cual termina por actuar en detrimento del Estado de Derecho.

Como citar:

BORETTO, Mauricio. Crisis del sistema de privilegios concursales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 1, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

21.11.2023

Aprovado em:

12.1.2024