

VULNERABLES Y PROCESO CONCURSALⁱⁱⁱ

La relación entre los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad y el derecho positivo vigente de los distintos países, es una cuestión que ha sido debatida por la doctrina autoral y judicial y un reciente fallo de la CSJN trata esta temática central y obliga a la reflexión.

La cuestión se plantea en el marco de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad y la insolvencia empresaria para afrontar sus obligaciones, entre las que se encuentra la que mantiene con esa persona vulnerable.

Como bien se ha señalado “La crisis de la empresa es causa, por muchos aspectos, de alarma social, y esto porque múltiples intereses colectivos se ven gravemente amenazados. Un primer motivo de alarma, que socialmente ha sido advertido desde hace mucho tiempo, consiste en el perjuicio que la crisis del establecimiento acarrea a los acreedores, ya que la empresa ordinariamente vive del crédito ajeno y su crisis conduce, en perjuicio de la masa menudo innumerable de los acreedores, a la imposibilidad de recuperar, o de recuperar en su totalidad todo lo que se les debe.” (Galgano, Francesco “Derecho Comercial” (El empresario), página 185; Ed. Temis, Colombia, 1999).

Esta situación expuesta se torna más crítica, cuando el que no cobra es una persona vulnerable, que requiere de ese dinero para poder mantener vigente su derecho a la vida, la salud, su integridad psicofísica; en fin sus derechos fundamentales.

Vulnerabilidad; derechos humanos fundamentales; insolvencia empresaria; acreedores con y sin privilegio y plazos judiciales irrazonables, constituyen algunos de los elementos que deben analizarse y que se encuentra articulados o en pugna, según la perspectiva que se adopte.

El precedente al que hacemos referencia resulta caratulado como “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros.” (CSJN del 6 de Noviembre de 2018).

El supuesto de hecho nos ubica frente a un crédito con causa en una indemnización de daños derivados de responsabilidad médica ocurrida durante el nacimiento de M.B.L. (20 de Diciembre de 1994), que le provocó una parálisis cerebral con 100% de capacidad irreversible.

Desde el 20 de Diciembre de 1994, se transitaron los ámbitos y tiempos del proceso de daños respectivo y posteriormente el proceso concursal, habiendo transcurrido desde el hecho y hasta el fallo de la CSJN, casi 24 años.

El segundo dato fáctico que resulta central, es que la persona reclamante es una niña/o con una incapacidad del 100%. O sea reúne dos condiciones de vulnerabilidad.

En este sentido y en forma preliminar, bien cabe recordar el concepto de base consensual que los Poderes Judiciales han adoptado en este sentido: “(3) Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas – culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad.

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o

incluso de su nivel de desarrollo social y económico.” (artículos 3 y 4 de las 100 Reglas de Brasilia, texto actualizado, aprobado en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana, de Abril de 2018- Quito-Ecuador).

Establecido el concepto de vulnerables, debemos decir, que en cada caso en particular existen Convenciones Internacionales, que han sido ratificadas, adoptadas e incorporadas por nuestro país a su legislación interna, o bien, atendiendo a su rango de reconocimiento constitucional, resultan directamente operativas en el ámbito de nuestro país.

En este caso, algunas de las convenciones con las cuáles se tiene un punto de conexión y por ende resultan aplicables son la Convención de los Derechos de los Niños y Niñas (aprobada por ley 23.849 de 1990) y la Convención de las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 26.378 de 2008); entre otras.

La Convención de Personas con Discapacidad, establece un sistema de protección y enaltecimiento de sus derechos e impone obligaciones generales y específicas a los Estados, entre las cuáles podemos destacar, en relación a este caso, “Artículo 4º.- Obligaciones generales

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;

d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;” (el subrayado me pertenece).

Como se puede observar, la Convención impone al Estado la adopción de cualquier clase o naturaleza de medidas tendientes a hacer efectivos los derechos, o sea comprende también las decisiones judiciales y debe hacerlo en sentido positivo o de abstención de adoptar decisiones que puedan afectar esos derechos.

En relación a algunas de las obligaciones específicas que debemos considerar, se encontrarían las siguientes: “Artículo 17.- Protección de la integridad personal.

Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás.”

“Artículo 25.-Salud.

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.....”.-

Sí se ha establecido en el caso concreto que el crédito cuyo pago se reclama, se encuentra directamente relacionado con la vigencia y goce de estos derechos fundamentales, la medida (decisión judicial) debe adoptarse, ya que así, (desde nuestra perspectiva) lo requiere la Convención.

La Convención sobre los Derechos de Niños y Niñas, establece en diversas normas la obligación del Estado de resguardar sus derechos y adoptar medidas positivas para su real concreción, entre las cuáles podemos señalar: “Artículo 3.-

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales , las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada....”

“Artículo 4.-

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

“Artículo 23.-

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la

capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.”.

Se contempla la decisión judicial (tribunales; adopción de las medidas hasta el máximo de los recursos disponibles), como una alternativa válida, posible y exigible al Estado a los fines de la preservación de los derechos que consagra la Convención.

A estas normas se le debe sumar la ley 26.601, que en diversos artículos consagra este carácter superior, obligatorio e imperativo.

“ARTICULO 1° — OBJETO. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

ARTICULO 2° — APLICACION OBLIGATORIA. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.”

ARTICULO 3° — INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.....

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

“ARTICULO 5° — RESPONSABILIDAD GUBERNAMENTAL. Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal.

En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen.

Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La prioridad absoluta implica:

.....

2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas;.....”

ARTICULO 8° — DERECHO A LA VIDA. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida.

ARTICULO 9° — DERECHO A LA DIGNIDAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en

desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley.

Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes.”

“ARTICULO 14. — DERECHO A LA SALUD. Los Organismos del Estado deben garantizar:.....

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud.”

“ARTICULO 27. — GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:”

“ARTICULO 29. — PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo

cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.” (los subrayados me pertenecen)

Es dable sostener que estamos frente a un conjunto de normas obligatorias para el Estado nacional (en cualquiera de sus manifestaciones, aún la judicial), prevalentes, de orden público internacional y nacional, que deben adoptarse a través de las decisiones judiciales resguardando el principio de efectividad y también el de prevalencia; o sea que cuando colisionen con otros derechos que no tengan la misma jerarquía, la decisión a adoptarse será a favor de los derechos de estas personas vulnerables.

Desde nuestra opinión personal, y conforme las reglas del Derecho de los Tratados y el Derecho Constitucional de nuestro país; estas convenciones internacionales, debidamente ratificadas y aprobadas e incorporadas por leyes nacionales, constituyen derecho propio aplicable a los supuestos de hechos, donde se configure una situación de vulnerabilidad que comprometa un niño o niña, con discapacidad o impedimentos (según sea la terminología de la Convención a la que nos estemos refiriendo).

Si el supuesto de hecho quedare comprendido en el ámbito de vigencia temporal del CCyC, debemos considerar el artículo 1° y 2° de ese cuerpo legal, que nos señala que los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la república sea parte y la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

De manera tal que el régimen de privilegios que trae el propio Código y que se proyecta al esquema normativo de los concursos y quiebras, no resulta ajeno a estas pautas rectoras para la interpretación y aplicación del derecho.

Desde otro plano de análisis y con la finalidad de hacer concurrir ambos desarrollos; nos encontramos con un crédito quirografario sin privilegio alguno, que en principio obstaría a que esa indemnización, vinculada con la persona vulnerable, pudiera hacerse efectiva (depende en

el caso concreto de los fondos y activos que existen para hacer frente a las obligaciones incumplidas).

Es necesario introducir a esta secuencia (en relación al fallo en análisis), un detalle que no debe pasar desapercibido: La vulnerabilidad se generó en una “acción/omisión/responsabilidad” del deudor de la indemnización. Ello debe ser valorado con el conjunto de circunstancias fácticas, al realizar la o las reflexiones que correspondan.

Debemos ingresar ahora, en la exploración de otro aspecto que se confluje en el caso; cuál es la situación de insolvencia (total o relativa) y que actúa como impedimento para el inmediato cobro de la acreencia de la persona vulnerable; la situación de concurso o quiebra, según los casos.

Este crédito carece de privilegio en un proceso concursal.

Ello nos obliga a preguntarnos sobre el sentido, naturaleza, alcance y efectos del sistema de privilegios en el proceso concursal nacional.

La regla general se encuentra en el actual artículo 2574 del CCyC, que establece que “Los privilegios resultan exclusivamente de la ley. El deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro, sino del modo como la ley lo establece.” Esta norma reitera el principio que antes consagraba el CC derogado en los artículos 3875 y 3876.

Cuando la temática de los privilegios se traslada al ámbito concursal hay que conjugar, entre otras normas, el artículo 2579 del CCyC y los artículos 239 y siguientes de la ley 24.522.

A su vez el artículo 2573 del CCyC, nos brinda la definición legal de “Privilegio”, señalando que “es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro.”

Se ha dicho que al atribuirle la calificación jurídica de “calidad”, lo que se está determinando es el carácter de accesorio del crédito.

Los fundamentos, razones o motivos para establecer esta “calidad”, son diversos.

Aquí se podría formular una de las preguntas centrales para la adopción de la decisión judicial: ¿Cuáles son las razones, motivos o fundamentos por los cuáles un crédito debe considerarse privilegiado?.

Podríamos indagar sobre la naturaleza de los créditos como lo sugiere Obarrio en una de sus obras en relación al primigenio Código de Comercio (hoy derogado); “El privilegio puede definirse diciendo que es un derecho que la calidad del crédito da a un acreedor para ser preferido a los demás...Los privilegios existen sin necesidad de estipulación, y proceden meramente de la naturaleza de los créditos.” (Obarrio, Manuel “Estudio sobre las Quiebras” página 241; Ed. Lajouane, Buenos Aires, Argentina, 1898).

Pero en principio, no hay privilegio sin ley que lo establezca.

En nuestro sistema, es la ley la que determina que un crédito tenga o no privilegio (cualquiera sea su clase, general o especial). Es el legislador, el que indagando en la naturaleza del crédito, en su relación con el bien, o con el giro de la empresa, o con el otorgamiento de financiamiento que de otra manera no se hubiera logrado, que se establece por norma expresa, que dichos créditos tengan privilegio.

De manera tal que si el crédito al que estamos haciendo referencia no tiene un privilegio (calidad) establecido por ley, no tendrá preferencia (cualquiera sea esta) para ser pagado con prelación a otro.

En este sentido se afirma que: “Los privilegios son de origen exclusivamente legal, accesorios a un crédito, de hermenéutica restringida e indivisibles.” (Rivera-Roitman-Vítolo “Ley de Concursos y Quiebras” Tercera Edición Actualizada; Tomo III pag. 454, Ed. RubinzalCulzoni Editores, 2005, Santa Fe, Argentina).

A lo que se agrega sobre su naturaleza jurídica, que: “el crédito es el objeto de las obligaciones, mientras que el privilegio uno de sus efectos.

Como todos esos efectos, entonces, también este es concebido para permitir el cumplimiento de la obligación que lo origina, con cuyo objeto, el crédito, no se confunde, sino que a su logro se ordena.” (Villanueva; Julia “Privilegios”, pag. 33 Ed. RubinzalCulzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004).

También se ha definido al privilegio como “el derecho surgido de la calidad del crédito, por motivo del cual la ley confiere al acreedor la facultad de ser pagado con preferencia a los otros acreedores del deudor” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, con cita de Cortes, en Código Civil Comentado, Privilegios. Prescripción. Aplicación de las leyes Civiles; Ed. RubinzalCulzoni Editores, página 23, Santa Fe, Argentina, 2006).

Ahora bien, sobre los “Fundamentos” para que existan estos privilegios, se ha dicho que: “Bajo este título se pretende responder a la pregunta: ¿Por qué el legislador otorga una prioridad en el cobro escapando a la regla de la igualdad de todos los acreedores? Se trata pues de averiguar las razones que han movido a crear legalmente cada uno de los privilegios acordados.

Dar respuesta a esta pregunta es necesario porque “el conflicto de intereses que toda concurrencia de acreedores implica no es asunto que pueda resolverse por un mero y caprichoso favor dispensado por el legislador a tal o cual de los créditos en pugna sino por un afinado y hondo sentido de la justicia mediante el cual pueda darse satisfacción de los preferidos sin protesta de los relegados o pospuestos (conf. De Gasperi-Morello).

Según un criterio minoritario, todos los privilegios encuentran un único fundamento último, cual es, que el acreedor se encuentra, o ha podido encontrarse en imposibilidad de exigir seguridades personales o reales. El privilegio vendría a ser la solución jurídica a una desigualdad fáctica, por lo que en definitiva, favorecería a la igualdad real. “La desigualdad de los hechos puede violentar la igualdad jurídica, ante cuyo quebrantamiento efectivo, el Estado no puede permanecer indiferente. El legislador, en presencia de una contratación que resulta ser irregular porque debido a las circunstancias de hecho el acreedor carece prácticamente de libertad para exigir la constitución de una seguridad personal o real que garantice el cumplimiento efectivo de la obligación por parte del deudor, cuando el contrato resulta ser interesante desde el punto de vista económico o social para la colectividad, acuerda al crédito un privilegio (Molinario).

La opinión mayoritaria entiende que no es posible encontrar una explicación única para todos los privilegios (Llambias, Highton, Trigo Represas, Pizarro-Vallespinos; Muller, CordeiroAlvarez). Más aún, cada

privilegio puede responder a más de una motivación. En cada caso el legislador tiene en consideración razones peculiares. Algunas veces son motivo de equidad, de amparo al trabajo, de interés público, de conveniencia económica, etcétera.

En una posición intermedia, pero más cercana a la segunda que a la primera, se ha dicho que hay un fundamento mediato único (ante un pasivo mayor al activo, algunos acreedores deben quedar pospuestos por otros que el legislador prefiere) y otros fundamentos inmediatos plurales, que varían según los casos (BoffiBoggero).” (Kemelmajer de Carlucci, ob. Cit. Pag. 27/8).

De la lectura de los artículos 241 y 246 de la ley 24.522, puede señalarse que los privilegios están fundados en razones lógicas y justas que hacen a la existencia misma de los activos realizables y así los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de la cosa tienen esa preferencia, porque son los que hicieron posible que la cosa existiera; los créditos laborales por un período determinado y/o provenientes de determinadas situaciones, encuentran su razón de ser en el orden público interno e internacional (convencional) y en el hecho de que sin esa prestación de tareas la empresa y su giro no hubieran existido y por ende tampoco los activos que los acreedores pretenden realizar para obtener todo o parte de sus créditos; porque fueron necesarios para poder acceder al financiamiento que es la base del negocio mismo y si no estuvieran cubiertos con esas garantías especiales (y lógica preferencia), el financiamiento no hubiere existido y tampoco los activos que ello genera y así los acreedores no tendrían bienes y derechos realizables para cobrar sus acreencias; y así podríamos seguir enunciando a modo de ejemplo las razones lógicas y justas que llevan a la existencia de estos privilegios (especiales o generales).

Ello no implica que no puedan ser desplazados por otras acreencias que posean un fundamento de mayor valor y que se relacione de manera más directa con la realización de lo justo en el caso concreto; como pueden serlo aquellos fundados en el resguardo de derechos fundamentales y sustentados en el orden público nacional e internacional.

Cómo puede observarse, el orden público nacional o internacional no se invocan entre los fundamentos genéricos de los privilegios; aunque sí se

contempla en algunos de los supuestos enumerados (laborales; salud; alimentarios). Ello permite dos iniciales conclusiones: a) el orden público nacional e internacional pueden ser fundamento de la preferencia; b) no todos los privilegios tienen ese fundamento y por ende son en mayor medida desplazables (si se adoptare esa posición).

Pero podría desplazarse esta normativa legal, por considerarla inconstitucional y contraria al orden convencional adoptado por la República Argentina; a través de una decisión judicial o solo es posible hacerlo a través de una reforma legislativa?

El fallo de primera instancia entendió que era procedente hacerlo por una decisión judicial.

Declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en el artículo 239 párrafo 1º, 241,242 parte general, 243 parte general e inciso 2º de la ley 24.522 y verificó a favor de MLB un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio.

El pronunciamiento fue elogiado por sectores de la doctrina (Junyent Bas, Francisco; “Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales” Publicado en: LA LEY 24/09/2007, 24/09/2007, 5;).

La Cámara revocó la sentencia y consideró al crédito como quirografario y dejó sin efecto el pronto pago dispuesto por el Juez de grado, respecto de la parte privilegiada del crédito.

La CSJN por mayoría (3 votos a favor y 2 en contra), confirma el fallo de la Cámara y sostiene que los privilegios solo pueden tener origen en la ley; que por ser una excepción a la garantía de igualdad deben ser interpretados restrictivamente y que es un sistema cerrado, “sin que esté dado a los jueces realizar una interpretación amplia o extensiva de los supuestos reconocidos por la ley”.

El voto de la mayoría considera que “ni las convenciones internacionales invocadas, ni la ley 26.601 contiene referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal. Por consiguiente, no se prevé expresamente, ni puede derivarse de sus términos, una preferencia de cobro, por la sola condición invocada, respecto de los restantes acreedores

concurrentes ni la exclusión de sus créditos del régimen patrimonial especialmente previsto por la ley concursal.”

Reconoce ese voto el valor de las convenciones y el mandato general de mayor protección constitucional, pero de ello no se deriva el reconocimiento específico del derecho que se reclama.

El Juez no puede suplir al legislador en la implementación de esas políticas públicas que las Convenciones y leyes citadas imponen, en virtud del principio de división de poderes.

Agrega la mayoría que “una eventual declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios con sustento en los amplios mandatos contenidos en los convenios internacionales podría conllevar también la invalidez de toda norma o acto que no conceda a los menores y/o discapacitados un trato preferente, cualquiera sea el ámbito de que se trate; consecuencia que podría extenderse incluso a todos los sujetos comprendidos en algunos de los grupos vulnerables que cuente con especial protección constitucional (artículo 25 inciso 23 de la Constitución Nacional).”.

El juicio de valor es real, ahora bien, probablemente exista en la cultura jurídica actual y en el derecho comparado, el entendimiento de que ello es así; o sea cuando confrontan personas en condiciones de vulnerabilidad, cuyos derechos están reconocidos en Convenciones Internacionales que obligan a un Estado determinado, su sentido y alcance desplaza al derecho interno, máxime cuando el mismo es de puro contenido patrimonial.

Ello es una posibilidad.

No debe resultar inadvertido a nuestro análisis, el señalamiento que realiza este voto, en relación a que cualquier debate sobre el reconocimiento de privilegios en el marco de un proceso falencial, debe abordarse de manera sistémica o integral, pues lo que está en juego (y ello es totalmente cierto), no es solo la relación entre el deudor y sus acreedores, sino, especialmente, la de estos entre sí.

Ejemplifica con créditos que pueden tener privilegios y corresponder a grupos vulnerables o bien que esa preferencia fue otorgada en base a intereses económicos y sociales, como la protección del crédito, que es

indispensable para el desarrollo y el crecimiento del país y por ello existen las garantías que aseguran en una mayor medida y manera el cobro del crédito (hipoteca, prenda).

“En síntesis, la preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces de acuerdo con las circunstancias subjetivas que en cada caso en particular se puedan plantear.”

Correlativamente insta al estado Nacional a desarrollar las políticas públicas enderezadas a garantizar el derecho a la salud reconocido por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

Que en su disidencia, el Ministro Maqueda, realiza una precisa reseña de los derechos (de las personas vulnerables) y obligaciones (de los Estados respecto de estas), que emanan del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; de la Convención Americana de Derechos Humanos; la Convención sobre los Derechos de los Niños y Niñas y de las Convenciones sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En esta orientación hace referencia al criterio señero de nuestra Corte de que la vida, la salud y la dignidad de la persona humana son derechos fundamentales, cuya preservación desplaza cualquier otro derecho, máxime si se vincula con una situación de vulnerabilidad; y los conjuga con el interés superior del niño, y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad.

Sostiene en su voto que “la extrema situación de vulnerabilidad descripta y la urgente necesidad de afrontar los tratamientos médicos adecuados para que MBL lleve el nivel más alto posible de vida digna, sumado a la especial protección que los instrumentos internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico con igual rango constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) le otorgan a su persona, conducen a declarar la inconstitucionalidad de las normas concursales en juego – arts. 239, primer párrafo; 241; 242, parte general, y 243, parte general e inc. 2º de la ley 24.522- habida cuenta de que no dan respuesta adecuada, definitiva y acorde con la particular situación descripta al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales mencionados”.

Este voto trae a colación una cuestión que en nuestra interpretación es de alta incidencia al momento de definir la decisión a adoptar: “tiene dicho la Corte que la Constitución Nacional – y los instrumentos internacionales incorporados a ella- asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en juego un derecho humano fundamental”.

Está haciendo referencia al denominado “principio de efectividad”, que es crucial para dirimir estas cuestiones complejas o “difíciles”.

El segundo voto en disidencia corresponde al Ministro Rosatti.

El mismo hace referencia a los derechos en juego y al igual que la disidencia del Ministro Maqueda, citan la doctrina del precedente “Pinturas y Revestimientos aplicados SA” de la propia CSJN.

Señala que las normas legales deben ser integradas con las disposiciones de los instrumentos internacionales correspondientes y reseña los mismos.

Sostiene que: “Las declaraciones contenidas en dichos instrumentos al ser ratificadas por nuestro país adquirieron jerarquía constitucional, status que es superior a las leyes y que complementan los derechos y garantías consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional. De ahí que si una norma de rango infra-constitucional violenta los derechos derivados de la dignidad de la persona deberá concluirse que no es válida y tacharla de inconstitucional.”

En relación al caso concreto y luego de describir la situación de la persona en condición de vulnerabilidad, expresa que: “...es deber ineludible de los jueces evaluar si las excepcionales particularidades del caso autorizan o justifican –con apoyo en normas y principios superiores- apartarse de la solución que impone el ordenamiento legal.”

Afirma que los jueces no deben aplicar mecánicamente las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas; que el ordenamiento jurídico debe ser contemplado en su integridad.

Considera que el crédito está vinculado a la salud y a la vida de una persona vulnerable, derechos fundamentales estos, que deben estar

acompañados por una tutela judicial efectiva; máxime en este ámbito y clase de derechos.

Respecto del precedente citado y que pertenece a la misma Corte, “Pinturas y revestimientos aplicados SA S/ Quiebra”, que data del 26 de Marzo de 2014. El crédito tiene su origen en una indemnización derivada de un accidente de trabajo ocurrido en el año 1991, o sea 23 años de proceso judicial anteceden a esta sentencia.

La resolución se adoptó por mayoría de 4 a 3 votos.

En este supuesto de hecho, el privilegio reclamado, en base a las directivas del convenio N° 173 de la OIT, ratificado por la ley 24.285 “sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador” según el fallo de primera y segunda instancia, no resulta procedente porque estas normas convencionales carecen de operatividad sobre el ordenamiento concursal, en virtud de que no se han armonizado estas regulaciones con el derecho interno y no pueden desplazar la normativa concursal.

El voto de la mayoría de la Corte, por el contrario, consideró que este convenio de la OIT, ratificado por una ley nacional, permite que los créditos de los trabajadores ante la insolvencia del empleador, cuenten con un privilegio superior al de los demás créditos privilegiados.

A ello se suma, en este caso concreto, que el convenio 17 de la OIT, ratificado por la Argentina a través de la ley 13.560, obliga a garantizar el pago de estos créditos contra la insolvencia del empleador o del asegurador.

Queda entonces como doctrina del fallo que: “...de conformidad con el convenio internacional, el crédito del trabajador debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados...” “...en las condiciones expuestas cabe concluir 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 sobre cuya base los jueces de la causa fundaron sus decisiones”.

En relación a la temática en análisis, cabe señalar lo expuesto en un precedente jurisprudencial de Cámara, en relación a los privilegios, su

sentido y alcance y su relación con los Derechos que emanan de las Convenciones Internacionales relacionadas con personas en condiciones de vulnerabilidad.

“Al respecto, corresponde señalar que quienes suscriben este pronunciamiento no ignoran que los privilegios -en tanto implican una preferencia de cobro- son creados por la ley y sólo por ella (conf. CSJN, 20.3.07, "Inmobiliaria Financiera y Agropecuaria La Ferrolana S.A. s/quiebra", publ. en Fallos, 330:1055; 28.2.06, "Banco Central de la República Argentina s/incidente de revisión en Banco CoopesurCoop. Ltda. - quiebra", publ. en Fallos 329:299; CNCom., Sala A, 28.6.85, "Reysol S.A. s/quiebra s/inc. de verificación por Osvaldo L. de Prati S.R.L."; entre muchos otros); ni tampoco que -por ende- ni las partes convencionalmente ni los Jueces -aún invocando razones de equidad o justicia distributiva- podrían crearlos u otorgarlos a créditos que no los tienen.-Mas, por otra parte, no debe olvidarse que al momento de determinar el orden justo en materia de privilegios, el legislador no puede obviar la necesidad de distinguir entre lo que no es igual, estableciendo un régimen en el que todos los acreedores sufran un sacrificio equivalente. Y tal equivalencia, huelga aclararlo, sólo puede lograrse si, por un lado, se asegura la aplicación de iguales reglas a quienes se hallen en la misma situación y, por el otro, se releva de ellas a quienes derivan sus créditos de contextos en los que no se verifica ese presupuesto de hecho. Es que si el cometido del derecho es regular las relaciones humanas y a éstas resulta inherente la diversidad, la ley no puede prescindir de ésta (conf. Villanueva, Julia, "Privilegios", Santa Fe, 2004, págs. 16 y 20).-Por lo tanto, parece claro que si bien casi todas las normas son, en mayor o menor medida, susceptibles de interpretación, la ley concursal es una de las que, para desempeñar tal labor interpretativa, requiere especial prudencia por parte de los jueces, tanto para flexibilizar la ley al caso como para adoptar posiciones de más rigidez cuando sea necesario. Ello, porque en la disciplina concursal suelen presentarse -como aquí ocurre- situaciones de hecho no abarcadas en la expresión necesariamente genérica de la norma jurídica. Y entonces cobran vital importancia la finalidad de la ley y -especialmente- las consecuencias que pueden derivarse de una determinada solución al caso, a lo que no ajeno el Juez (conf. Alegría, Héctor, "Breve apostilla sobre la flexibilidad en la interpretación de la ley concursal", publ. en Suplemento de Concursos y Quiebras -La Ley- del 7.9.04).-“ (Tribunal:

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B(CNCom)(SalaB); 01/10/2013; “Obra Social Bancaria Argentina s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación y pronto pago promovido por R. C. y otro”; LA LEY 10/03/2014, 10/03/2014, 9).

A ello agregan: “Sentado ello, e ingresando de lleno en el particular caso que nos ocupa, debe tenerse especialmente presente que: (i) la ley 24.522, al ser sancionada por el legislador, estableció un régimen de privilegios específico (arts. 239/250), y que (ii) la Convención de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) también fue incorporada a nuestro ordenamiento positivo -con rango constitucional superior a las leyes- por aquél mismo legislador a través de la ley 23.849. De modo que si el propio legislador sancionó la ley 24.522 e introdujo en nuestro ordenamiento positivo -ya con jerarquía constitucional por la vía del art. 75 inc. 22 de la ley fundamental- a la Convención citada, otorgó operatividad al principio de prioridad del interés superior del niño (ver art. 2 de la ley 26.061, que establece la obligatoriedad de tal convención), principio que si bien es genérico, opera cuanto menos como pauta de interpretación de la ley en los casos concretos sometidos a juzgamiento.-Mal podría sostenerse entonces que, al reconocerse un privilegio al menor discapacitado M. M., se violaría el numerus clausus de privilegios del régimen concursal (art. 239, LCQ), pues -como ha quedado claro- el propio legislador otorgó a los derechos de aquél una protección prioritaria. Lo cual implica que, en la práctica, su crédito debe gozar de un pago preferente (art. 16, LCQ), en atención a las particulares características que ostenta.-Por lo anterior, 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 por el art. 31 de la Constitución Nacional, que bajo el prisma del art. 75 inc. 22, dota a la Convención de Derechos del Niño de fuerza normativa de innegable proyección en el particular caso que nos ocupa.-En ese sentido, cabe recordar que tal convención expresamente establece -entre otros aspectos- que: (i) los Estados Partes respetarán los derechos allí enunciados, asegurando su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna (art. 2), (ii) en todas las medidas

concernientes a los niños que tomen los tribunales se atenderá primordialmente el interés superior del niño (art. 3.1), (iii) los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (art. 6), (iv) los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido debe disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan bastarse a sí mismo y faciliten su participación activa en la comunidad (art. 23) y, (v) los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1; el destacado no es del original).-Es así que, si 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, ya que como hemos visto, la Convención de los Derechos del Niño -de rango constitucional- otorga a los menores un derecho prioritario, que este Poder Judicial debe hacer valer de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso (art. 3.1).”.

En doctrina y sobre estos aspectos se ha sostenido que: “Es imposible agotar, ni mucho menos tratar, todas las consecuencias que la concurrencia normativa, de principios y valores implica en el sistema concursal; pero tomando como modelo el instituto de los privilegios pretendo demostrar con ciertos ejemplos que, por sobre la letra expresa del articulado de la ley 24.522, los principios y valores comprometidos en el propio sistema concursal, se encuentra la protección de la persona humana, quien sujeto de preferente tutela, según su estado de vulnerabilidad y los Tratados suscriptos en ese sentido harán que la interpretación del juzgador sea diferente en cada caso considerando la posible colisión y desplazamiento de normas y derechos, teniendo en cuenta la integración de todo el ordenamiento jurídico.

Más allá del sistema de privilegios cerrados de la ley 24. 522 (ley de concursos y quiebras), existen muchos presupuestos que nos demuestran que de acuerdo al diálogo de fuentes propuesto al intérprete debe considerarse desterrado el concepto de *numerus clausus* que surge del art. 239 LCQ, por varias razones:

a) La misma letra del art. 2574 Cód. Civ. y Com. que dispone el origen legal de los privilegios (pero de cualquier ley, no solo de la concursal).

b) Previsiones contenidas en el Libro Sexto Título II del Código Civil y Comercial de la Nación

c) Cláusulas de Tratados Internacionales.

Por ejemplo, un acreedor menor con discapacidad tiene una preferencia de cobro respecto del resto de los acreedores en virtud de los derechos reconocidos por arts. 4º, 5º y 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; los arts. 1º, 6º, 23, 24 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño; los arts. 5º, 7º, 10, 17, 19, 25 y 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el art. 7º de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Personas con Discapacidad; el art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Ello a pesar de que por la fría letra de la ley con una mirada simplemente exegética se lo pueda considerar quirografario pues deben compatibilizarse las normas concursales (ley 24.522) con las normas y principios que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos receptados con jerarquía constitucional (art. 75 incs. 22 y 23), además de las leyes que reglamentan dichos derechos y principios en el orden interno. La interpretación en cuanto considera como un departamento estanco a la ley concursal implica oponer restricciones al ejercicio del derecho de preferencia o prioridad que se le reconoce a un menor en su condición de tal, pudiéndose entonces vulnerar un principio que surge del art. 31 de la CN y del art. 75 incs. 22 y 23. El interés superior del niño determina que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (ley 26.061, art. 3º) y que "la prioridad absoluta implica" —entre otras—, "la prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas" (ley 26.061, art. 5º). Es que en un contexto falencial es justamente donde la cláusula de preferencia del niño cobra especial virtualidad, imponiéndose su aplicación: el patrimonio del deudor no es

suficiente y resulta necesario establecer un orden y preferencias en el cobro.

Debe, por ende, reconocerse la prioridad del derecho del menor, aunque su crédito por la fría letra de la ley concursal sea quirografario, frente a otros derechos de contenido patrimonial que nace de una ley especial y que reglamenta las disposiciones que consagra un tratado internacional de derechos humanos con jerarquía constitucional, subordinando la ley de concursos y quiebras, desplazando toda regla de la LCQ que se oponga o no se ajuste a sus disposiciones. Para arribar a esta conclusión debo destacar que la preferencia que el bloque de convencionalidad reconoce en favor del menor no se encuentra condicionada a que el acreedor se encuentre in bonis. La preferencia legal es "absoluta" y en caso de colisión con otros intereses igualmente legítimos, rige sin condicionamientos ni mermas. Así, la consecuencia directa de la cláusula de atención prioritaria absoluta es que el crédito en cuestión debe ser satisfecho con los primeros fondos disponibles. Por ello, debe analizarse el supuesto a la luz del principio de "interés superior del niño", recordando que los principios tienen una función de integración y control axiológico (y así volvemos al diálogo de fuentes impuesto por el art. 2º Cód. Civ. y Com.).

Como otro ejemplo de la muerte del criterio del "numerus clausus de los privilegios" a manos del art. 2º del Cód. Civ. y Com. pareciera, por simple cotejo, que entran en colisión normas relativas a privilegios laborales del Código Civil y Comercial respecto de otras contenidas en la ley de concursos. Veamos: el art. 2582 inc. b) Cód. Civ. y Com. crea por primera vez como asiento de un crédito laboral con privilegio especial un inmueble para determinadas acreencias de esa naturaleza disponiendo "...cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre estos..."; y si bien el mismo Código establece que resulta de aplicación al sistema de privilegios lo dispuesto en la ley de concursos (art. 2579 Cód. Civ. y Com.) y éstos no están específicamente contemplados, no podemos eludir su aplicación justamente fundándonos en el principio de favorabilidad, progresividad y pro homine que rige en materia laboral. Por otro lado, sería un verdadero contrasentido apreciar que el trabajador goza

de privilegio especial respecto del inmueble, cuando su empleador esta in bonis pero lo pierde ante el concurso o quiebra del mismo.

Por otro lado, integrando cláusulas ajenas al régimen de la ley 24.522 tampoco podemos olvidar el valiosísimo precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Pinturerías y Revestimientos" (21) por el cual se dio cuenta que el Convenio de la OIT 173 se encuentra operativo y es norma suprallegal respecto de las normas falenciales como también lo sería la Recomendación 180. Este Convenio no solo implica el desplazamiento del crédito fiscal respecto del laboral al momento del proyecto de distribución (conforme cuestión tratada por el Máximo Tribunal), sino que amplía los rubros protegidos con privilegio especial y general como lo son los salarios, por doce y no solo por seis meses como refiere la ley de concursos en sus arts. 241 y 246 (ver art. 3º.1, Recomendación 180 OIT).

En suma, la solución está dada por el análisis que debe hacerse respecto de la inclusión de un crédito para su pago preferente, sin "divorciar" la pretensión debida del derecho vulnerado —que es causa del crédito— y considerando que la ratificación de un tratado internacional o de una ley más favorable produce el desplazamiento de las pautas legales vigentes. Solo a la luz de esa integración normativa es que se encuentra la respuesta jurídica adecuada ante cualquier colisión normativa.” (El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal • Boquin, Gabriela Fernanda • RCCyC 2018 (febrero) , 3 • AR/DOC/4/2018).

Desde nuestra perspectiva, dos cuestiones deben ponderarse a los fines de considerar las decisiones adoptadas.

La primera de ellas tiene que ver con el fundamento mismo del sistema de privilegios, que radica en reglas de orden legal, del Código Civil y Comercial y de la ley de Concursos y Quiebras, siendo disposiciones que establecen preferencias de trato y pago para determinados créditos, fundados en razones diversas que hacen a que la ley les reconozca esta particularidad (ejemplo de ello lo son los supuestos reglados expresamente en los artículos 241 y 246 de la ley 24.522).

Esa preferencia establecida es de origen legal y no constitucional.

Fue variando con las diversas legislaciones concursales y de fondo que se han dictado, lo que nos brinda un carácter contingente.

Resulta adecuado el razonamiento del voto de la mayoría, que el principio es que el privilegio resulta de origen legal, que responde a una concepción sistémica, fundada en razones diversas y que la creación “pretoriana” podría generar desequilibrios no deseados e injustos en el efecto de la aplicación del régimen concursal.

Es en principio el legislador el que debe adecuar la legislación interna a los principios y reglas convencionales, más aún en el ámbito de los derechos humanos fundamentales y relacionados con personas en condiciones de vulnerabilidad.

Pero ello no puede resultar un obstáculo para que frente a un caso concreto el Juez, utilizando los principios y derechos establecidos en las Convenciones Internacionales, más aún en relación a los vulnerables, haga uso del principio de “efectividad” y adopte la medida judicial que sea necesaria, razonable, acorde, proporcionada, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías que surgen de estos instrumentos internacionales (aprobados por leyes nacionales en el supuesto que nos ocupa).

Este es el criterio general (además de los específicos de cada Convención en particular) el artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos y conforma el sistema de control de convencionalidad difuso de naturaleza jurisdiccional que llevan adelante la CIDH y los Tribunales superiores de cada país, dejando en claro que el artículo 2° de la Convención refiere a medidas legislativas “o de otro carácter” y en ellas ingresan las interpretaciones jurisprudenciales que pueden llegar “incluso a dejar de aplicar las disposiciones internas cuando sean completamente incompatibles con dicho instrumento internacional” (Steiner, Christian – Uribe, Patricia (editores Comentarios) “Convención Americana sobre Derechos Humanos” Ed. EUDEBA, pag. 98, Buenos Aires, Argentina, 2014).

En definitiva, tanto los votos de la mayoría como de la minoría han puesto el acento en la necesidad de adoptar las medidas necesarias para la plena operatividad de los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad reconocidos por Convenciones Internacionales aprobadas

por nuestro país, con la diferencia de que en el caso concreto, unos avalan la posibilidad de adoptar una decisión judicial particular que torne operativo ese derecho convencional por su rango, jerarquía, que desplaza la norma/obstáculo del derecho interno, en virtud de que así lo avala el Derecho Convencional Internacional de los Derechos Humanos, que consagran el principio de “efectividad” que obliga a tomar la medida judicial para que ese derecho se materialice.

Este control difuso de convencionalidad lo es para todas las materias y debe ser ejercido con la reflexión necesaria de que estemos en presencia de los supuestos de hecho que se relacionan con estos derechos fundamentales y sin que su ejercicio suponga la afectación o supresión de derechos de igual rango o conduzcan a una situación de desajuste del sistema que lo vuelva injusto para el conjunto de la sociedad.

Cómo bien lo ha señalado el maestro Alegría, estamos en horas de reflexión y comprensión de los aspectos humanos del derecho y el concursal no es una excepción.

Dice el jurista señalado en referencia a su trabajo, que “El título se refiere a aspectos humanos no patrimoniales, porque hace pie, fundamentalmente, en los efectos sobre la personalidad física, moral y social de las personas involucradas. Ello no impide que algunos tengan directamente o subsidiariamente efectos patrimoniales. Sin embargo éstos no serán lo esencial sino una consecuencia o un sustituto, derivados de aquellas situaciones.

A su vez "el tratamiento jurídico de la insolvencia no puede ser un mero proceso de redireccionamiento de los recursos hacia el mercado". Los modos de tratamiento de las dificultades de las empresas entrañan costos humanos generalmente más importantes que la falta de recursos financieros. Por ello el régimen concursal y de las dificultades empresarias no puede limitarse al abordaje puramente económico patrimonial, que es un aspecto esencial pero no excluyente.” (Aspectos humanos no patrimoniales en la insolvencia • Alegría, Héctor • LA LEY 17/11/2008 , 1).

Si bien en el ensayo citado el autor referido trata otras situaciones, este aspecto que nos ocupa, el de las personas en condiciones de vulnerabilidad y su vinculación con los procesos concursales y el matiz de la decisión a adoptar, involucra estos “aspectos humanos”, ya que trata

específicamente de los derechos fundamentales de las personas en esa condición y la necesidad de lograr la efectiva realización de sus derechos, que se complejiza y dificulta por la situación de insolvencia del deudor de la prestación.

En nuestro parecer sería de utilidad analizar la procedencia de una norma legal delimitadora en materia de privilegios, que otorgue al Juez la posibilidad de considerar la situación de las personas en condiciones de vulnerabilidad, debidamente acreditada, con respaldo convencional, constitucional o legal de dicha condición, a los fines de decidir la preferencia del pago del crédito que se relaciones con esa situación y esos derechos.

No debe pasar inadvertido el dato fundamental que entre procesos de daños o laborales, y el proceso concursal respectivo, en ambos casos, han transcurrido más de 20 años, para que exista una definición jurídica sobre el crédito en juego y su efectivo pago. Ello es en sí mismo un fracaso del sistema de justicia y contradice la doctrina de la CIDH, por la cual también se condenó a la Argentina, a través del precedente “Furlán”, que por su trascendencia e importancia debe ser considerado, al momento de reflexionar sobre estas temáticas que enfrentan al vulnerable con la irrazonable duración de los procesos; ya que justamente se trató de un supuesto de hecho que involucraba a un menor, luego adulto con discapacidad que vió frustrado su derecho a la justa reparación y sometido a una irrazonable duración del proceso judicial; que fue en lapso de tiempo, menor al que nos ocupa en los precedentes analizados (Furlán y Familiares Vs. Argentina; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2012; <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/>).

También debe considerarse que el sistema de fuentes del derecho privado y referencia interpretativa de la ley que los artículos 1º y 2º del CCyC ha incorporado, también altera o puede alterar el resultado de la decisión judicial a adoptarse en esta materia; ya que al unificarse el derecho civil con el comercial, estas reglas son generales para ambas manifestaciones normativas y por ende los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos pasan a ser normas que tienen plena operatividad al momento de seleccionar el derecho aplicable e interpretar la ley en un caso concreto y proyecta sus efectos también sobre el derecho concursal, (con el

sentido y alcance que pueda tener una norma general y posterior sobre una especial y anterior, pero ambas aplicables).

Estas son las primeras reflexiones a los fines de la apertura del debate y el análisis de las distintas variables posibles, con la intención de lograr la compatibilidad de los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad y las reglas jurídicas del proceso concursal, en particular referidas al régimen de privilegios.

ⁱ Planteo inicial del tema, en la clase de apertura de la materia “Concursos y Quiebras” de la Facultad de Derecho de la UNLZ. Apertura de debate con los alumnos y ayudantes de cátedra.

ⁱⁱ Piedecabras, Miguel A. Profesor de Derecho Comercial (FCJS-UNL) y de Concursos y Quiebras (FD-UNLZ)