



REVISTA LEX MERCATORIA
ISSN 2445-0936



Vol. 20, 2022. Artículo 3
DOI: 10.21134/lex.vi20.1777

LOS ACREEDORES HIPERVULNERABLES EN LOS PROCESOS CONCURSALES. ESTADO ACTUAL EN EL DERECHO CONCURSAL ARGENTINO Y SU IMPACTO EN EL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS CONCURSALES

HYPER-VULNERABLE CREDITORS IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS. CURRENT STATUS IN ARGENTINE INSOLVENCY LAW AND ITS IMPACT ON THE INSOLVENCY PRIVILEGE REGIME

Germán E. Gerbaudo

Profesor Titular Ordinario por Concurso de Derecho de la Insolvencia,
Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario

Resumen

En la investigación que presentamos se analiza el impacto que el proceso de constitucionalización del derecho privado produce en el derecho concursal en general y en particular en el régimen de los privilegios concursales. En tal sentido observamos como en la jurisprudencia se cuestiona el tradicional principio de autosuficiencia de los privilegios concursales y obliga de ese modo a repensar qué créditos deben ser verdaderamente privilegiados. La actual regulación en materia de privilegios concursales en cuanto no recepta la categoría de acreedores vulnerables -y/o hipervulnerables- se presenta como injusta y ello se exhibe en los casos que se presentan en la realidad social. Pensamos que la constitucionalización del derecho privado que se expresa en la jurisprudencia debe concretarse en una futura reforma de la Ley de Concursos y Quiebras (L.C.) estableciendo una protección respecto de los denominados acreedores hipervulnerables. Esa tutela debe darse a través de la asignación de un privilegio a este tipo de créditos. Previamente, deberá limitarse en la L.C. cuáles son los créditos que ingresar en la calificación de acreedores hipervulnerables.

Abstract

This research analyses the impact of the process of constitutionalisation of private law on insolvency law in general and on the regime of insolvency privileges in particular. In this sense, we observe how case law questions the traditional principle of self-sufficiency of bankruptcy privileges and thus forces us to rethink which credits should be truly privileged. The current regulation on insolvency privileges, insofar as it does not take into account the category of vulnerable - and/or hyper-vulnerable - creditors, appears to be unfair and this is shown in the cases that arise in the social reality. We believe that the constitutionalisation of private law expressed in the case law should be materialised in a future reform of the Insolvency and Bankruptcy Law (L.C.), establishing protection for the so-called hyper-vulnerable creditors. This protection should be provided by assigning a privilege to this type of credit. Previously, the L.C. will have to limit which credits are to be classified as hypervulnerable creditors.

Palabras clave

Insolvencia. quiebra. Privilegio. Vulnerable. Hipervulnerable.

Keywords

Insolvency. bankruptcy. Privilege. Vulnerable. hypervulnerable.

Sumario:

I. Introducción. II. El patrimonio como prenda o garantía común de los acreedores. III. Los procesos concursales y la insuficiencia patrimonial. IV. El régimen de privilegios concursales. 1. Concepto de privilegio. 2. El principio de autosuficiencia del régimen de los privilegios concursales. V. Los acreedores vulnerables y los hipervulnerables. VI. Las decisiones jurisprudenciales. VII. Legislación extranjera. VIII. Conclusiones. Propuesta de reforma de la Ley de Concursos. IX. Bibliografía

Germán E. Gerbaudo

I. INTRODUCCIÓN

La problemática de los acreedores vulnerables y de los hipervulnerables en los procesos concursales es uno de los tópicos más actuales del derecho concursal en la República Argentina. Es un tema de agenda concursal que acapara el interés tanto de académicos e investigadores del derecho privado como de los operadores jurídicos del derecho concursal.

Estamos en presencia de una problemática novedosa en el sentido que recién ha despertado el interés de la doctrina en las últimas décadas y también es reciente su aparición en las decisiones jurisprudenciales.

El siglo XX puso en crisis la clásica distinción entre el derecho público y el derecho privado. Acertadamente se expresa que “existe una hibridación entre Derecho Privado y Público”¹.

Se consolida luego de la posguerra un proceso de constitucionalización del derecho privado, donde la Constitución deja de ser un mero programa político y se convierte en fuente directa de aplicación a las relaciones privadas. Este proceso que en la Argentina se incorpora con la reforma constitucional de 1994 y que se consolida con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1 de agosto de 2015 impacta fuertemente en todo el derecho privado y en particular en el derecho concursal. En esta última disciplina la constitucionalización genera tensiones cuya resolución no resulta sencilla en razón de que el derecho concursal en cierta ma-

nera es un fuerte bastión de valor utilidad y es un área donde el sistema económico pone especial énfasis en la protección del mercado. Ante la crisis, el mercado a través del derecho concursal decide que intereses deben tener una protección especial. Esta tensión se exhibe muy marcadamente en el área de los privilegios concursales donde el legislador en una decisión de política legislativa decide que créditos deben ser privilegiados. Es decir, cuáles son los acreedores que deben escapar a la distribución de pérdidas que impone el principio de igualdad que impera en los procesos concursales.

En la actualidad, el necesario dialogo que debe darse entre el derecho constitucional y el derecho concursal en el marco de un Estado Constitucional y Convencional de Derecho impone la necesidad de repensar el principio de autosuficiencia del régimen de los privilegios concursales.

Hace dos décadas atrás nadie dudaba que el régimen de privilegios concursales era un régimen cerrado y que el orden de cobro de esas acreencias en el proceso concursal lo determinaba la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante L.C.). Hoy esa afirmación está en crisis y a la luz de los textos convencionales y constitucionales se debate qué crédito realmente debe ser privilegiado y en la praxis la jurisprudencia exhibe casos donde los acreedores vulnerables e hipervulnerables -que generalmente son créditos quirografarios- desplazan a la hora del cobro a los privilegiados.

Este ámbito dinámico y en constante transfor-

1. FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *El Derecho en la Posmodernidad. Cultura, Economía y Orden Jurídico*, en “Jurisprudencia Argentina” 2021-I, SJA 3/02/2021, p. 1; FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *El crédito frente a la posmodernidad. Nuevos paradigmas en contratos, ejecuciones y concursos*, en “La Ley” 29/04/2021, p. 1.

Germán E. Gerbaudo

mación se explora en la presente investigación, convencidos de que ya no puede conocerse el derecho concursal sólo a través de la L.C. En nuestro tiempo, se impone una humanización del derecho concursal y una búsqueda de un dialogo entre el derecho constitucional y el derecho concursal².

II. EL PATRIMONIO COMO PRENDA O GARANTÍA COMÚN DE LOS ACREEDORES.

El patrimonio es la prenda o garantía común de los acreedores³. Es la principal función del patrimonio⁴.

El Código Civil y Comercial de la Nación re-cepta este principio en el art. 242 que se designa “Garantía común” y en el art. 743 que refiere a los bienes que constituyen la garantía.

El primero de los preceptos citados expresa que “Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaren inembargables o inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por ley sólo tienen por garantía los bienes que lo integran”. Por su parte, el art. 743 del Código Civil y Comercial refiere a los bienes que constituyen la garan-

tía. El precepto dispone que “Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia”.

La consideración del patrimonio como garantía del pago de las deudas significa que “los acreedores tienen derecho a ejecutar los bienes del deudor y a cobrarse de ellos”⁵.

El fundamento de este principio se encuentra en la idea del que contrata lo hace con la presunción de que quien se obliga habrá de responder con su patrimonio frente al incumplimiento obligacional. En definitiva, como señala Pothier “quien se obliga, obliga lo suyo”⁶.

Cabe indicar que no todos los bienes integran la prenda común de los acreedores, es decir, hay bienes que escapan a la función de garantía del patrimonio. Por eso se señala que dicho principio no es riguroso⁷.

En el ámbito del derecho concursal esta idea se patentiza en los bienes que quedan excluidos del desapoderamiento. En efecto, es éste el

2. El presente trabajo se vincula a la investigación de posdoctorado del autor que actualmente se encuentra en curso la Universidad Nacional de Rosario, República Argentina.

3. La expresión “prenda” no se lo utiliza en un sentido técnico-jurídico “sino analógicamente para expresar que todos los derechos patrimoniales del deudor están afectados al pago de sus deudas” (ABELEND, César A., *Derecho Civil. Parte general*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, t. 2, 1980, p. 169).

4. RIVERA, Julio César y CROVI, Luis D., *Derecho civil y comercial. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 557.

5. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, 9ª ed., Buenos Aires, Perrot, “Parte general”, t. II, 1988, p. 16.

6. Citado por ITURBIDE, Gabriela, *Las garantías del crédito*, en “La Ley” 2017-B, p. 827.

7. ABELEND, C., op. cit., t. 2, p. 169.

Germán E. Gerbaudo

principal efecto patrimonial que trae consigo la quiebra, determinando que los bienes presentes -bienes que el fallido es titular a la sentencia de quiebra- y los bienes futuros o sobrevenidos -los que el fallido adquiera hasta la rehabilitación- (conf. art. 107 de la L.C.) quedan comprendidos en el desapoderamiento. Sin embargo, existen bienes presentes y futuros que escapan al desapoderamiento: son el elenco de bienes enumerados por el legislador en el art. 108 de la L.C. Se trata de bienes que el legislador en una decisión de política legislativa considera conveniente excluirlos de la garantía patrimonial⁸.

Asimismo, es preciso señalar que no todos los acreedores están en un pie de igualdad para el cobro de sus créditos y es aquí donde ingresamos en uno de los tópicos centrales de esta investigación. En este ámbito aparecen los privilegios que en definitiva como señala Francisco Javier Arellano Gómez constituyen “excepciones o derogaciones a la aplicación de la regla “par conditio creditorum”⁹. Son supuestos en los que se rompe dicha igualdad¹⁰ o constituyen la principal excepción frente al sistema de la *par conditio creditorum*¹¹.

Este último aspecto es el que tiene importancia con el tema que analizamos en esta colaboración.

III. LOS PROCESOS CONCURSALES Y LA INSUFICIENCIA PATRIMONIAL

Los procesos concursales se caracterizan por la insuficiencia patrimonial. La experiencia demuestra que en la mayoría de los procesos concursales el producido que arroja la liquidación no alcanza a cubrir la totalidad de los créditos de los acreedores concurrentes.

En tal sentido, se considera que la quiebra es el “reino de la escasez”¹² o que la “crisis de insuficiencia” constituye el punto de partida más relevante del derecho concursal¹³.

Esta nota se presenta tanto en nuestro país como en el extranjero. Juan Dobson en un estudio de campo parejo respecto de diversas legislaciones en Latinoamérica observó el escaso interés de los acreedores quirografarios en participar del proceso y concluye que ello se debe a las escasas posibilidades de recupero de

8. Abordamos el instituto del desapoderamiento en trabajos anteriores véase: GERBAUDO, Germán E., *Desapoderamiento. Bienes incluidos y excluidos. Liberación por deudas*, en “Revista de la Facultad de Derecho”, Rosario, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, N° 21, t. I, 2014, p. 231 y en GERBAUDO, Germán E., *Desapoderamiento e incautación de bienes en la quiebra*, Rosario, Nova Tesis, 2019.

9. ARELLANO GÓMEZ, Francisco Javier, *Consideraciones de Derecho Civil acerca de la relación existente, en sistemas jurídicos continentales, entre la regla “par conditio creditorum” y los privilegios crediticios*, en “Derecho y Conocimiento”, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, Vol. 1, p. 275.

10. GRAZIABILE, Darío J. y MARRÓN, Cristian, *comentario al art. 239 de la L.C.* en “Concursos y quiebras. Ley 24.522”, CHOMER, Héctor O. -Director-, FRICK, Pablo -Coord.-, Buenos Aires, Astrea, t. 3, 2016, p. 449.

11. ANTA, Carlos A., *La hipoteca en los concursos*, Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 19.

12. LORENTE, Javier, *Ley 26.684: una trampa mortal para la eficiencia del sistema concursal*, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, N° 252, enero/febrero 2012, p. 1.

13. GARAGUSSO, H. *Fundamentos del derecho concursal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, p. 38.

Germán E. Gerbaudo

su crédito¹⁴. Asimismo, en España Enrique Gadea Soler, María Sagrario Navarro Lérica y Fernando Sacristán Bergia indican que uno de los problemas que no pudo solucionar la sanción de la ley 22/2003, de 9 de julio de 2003, es el referido al mínimo grado de satisfacción de los acreedores en proceso concursal¹⁵.

El panorama descrito lleva a que en la doctrina se sostenga que existe un fracaso del sistema liquidatorio¹⁶ o que el derecho concursal es un derecho de la insatisfacción permanente¹⁷.

Hay un descrédito del sistema judicial y del sistema concursal en particular. Es que en la mayoría de las quiebras los acreedores perciben “migajas pagaderas en tiempos bíblicos”¹⁸.

También cabe resaltar que la insuficiencia patrimonial y las escasas posibilidades de cobro de los acreedores determinan que muchos abandonen la persecución de créditos. Suele ocurrir que frente al concursamiento del deudor muchos acreedores deciden permanecer al margen del mismo y ni siquiera solicitan la verificación de su acreencia o bien verifican su crédito y se desen-

tienden del proceso concursal.

En este contexto tan desolador, que una acreencia ostente un privilegio no es algo menor. Es una posibilidad de escapar a la regla de distribución de pérdidas que propone la quiebra. Miguel Ángel Ciuro Caldani afirma que “el concurso y la quiebra significan con gran claridad la “hora de la verdad” del sistema económico”¹⁹. Ante la quiebra el sistema realiza una elección. Tiende a privilegiar o, en otros términos, a “salvar” lo que considera que debe ser “salvado”. Cuando se aprecia en la quiebra que se le paga a algún acreedor en desmedro de otro, es porque el sistema económico ha considerado que ante la crisis debemos defender el interés del tal sujeto y no el de otro. Dicha elección se aprecia con los privilegios.

En ese contexto, ante la irrupción de la crisis, privilegiar a un acreedor es una decisión del sistema que considera que ese crédito debe ser “salvado”. Es una suerte de escape a la regla de la “par conditio creditorum”. Miguel Ángel Ciuro Caldani señala que “en sus sistemas de preferencias o equivalencias para el cobro, la quiebra evidencia los valores que el capitalismo en crisis

14. DOBSON, Juan Malcolm, *Un “campo de juego parejo” para los participantes en los procedimientos de insolvencia: la experiencia Latinoamericana*, en Libro de ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006, t. II, p. 773.

15. GADEA SOLER, Enrique, NAVARRO LÉRIDA, María Sagrario y SACRISTÁN BERGIA, Fernando, *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura*, Madrid, La Ley, 2009, p. 13.

16. DASSO, Ariel Ángel, *El Derecho Concursal hoy*, en “La Ley” 2009-B, p. 921.

17. RIVERA, Julio César, *Propuestas para un sistema concursal más eficiente*, en “Academia Nacional de Derecho”, 2001, p. 284.

18. CHOMER, Héctor O., *Principios generales*, en “Concursos y quiebras. Ley 24.522”, CHOMER, Héctor O. -Director-, FRICK, Pablo -Coord.-, Buenos Aires, Astrea, t. I, 2016, p. 5.

19. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado Nacional al tiempo del contrato y la empresa)*, en “Investigación y Docencia”, N° 26, Fundación para las investigaciones jurídicas, Facultad de derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1996, p. 201.

pretende salvar”²⁰.

IV. EL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS CONCURSALES

1. Concepto de privilegio

La palabra privilegio proviene del latín “privilegium”, vocablo que a su vez deriva de *privata* y *lex*, que etimológicamente significa la ley establecida en interés privado²¹.

La L.C. no contiene una definición de privilegios. Por el contrario, si traen calificaciones del instituto el Código Civil de Vélez de 1869 -hoy derogado- y el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014.

El Código Civil derogado suministraba una definición de privilegios. El art. 3875 disponía que “El derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia de otro, se llama en este Código privilegio”.

El Código Civil y Comercial trae una calificación privilegios que implica un avance en tanto supera la discusión sobre la naturaleza jurídica de los mismos. No caben dudas que a partir del Código Civil y Comercial el privilegio es una calidad que se le reconoce a ciertos créditos y no a la persona del acreedor. El art. 2573 del Código Civil

y Comercial bajo la designación de “Definición. Asiento” expresa en su primera parte que “Privilegio es “la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro”.

2. El principio de autosuficiencia del régimen de los privilegios concursales.

También denominado por la doctrina como principio de exclusividad²².

El art. 239, primera parte, de la L.C. se refiere al mismo bajo el acápite de “régimen” expresando que “Existiendo concurso, solo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones”²³.

Según este principio en los procesos concursales rige exclusivamente el régimen de privilegios contemplados en la L.C. Se busca de esta manera hacer del régimen de los privilegios concursales un sistema cerrado.

Sin embargo, esta ambiciosa pretensión de la norma se queda a mitad de camino por diferentes motivos. Por un lado, porque la propia L.C. reconoce los privilegios que emergen de otros ordenamientos a través del inc. 6 del art. 241.

20. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Notas para la comprensión capitalista del Derecho Comercial (aportes para la Filosofía del Derecho Comercial)*, en “Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, volumen 18, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1994, p. 31.

Puede verse también: GRANADOS, Ernesto I.J. y GERBAUDO, Germán E., *El orden público y la ley concursal*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007-3, “Orden público y buenas costumbres”, 2008, p. 239.

21. ANTA, Carlos A., op. cit., p. 21.

22. FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *Concursos y quiebras*, 1º ed., Buenos Aires, Errepar, 2003, p. 377; GRAZIABILE, Darío J., *comentario al art. 240 de la L.C.* en “Régimen concursal”, GRAZIABILE, Darío J. -Director y co-autor-, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. IV, 2014, p. 430; GRAZIABILE, Darío J. y MARRÓN, Cristián, *comentario al art. 239 de la L.C.* en “Concursos y quiebras. Ley 24.522”, Chomer, Héctor O. -Director- y Frick, Pablo D. -Coord.-, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 457.

23. El antecedente de la norma se encuentra en el art. 263 de la ley 19.551 que expresaba que “Los privilegios,

Germán E. Gerbaudo

Por otro lado, la autosuficiencia del régimen de privilegios concursales entra en crisis por el tema central de esta investigación. La constitucionalización del derecho privado y el dialogo de fuentes entre la L.C. y la Constitución y los Tratados internacionales de Derechos Humanos ponen en crisis este principio. La irrupción de la categoría de los acreedores involuntarios -hoy acreedores hipervulnerables- pone en crisis el régimen cerrado de los privilegios concursales. La praxis jurisprudencial demuestra que el régimen cerrado de los privilegios concursales entró en crisis frente a la necesidad de proteger a acreedores involuntarios -hoy denominados hipervulnerables-.

V. LOS ACREEDORES VULNERABLES Y LOS HIPERVULNERABLES.

En primer lugar, resulta necesario delimitar quienes son los sujetos que merecen esta protección especial ante la insolvencia. Asimismo, en esta instancia es necesario comprender como se amplió la tutela, mutando la categoría de extracontractuales a involuntarios y, en los últimos tiempos, con una mirada más amplia, se alude a vulnerables e hipervulnerables.

La problemática de los acreedores involuntarios fue instalada en la escena del debate doctrinario en nuestro país a partir de la conferen-

cia plenaria que el Dr. Ángel Rojo Fernández-Rio efectuará en el aula magna de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, con motivo de su designación como Doctor “Honoris Causa” de la citada alta casa de estudios²⁴. En dicha oportunidad distinguió a los acreedores en dos categorías: voluntarios e involuntarios. La primera de las categorías se integra por los acreedores contractuales, en tanto que la segunda, por los acreedores extracontractuales, los que han sufrido un daño en eventos personales o eventos patrimoniales²⁵.

La expresión acreedores involuntarios es más amplia que la de acreedores extracontractuales dado que permite incluir “a aquellos que si bien se originan con causa o fuente contractual, el perjuicio que luego da lugar al crédito se produce por un delito o cuasi-delito durante el cumplimiento del mismo. Sería el caso de un acreedor por lesiones o muerte (dolosas o culposas) generadas en un contrato de transporte o bien en una mala praxis proveniente de una intervención quirúrgica”²⁶.

Hoy inclusive se piensa la categoría más allá del carácter voluntario o involuntario del acreedor. En la actualidad, se habla de acreedores vulnerables que son aquellos que se encuentran en una situación de inferioridad con respecto al resto de los acreedores.

24. El Dr. Ángel Rojo Fernández Río fue declarado Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Rosario, a propuesta del ex decano de la Facultad de Derecho Dr. Ernesto Granados.

25. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, *Los acreedores involuntarios*, en “VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia”, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006, t. IV, p. 201.

26. PISANI, Osvaldo E., *El acreedor concursal involuntario*, en ponencia presentada al XLVI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Bahía Blanca, 6 y 7 de diciembre de 2007, en <http://www.cabb.org.ar/economia/inicio.php> (consulta: 12/11/2011).

Germán E. Gerbaudo

En consecuencia, debemos determinar que se entiende por vulnerabilidad. Anticipamos que es un concepto no jurídico y complejo, que ha sido abordado desde diferentes áreas del conocimiento. La vulnerabilidad se define en relación a algún tipo de amenaza.

Etimológicamente, la palabra vulnerabilidad remite a la forma latina *vulmus* o herida, la que fue incorporada en el siglo XVI al castellano. El término genérico «vulnerabilidad» data del siglo XIX. En base a la remisión etimológica, “vulnerabilidad puede ser entendida como susceptibilidad de ser herido o lastimado; dicha herida o lastimadura podrá, según los casos, ser física, moral, psicológica, económica, institucional, entre otros muchos supuestos”²⁷.

La noción de vulnerabilidad no es jurídica, pero sí la situación en que se encuentra ese sujeto reclama una protección o tutela especial desde lo jurídico.

En la doctrina, a la hora de determinar que se entiende por sujetos vulnerables se alude a que este concepto requiere un abordaje gramatical, histórico y actual²⁸. En sentido gramatical, son vulnerables aquellos sujetos que pueden ser heridos o recibir alguna lesión física o moral. Traslado al ámbito jurídico son aquellas personas frágiles, situadas jurídicamente en alguna posi-

ción desventajosa. En un sentido histórico, los vulnerables fueron variando con el tiempo. En la antigüedad eran los esclavos, en la Edad Media los siervos de la gleba y más tarde los artesanos y aprendices. En el siglo XIX los proletarios. En un sentido actual, se refiere a las personas frágiles en atención a su raza, condición política, social, sexual, al género, a su salud, a su edad, etc.

La Regla 3 de la Convención de Brasilia de Acceso a la Justicia determina que «se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico».

La vulnerabilidad expresa una desigualdad y una persona puede pertenecer a más de un grupo vulnerable con lo cual la vulnerabilidad se suma y la desigualdad se profundiza²⁹.

En la doctrina se expresa que “una persona humana que es más propensa a ser dañada por determinado acto o menores son sus posibilidades de recuperarse ante el perjuicio causado o que este tiene una mayor magnitud por los efectos ocasionados a este sujeto en particular”³⁰.

27. SACRISTÁN, Estela B., *Vulnerabilidad: categorización y contextualización como herramienta legislativa*, en “Revista de Derecho Administrativo”, 2022-140, p. 19.

28. Seguimos en este punto el siguiente trabajo: DABOVE, María I. y BARBERO, Dariel O., *Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección. Nuevas razones para la acción a favor de los derechos de los grupos vulnerables*, en Astrea Virtual, 2015, www.astreavirtual.com.ar (Consulta: 12/07/2021).

29. MEDINA, Graciela, *Acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Las 100 reglas de Brasilia. En Género, Discapacidad y Pobreza*, en “La Ley” 2017-F, p. 663.

30. BOQUIN, Gabriela, *Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID-19*, Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial UBA, Número Especial de julio/2020.

Germán E. Gerbaudo

El derecho concursal es un derecho excepcional, que, al tratar de dar respuesta al fenómeno complejo de la insolvencia, implica alterar todas las relaciones jurídicas preexistentes.

A su vez, es un derecho que opera en una situación de extrema gravedad y donde impera la justicia distributiva atento a que nos encontramos en un escenario de escases.

En el derecho concursal y en el ámbito de los procesos concursales los vulnerables pueden ser tanto los acreedores como los deudores. Así, un deudor vulnerable es un consumidor sobreendeudado; pero también, los acreedores pueden encontrarse en un contexto de vulnerabilidad al pretender cobrar una acreencia en un proceso concursal donde impera la insuficiencia patrimonial y su crédito es quirografario.

En este último tópico es donde se centra esta investigación y donde comienza a transitarse un desplazamiento de los acreedores privilegiados por los acreedores vulnerables³¹.

En la actualidad se menciona a los hipervulnerables. Es una categoría que comenzó a desarrollarse en el ámbito del derecho del consumo. En tal sentido, se considera que todo consumidor se encuentra en una situación estructural de vulnerabilidad, pero hay algunos que, por su condición de edad, salud, social, cultural, etc. Es decir, se trata de supuestos donde a la vulnerabilidad del consumidor se le suma “la de pertenecer a un

grupo minoritario, ser adulto mayor, analfabeto digital y vivir en zonas rurales”³². Señalándose además que “esta “situación de vulnerabilidad” es, por tanto, un aspecto dinámico, relacional y contextual. En efecto, la vulnerabilidad debería ser pensada mediante la idea de capas. La metáfora de las capas nos da la idea de algo más “flexible”, algo que puede ser múltiple y diferente, y que puede ser removido de uno en uno, capa por capa. No hay una “sólida y única vulnerabilidad” que agote la categoría, puede haber diferentes vulnerabilidades, diferentes capas operando. Estas capas pueden superponerse. Este concepto de vulnerabilidad está estrechamente relacionado con las circunstancias, con la situación que se está analizando y el contexto. No se trata de una categoría, un rótulo o una etiqueta que podemos aplicar. La vulnerabilidad no debería ser entendida como una condición permanente y categórica, una etiqueta que es aplicada a alguien en ciertas circunstancias (como la falta de poder o incapacidad) y que persiste durante toda su existencia. No es un concepto de todo o nada: un rótulo que incluye o excluye a un grupo particular. Más que considerarla una etiqueta o una característica esencial, debería ser analizada de esta manera más sutil. La vulnerabilidad no cumple una finalidad de compasión o construcción de estereotipos o etiquetas, sino que se construye como herramienta evaluativa y operativa”³³.

Por lo tanto, entendemos que nos encontramos en un supuesto de acreedor hipervulnerable cuando concurren más de una condición de vul-

31. FAVIER DUBOIS, E., *El crédito...*, cit., p. 1; GUZMÁN, Néstor L., *Vulnerabilidad y flexibilidad como propiedades relevantes de la sentencia civil*, en “La Ley” 23/08/2021, p. 1.

32. BAROCELLI, Sergio S., *La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumidor argentino*, en “Colección de publicaciones de resultados de proyectos de investigación”, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos aires, 2020, p. 31.

33. Id., p. 31.

Germán E. Gerbaudo

nerabilidad. Por ejemplo, se es vulnerable por razones de salud -presenta una enfermedad- y también de edad -una persona edad avanzada-.

VI. LAS DECISIONES JURISPRUDENCIALES.

En este acápite analizamos los fallos que fueron abriendo camino a la crisis de la autosuficiencia del régimen de los privilegios concursales. En un primer momento las decisiones judiciales se exhibían de manera aislada y hoy empezaron a mostrarse como un criterio más firme, e inclusive, a exhibirse a través de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A continuación, reseñamos los fallos más importantes emanados de tribunales nacionales.

(a) *Caso «González, Feliciano c/ Micrómnibus General San Martín S.A.C.».*

En este caso la acreedora Sra. Feliciano González obtuvo una reducción del plazo de espera para el cobro de su crédito verificado en el concurso preventivo de Micrómnibus General San Martín S.A.C.

Se trata de un supuesto de acreedor hipervulnerable por condiciones de salud y su avanzada salud. Confluían en la persona de la acreedora un cúmulo de condiciones que la transformaban en una acreedora hipervulnerable. Es un caso de acreedor hipervulnerable en la etapa del cumplimiento del acuerdo preventivo.

El crédito de la Sra. González tenía como causa una indemnización por daños y perjuicios, cuyo cobro resultaba necesario para afrontar un tratamiento médico que posibilite la recuperación física de una fractura en la cadera y de una operación de artroplastia parcial con prótesis de

Thompson.

El crédito se originó en un accidente que la Sra. González sufrió en junio de 1992 cuando viajaba en un colectivo de la empresa Microómnibus General San Martín S.A.C.

Inició un proceso de daños y perjuicios que luego de diez años la sentencia favorable quedó firme. Entre el pronunciamiento de primera y segunda instancia la empresa de transporte se presentó en concurso preventivo -en fecha 2 de febrero de 1999-.

En el momento que se incorpora la acreencia al proceso concursal el mismo se encontraba en etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo. La concursada homologó una propuesta de acuerdo preventivo que contenía una quita del cuarenta por ciento del crédito y un plazo de cancelación en dieciocho cuotas anuales.

La Sra. González se encontraba en una situación de vulnerabilidad por diferentes motivos: una avanzada edad -77 años-, una incapacidad laboral del cuarenta por ciento como consecuencia del accidente, que al momento del accidente era empleada doméstica y que vivía con su marido en una pequeña casa premoldeada.

El crédito de la actora es de carácter quirografario por la suma de \$ 86.371.

La acreedora solicitó que se «contemplara la posibilidad de pronto pago» debido a que tiene 77 años de edad, que con motivo del accidente quedó con una incapacidad del 40% y que su reclamo judicial por daños y perjuicios ha demorado 11 años.

Corrido traslado a la concursada, esta se opo-

Germán E. Gerbaudo

ne al pedido alegando que no se trata de ninguno de los casos del «pronto pago» que prevé la ley concursal ya que dicho instituto se refiere a los créditos laborales, el cual tampoco es aplicable por analogía al caso. Agrega que acceder a lo pedido por la acreedora perjudicaría la continuidad de la empresa y violentaría el trato igualitario de los acreedores, por ello solicita el rechazo del reclamo.

Por su parte la sindicatura al contestar la vista recordó que la ley no contempla excepciones que permitan apartarse del acuerdo homologado en autos, aunque admitió la posibilidad que se fijara una audiencia a fin de contemplar la posibilidad que la deudora facilite el cobro del crédito.

El Juez de Primera Instancia Carlos Enrique Riberá lo primero que hace es precisar el reclamo de la acreedora, expresando que no se trata de un pronto pago laboral en los términos del art. 16 de la L.C., sino que es un pedido de adelantamiento del acuerdo en razón de su situación personal.

El magistrado también de manera preliminar aclara que decide resolver el pedido de la acreedora sin la celebración de una audiencia tal como lo propone la sindicatura, interpretando que se trata de un crédito verificado y, por lo tanto, no está sujeto a transacción con la deudora y además porque el pago solicitado debe ser autorizado judicialmente, bajo pena de ser declarado ineficaz.

El Juez de Primera Instancia, atendiendo a la situación personal de la acreedora hace lugar al reclamo de adelantamiento del pago del acuerdo; si bien, reconoce que la L.C. no contiene disposición que habilite a considerar la situación personal de la acreedora.

No obstante, considera que pese a la ausencia tratamiento legal mencionado, el fundamento al pedido de la acreedora, se encuentra en disposiciones de rango superior, es decir constitucional, que se ven afectadas en este caso.

Interpreta que el pedido tiene basamento en las prerrogativas constitucionales a la salud e integridad física y a la vida, las cuales encuentran expreso reconocimiento en los arts. 14 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

Expresa el magistrado que el derecho a la salud que emana del reclamo de la acreedora, como valor y derecho humano fundamental, tiene reconocimiento en diversos tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, que a partir de 1994, gozan de jerarquía constitucional (Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3 y 8; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 4, inc. a, 5 inc. 1 y 26 y Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, inc. 1° y 2°).

Sostiene además que no se puede dejar de mencionar que someter al crédito de González que cuenta con 77 años de edad a la espera del acuerdo homologado, importaría afectar el principio del derecho de propiedad amparado por el art. 17 de la Constitución Nacional, porque al finalizar la espera, tendría 96 años y por la expectativa de vida promedio traería como consecuencia el incumplimiento del acuerdo.

Por otra parte, considera que acoger el planteo de Feliciano González no implica apartarse de la *pars conditio creditorum*. Resalta que la propia L.C. a partir de la ley 24.522 ha flexibilizado este principio. El diferimiento en el pago de lo que le es debido a la acreedora, implica en este caso, un trato desigual con el resto de los

Germán E. Gerbaudo

acreedores, ya que lisa y llanamente provocaría el incumplimiento de pago prometido,

El magistrado resuelve de ese modo que se le pague a la acreedora la suma de \$ 34.548 en 24 cuotas mensuales, la primera de las cuales con vencimiento a partir de los 10 días de quedar firme esta decisión.

El decisorio de Primera Instancia posteriormente fue confirmado por la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro en fecha 18 de mayo de 2004³⁴.

(b) *Caso “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros”*.

En este fallo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 6 de noviembre de 2018 adopta una decisión diferente a la que meses más tarde adoptará en el recurso extraordinario de “Instituto Médico Antártida S.A.”.

La diferencia entre los dos decisorios obedece a que en el caso que comentamos en este acápite el voto mayoritario se integró con el voto del Dr. Carlos F. Rosenkrantz, quien en el fallo que analizamos en el punto siguiente no intervino, siendo reemplazada por la con-juez Dra. Graciela Medina.

Un joven sufrió al momento de nacer una mala praxis que lo incapacitó en forma total. Con posterioridad fue declarada la quiebra de la entidad de salud demandada. La familia solicitó que la indemnización fuera considerada con privilegio especial -el crédito era quirografario-. El juez de la quiebra declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los arts. 239, párr. 1º, 241, 242, parte general, y 243, parte general e inc. 2º, de la ley 24.522 y verificó el crédito como privilegiado. La Cámara revocó la decisión y le asignó el carácter de quirografario y dejó sin efecto el pronto pago dispuesto. Interpuesto recurso extraordinario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la decisión.

El voto mayoritario funda la decisión en que los instrumentos internacionales invocados por la acreedora no reconocen privilegio alguno al crédito verificado y sostiene la autosuficiencia del régimen de privilegios concursales que emana del art. 239 de la L.C.

(c) *Caso «Institutos Médicos Antártida SA s/ quiebra s/ incidente de verificación» (Ricardo Abel Fava - Liliana Rosa Harreguy de Fava)*.

Es este otro de los casos emblemáticos a la hora de reconocer una tutela especial a los acreedores vulnerables. El fallo de Primera Instancia fue pronunciado por el juez Eduardo Malde el 24

34. C. Apel. Civil y Comercial. San Isidro, Sala I, “González, Feliciano c/ Micromnibus General San Martín S.A.C.”, 18/05/2004, en Thomson Reuters, la ley on line, cita on line TR LALEY AR/JUR/865/2004.

La Sala se integraba con los Dres. Graciela Medina. - María C. Cabrera de Carranza. - Roland Arazi.

El decisorio de segunda instancia contó con la siguiente anotación aprobatoria: MOSSET ITURRASPE, Jorge, Otra muestra del “Derecho Privado Constitucional”: la Constitución avanza sobre los privilegios concursales, en “La Ley” 2004-E, p. 739.

Y las siguientes desestimatorias, véase: GRAZIABILE, Darío J., *Inconstitucionalidad del acuerdo preventivo homologado?*, en “La Ley Buenos A.ires” 2004, p. 817 y TRUFFAT, E. Daniel, Reflexiones sobre el abuso y discriminación en la propuesta de acuerdo -con motivo de un fallo tan querible como erróneo-, en “La Ley” 2004-F, p. 790.

Germán E. Gerbaudo

de mayo de 2007³⁵.

En el año 1990 Brian M. Fava fue víctima de una mala praxis durante el alumbramiento a consecuencia del cual sufre una parálisis cerebral con 100% de incapacidad, total e irreversible, por el cual el niño presenta desde su nacimiento lesiones cerebrales que le impiden caminar, sentarse, discernir.

Los padres del menor inician el reclamo por daños y perjuicios contra Institutos Médicos Antártica S. A. obteniendo en el año 1998 sentencia de primera instancia y en el año 2003 sentencia de segunda instancia³⁶.

Dos meses antes del dictado de esta sentencia se produce la quiebra del Sanatorio por lo que los abogados verifican el crédito solicitando una tutela de satisfacción inmediata del mismo ->«pronto pago»- en virtud de los derechos del niño que se encuentran amparados por normas constitucionales y supraconstitucionales.

En el caso, el juez acoge el planteo de los incidentistas y para ello evalúa la situación de este crédito frente a la quiebra, ya que, de la liquidación del total del activo, del resultado que se obtuviera no alcanza para la satisfacción —ni siquiera mínima— de los créditos quirografarios.

Con lo que, el menor cuya acreencia tiene calidad quirografaria (art. 248 LC) no tendría posibilidad alguna de cobro. Destaca, que el mismo estaba por cumplir 17 años, con lo cual todo este

tiempo en que sus padres carentes de recursos debieron litigar —con beneficio de pobreza— en procura de una justa reparación se vería de esta forma conculcado. Toma en consideración que estos derechos del niño, a su vida y su integridad física cuentan con la protección constitucional, contemplada en el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos), «La Convención de los Derechos del Niño», tratados que tienen jerarquía constitucional y aplicación en el derecho interno (art. 75 inc. 22 CN), y en la Ley 26.061 de «Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes».

Por lo que, considera que el derecho del menor y el valor vida tienen primacía por sobre los derechos patrimoniales del resto de los acreedores, siendo que la normativa concursal colisiona con dichas normas al no dar protección a estos intereses superiores. Y toda norma que violente los derechos derivados de la dignidad de la persona no es válida para postergarlos y debe ser descalificada en su constitucionalidad (art. 28 y 31 C.N).

Como consecuencia, en primer lugar, declara de oficio la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales, arts. 239 y art. 241 LCQ por no prever el derecho a la vida y la tutela del menor, y declara al crédito con «privilegio especial», en primer rango, de prioridad absoluta, comprensivo del capital más intereses preferenciales por un plazo de dos años, por aplicación analógica del art. 242 LC.

35. Juez. Nac. 1ª Inst. en lo Comercial, N° 20, 24/05/2007, “Institutos Médicos Antártida SA s/ quiebra s/ incidente de verificación” (Ricardo Abel Fava - Liliana Rosa Harreguy de Fava), en “La Ley” 2007-E, p. 552.

36. Puede consultarse la sentencia de segunda instancia: CNCiv., Sala D, “Fava, Ricardo c/ Instituto Médico Antártida S.A.”, 30/05/2003, en GESUALDI, Dora M., *Colección de Análisis Jurisprudencial Obligaciones Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, “La Ley” p. 85.

Germán E. Gerbaudo

Asimismo, para hacer operativo el privilegio declarado, determina como asiento del privilegio bienes inmuebles y muebles (constituido por instrumental médico, maquinarias, etc.), registrables o no, del establecimiento donde fue atendido el menor. Y lo hace prevalecer por sobre el derecho del acreedor hipotecario verificado en el concurso.

Igualmente, le otorga una preferencia temporal de cobro por estar en juego la salud del menor discapacitado, haciendo lugar al «pronto pago» solicitado en la porción reconocida como privilegiada, ya que el crédito que corresponde a los padres conserva su carácter quirografario.

La Sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial revoca el fallo de Primera Instancia. De ese modo se asignó a la acreencia el carácter quirografario, dejando de lado así también el pronto pago. La alzada sostuvo que no era el derecho a la vida, a la salud ni a la dignidad de B. M. F. lo que se encontraba en juego en el *sub lite*, sino que se trataba de un derecho patrimonial transmisible y renunciable, originado en una obligación pecuniaria, a la que el legislador no le había reconocido preferencia de cobro con respecto a otras obligaciones del deudor.

Radicados los autos en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la misma por voto mayoritario reconoce a la acreencia el privilegio especial.

El Dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Alejandra Gils Carbó sostiene que corresponde hacer

lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia de la Cámara.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación integrándose con la Dra. Graciela Medina en carácter de con-juez resuelve acoger el recurso extraordinario y revocar la sentencia de la Alzada.

Se reconoce así a la acreencia un privilegio especial preferente a cualquier otro crédito y un pronto pago para la satisfacción del mismo.

(d) Caso “Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A. s/ Quiebra”.

En este caso se brindó una tutela especial a los acreedores laborales con privilegio general incompleto, mejorando su posición en el rango del cobro con respecto a los acreedores fiscales.

Se trata de un caso fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 26 de marzo de 2014³⁷.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación modifica el sistema de privilegios de la Ley de Concursos y frente a dos acreedores que concurrían a prorrata con un privilegio general, que eran un acreedor laboral por un crédito proveniente de un accidente de trabajo y el Fisco Nacional, resuelve conferir un privilegio superior al acreedor laboral, postergando al Fisco, en razón de que si así no ocurría, por la cuantía del crédito fiscal y la aplicación del régimen de prorrata en los privilegios generales, el acreedor laboral accidentado no cobraría prácticamente nada

37. CSJN, Fallos: 337:315.

En una oportunidad anterior comentamos favorablemente el caso “Pinturas y Revestimientos S.A.”, véase: GERBAUDO, Germán E., *La aplicación del Convenio OIT N° 173 y la crisis del régimen de los privilegios concursales*, en *Diario Comercial, Económico y Empresarial*, DPI Cuántico, Derecho para Innovar, Nro. 219, 4/09/2019.

Germán E. Gerbaudo

En este caso se consideró la aplicación del Convenio de la OIT N° 173 de 1992 y en base al mismo modifica el orden de cobro de los privilegios. Se trataba de un crédito laboral por indemnización por accidente de trabajo que ostenta el privilegio general del art. 246 inc. 1) de la L.C., el que se ve alcanzado por la limitación del art. 247 de la L.C. Es decir, se trata de un privilegio general incompleto que solo tiene vocación por el 50 % del dinero restante después de satisfechos los créditos con privilegio especial del art. 241, los gastos de conservación y justicia del art. 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el inc. 1 del art. 246. Por el restante 50 % participa a prorrata con los quirografarios o comunes del art. 248 de la L.C. En este caso, el acreedor laboral observó el informe final y proyecto de distribución del art. 218 de la L.C. y solicitó que no se aplique la limitación del art. 247 y se lo consideré como un privilegio general completo, postergando de ese modo la acreencia del fisco nacional³⁸.

La decisión de la Corte Suprema de Justicia de

la Nación se funda en la aplicación del Convenio OIT N° 173 sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador -ratificado por ley 24.284 de junio de 1995-. Se consideró a dicho convenio directamente operativo y con naturaleza suprallegal y así se eliminó la limitación prevista en el art. 247 de la L.C. desplazando en el cobro a los créditos del Estado y de la Seguridad Social³⁹. En otros términos, se consideró que el crédito por indemnización por accidente de trabajo tiene un privilegio general completo, estando de ese modo por encima del resto de los créditos con privilegio general -incluido el Estado-⁴⁰.

Para que accediera el crédito por accidente de trabajo (no contemplado en el art. 5° del Convenio N° 173), la CSJN aplicó también la «Recomendación» de la OIT N° 180 del año 1992, que incluye en forma expresa las indemnizaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando corran directamente a cargo del empleador⁴¹.

38. La Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial había confirmado la sentencia de primera instancia que había rechazado la impugnación de un acreedor laboral al proyecto de distribución presentado por la sindicatura según el cual al crédito insinuado debía aplicarse la limitación del 50% establecida por el art. 247 de la Ley de Concursos y Quiebras y conferírsele igual rango que el detentado por la acreencia de la AFIP.

39. En el art. 5 del Convenio N° 173 establece que “En caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda”, y en el art. 8° ‘Rango del Privilegio’, inc. 1°, señala: “La legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social”.

40. Se indica que en el precedente la CSJN reafirma un criterio monista dando validez suprallegal al Convenio de la OIT frente a la normativa concursal local (Véase: DÍAZ CORDERO, Agustina, *La protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador a la luz de la normativa internacional vigente en nuestro país*, en “Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, 2015 (septiembre), p. 1811).

41. RASPALL, Miguel A., *Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales*, en “Revista del Código Civil y Comercial”, 2019 (marzo), p. 74.

Germán E. Gerbaudo

(e) Caso «*Obra Social del Personal Gráfico s/ concurso preventivo, s/ incidente art. 280, LCQ c. Instituto Armonía de Educación Especial de Adriana Urrere Pon y otros*».

En el caso de la Obra Social del Personal Gráfico, que se encontraba en concurso preventivo, se analizó la cuestión del crédito de una menor, afectada por síndrome de down y que se hallaba sometida a la educación especial que regula la ley 24.091, pero esta acreencia no tiene en la ley Concursal ningún privilegio, y tampoco una vía inmediata de cobro.

Sin embargo, la Cámara Comercial, con asien- to en los tratados constitucionalizados: Conven- ción sobre los Derechos del Niño, su similar sobre los derechos de las personas con discapacidad, y en la legislación nacional, estableció el “mejor derecho” que le asiste a la menor, y entendió que sea que se lo denomine “pronto pago” o “pago directo” cobra vital importancia la finalidad del régimen tuitivo, y las consecuencias que pueden derivarse de una determinada solución al caso. Por ello, sin individualizar la vía concreta, con- cluyó que la Convención de los Derechos del Niño tiene operatividad y, consecuentemente, sostu-

vo que el crédito de la niña goza de preferencia frente al sistema de privilegios de la ley 24.522⁴².

VII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

En la legislación concursal de la Argentina no hay referencia de esta categoría, pero sí la hay en la legislación extranjera, sea contemplando a los mismos como excepción a la liberación de las deudas o como un crédito privilegiado.

El Código de Bancarrotas de los EE. UU en su art. 523 enumera entre los créditos excluidos de la liberación de deudas a diversos tipos de cré- ditos que constituyen supuestos de acreedores involuntarios.

Por su parte, la Ordenanza de Insolvencia de Alemania de 1994 permite la exoneración de deu- das en caso del concurso del consumidor, pero es- tablece que esa liberación no alcanza al deudor condenado por sentencia firme en delitos deter- minados, o imputados de falsedad o error, o con culpa grave, en el curso del procedimiento⁴³.

Asimismo, en Italia la *Nueva Legge Falli- mentare* plasmada en el Decreto Legislativo N°

42. CNCom. Sala B, *Obra Social del Personal Gráfico s/ Concurso Preventivo, s/ incidente art. 280 LCQ*, Instituto Armonía de Educación Especial de Adriana Urrere Pon y otros, 28/12/2015, citado por JUNYENT BAS, Francisco y MARCOS, Fernando J., Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del “acreedor involuntario”, en L.L. 2019-A, p. 337.

43. Ariel Dasso recuerda que “está condicionada a que el acreedor extracontractual (involuntario) *hubiere solli- citado la verificación del crédito*, lo que demuestra que se trata de un acreedor sometido a la colectividad del procedimiento, quedándole vedado invocar la subsistencia de su crédito al acreedor (involuntario) que omite la carga, en cuyo caso soportará la consecuencia de su negligencia, porque la verificación es inmanente al principio de universalidad subjetiva y colectiva convocante de la totalidad de los acreedores en cuyo marco adquiere el acreedor involuntario el particular relieve de trato diferente” (DASSO, Ariel A., *El Acreedor Involuntario: El Último Desafío Al Derecho Concursal*, Ponencia: presentada en la Comisión 6: “Créditos de origen extracontractual” en el VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia- Mendoza - Argentina 4 al 7 de octubre del 2009).

Germán E. Gerbaudo

35 del 14 de marzo de 2005 e integrada con el Decreto Legislativo N° 169 del 12 de septiembre de 2007 regula la liberación de las deudas bajo la denominación de desendeudamiento entre los arts. 142 a 145. El instituto se aplica sólo a las personas físicas. Ariel Dasso señala que se establecen como excepciones a la liberación “las obligaciones de mantenimiento y alimentarias y de cualquier modo derivadas de relaciones no comprendidas en la quiebra en el sentido del art. 46, es decir: bienes y derechos estrictamente personales, emolumentos alimentarios, estipendios, pensiones, salarios, ingresos como productos del trabajo dentro de los límites necesarios para el mantenimiento propio de la familia; frutos del usufructo legal sobre bienes de los hijos; bienes que constituyan fondo patrimonial y sus resultados, salvo las excepciones del Cod. Civ.; cosas no susceptibles de prenda; indemnización de daños por hechos ilícitos extracontractuales, así como las sanciones penales y administrativas pecuniarias que no fueren accesorias a deudas

extinguidas, categorías estas dos últimas típicas de involuntariedad”⁴⁴.

Por el contrario, otras leyes como la de España y la de Rusia se inclinan por asignarles un privilegio. En España la ley 22/2003 de 9 de julio reconoce con privilegio general a los acreedores extracontractuales. En tal sentido, el art. 91. 5° dispone que “Son créditos con privilegio general...5° los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el número 4° de este artículo”⁴⁵.

También la Ley Federal Rusa de Insolvencia del 2006 asigna un privilegio para todos los créditos derivados de daños causados a la vida o a la salud incluido el daño moral⁴⁶.

44. DASSO, A., El acreedor..., cit.,

45. Ángel Rojo recuerda que el precepto tiene su antecedente en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 que en el catálogo de créditos con privilegio general lo iniciaba con el de los acreedores extracontractuales. Dice el autor que “la ley de concurso española recibe la idea, pero degrada la posición jurídica de ese privilegio y lo coloca en quinta posición” (ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, “Los acreedores involuntarios”, en “VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia”, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006, t. IV, p. 201).

Una de las críticas que se formula a la categoría de “créditos por responsabilidad civil extracontractual” es que quedan fuera del privilegio los daños corporales derivados de la ejecución de ciertos contratos (el de transporte, servicios médicos o trabajo). Se indica que repugna un poco la idea de que esos perjuicios a la vida o a la integridad física no estén aparados por el privilegio y si lo estén los perjuicios económicos derivados de la rotura de los faros en un accidente de circulación (PEÑA LÓPEZ, Fernando, *El privilegio del crédito derivado de la responsabilidad civil extracontractual en la ley concursal*, en *Asociación Española de abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, en www.asociacionabogadosrcs.org, consulta: 9/03/2012).

También se critica la disposición al no dar adecuada respuesta a los casos de daños masivos o catastróficos (SÁNCHEZ GRAELLS, Albert, *Los acreedores involuntarios en el concurso*, en “Créditos, garantías y concurso. Libro en Homenaje al Prof. D. Adolfo Ruiz de Velazco”, en www.ssrn.com).

46. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., op. cit., p. 201.

VIII. CONCLUSIONES. PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE CONCURSOS.

En la presente investigación analizamos el régimen de los privilegios concursales frente al proceso de institucionalización del derecho privado. Estudiamos como impacta en este ámbito la categoría de los acreedores vulnerables y hoy en día de los hipervulnerables -casos en los que concurre más de una causal de vulnerabilidad-.

En la actualidad, transitamos por un Estado Constitucional y Convencional de Derecho que impone la necesidad de un diálogo de fuentes. No podemos comprender el sistema de concursos y quiebras, sin conectarlo con las normas constitucionales y convencionales que tienen jerarquía supra legal.

El Derecho de nuestro tiempo hace centro en la persona humana y en su dignidad, como destinatario final y fundamental del ordenamiento jurídico, adquiriendo así una significativa aplicación el «principio *pro homine*», que obliga al intérprete de la ley a buscar la solución que proteja de la mejor manera y en la mayor medida a la persona humana⁴⁷.

Los derechos humanos tienen un carácter transversal lo que supone brindar una tutela especial a los sujetos vulnerables y es deber del Estado hacer efectiva esa tutela fundada en normas

constitucionales y convencionales.

La constitucionalización del derecho privado impacta en todo el ordenamiento concursal en general, y en especial, en el ámbito de los privilegios concursales.

El derecho privado se encuentra constitucionalizado, lo que “significa que en lugar de apreciar al mismo como aislado o fuera del alcance de los principios constitucionales, se encuentra plenamente atravesado por estos”⁴⁸.

El proceso de constitucionalización del derecho privado que impone la necesidad del diálogo con las normas constitucionales y convencionales ha puesto en crisis el principio de autosuficiencia de los privilegios concursales.

En nuestro tiempo de posmodernidad el derecho concursal atraviesa por una etapa de profundos cambios, se encuentra en una constante transformación que lleva a que universalmente se modifiquen las leyes de insolvencia.

El tema de los acreedores vulnerables es corolario de un debate más amplio referido al estado actual de los principios generales del derecho concursal. En nuestro tiempo, se considera que éstos lejos de desaparecer se han reformulado, adaptando a la nueva realidad económica. Hoy se habla de una renovación de los principios generales del derecho concursal⁴⁹.

47. JUNYENT BAS, Francisco y MARCOS, Fernando J., *Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del “acreedor involuntario”*, en “La Ley”2019-A, p. 337.

48. BOQUIN, Gabriela, *Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID-19*, Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial UBA, Número Especial de julio/2020.

49. RIVERA, Julio César, *Renovación de los principios estructurales del derecho concursal*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003-1, p. 9.

Germán E. Gerbaudo

En definitiva, la categoría de los acreedores vulnerables y de los acreedores hipervulnerables, por un lado, pone en evidencia la forma de pensar los principios generales del derecho concursal y, por el otro, instala el debate respecto a si no es hora de reexaminar qué créditos son privilegiados. En este último caso, nos colocan en el terrero de pensar si “todo” debe ser privilegiado o si en una decisión de política legislativa se debe determinar qué realmente debe gozar de privilegio. Es decir, en revisar los créditos que gozan de privilegios, poniendo en cierto modo un coto a la proliferación de los mismos que no ha dado frutos ya que hoy casi nadie cobra en los procesos concursales. Inclusive, puede meditar a los acreedores vulnerables fuera del ámbito de los privilegios, colocándolos en el terreno de la liberación de las deudas y pensar a aquellos como una excepción a ese efecto -como ocurre, por ejemplo, en los EE. UU y en Alemania-.

Sin embargo, entendemos que el debate debe darse en el ámbito de los privilegios concursales, repensando los mismos.

En un escenario de escases donde la mayor parte de las acreencias que se verifican en los procesos concursales quedan insatisfechas cabe preguntarse qué créditos deben ser privilegiados. Se exhibe una tendencia universal que lleva a revisar los créditos privilegiados, reduciendo los mismos.

La exigencia de repensar los privilegios concursales impone la necesidad de brindar una tutela especial a los acreedores hipervulnerables. Esta tutela se ha ido abriendo paso a través de la jurisprudencia y con el impulso de la doctrina. Sin embargo, pensamos que la protección debe darse con una reforma legislativa, reduciendo los créditos que son privilegiados y brindando una

preferencia a estos acreedores, como así también cuando la urgencia lo amerita y en casos excepcionales permitir mecanismos que aseguren la inmediata percepción de estas acreencias.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ABELENDA, César A., *Derecho Civil. Parte general*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, t. 2, 1980, p. 169.

ANTA, Carlos A., *La hipoteca en los concursos*, Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 19.

ARELLANO GÓMEZ, Francisco Javier, *Consideraciones de Derecho Civil acerca de la relación existente, en sistemas jurídicos continentales, entre la regla “par conditio creditorum” y los privilegios crediticios*, en “Derecho y Conocimiento”, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, Vol. 1, p. 275.

BAROCELLI, Sergio S., *La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumidor argentino*, en “Colección de publicaciones de resultados de proyectos de investigación”, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2020, p. 31.

BOQUIN, Gabriela, *Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID-19*, Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial UBA, Número Especial de julio/2020.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, 9º ed., Buenos Aires, Perrot, “Parte general”, t. II, 1988, p. 16.

CHOMER, Héctor O., *Principios generales*, en “Concursos y quiebras. Ley 24.522”, CHOMER,

Germán E. Gerbaudo

Héctor O. -Director-, FRICK, Pablo -Coord.-, Buenos Aires, Astrea, t. I, 2016, p. 5.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado Nacional al tiempo del contrato y la empresa)*, en “Investigación y Docencia”, N° 26, Fundación para las investigaciones jurídicas, Facultad de derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1996, p. 201.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Notas para la compresión capitalista del Derecho Comercial (aportes para la Filosofía del Derecho Comercial)*, en “Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, volumen 18, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1994, p. 31.

DABOVE, María I. y BARBERO, Dariel O., *Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección. Nuevas razones para la acción a favor de los derechos de los grupos vulnerables*, en Astrea Virtual, 2015, www.astreavirtual.com.ar (Consulta: 12/07/2021).

DASSO, Ariel Ángel, *El Derecho Concursal hoy*, en “La Ley” 2009-B, p. 921.

DOBSON, Juan Malcolm, *Un “campo de juego parejo” para los participantes en los procedimientos de insolvencia: la experiencia Latinoamericana*, en Libro de ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006, t. II, p. 773.

FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *El Derecho en la Posmodernidad. Cultura, Economía y Orden Jurídico*, en “Jurisprudencia Argentina” 2021-I, SJA

3/02/2021, p. 1.

FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *El crédito frente a la posmodernidad. Nuevos paradigmas en contratos, ejecuciones y concursos*, en “La Ley” 29/04/2021, p. 1.

FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *Concursos y quiebras*, 1° ed., Buenos Aires, Errepar, 2003, p. 377; GRAZIABILE, Darío J., *comentario al art. 240 de la L.C.* en “Régimen concursal”, GRAZIABILE, Darío J. -Director y co-autor-, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. IV, 2014, p. 430; GRAZIABILE, Darío J. y MARRÓN, Cristián, *comentario al art. 239 de la L.C.* en “Concursos y quiebras. Ley 24.522”, Chomer, Héctor O. -Director- y Frick, Pablo D. -Coord.-, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 457.

GADEA SOLER, Enrique, NAVARRO LÉRIDA, María Sagrario y SACRISTÁN BERGIA, Fernando, *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura*, Madrid, La Ley, 2009, p. 13.

GARAGUSSO, H. *Fundamentos del derecho concursal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, p. 38.

GRANADOS, Ernesto I.J. y GERBAUDO, Germán E., *El orden público y la ley concursal*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007-3, “Orden público y buenas costumbres”, 2008, p. 239.

GRAZIABILE, Darío J. y MARRÓN, Cristian, *comentario al art. 239 de la L.C.* en “Concursos y quiebras. Ley 24.522”, CHOMER, Héctor O. -Director-, FRICK, Pablo -Coord.-, Buenos Aires, Astrea, t. 3, 2016, p. 449.

GRAZIABILE, Darío J., *Inconstitucionalidad del acuerdo preventivo homologado?*, en “La Ley

Germán E. Gerbaudo

Buenos Aires” 2004, p. 817 y TRUFFAT, E. Daniel, Reflexiones sobre el abuso y discriminación en la propuesta de acuerdo -con motivo de un fallo tan querible como erróneo-, en “La Ley” 2004-F, p. 790.

GERBAUDO, Germán E., *Desapoderamiento. Bienes incluidos y excluidos. Liberación por deudas*, en “Revista de la Facultad de Derecho”, Rosario, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, N° 21, t. I, 2014, p. 231.

GERBAUDO, Germán E., *Desapoderamiento e incautación de bienes en la quiebra*, Rosario, Nova Tesis, 2019.

GUZMÁN, Néstor L., *Vulnerabilidad y flexibilidad como propiedades relevantes de la sentencia civil*, en “La Ley” 23/08/2021, p. 1.

ITURBIDE, Gabriela, *Las garantías del crédito*, en “La Ley” 2017-B, p. 827.

JUNYENT BAS, Francisco y MARCOS, Fernando J., *Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del “acreedor involuntario”*, en “La Ley” 2019-A, p. 337.

LORENTE, Javier, *Ley 26.684: una trampa mortal para la eficiencia del sistema concursal*, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, N° 252, enero/febrero 2012, p. 1.

MEDINA, Graciela, *Acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Las 100 reglas de Brasilia. En Género, Discapacidad y Pobreza*, en “La Ley” 2017-F, p. 663.

PISANI, Osvaldo E., *El acreedor concursal involuntario*, en ponencia presentada al XLVI En-

cuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Bahía Blanca, 6 y 7 de diciembre de 2007, en <http://www.cabb.org.ar/economia/inicio.php> (consulta: 12/11/2011).

RASPALL, Miguel A., *Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales*, en “Revista del Código Civil y Comercial”, 2019 (marzo), p. 74.

RIVERA, Julio César y CROVI, Luis D., *Derecho civil y comercial. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 557.

RIVERA, Julio César, *Renovación de los principios estructurales del derecho concursal*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003-1, p. 9.

RIVERA, Julio César, *Propuestas para un sistema concursal más eficiente*, en “Academia Nacional de Derecho”, 2001, p. 284.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, *Los acreedores involuntarios*, en “VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia”, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006, t. IV, p. 201.

SACRISTÁN, Estela B., *Vulnerabilidad: categorización y contextualización como herramienta legislativa*, en “Revista de Derecho Administrativo”, 2022-140, p. 19.