



Facultad de Derecho y Cs. Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

**EL ACREEDOR INVOLUNTARIO Y LA ACTUAL LEY DE CONCURSOS Y
QUIEBRAS**

2012

Tutor: Francavilla, Claudia

Alumno: Vanay, Javier

Título al que aspira: Abogado

Fecha de presentación: 5 de Noviembre de 2012

Área: Derecho Público y Derecho Privado.

Concursos y Quiebras. Derecho Constitucional. Derechos Humanos.

Tema: el resarcimiento patrimonial del acreedor involuntario frente al concurso preventivo o falencial de su deudor proveniente de delitos y cuasi-delitos que produjeron daño físico y psíquico.

Título: el acreedor involuntario y la actual ley de concursos y quiebras.

Problema: ausencia en la ley de concursos y quiebras del tratamiento del acreedor involuntario en consonancia con la Constitución Nacional Argentina y Tratados sobre Derechos Humanos.

Hipótesis: la ley de concursos y quiebras 24.522 recientemente modificada por ley 26.684 no plantea de manera clara y precisa una solución a los acreedores involuntarios vulnerados en su derecho a la salud física, psíquica y a la reparación integral del daño sufrido, tutelado por la Constitución Nacional.

Puntos que se pretenden demostrar y defender:

- Que la solución prevista por la actual legislación de fondo es insuficiente a un adecuado tratamiento y a los tratados de derechos humanos incorporados a la CN en la reforma de 1994.
- El doble recorrido que el peticionante debe realizar, primero para que su acreencia sea reconocida en un ordinario y más tarde para que se le reconozca un privilegio legal del cual normativamente no goza mediante la declaración de inconstitucionalidad del actual régimen de privilegios concursales.
- El juez encuentra su cauce acudiendo al derecho constitucional pero no en la normativa específica de la materia en cuestión.
- Necesidad de una nueva reforma a la ley de concursos y quiebras 24.522 recientemente reformada por la ley 26.684 incorporando estos acreedores.

OBJETIVOS

Generales:

- Explorar en qué dirección la Justicia resuelve estos conflictos.

- Qué sugiere la doctrina contemporánea para estos tipos de casos en el orden nacional e internacional.

Específicos

- Análisis de fallos:

A) “González Feliciano C/ Microómnibus General San Martín S.A.C.” Fecha: 18/05/2004 Tribunal: Cámara 1ª de Apelaciones en lo civil y Comercial de San Isidro, sala I. Publicado en: Sup. CyQ 2004 (septiembre), 30- IMP 2004-17, 215- LLBA 2004 (septiembre), 818,- Sup. CyQ 2004 (noviembre).

B) “Institutos Médicos Antártida S.A s/ quiebra s/ incidente de verificación por: R. A.F Y de L.R.H. de F.” Fecha: 24/05/2007 Tribunal: Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo comercial Nro. 20. Publicado en: LA LEY 24/09/2007, 5, con nota de Francisco Junyent Bas; LA LEY 2007-E, 552, con nota de Francisco Junyent Bas; IMP 2007-19 (Octubre), 1858. Cita Online: AR/JUR/4196/2007.

- Determinar si los acreedores involuntarios están o no debidamente contemplados en la LCQ 24.522 con su reciente reforma ley 26.684.
- Elaborar una propuesta denominada “integral” que los TUTELE en la LCQ pero no solo como acreedores involuntarios sino también como sujetos damnificados que merecen una respuesta expedita en el marco de los Derechos Humanos dentro de la LCQ.

6. **BREVE ESTADO DEL ARTE:** actualmente este tema es trabajado en congresos por distintos autores y doctrinarios referentes de la materia concursal y civilistas en cuanto a derecho de daños. Se han realizado investigaciones en relación al derecho comparado y propuesto algunas soluciones tendientes a otorgar protección legal a situaciones y allanarle el camino a peticionantes y jueces.

El tratamiento unificado que realiza la ley de concursos de ciertos acreedores extracontractuales, cuyas acreencias provienen de delitos o cuasi delitos, los cuales han producido daños a su integridad psíquica o física, resulta abusivo y violatorio de disposiciones de jerarquía constitucional.

Los créditos que provengan de tales daños integran la categoría de derechos mínimos inderogables reconocidos por diversos convenios internacionales.

Lege data el Juez deberá contemplar dichas normas supra legales y efectuar el debido control de convencionalidad.

La doctrina emanada del fallo "Feliciano González c/ Microómnibus General San Martín s/ incidente de verificación tardía" SCJPB 5/4/2006, permite la apreciación diferenciada de estos acreedores aunque su contenido y sus antecedentes de previas instancias se corresponden a fallos de equidad pero no fundados en derecho positivo.

Control de convencionalidad¹

El control de convencionalidad es aquel que debe ejercer el Poder Judicial realizando respecto de su derecho interno, un cotejo acerca de si el mismo es congruente y respeta las normas provenientes de Tratados Internacionales, que tienen jerarquía constitucional.

Este control integra el de constitucionalidad que el Juzgador está habilitado a efectuar. En definitiva es una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales. A través del mismo, el Juez debe compatibilizar las normas internas y las supranacionales, de modo que estas últimas sean efectivamente operativas.

"La noción de control de convencionalidad extensiva a todo tipo de tratados puede ser enmarcada en el proceso de hermenéutica constitucional e internacional, derivada de la fórmula introducida por la reforma constitucional de 1994, al artículo 75 inc. 22 y 24 de la Carta Magna, que establece la jerarquía normativa de los tratados, convenciones y pactos internacionales aprobados por la República Argentina..."

Para Sagüés el objetivo del "control de convencionalidad" es determinar si la norma enjuiciada a través de la convención es o no "convencional". Si lo es, el juez la aplica. Caso contrario, no, por resultar "inconvencional" .

Fundamentos

¹ Sagüés Néstor P. "El control de convencionalidad en particular sobre las Constituciones Nacionales". La Ley, 19/02/09.

El tratamiento diferenciado propuesto no altera el principio de la par condicio creditorum ya que este último no es un principio absoluto en la ley 24. 522 previendo la misma excepciones tales como, el régimen de privilegios , el pronto pago laboral , la categorización de acreedores y la posibilidad de propuestas diferenciadas dentro de cada categoría.

El acreedor involuntario extracontractual si bien es cierto que no goza de normas específicas, no por ello es menos cierto, que goza de protección también con raigambre constitucional, respecto de su salud e integridad física y emocional, atento que se encuentran reconocidos por normas internacionales de carácter supra legal, conforme lo establece el artículo 75 inc. 22 último párrafo de la Constitución Nacional.

Es así según las Normas contenidas en el Pacto Internacional de derechos Económicos Sociales y Culturales, artículos 11 numeral 1 y 2; la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica" art. 4 inc. 1 y 5 inc. 1; la Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 3 y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre artículo 1.

Estas normas establecen derechos mínimos que no sólo deben ser garantizados por el Estado, sino que el dañador debe indemnizarlos ante el perjuicio que les ocasione por su obrar dañoso. Por lo cual, no es justo dejarlos sometidos a las resultas de un acuerdo concursal abarcativo, de intereses bien diversos, a los que se encuentran en juego cuando de la salud e integridad física se trata, siendo su jerarquía superior, respecto del resto de acreedores que integran el elenco concursal de acreedores quirografarios .

También debemos considerar que, generalmente, estos acreedores no logran formar parte del proceso concursal en forma tempestiva, por lo cual les es impuesta una propuesta que ni siquiera pudieron considerar.

Es claro que salvo contados casos, que merecieron tratamiento jurisprudencial, la ley en su redacción actual, no contiene y nunca ha contenido en sus versiones anteriores, un tratamiento diferenciado, como el que se propone. Sucede que las circunstancias han cambiado, y el derecho de daños ha avanzado hacia no solo la objetivización de la responsabilidad, sino también, teniendo por norte principal la reparación integral a la víctima del daño que se le ha causado más que la sanción al sujeto dañador.

El antecedente: "Feliciano González", del Máximo Tribunal en la provincia de Buenos Aires, permite establecer una doctrina aplicable en cuanto a la posibilidad de establecer pautas diferenciadas, respecto del cumplimiento del acuerdo, en relación a estos tipos de acreedores, pero que sin lugar a dudas, el mismo resulta más un fallo de equidad que razonado según derecho vigente.

Es por ello que el sistema concursal no puede quedar ajeno a estas variables, que lo que implican es profundizar el reconocimiento de derechos mínimos, inderogables, de que goza todo ser humano.

7.MARCO TEÓRICO: Los acreedores involuntarios, no fueron contemplados en la ley de concurso y quiebras 24.522, de manera de reconocérselos como sujetos; esto muy probablemente ocurrió porque no formaban parte de la cosmovisión doctrinaria del momento. Si bien el tratamiento de los Derechos Humanos es anterior a la reforma constitucional de 1994, es recién a partir de ésta, donde comienzan a estar más presentes y operativos en el campo del derecho y de los tribunales. Tanto es así, que no podemos imputarle una “omisión” al legislador de aquél momento, porque no era un tema debatido ni tratado.

Actualmente sí deben estar contemplados, pues la realidad nos demuestra que se ha producido un giro copernicano, ello podemos comprobarlo con las peticiones a los tribunales que en este aspecto, los jueces han sabido resolver ajustados al derecho constitucional y de los derechos humanos pero, no encuentran cauce en la legislación específica del tema, de allí la necesidad de una reforma que los tutele integralmente, desde una perspectiva que compatibilice el régimen de los concursos y las quiebras, los derechos humanos y el derecho de daños.

Capítulo I

CONCURSOS Y QUIEBRAS

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Características de la ley. 3. Características del proceso concursal. 4. Reglas procesales. 5. Conclusión.

1. Introducción

Creemos conveniente comenzar este trabajo y este capítulo situando al lector en la disciplina y sus principios. Nos encontramos específicamente en Concursos y Quiebras, donde rige la ley 24.522 del año 1995 y sus modificaciones, siendo la última la efectuada mediante ley 26.684 del año 2011.

Como sabemos, el sistema jurídico no se divide en compartimentos separados, sino por el contrario, este es integral; es decir si bien hay dos grandes “ramas”, Público y Privado, estas dos no dejan de entrelazarse entre sí, sobre todo porque el derecho constitucional, integrante de la primera, gobierna los límites del contenido de la segunda. No pueden existir normas que contradigan o desconozcan derechos y principios constitucionales, es decir, del derecho público. Esto nos lleva a pensar en todo el derecho de manera integral y no separada, unido y en conjunto, sin contradicciones en sí mismo. Y aun existiendo contradicciones en sí mismo, los jueces cuentan con una importante herramienta, el “control de convencionalidad”, una suerte de auditoría entre la Constitución Nacional, sus tratados con jerarquía superior a las leyes de orden interno Art. 75 inc. 22 y el derecho interno, para que allí donde encuentren una suerte de escollo puedan declarar la “inconstitucionalidad” de una ley o de un artículo de ésta, porque viola o no respeta los derechos y principios rectores consagrados en la Constitución Nacional.

Adentrándonos ya en el tema, debemos saber que, como toda área específica, y siendo una disciplina autónoma, no solamente tiene su ley, la 24.522 con sus características, sino también sus institutos y principios, propios del régimen de concursos y quiebras.

2. Características de la ley²

- Excepcional: se aplica sólo en situación de insolvencia judicialmente declarada; sus reglas prevalecen sobre las del derecho común.
- Imperativa: la mayoría de las reglas concursales no puede ser dejadas sin efecto, y prevalece sobre cualquier acuerdo en contrario de los particulares. Son de orden

² Adolfo A. N. Roullión. Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522. 15° Edición. 1° Reimpresión. Ciudad de Buenos Aires. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 2007. Pág. 39 y ss.

público. Justamente es este “orden público” el que va a ser dejado de lado en los casos jurisprudenciales analizados.

- Sustancial: muchas normas de la legislación concursal atienden a los derechos de fondo de los sujetos involucrados modificando las prescripciones del derecho común. Ej.: Pronto pago laboral art. 16 y privilegios título IV art. 239 y ss.
- Procesal: organiza y regula los procedimientos judiciales de quiebra y de concurso preventivo, los cuales tienen características especiales. Ej.: reglas procesales art. 273.
- Contiene numerosas soluciones preventivas³ entre otras: concurso preventivo, acuerdo preventivo extra-judicial, conversión (art. 90), levantamiento sin más trámite, etc.

3. Características del proceso concursal⁴

- Universalidad: convergen las pretensiones de todos los acreedores sobre la totalidad de un patrimonio. Guarda paralelismo con la noción del patrimonio como universalidad jurídica. Posee dos perfiles y determinados límites (excepciones) al no ser absoluto.
 1. Objetivo: refiere a los bienes comprometidos en el proceso (activo concursal).
 2. Subjetivo: se relaciona con todos los sujetos involucrados como acreedores o titulares de pretensiones que pudieran afectar la integridad patrimonial del concursado (pasivo concursal).
- Unicidad: derivación lógica de la universalidad. Difícilmente podría ser universal un proceso que no fuera único. Es la imposibilidad lógica de coexistencia de dos procesos concursales relativos a igual patrimonio del mismo sujeto.
- Inquisitorialidad: el proceso concursal posee notas propias tanto de los procesos dispositivos (civiles y comerciales), como inquisitivos (penales).

4. Reglas procesales⁵

- Principios comunes: términos perentorios, los plazos se computan en días hábiles judiciales salvo disposición expresa en contrario; resoluciones inapelables; la apelación se concede en relación y con efecto suspensivo, etc.
- Facultades del Juez: tiene la dirección del proceso. Puede dictar medidas de impulso e investigación necesarias.

⁴ Op. Cit.

⁵ Op. Cit.

- Deberes y facultades del síndico: librar cédulas y oficios ordenados; examinar expedientes judiciales o extrajudiciales sobre cuestión patrimonial del concursado; expedir certificados a los dependientes de servicios; requerir del concursado o terceros explicaciones pertinentes; solicitar informes a entidades públicas y/o privadas; etc.
- Perención de instancia: no caducan los procesos concursales en sí después de abiertos; los procedimientos previos a la apertura concursal son susceptibles de concluir por caducidad preconcursal; las actuaciones caducan a los tres meses o según plazo específico; etc.

5. Conclusión

Como leemos hay “características de la ley”, “Características del Proceso” y “reglas procesales”, todo un universo jurídico que le es propio y que en principio parece autónomo del resto del ordenamiento jurídico, pero ya veremos que no es así. Es más se exige su “aggiornamento”, imperativamente.

Capítulo II

BREVE RESEÑA SOBRE JURISPRUDENCIA ABORDADA

SUMARIO: 1. Caso “Feliciano González”. 2. Caso “Instituto Médico Antártida”.

1. CASO “FELICIANA GONZÁLEZ”

TRIBUNAL: Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I.

FECHA: 18/05/2004.

PARTES: González, Feliciano c. Microómnibus General San Martín S.A.C.

PUBLICADO EN: Sup. C y Q 2004 (septiembre), 30 – IMP 2004-17, 15 – LLBA 2004 (septiembre), 818, - Sup C y Q 2004 (noviembre).

Feliciano González sufrió un accidente en junio de 1992 mientras viajaba en un colectivo de la empresa de transporte "Microómnibus General San Martín, S.C.A."

Al momento del evento dañoso, la víctima tenía 65 años y sufrió lesiones que le produjeron una disminución del 40% de su capacidad funcional; entre otros padecimientos, sufrió una quebradura de cadera y una operación de artroplastia parcial, con prótesis de Thompson, y a consecuencia de ellos requiere tratamientos médicos y psicológicos.

En octubre de 1998 González obtuvo sentencia de primera instancia que, 6 años después del hecho le reconoce su derecho a ser indemnizada. (ver fs. 339/347 del expediente "González, Feliciano c. Microómnibus General San Martín s/daños y perjuicios" que tengo a la vista en tres cuerpos).

El 10 de diciembre del año 2001 se dictó sentencia de segunda instancia en dicha causa y tras -casi- diez años de litigio, la actora vio firme el reconocimiento de su derecho a la indemnización (ídem, fs. 426/27).

Pero entre el pronunciamiento de primera y el de segunda instancia, con fecha 2 de febrero de 1999, "Microómnibus General San Martín, S.A.C." se presentó en concurso preventivo y logró un acuerdo con sus acreedores que fue homologado en diciembre de 1999. El acuerdo consistió en una quita del 40% y un pago en 18 cuotas anuales, venciendo la primera el 30 de diciembre del año 2002 (fs. 4804/4806, cuerpo XVI del concurso que en este acto tengo a la vista).

Ante el concursamiento del obligado al pago, González se presenta ante el concurso de la compañía de transporte, realiza un incidente de verificación tardía en el año 2003, y se le verifica su acreencia por la suma de \$86.371 como quirografaria.

La víctima solicita al juez del concurso que se le realice un pronto pago en razón de su edad. Y el a quo valorando la edad de la peticionante quien hoy tiene 78 años; que ha sido víctima de un daño que le produce un 40% de incapacidad, y que de estarse al acuerdo homologado recién dentro de 17 años podría cobrar el 60% de la indemnización por incapacidad, decide un adelantamiento del pago, basado en las normas constitucionales y supraconstitucionales que obligan el respeto a la salud y el derecho a la propiedad de valor superior.

Interpreta el magistrado de la instancia anterior 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.

Además señala el sentenciante de primera instancia que someter el crédito de Feliciano González, que cuenta con 77 años, a la espera del acuerdo homologado, importaría afectar el derecho de propiedad amparado por el art. 17 de la Carta Magna, porque al finalizar la espera tendría 96 años y por la expectativa de vida promedio, la espera traería como consecuencia la no percepción del crédito.

La concursada ha lesionado a la actora en su salud e integridad física, hace más de doce años, y de serle oponible el acuerdo que ésta firmó con todos sus acreedores sólo, dentro 17 años la víctima podría cobrar completamente el 40% de su acreencia, para lo cual debería vivir hasta los 96 años.

Atento a la edad de la mujer a quien se le menguó el 40% de su capacidad, de estarse a los términos del acuerdo jamás podría cobrar su acreencia, ni acceder a los tratamientos médicos adecuados.

Está en juego el derecho a la salud y el derecho a la propiedad de la víctima de clara raigambre constitucional, frente al no menos claro derecho a la autonomía de la voluntad y al concurso preventivo del deudor y de los acreedores.

Para solucionar el conflicto resulta ineludible tener en cuenta la jerarquía de los derechos constitucionales violados.

Partiendo de estas premisas, él juez se aboca, al tratamiento de los agravios que básicamente consisten en que al adelantar el pago a González se ha violado la "pars conditio creditorum", y que el juez se ha apartado del acuerdo homologado sin ninguna base normativa.

Resulta indiscutible que la materia concursal se halla regida por un principio fundamental, cual es el de la igualdad de los acreedores (par conditio creditorum). En virtud del cual y por regla general, todos los acreedores han de soportar igualitariamente el efecto del acuerdo preventivo o resolutorio homologado, dando las mismas quitas, esperas u otras estipulaciones al deudor común.

En realidad el principio de igualdad de los acreedores no es exclusivo del derecho concursal, sino que constituye un principio de Derecho común, que impone al deudor tratar igualitariamente a sus acreedores; de allí que la violación del principio de igualdad, pueda hacer viable la acción pauliana tendiente a declarar ineficaces actos, que perjudican a los acreedores por violación del principio de igualdad.

El principio de igualdad de los acreedores (par conditio creditorum), no es absoluto, pues ciertos acreedores están excluidos de su efecto nivelador; son aquellos cuyos créditos están munidos de privilegio, entendido este concepto en su sentido más amplio, o sea comprendiendo en sí al derecho dado por la ley a ciertos créditos para ser satisfechos con preferencia frente a otros (art. 3875, Cód. Civil), y al complejo de ventajas que emana de los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, etc.).

La no absolutez del principio de igualdad de los acreedores se manifiesta en la posibilidad que otorga el régimen falencial de categorizar a los mismos, para darles un distinto tratamiento.

Es que como señala Rivera "... La 'categorización de los acreedores no significa violar la igualdad de los acreedores sino por el contrario evitar tratar igual a quienes son desiguales".

Tengo para mí que si bien el principio de igualdad de los acreedores no es absoluto, las excepciones al mismo han sido previstas por el legislador y no son facultativas del juez.

Entiendo que si bien el juez está obligado a aplicar el acuerdo en forma igualitaria a los acreedores, también se encuentra obligado a aplicar la constitución, e impedir su violación.

En el presente el convenio al que llegó el concursado con sus acreedores es ley para las partes, pero esta ley es inconstitucional para la víctima del accidente de tránsito ya que atenta contra su derecho a la vida, al someterla a un acuerdo que se terminará de cumplir dentro de 17 años, cuando la víctima tiene hoy 78 años, y lo que reclama es el resarcimiento a su integridad física y moral y lo necesario para realizar tratamientos, que se transformarían en un crédito para sus herederos de aplicarse a ultranza el principio de igualdad de los acreedores.

Por las razones antes expuestas, el juez no podía obligar a la víctima a recibir el pago en 18 cuotas anuales, y optó por un adelantamiento del pago.

Inaplicabilidad del principio de igualdad frente a los acreedores, cuando la modalidad adoptada compromete el derecho a la vida de un acreedor, mientras que a los demás, sólo les menoscaba el derecho de propiedad.

Pero cuando los bienes materiales están necesariamente destinados a atender de modo urgente o inminente debilidades graves de la salud, o cuando las personas hayan llegado a una edad en que naturalmente se producen debilidades físicas, ya no es el derecho de propiedad el afectado sino, a través de éste, el de la vida misma, puesta en riesgo por aquellas circunstancias. En estos casos, entonces, las normas concursales no afectan equitativamente a sus destinatarios, ni a los acreedores puesto que mientras a unos los empobrece, a otros les pone en riesgo la vida.

En este orden de ideas, la sentencia que ordena adelantar el pago acordado, teniendo en cuenta la edad de la víctima y el tipo de crédito que ejecuta, no es arbitraria sino por el contrario es ajustada a derecho.

El derecho a la salud es uno de los derechos humanos básicos que tiene el hombre por su condición de tal. Se encuentra contemplado indirectamente en los tratados de derechos humanos, en las recomendaciones de los organismos comunitarios y directamente en algunas constituciones y Códigos Civiles.

Los derechos a la salud y a la integridad física son objeto de reconocimiento en la Carta Magna Argentina, y en los diversos tratados a los cuales nuestro ordenamiento jurídico ha acordado jerarquía constitucional a partir de la reforma operada en el año 1994 (art. 75, numeral 22, Constitución Nacional

La concursada ha violado la salud y la integridad física de la actora, quien a la hora de intentar cobrar su indemnización se encuentra con que el obligado al pago ha firmado con sus acreedores un acuerdo que la obliga, con el agregado de que por sus modalidades le impide el acceso a la salud y compromete su vida.

Por las características del presente caso, el no adelantamiento del pago, que debe ser completado en 18 años implica una negativa absoluta al derecho a la salud de la mujer de 78 años, que resulta inadmisibles por un Tribunal de Derecho, que no se puede desentender del resultado de la sentencia.

La víctima tiene derecho a que se le indemnice su integridad y se le permita acceder al tratamiento, para quien sufre la minusvalía no es igual cobrar en unas 24 cuotas, como estableció el juez, a cobrar en 17 cuotas anuales o lo que es más posible, que sus herederos cobren su minusvalía en cuotas pagaderas a su muerte.

Es importante destacar que "Los "derechos consagrados en la Constitución Nacional no son absolutos, sino susceptibles de razonable reglamentación, de modo tal que su ejercicio puede verse sujeto a las restricciones razonables que determine el legislador, restricciones que derivan de la protección de otros derechos constitucionales o de otros bienes constitucionalmente protegidos" (CSJN, 5/7/96 "G. M. v. Estado nacional", JA, 1997-II-365).

En definitiva, el derecho a la salud es susceptible de limitaciones y reglamentaciones como todo derecho humano, siempre que se respete la esencia del derecho (CSJN, mismo fallo citado en párrafo anterior).

En el caso traído a resolución, la limitación que se le exige al derecho de la víctima en cuanto a su salud es tan grande que desnaturaliza el derecho hasta hacerlo inexistente, ello hace que no pueda obligársele a respetar los plazos en igualdad de condiciones que a otros acreedores que sólo ven limitados derechos de contenido patrimonial.

Considero que cuando se limita por razones económicas un derecho humano básico hasta hacerlo inexistente, o se contraría la esencia de ese derecho, el juez está obligado a declarar la inconstitucionalidad del acto lesivo, sea que este provenga de una norma legislativa o de un acuerdo general concursal.

2. CASO “INSTITUTO MÉDICO ANTÁRTIDA”

TRIBUNAL: Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial Nro. 20

FECHA: 24/05/2007

PARTES: Instituto Médico Antártida S.A. s/quiebra s/incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F.

PUBLICADO EN: La Ley 24/09/2007, 5, con nota de Francisco Junyent Bas; LA LEY 2007-E, 552, con nota de Francisco Junyent Bas; IMP 2007-19 (Octubre), 1858

CITA ONLINE: AR/JUR/4196/2007

Se presentan los incidentistas Sres. Ricardo Abel Fava y Liliana Rosa Harreguy de Fava en su carácter de padres del menor Brian Maximiliano Fava –representados por el Dr. Rolando A. Moschella- y solicitan la verificación de su crédito por la suma de \$ 400.000, con más intereses.

Expresan que el crédito se funda en la sentencia dictada en los autos caratulados: "Fava, Ricardo c/ Institutos Médicos Antártida s/ Responsabilidad Profesionales", que tramitaran por ante el Juzgado Nacional de 1ra. Inst. en lo Civil N° 80, en los cuales por fallo de la Cámara Civil del 30/05/03 -cuya copia certificada acompañan y luce glosada en fs. 4/8- se condenó solidariamente a la aquí fallida conjuntamente con OSMATA. y con el Dr. Jorge López Mautino, al pago al menor de la suma de \$ 380.000 y a sus progenitores \$ 20.000 con más intereses.

Si bien reconocen que la acreencia conforme el ordenamiento concursal tiene grado quirografario, por aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de jerarquía constitucional superior (art.75 inc.22 C.N.), solicitan el pago inmediato con los primeros fondos existentes en autos; sin introducir planteo alguno de inconstitucionalidad.

La sindicatura emite opinión sobre la pretensión verificatoria a fs.71/2, sin oponer prescripción y expidiéndose favorablemente en relación a la verificación pero con grado quirografario, por no encuadrar la acreencia en ninguno de los supuestos de créditos privilegiados y ser éstos taxativos y de interpretación restrictiva –aunque cabe remarcar, que sin expedirse en relación al

pronto pago pedido por los incidentistas con fundamento en tratados internacionales de rango constitucional.

Tomada intervención por la Defensora Pública de Menores e Incapaces, se expidió a fs. 161/6, adhiriendo a los fundamentos vertidos por los insinuantes en cuanto al pago inmediato del crédito relativo al menor incapacitado, e indicando que “debe prosperar con carácter especial y general”, aun reconociendo que se trata de un supuesto no previsto en la ley concursal, pero sin introducir planteo alguno de inconstitucionalidad.

Señala que el principio de igualdad de los acreedores que rige la materia concursal, no es absoluto “ya que el legislador estableció excepciones consignadas en los arts.241 y 246,y por otra parte, en el caso de autos, se encuentran en juego derechos de rango constitucional, lo que haría inaplicable este principio atento comprometer el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física de un menor, mientras que a los demás acreedores, solamente menoscaba el derecho de propiedad, el cual tampoco es absoluto, ya que en los procesos concursales siempre sufre limitaciones”.

Las acreencias insinuadas encuentran sustento suficiente, en la sentencia condenatoria de la fallida dictada en los autos referidos, que se encuentra firme e impaga, cuanto menos por la fallida no surgiendo constancias de autos que permitan sostener lo mismo respecto de los otros dos condenados solidarios. Adviértase que el pronunciamiento en sede civil, hizo lugar a la acción por mala praxis contra el médico Pablo López Mautino y su obligación de seguridad objetiva también condenó al ente sanitario el “Institutos Médicos Antártida SA.” y a la “Obra Social del Sindicato de Mecánicos (SMATA.)”, condenando a los tres solidariamente.

Corresponde considerar el grado con que deben verificarse las acreencias, considerando la preferencia constitucional invocada por los incidentistas.

Despejando puntos de conflicto, se debe señalar que la acreencia de los padres del menor, cuya causa reposa en la indemnización a resarcir los perjuicios (gastos médicos) por éstos sufridos como consecuencia de ilícito civil, carece en el derecho concursal de privilegio y tampoco se invoca a su respecto garantía constitucional alguna.

Consecuentemente, por aplicación del art 248 LCQ. será verificada con grado quirografario.

Brian M. Fava fue víctima de mala praxis médica durante su alumbramiento (el 25/05/90), como consecuencia de lo cual sufrió un daño consistente en una parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible, que condujo al sufrimiento fetal agudo, con afección de todos los órganos y especialmente el cerebro. Como resultado de ello, el niño presenta desde su nacimiento lesiones cerebrales gravísimas con una incapacidad total e irreversible, que le impide caminar, sentarse, discernir, etc.

Incoada por sus padres la acción civil por daños y perjuicios recién el 20/08/98 obtuvo sentencia de primera instancia (ver certificación de fs.43), que fue confirmada por la Cámara de Apelaciones de ese Fuero el 30/05/03 (ver fs.4). Para ese entonces, el Instituto Médico Antártida SA. ya se encontraba en quiebra desde el 10/02/03.

Ateniéndonos únicamente a la normativa concursal, que estatuye un sistema de privilegios cerrado (arg.art.239 LCQ.), la acreencia de Brian no se encuadra en ninguno de los privilegios reconocidos por los arts.241 y 246 LCQ. siendo por ende, un crédito común o quirografario (LCQ.248).

Aunque parezca difícil concebir, el régimen de privilegios concursales no recepta para acreencias indemnizatorias como la que nos ocupa, ningún privilegio, lo cual conduciría a su verificación como quirografario y así lo ha hecho la jurisprudencia.(CNCom. Sala C, 23/06/06 “Alí Juan P.c. H.,A.” RCyS.2006-X,99).

La par condicio creditorum, es un principio cardinal del proceso concursal, si se quiere, más aún en el proceso concursal liquidatorio, frente a la insuficiencia de un patrimonio que es prenda común de los acreedores concurrentes. Trato igualitario que se construye entre los acreedores comunes –como también en caso de concurrencia entre privilegiados sobre un mismo asiento- mediante la prorrata.

Empero, los privilegios rompen ese trato igualitario; ruptura habilitada por el legislador, a efectos de que ciertos acreedores perciban de modo prioritario (art.3875 Cód.Civil) sobre el producido de ciertos bienes (en el caso de los privilegios especiales, art.241 LCQ.) o sobre todo el producido o una porción de éste (en el de los privilegios generales, arts.246 y 247 LCQ.).

Los fundamentos que justifican arribar a ese resultado de preferencia legal se vinculan con razones que derivan de las características especiales del crédito a amparar, o del interés general de la comunidad. Su origen es exclusivamente legal, es decir, que no pueden ser establecidos por vía de convención, y al menos como regla, tampoco pueden nacer de una decisión judicial (Rivera J. -Roitman H. -Vitolo D. “Ley de Concursos y Quiebras” ed.Rubinzal y Culzoni 2000, T.I pág.8)

Los caracteres distintivos de los privilegios: origen legal –C.Civ. 3876-, carácter accesorio – C.Civ.3877-, excepcionales y de consecuente interpretación, e indivisibilidad, son aplicables también al derecho concursal (Iglesias J. “Los privilegios en la Ley de Concursos y los Créditos del Concurso” RDCO. Año 1988 n° 121/23 pág.207 n° 1.1.). 3.4.- Pero sucede que los incidentistas han introducido –con inteligencia, desesperación o ambas- una visión prioritariamente constitucional a su reclamo, que fuerza al sentenciante a un análisis en el cual nunca debería claudicarse.

Es que “en el Estado de Derecho, la decisión judicial debe ‘concretar’ las exigencias constitucionales” (Chaumet M. “Los hechos y la complejidad de la decisión judicial” L.L. 11/04/07 pág.1), y “nuestro ordenamiento jurídico, que reposa en la supremacía constitucional, reconoce al humanismo como centro de su parte dogmática basada en la dignidad de la persona” (Alegría H. “Humanismo y Derecho de los Negocios” L.L.25/08/04, 1 pto.V.a).

Partamos de considerar que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (CSJN. caso “Campodónico de Beviacqua” Fallos 323:3229, 3239 considerando 15 y su cita).

Así, “el humanismo, a los fines del fundamento de la solución jurídica (creación, aplicación e interpretación del derecho) se apoya en el concepto de ‘persona’ y se centraliza en su ‘dignidad’” (Alegría H., ob.cit. pto.II.4 párr.2do.).

Con ese eje se transita por el listado de normas internacionales con jerarquía constitucional, consagrando su “dignidad intrínseca” (Declaración Universal de los Derechos Humanos), “dignificando a la persona humana” (Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre), los “derechos esenciales del hombre” (Convención Americana sobre Derechos

Humanos), su “dignidad inherente” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), o “dignidad intrínseca” (Convención sobre los Derechos del Niño), entre otros.

Se trata de normativa de “jerarquía superior a las leyes”, (art.75 inc.22 párr.1º CN.), que complementa los derechos y garantías proclamados en la primera parte (dogmática) de la Carta Magna.

Con este prisma humanista se debe examinar todo el ordenamiento jurídico inferior a la Constitución y sus tratados y concordatos incorporados, examen al que no escapa el derecho concursal aplicable al sub examine, puesto que no podrá haber en ese ordenamiento normas claramente repugnantes con aquellos principios. 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.).

No dejo de advertir que en la especie, los incidentistas han reconocido el carácter quirografario de sus acreencias, y tampoco, que no han introducido un planteo de inconstitucionalidad de los privilegios concursales.

No ignoro, que igualmente la Defensora Pública de Menores e Incapaces, tampoco ha introducido un cuestionamiento de la constitucionalidad de dicho régimen legal, no obstante haber dictaminado que correspondía otorgar a esta acreencia privilegio especial y general aún en ausencia de previsión al respecto en aquél.

Sin embargo, sí han efectuado ambos, un planteo atinente a la aplicación del derecho constitucional de jerarquía superior a la Ley de Concursos y Quiebras, pero para cuya aplicación no vislumbro –luego de varios días de meditación sobre el particular- otra posibilidad que entrar de oficio en el control de constitucionalidad del régimen de privilegios concursales con el alcance que abajo se dará, y remover así los obstáculos que obstan al reconocimiento de la preferencia constitucional especial en relación al crédito del menor discapacitado.

No advierto óbice en ello, dado que conforme señaló la CSJN. en el caso “Banco Comercial de Finanzas (en liq.BCRA.)” Fallos 327:3117: “2º Que reiteradamente ha señalado esta Corte que “es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no

conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella (Fallos 311:2478, entre muchos otros). 3º) Que, asimismo, cabe recordar que si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente –trasuntado en el antiguo adagio “iura novit curia”- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art.31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos 306:303 considerando 4º del voto de los jueces Fayt y Belluscio)”. .

La incorporación al pasivo concursal, requiere necesariamente del otorgamiento de un cierto grado (privilegiado o común), a efectos de poder establecer el orden a la hora del reparto del producido de la liquidación de los bienes que conformaron la masa activa del deudor fallido.

En términos generales debo señalar que la falta de reconocimiento en los arts., 241 y 246 LCQ. de grado privilegiado a determinado crédito, y la imposibilidad de acudir para el reconocimiento de una preferencia legal de cobro a otra normativa (art.239 párr.1º LCQ.), no es inconstitucional.

Sin embargo, si la preferencia legal o privilegio no receptado por el ordenamiento concursal, emana de una norma o normas de jerarquía superior y no se puede aplicar por el valladar o cerrojo impuesto por el art.239 de ese plexo legal, la cuestión cambia. Esa falta de reconocimiento preferente en la norma concursal inferior, colisiona con la norma constitucional superior, tornando a la primera irrazonable en términos del art.28 de la C.N. y violatorio de la supremacía constitucional en términos del art.31 de la C.N. En tal caso, de no ser posible superar el conflicto normativo y como último recurso, no queda otro camino que descalificar las normas repugnantes a la Constitución y en el caso, con los principios rectores del humanismo en que está imbuida, legalmente aplicables.

La imposibilidad de percepción de su crédito, pone en juego el derecho a la vida, a una vida digna y a la salud del menor discapacitado. Este derecho debió ser receptado por el legislador

concurzal, quien debió incluir dentro de los créditos con privilegio especial y en un orden prioritario, las acreencias indemnizatorias –material y moral- por incapacidad sobreviviente de los menores y su omisión dentro de un sistema que fue legislado como cerrado (LCQ.239) con privilegios especiales taxativos (art.241 LCQ.), fue y es inconstitucional.

No puede la normativa concursal, preferir el derecho de propiedad patrimonial de la persona jurídica que es acreedora hipotecaria –que en el proceso falencial que nos ocupa es la principal beneficiada en el reparto dinerario (art.241 inc.4 LCQ.)-, postergando –que en la especie equivale a eliminar- la indemnización por daño materia (por incapacidad sobreviviente) y moral, que fueron reconocidos por la justicia al menor y cuyo cobro importará protegerlo con recursos dinerarios que son necesarios para que éste pueda atender adecuadamente su salud, asegurando su integridad y desarrollando –si es que fuera posible- una vida digna por el tiempo que le quede.

Se trata de derechos desiguales, donde puede y debe establecerse un orden jerárquico. Es que si bien no puede haber jerarquía entre las normas constitucionales, sí la hay entre éstas y las normas inferiores y entra los derechos constitucionales (Herrendorff D. – Bidart Campos G., “Principios de derechos humanos y garantías”, ed. Ediar 1991, pág.141). Y así se habla de “derechos de primera generación” (entre los que se encuentra el derecho a la vida, a la salud, a la integridad), de “segunda generación” (sociales, culturales y económicos), etc.

Tengo para mí, que esta normativa constitucional, referida en el punto inmediato anterior, en tanto convenio relativo a los derechos humanos, tiene carácter operativo.

Ello con apoyo en la interpretación dada por el Máximo Tribunal en el caso “Ekmekdjian M. A. c. Sofovich G.” (Fallos 315:1494), donde sostuvo que: 15) Que, sentada la diferencia entre las dos categorías de tratados citados, corresponde señalar que es consecuencia de esta distinción la presunción de operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En otros términos, el tribunal considera que las normas aludidas establecen derechos que --se presume-- pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna. Ello se funda en el deber de respetar los derechos del hombre, axioma central del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, es importante advertir que la mencionada presunción cede cuando la norma bajo examen revista un carácter nítidamente programático (ver, en similar sentido, Haba, Enrique P.,

"Tratado Básico de Derechos Humanos", San José de Costa Rica, t. I, p. 458 in fine, Ed. Juricentro, 1ª ed., 1986); carácter éste que, a título de ejemplo, tienen los derechos económicos, sociales y culturales, a cuyo desarrollo progresivo se comprometen los Estados, entre otras circunstancias, "en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados" (art. 26 de la Convención)".

Además, no dudo de que se trata de normas operativas que obligan a todos los Poderes de los Estados partes, lo que incluye al Poder Judicial, cuyo sistema de control de constitucionalidad difuso, exige que todos los Jueces en los casos sometidos a su decisión efectúen el control sobre el respeto debido a esos derechos superiores de primera generación, exaltados en el caso, en razón de ser atinentes en general derechos humanos vinculados a la vida, a la salud, a la integridad y a la dignidad, y en particular, a una persona que es menor, y además discapacitado (con una incapacidad absoluta e irreversible desde su nacimiento).

Se trata de directivas concretas, objetivas, que obligan al Estado (a todos sus poderes), a los padres, la familia ampliada del menor y a toda la comunidad; y donde la existencia de otras medidas protectoras, tales como el otorgamiento pensión por discapacidad, o la atención gratuita en centros hospitalarios, no excluye ni limita la posibilidad de cuanta otra medida tuitiva pueda adoptarse, como sería en el caso el reconocimiento a su crédito de grado privilegiado y preferido dentro de un proceso de insolvencia de la deudora.

Por ello, el desconocimiento a ese menor discapacitado de toda preferencia de cobro por parte de la ley concursal de su acreencia indemnizatoria del daño material y moral de la incapacidad sobreviniente, importa una grosera violación de los derechos humanos que le asisten y una discriminación insalvable (Convención de los Derechos del Niño, art.75 inc.22 y 23 C.N. y Ley 26061), que no puede ser tolerada judicialmente. El legislador concursal debió establecer un privilegio especial para supuestos como el que nos ocupa, y si no lo hizo, ello no puede conducir a la privación del derecho constitucional del menor discapacitado.

Corresponde en tal caso, que despejada la norma inválida, la norma inconstitucional, se otorgue virtualidad jurídica a ese derecho superior, reconociéndolo con el grado preferente que amerita. Y no se vea en esto, un fallo de equidad, sino la aplicación del Derecho vigente, interpretado como un todo y fundamentalmente en su compatibilidad con los derechos constitucionales de primer grado que dignifican a la persona humana.

El reconocimiento de un privilegio especial y preferente al caso excepcional y concreto en examen -apartada la normativa inconstitucional-, importa la aplicación del derecho vigente, no una decisión contra legem, como sí sería de resolverse la cuestión por aplicación del sistema cerrado de privilegios concursales (LCQ:239), por la falta de consideración del casus en los tipos taxativos regulados en los art.241 y 246 LCQ., postergando el derecho constitucionalmente superior.

La solución que se adopta, donde están en juego derechos y garantías que “son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles” (art.3 pte.gral. Ley 26061), tiende al respeto y máxima garantía del “interés superior del niño” (art.1 ley cit.), a permitirle con los recursos provenientes del derecho indemnizatorio que le asiste, procurar y asegurar su integridad, su salud, su tratamiento médico de rehabilitación –hasta donde sea posible-, su supervivencia y desarrollo, su protección y bienestar, en resumen, contribuir “a una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad” (art.23 Convención de los Derechos del Niño).

Aún cuando con la existencia de la Convención de los Derecho del Niño incorporada con carácter operativo a la Constitución Nacional era suficiente; el legislador en septiembre/05 se ocupó de remarcar su operatividad con el dictado de la Ley 26061 donde para garantizar el ejercicio y disfrute, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en la Carta Magna y los tratados internacionales, asegurando su máxima exigibilidad y sustentados en el principio el interés superior del niño (art.1°), otorgando carácter de orden público a esos derechos y garantías (art.2°) y “prioridad absoluta” (art.5°), legislando que “cuando exista conflicto entre los derechos e intereses del menor frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (art.3 último párrafo) y marcando su “prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas públicas o privadas” (art.5.2).

Basta con aplicar los derechos humanos fundamentales de raigambre y recepción constitucional, derecho positivo y vigente, donde la norma superior desplaza a la norma inferior que la desconoce (arts.28 y 31 C.N.).

3.11.- Llegado a este punto, es necesario analizar qué normas concursales deben ser descalificadas en su constitucionalidad para permitir el reconocimiento del carácter privilegiado

y prioritario del crédito de indemnización plena –material y moral– de la incapacidad sobreviviente de un menor, y precisar qué clase de privilegio debe reconocerse, con qué orden o rango, qué extensión y cuál es su asiento con cuyo producido por subrogación real pagarlo.

Primordialmente, se debe descartar por inconstitucional la aplicación del art.239 párr.1º LCQ., abriendo así el sistema cerrado que establece esa norma, y por esta vía incorporar el derecho fundamental del menor discapacitado en relación al derecho indemnizatorio reconocido a su favor.

Al crédito en honor a su jerarquía superior debe reconocérsele un privilegio especial de primer orden o rango, de prioridad absoluta (arts.3 último párrafo y 5 inc.2 Ley 26061). Para ello, es necesario desplazar por inconstitucionalidad, las disposiciones del art.241 LCQ. (en cuanto establece un sistema taxativo de reconocimientos de privilegios especiales no inclusivo del crédito del menor) y el art. 243 LCQ. (en cuanto establece como prioridad de pago en caso de concurrencia, aquel del orden de los incisos del art.241 norma que no incluye al crédito del menor), e incluso –por darse en el sub exámine–, la excepción del inc.1º conforme a la cual quedan priorizados los créditos con garantías reales.

¿Y en relación a la extensión? Se aplica el art.242 pte.gral. LCQ. o además del capital debe gozar de privilegio su accesoria por intereses?

Pues bien, si el crédito que nos ocupa debe tener un reconocimiento prioritario pleno y mejor que el resto de los privilegios especiales, deberá reconocérsele cuanto menos –hasta acá llega el suscripto con este necesario legislar en el caso particular integrando el derecho omitido–, igual extensión que los dos supuestos de excepción del art.242 incs. 1 y 2 LCQ., reconociéndole también privilegio a los intereses por dos años –como en el caso se aplica una tasa fija, da lo mismo que sean los dos primeros desde la mora o los dos anteriores al decreto de quiebra–.

Y para ello es necesario descalificar por inconstitucional en el caso concreto, el art.242 pte.gral. LCQ.

En resumen, para posibilitar el reconocimiento del derecho fundamental del menor discapacitado reconociéndole a su crédito –por capital e intereses prefallenciales por dos años– privilegio especial prioritario, es necesario descalificarlos por colisión constitucional con la

Convención de los Derechos del Niño (art.75 inc.22 C.N.) y con la Ley 26061, los arts.239 párr.1º, 241, 242 pte.gral. y 243 pte.gral. e inc.2 de la Ley 24522.

Quedando así resuelta la posibilidad del reconocimiento al crédito del menor discapacitado en el proceso falencial que nos ocupa, de un privilegio especial –al capital y a los intereses preferenciales por dos años- con prioridad absoluta respecto de los restantes privilegios concursales, queda por resolver, cuál es el asiento de este privilegio especial?

A efectos de encontrar una solución que sin trasvasar todo el régimen de los privilegios, asegure en mayor medida la posibilidad de cobro del menor discapacitado, habré de establecer como asiento de ese privilegio especial de primer orden, los bienes inmuebles y muebles (instrumental médico, maquinarias, instalaciones, etc.) registrables o no, del establecimiento sanitario donde fue atendido y afectado por mala praxis médica el menor.

En lo atinente al pedido de pronto pago, entiendo que atenta la naturaleza del crédito que nos ocupa, su funcionalidad con el interés superior del menor y su relación con el valor supremo vida y salud, el privilegio especial y prioritario que se reconoce en este decisorio debe gozar del derecho a su más pronta –sino inmediata- satisfacción, sin aguardar la distribución final; y así debió receptorlo la legislación concursal si le hubiera reconocido el privilegio que merecía y que estaba obligado a otorgarle el Estado.

De manera tal, que una vez firme el presente, cabrá disponer sin más el pago del crédito privilegiado del menor discapacitado que aquí se reconoce.

Capítulo III

EL ACREEDOR INVOLUNTARIO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Teorías; A. Acreedor Contractual /Extracontractual; B. Acreedor Voluntario/ Involuntario. 3. Tesis a la que adherimos.

1. Introducción

Este acreedor es una doble víctima ¿por qué? Porque en primer instancia se lo lesiona en su derecho a la indemnidad y luego, en segunda instancia, se le lesiona su crédito por verse sometido al concurso preventivo o la quiebra del responsable.

Nos encontramos frente a un derecho de daños en constante evolución que, atraviesa otros “derechos”, en este caso el concursal que no otorga una solución precisa, pacífica y clara al respecto. Sucede que el derecho concursal aún no ha dado una respuesta a este tema y específicamente a este “acreedor”. Pero como sostenemos más arriba el ordenamiento jurídico es unívoco y esa es una premisa que no debemos olvidar y que, aplicándola con el máximo rigor posible, ha llevado a soluciones jurisprudenciales de distinta índole. Estas soluciones nos plantean acerca de la necesidad de una reforma de la ley de concursos y quiebras que incorpore a este sujeto al elenco de los “acreedores” propiamente dichos.

2. Teorías

A. Acreedor contractual/Extracontractual⁶

En el derecho concursal se clasifica a los créditos según su causa fuente; de allí que se hable de crédito fiscal, laboral, abstractos, etc.

1. **Acreedores extracontractuales**: la denominación que se acostumbra a usar es la de “créditos o acreedores extracontractuales”, la que no resulta del todo precisa ya que la denominación tiene un alcance mayor que los créditos a los cuales suele comprender en esta categoría.

Cuando se alude a créditos extracontractuales – no provenientes de fuente contractual- se comprende ciertos créditos que no se originan en el contrato sino en la ley (créditos tributarios, los que persiguen indemnizaciones por daños provenientes de la resolución de un contrato, etc.).

Ahora bien, como la ley aparece siendo fuente indirecta en muchos más casos que los que encuentran su causa en el contrato, resulta que definirlos como los que tienen

⁶ Parellada Carlos A. “El acreedor por daños extracontractuales en el proceso concursal”, La Ley, 05/05/2009.

su causa en la ley aparece como impreciso por exceso. En la ley encuentran su causa las obligaciones nacidas de la voluntad unilateral, la destinada a restablecer el equilibrio roto por el enriquecimiento sin causa, los créditos del Fisco, etc.; en definitiva todos son indirectamente nacidos de ella.

En verdad la denominación de tales créditos pretende evocar a quienes son acreedores del deudor en virtud de delitos, cuasidelitos o que ostentan el derecho a ser indemnizados.

La situación de estos acreedores es que no ostentan un título, sino que a los fines de acreditar su carácter de tales a menudo requieren de una sentencia de condena que verifique los presupuestos de hecho de su constitución como acreedores. Es necesario verificar circunstancias básicas que requieren pruebas y valoración de las mismas constitutivas del crédito. Será preciso acreditar el hecho dañoso, la culpa del presunto responsable en los “hechos del hombre”, o las eximentes de la responsabilidad en los “hechos de las cosas” o actividades que conlleven riesgos, en las que existe presunción de responsabilidad.

El problema no es exclusivo de los acreedores extracontractuales sino común a todos los supuestos de acciones de daños tanto de origen contractual o extracontractual.

3. **Acreeedores contractuales:** son aquellos que al contratar con el deudor lo hacen teniendo en cuenta (o debiendo tener) la solidez de su patrimonio; art 902 cód. civil “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

B. Acreeedores “voluntarios/involuntarios”⁷⁸

Son acreedores voluntarios aquellos cuyo crédito nace en razón del incumplimiento de un contrato generado por una libre estipulación entre acreedor y deudor.

⁷ Dasso, Ariel A. “Un nuevo derecho concursal en el derecho comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano” 2005/2006, La Ley 2007-A-957.

⁸ Truffat, Edgardo Daniel y Barreiro, Marcelo G. “Los acreedores involuntarios: una cuestión que ronda las puertas del debate concursal”, La Ley 2008-A-712.

También son acreedores voluntarios los fiscos (nacionales, provinciales y municipales) que derivan su título de la ley.

Pero el ámbito de la voluntad no juega con otro tipo de acreedores extracontractuales, como los que sufrieron un daño causado en la culpa, negligencia, dolo o que simplemente resultan del criterio de imputación objetivo impuesto al deudor. Estos acreedores no se generaron libremente y sin embargo son tratados sin diferenciación con los contractuales dentro de la misma tradicional categoría concursal de comunes o quirógrafos, dejando a salvo los privilegios que nacen de la ley o del mismo contrato pero la notoria diferencia que los caracteriza no tiene reflejo mínimo en el concurso, que sigue aferrado al régimen romano-germánico de la causa de la obligación. El vínculo creditorio está originado en la conducta voluntaria del acreedor que optó por otorgar el crédito allí donde tuvo posibilidad de no hacerlo. El acreedor expreso de alguna forma, explícita o implícita, su voluntad de concretar la relación. Ej.: proveedores por insumos impagos, prestadores de servicio con o sin relación de dependencia, cargas o tributos de orden municipal, provincial o nacional, obligaciones previsionales, etc.

Pero existe una categoría en la que la generación del crédito no reconoce una causa vinculada a la voluntad del acreedor, sino, que en la mayoría de los casos, el crédito se produce en contra de esa voluntad. Son los acreedores por causa extracontractual. Aquellos cuyo crédito está generado por omisiones o conductas del deudor en las que existe como causa del vínculo creditorio, la negligencia o la culpa o el dolo de parte de aquél, sin que pueda advertirse participación en la causa del crédito de parte de quien, al final, resulta acreedor. La consideración de estos créditos ha sido tratada y sigue siéndolo a la postre de los voluntarios, en tanto y en cuanto a la participación en el pasivo del deudor, en orden a la formación de voluntad en el colegio de acreedores, que determinará la aceptación o el rechazo de la propuesta, como en el proceso de formación de las respectivas cuotas de liquidación. Aquí el daño al patrimonio generado por la conducta ilícita, en el sentido de contraria al ordenamiento, no guarda ninguna relación con un vínculo voluntario que enlaza a las partes, como ocurre, inversamente, en el contrato. Estos acreedores tienen una

posición de clara inferioridad en orden a la acreditación de su derecho, pues, salvo sentencia firme, no pueden ingresar al pasivo.

4. TESIS A LA QUE ADHERIMOS

Adherimos a la tesis del “acreedor involuntario” porque permite trabajar tanto sea con acreedores contractuales como extracontractuales, siempre teniendo como norte la teoría de la voluntad o la falta de ella, como bisagra para ingresar o no en esta categoría. Creemos que se logra así una inclusión mayor de casos, considerando los bienes jurídicos que se encuentran en juego y deben ser tutelados.

Capítulo IV

**TRATAMIENTO EN LA ACTUAL LEY DE CONCURSOS Y
QUIEBRAS**

SUMARIO: 1. Ley 24.522; A; B. Ley 26.684.

1. LEY 24.522

La ley 24.522, que vino a reemplazar a la ley 19.551 y modificatorias, continúa vigente con algunas reformas introducidas, la última el año pasado. Esta ley no contempló de manera alguna al acreedor involuntario ni como una categoría de acreedor, ni como un rubro dentro del pronto pago para cubrir estas acreencias, ni asegurándolas. Simplemente no se lo consideró. Quizás debemos recordar y juzgar que esta ley, del año 1995 debe ser situada teniendo al menos dos consideraciones en cuenta:

- A. Fue sancionada en un momento histórico y económico neoliberal incorporando novedosos institutos del sistema norteamericano que harían y hacen posible, aún hoy, diferentes soluciones tanto sea para la empresa en crisis (concurso) o cuando hay que liquidar la misma (quiebra). Podemos mencionar: la posibilidad de recurrir al procedimiento preventivo, luego de la declaración de quiebra, a través de la conversión; posibilidad de desistimiento aún abierto el concurso si se alcanza la mayoría calificada; el rol más activo de los acreedores considerados pieza angular; admisión de propuestas por categorías de acreedores y las propuestas diferenciadas dentro de cada una de ellas; posibilidad de salvataje de la empresa (cramdown de la legislación norteamericana) por acreedores o terceros; incorporación del pronto pago laboral en relación a los créditos provenientes de relaciones laborales; la homologación del acuerdo preventivo importa la novación de todas las obligaciones del deudor; concurso en caso de agrupamiento; abreviación de plazos y simplificación de procedimientos; creación del registro nacional de concursos y quiebras; etc.
- B. La constitución había sido reformada el año anterior, es decir, recientemente por lo que el plexo normativo de derechos humanos que se incorporaron mediante el art. 75 inc. 22 y 24 no fueron, quizás, muy tenidos en cuenta al redactar el proyecto de ley de la 24.522. Con esto nos referimos a que es entendible y hasta lógico que no se hayan hecho determinadas consideraciones, como las que ahora nos planteamos, pues no estábamos debidamente “empapados” del sistema y su puesta en práctica. Para ser más claros, no podemos pedir lo que aún en esos tiempos no llegábamos a ver ni divisar en el horizonte pues no formaba parte de la cosmovisión.

2. Ley 26.684

Esta ley sancionada el 1ro de junio de 2011 y promulgada el 29 del mismo mes viene a introducir algunas modificaciones y, en lo que a nuestro trabajo respecta, comienza a abrir la puerta a los acreedores involuntarios pero no lo hace de manera suficiente aún.

Texto

ARTICULO 5° —“Modifíquese el artículo 16 de la ley 24.522 y sus modificatorias, de concursos y quiebras, el que quedará redactado de la siguiente forma:”

“Pronto pago de créditos laborales()”

“Excepcionalmente el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras.()”

El legislador habla de “excepcionalmente” en la norma para poder autorizar el pedido que debe ser hecho únicamente para acreencias prontopagables (que sean rubros que gozan del pronto pago) y que, “por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectadas a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras”. Como vemos la norma al exigir que sean acreencias prontopagables excluye los casos jurisprudenciales trabajados en el presente trabajo; situaciones que nos llevan a todos estos razonamientos y cuestionamientos. En nuestra opinión en este aspecto la reforma no ha venido como panacea, por el contrario, no ha resuelto demasiado sino más bien, nada.

Los dos casos jurisprudenciales que hemos decidido trabajar, que son con los que trabaja la doctrina, hablan de derecho a la salud y de cierta prioridad en el cobro pero nadie ha venido a introducir el concepto de alimentos en estos rubros. Bien podría decirse que ha sido tomado de la ley americana que sí contempla a las acreencias alimentarias como acreencias involuntarias que bajo ningún concepto, aún el de cramdown, el deudor (concurtido o quebrado) pueda eludir su pago.

CAPITULO V

DERECHOS HUMANOS, SU IMPLICANCIA Y OPERATIVIDAD EN LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS

SUMARIO: 1. Introducción; A. Derecho Constitucional, B. Dererechos Humanos, C. Políticas de DD.HH., C. Fuente Internacional; 2. Los Tratados Internacionales; A. Su Panorama Internacional y Constitucional, B. La Reforma de 1994, C. Los Tratados y el Derecho Interno; 3. Derechos Constitucionales y Derechos Extraconstitucionales, provenientes del Derecho Interno. Doctrina de la Interpretación Armonizante, A. Constitución Argentina. Base Ideológica, B. Conflicto entre los Derechos Tesis Negatoria, C. Incoherencia de la posición negatoria: conflicto entre interés y valores. Renuncia de Derechos, D. Cotización de los Derechos, E. ¿Quién Cotiza los Derechos?; 4. La Supremacía de la Constitución, A. Formulación y Alcances; 5. Control Constitucional. Efectos; 6. Derecho a la Condición Humana, A. Introducción, B. Derecho a la Vida 1. Caracteres, 2. Tutela en diferentes Tratados s/ DD.HH., C. Derecho a la Integridad (física y psíquica), Derecho a la Salud 1. Un listado abierto 2. Consecuencias del derecho Constitucional a la Salud 3. Tutela en diferentes Tratados s/ DD.HH., E. Derecho a la Dignidad; 7. Reglamentaciones y Limitaciones a los Derechos, A. El Poder de Policía, B. Presupuestos de la reglamentación 1. No hay Derechos Absolutos 2. Todos los Derechos son Reglamentables, C. Topes 1. Dimensión Permitida 2. Dimensión Prohibida, D. Pautas. Test Legalidad, E. Test de Razonabilidad. Variables 1. Razonabilidad Normativa 2. Razonabilidad Técnica 3. Razonabilidad Axiológica 4. Tutela en Diferentes Tratados s/ DD.HH.; F La Declaración de Inconstitucionalidad como “ultima ratio”. Cuestiones Dudosas.

1. Introducción

A. Derecho Constitucional⁹

Dice Sagüés que el derecho constitucional se ocupa de la organización fundamental del Estado, y eso obliga a definir su estructura y fines. El constitucionalismo y el derecho constitucional nacen, para reconocer ciertos derechos personales básicos y para poner ciertos topes al Estado. La organización de ese Estado comprende tanto enunciar sus órganos y atribuciones como proclamar los derechos de los particulares frente a él.

B. Derechos Humanos¹⁰

Sobre el tema, Sagüés explica, que con el rótulo de derechos humanos se comprenden una serie de atributos y facultades del individuo como tal, esenciales para su vida y desarrollo. El tema ha tomado tal auge que se ha internacionalizado. La tutela de esos derechos es parte del bien común internacional, y se refleja en numerosos instrumentos supranacionales o interestatales.

Puede ocurrir que una constitución constitucionalice los derechos humanos. Así la reforma argentina de 1994 ha dado rango constitucional en su art. 75 inc. 22 a una serie de convenciones, declaraciones o pactos en esta materia.

C. Políticas de Derechos Humanos¹¹

El inc. 23 del artículo 75 de la Constitución condensa políticas específicas. Su texto es uno de los más sugestivos e innovadores, al menos respecto de la “letra” de la Constitución documental. Dice así:

“...legislar y *promover medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los *niños*, las mujeres, los *ancianos* y las *personas con discapacidad*. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la

⁹ Néstor Pedro Sagüés. Derechos Constitucionales. Elementos de Derecho Constitucional, Tomo 2, 2° edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1997. 225-258.

¹⁰ Op. Cit.

¹¹ Germán J. Bidart Campos. El Artículo 75. Compendio de Derecho Constitucional, 1° Ed., 1° Reimpresión. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004. 289-300.

finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

Emplea dos verbos para señalar la competencia del congreso: legislar y promover. Promoción es movimiento hacia adelante: se “promueven” los derechos cuando se adoptan medidas para hacerlos accesibles y disponibles a favor de todos. Y eso exige una base real igualitaria, que elimine, por debajo de su nivel, cuanto óbice de toda naturaleza empece a que muchos consigan disfrutar y ejercitar una equivalente libertad real y efectiva.

D. Fuente Internacional¹²

Nos dice Bidart Campos que el derecho internacional de los derechos humanos ha adquirido una presencia vigorosa en el derecho constitucional, sobre todo a partir de la reforma de 1994.

Los tratados de derechos humanos ostentan como característica diferencial con los tratados clásicos, la de obligar a los Estados que se hacen parte en ellos a cumplirlos y darles efectividad en sus jurisdicciones internas, además de adjudicar directamente a las personas físicas la titularidad de los derechos que cada tratado contiene.

Por todo ello hemos de afirmar que: a) la “persona humana” es ahora un sujeto investido de “personalidad internacional”; b) la cuestión de los derechos humanos ya no se recluye en la jurisdicción exclusiva o reservada del Estado, porque sin haberle sido sustraída pertenece a una “jurisdicción concurrente o compartida”, entre el Estado y la jurisdicción internacional.

El Estado asume “responsabilidad internacional” por las obligaciones que los tratados de derechos humanos le irrogan. No solamente tiene que no violarlos y que conferirles efectividad, sino que tiene que impedir, prevenir, vigilar, sancionar y reparar las violaciones que los particulares puedan inferir a los derechos.

¹² Germán J. Bidart Campos. El sistema de derechos. Compendio de Derecho Constitucional, 1° Ed., 1° Reimpresión. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004. 63-71.

2. Los Tratados Internacionales¹³

A. Su panorama Internacional y Constitucional

En virtud de las dos Convenciones de Viena sobre derecho de los Tratados, de 1969 y 1986, ambas incorporadas al derecho argentino, se consideran tratados todos los acuerdos entre “sujetos de derecho internacional”, aunque acaso no sean sino –por ej.- organizaciones internacionales.

Adhiriendo al “monismo”, dice Bidart Campos, afirmamos que la ratificación de un tratado le confiere ingreso y recepción en el derecho interno. El “dualismo”, al contrario, diría que después de la ratificación sería indispensable la fuente interna (ley del congreso) para que aquel ingreso se produjera (con lo que el congreso, entonces, intervendría dos veces: una para aprobar el tratado, y otra para incorporarlo después de la ratificación por el poder ejecutivo).

B. La Reforma de 1994

La reforma de 1994 aborda el tema de los tratados en el art. 75 inc. 22 e inc. 24. El inc. 22 enumera once instrumentos de derechos humanos a los que asigna jerarquía constitucional., y prevé la facultad del congreso para añadir posteriormente otros. Asimismo, a los tratados sin rango constitucional los define como supralegales. El inc. 24 se refiere a los tratados de integración supraestatal.

La lectura de estas cláusulas deja entrever con mucha claridad el enlace entrañable que actualmente cobra el régimen de los tratados con la parte dogmática y con el sistema axiológico de la Constitución. No en vano el viejo art. 27, ya citado, pertenece a la primera parte del texto de 1853.

Los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional no están incorporados a la constitución, pero se ubican a su mismo nivel en el bloque de constitucionalidad federal. Asimismo, cuando el inc. 22 los erige con jerarquía constitucional, alude a las “condiciones de su vigencia”, lo que tiene el siguiente significado. “Condiciones de su vigencia” quiere decir: a) condiciones que, a la fecha de su reforma de 1994, surgían del previo reconocimiento o ratificación que a dichos instrumentos les había conferido nuestro país; b) condiciones en que se hallaban vigentes internacionalmente en el

¹³ Germán J. Bidart Campos. Los Tratados Internacionales. Compendio de Derecho Constitucional, 1° Ed., 1° Reimpresión. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004. 223-231.

momento de la reforma constitucional; c) condiciones en que subsisten en el ámbito del derecho internacional, para lo cual hay que tomar muy en cuenta cuál es la interpretación que a los mencionados instrumentos les otorga la jurisprudencia internacional.

Cuando en la misma cláusula se consigna que estos instrumentos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que son complementarios, hemos de dar por seguro que: a) se articulan en el sistema de derechos sin que ni aquellos instrumentos ni la Constitución cancelen normas entre sí; y ello porque b) la complementariedad que al sistema de derechos contenido en la Constitución se le añade a causa de los instrumentos internacionales que tienen su misma jerarquía, exige que los derechos de la Constitución y los derechos de los instrumentos internacionales se sumen y se alimenten recíprocamente.

En síntesis, nuestro sistema de derechos cuenta con dos fuentes: la interna y la internacional.

C. Los Tratados y el Derecho Interno

El derecho internacional, desde la Convención de Viena de 1969, contiene dos principios axiales: a) una da prioridad a los tratados sobre el derecho interno; b) otro establece que el Estado no puede alegar que el tratado se suscribió o ratificó en violación al derecho interno (a menos que tal violación sea manifiesta y resulte objetivamente evidente para cualquier estado según la práctica usual y la buena fe).

Cuando un tratado ingresa a nuestro derecho interno y está en pugna con una ley anterior, hay que afirmar que esta ley queda inconstitucional sobreviniente.

Cuando un tratado supra legal entra en colisión con la Constitución, nuestro sistema habilita el control y la declaración de inconstitucionalidad de la norma internacional contraria. Pero ello implica incoherencia de nuestro derecho interno, porque el Estado que consiente hacerse parte de un tratado debe, antes de que ello ocurra, cerciorarse de que no hay incompatibilidad con la Constitución. Además, ya vimos que el derecho internacional no admite quedar postergado o descartado a causa de su eventual oposición a la Constitución.

La interpretación e integración constitucionales han de sintonizar y armonizar a la Constitución con el derecho internacional; sobre todo en materia de derechos humanos: a) los tratados que forman parte de nuestro derecho interno (aunque sólo sean supraleales) y el derecho de gentes han de merecer una interpretación aplicativa que, en coordinación con la Constitución, acentúe la tendencia

a la maximización y progresividad del plexo de derechos, y c) confiere hospedaje en la cláusula constitucional de los derechos implícitos art. 33 a los derechos que emanan de fuente internacional o de fuente interna, a tono con las reglas del art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica.

Todo incumplimiento y toda violación de un tratado, sea por acción u omisión, compromete la responsabilidad internacional del Estado. Para tenerlo bien claro, de cara al derecho internacional, vale repetir insistentemente que el Estado que incumple o viola un tratado, o que descarta su aplicación por contrariar la Constitución, no queda excusado ni exculpado si alega que su derecho interno le impide priorizar el tratado. Ello en virtud de que según ya dijimos antes, en el ámbito del derecho internacional éste tiene primacía respecto del derecho interno de los Estados. También sobre su constitución.

3. Derechos Constitucionales y derechos Extraconstitucionales, provenientes del derecho interno. Doctrina de la interpretación armonizante.¹⁴

Sostiene Sagüés, que la Constitución reconoce explícita e implícitamente ciertos derechos, que son, obviamente, derechos constitucionales. Pero hay otros derechos que emanan de fuentes subconstitucionales, tal el caso de una ley, decreto o resolución.

La diferencia entre un derecho insertado en la Constitución y otro que esté fuera de ella –puntualizó la corte suprema- es que el primero no debe ser negado ni bastardeado por el legislador ordinario, y debe ser aplicado obligatoriamente por los jueces en los casos concretos, sin importar que se halle o no incorporado a la legislación (“Portillo”, fallo, 312:496). Rige, por tanto, la voluntad del poder constituyente.

El derecho subconstitucional emergente de normas de derecho interno se lo debe entender y hacer funcionar según las pautas y principios de la constitución. Según la doctrina de la interpretación armonizante, la hermenéutica de cualquier norma inferior a la Constitución –ha dicho la corte- “debe practicarse de modo que concuerde con los principios, derechos y garantías consagrados por la Constitución” (“SA Basseler Ltda.” Fallos, 248: 128, y “Luna”, Fallos, 307: 146), en tanto eso sea posible sin violentar el espíritu o la letra de la norma interpretada (“Outón”, LL, 126: 292).

¹⁴ Néstor Pedro Sagüés. Derechos Constitucionales. Elementos de Derecho Constitucional, Tomo 2, 2° edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1997. 225-258.

Incluso si una norma admite dos o más interpretaciones, debe preferirse la que sea compatible con la Constitución y desecharse la que se aparte de ella (“Prov. De Buenos Aires”, Fallos, 200: 189).

De todo esto podemos ir deduciendo que ante una ley infraconstitucional, como lo es la ley de quiebras 24.522, debe entenderse en consonancia no solo con los derechos constitucionales de la misma sino también con los derechos humanos incorporados a ella. Todo debe armonizar.

A. Constitución Argentina. Base ideológica.¹⁵

Es innegable su fundamentación iusnaturalista de los derechos constitucionales, lo que importa sostener que nacen de fuentes extraconstitucionales, de un derecho superior al derecho positivo. Así estos derechos naturales son reconocidos pero no creados o concedidos por la Constitución. Sin embargo nuestra carta magna no es nítidamente iusnaturalista sino que contiene una suerte de mixtura ideológica, propia de las reformas que ha sufrido; así contiene tres ingredientes principales: liberalismo, cristianismo y modernas tendencias propias del Estado social de derecho.

B. Conflicto entre los derechos. Tesis negatoria.¹⁶

Cabe preguntarse si dos o más derechos constitucionales pueden entrar en conflicto, y en su caso, cómo resolverlo. Es correcto sostener que debe armonizárselos porque la interpretación de la carta magna debe ser orgánica y sistemática con miras a un útil equilibrio entre todas sus cláusulas.

C. Incoherencia de la posición negatoria: conflicto entre interés y valores. Renuncia de derechos.¹⁷

Pese a lo sostenido en el párrafo precedente, la misma Corte explica que ciertas garantías constitucionales son renunciables, aunque limita esa abdicación “a las que amparan derechos de contenido patrimonial, y no a aquellas instituidas en resguardo de otros derechos” (“Guzmán”, Fallos, 279: 283).

Afirmar que todos los derechos son iguales pero que algunos resultan renunciables y otros no, importa ya el reconocimiento de una desigualdad.

¹⁵ Op. Cit.

¹⁶ Op. Cit.

¹⁷ Op. Cit.

Al mismo tiempo, la Corte enseña que, en caso de conflictos entre valores jurídicos contrapuestos, no es dudosa la preferencia de aquél que tiene más jerarquía (“Mayants y Otros”, Fallos, 255:330).

En este orden de ideas si la Corte acepta que hay conflicto entre valores e intereses (constitucionales), y que para resolverlo hay que intentar primero la vía de la cohabitación entre ellos, y de no ser ello posible, la ruta de la preferencia de un valor o interés sobre otro (aunque sin destruir el vencido), tal directriz debe traspasarse inevitablemente al campo de los derechos, ya que, al fin de cuentas, cada derecho constitucional se reconoce en función de uno o más valores o intereses.

D. Cotización de los derechos¹⁸

Si se admite que los derechos son dispares (Bidart Campos, Ekmekdjian), surge de inmediato el problema de su distinta valoración. Tarea hartó difícil, por cierto, y que sustancialmente dependerá de la ideología que maneje el intérprete-operador de nuestra Constitución.

Convendrá entonces distinguir los derechos fundantes (a la vida, salud, libertad), que posibilitan la realización de otros derechos (p. ej., trabajar), que entonces, como derechos posteriores, resultan (en principio) menos importantes que los primeros.

E. ¿Quién cotiza los derechos?¹⁹

En ciertos casos es el propio constituyente quien resuelve el problema.

Es frecuente que sean los tribunales (y la Corte Suprema, como intérprete final de la Constitución) los que deban asumir la función de dirimir los conflictos entre derechos. Una interpretación dinámica de la Constitución aconseja tener en cuenta más que la cotización histórica (propia del constituyente), su valuación actual, tal como surge de la conciencia contemporánea.

En síntesis podemos decir que existen entonces derechos “fundantes” como son la VIDA, SALUD, que posibilitan otros derechos PROPIEDAD PRIVADA, PATRIMONIO. Visto esto podemos decir que los jueces en los casos analizados han resuelto en consonancia con la Constitución Nacional y con los Tratados sobre Derechos Humanos, más quien aún no ha receptado esto, reiteramos, es la

¹⁸ Op. Cit.

¹⁹ Op. Cit.

ley de concursos y quiebras. El derecho que tiene un acreedor a cobrar su acreencia ésta protegido por la Carta Magna más no es absoluto y frente a otro acreedor, de su misma o inferior categoría, pero que tiene en juego derechos “fundantes” este deberá (y debe) ceder.

4. La Supremacía de la Constitución²⁰

A. Formulación y alcances

1-Decir que la Constitución tiene supremacía alcanza dos significados posibles; a) con uno queremos afirmar que la constitución material es la base o el fundamento que da efectividad y funcionamiento al orden jurídico-político de un Estado; b) con otro, adosado a la tipología de la Constitución formal, se señala que, por estar revestida de superlegalidad y supremacía, la Constitución impone como deber ser que todo el mundo jurídico inferior a ella le sea congruente y compatible, y no la viole ni le reste efectividad funcional y aplicativa.

2-Desde la supremacía de la Constitución, el orden jurídico se escalona en planos de gradación jerárquica: los hay subordinantes y subordinados, de modo que cuando se disloca esa gradación se produce una inconstitucionalidad en los planos inferiores que no compatibilizan con los superiores.

3-Para defensa de la Constitución suprema, hace falta que exista y funcione algún sistema de control. El control constitucional sirve de garantía para declarar que las normas y los actos violatorios de la Constitución son inconstitucionales. El efecto de tal declaración, según cómo sea el sistema de control, puede limitarse a desaplicar la norma o el acto inconstitucionales en el caso donde así se declara y dispone, o adquirir un efecto general que llegue hasta derogar la norma o el acto inconstitucionales.

4-La reforma constitucional de 1994 ha conferido la misma jerarquía de la Constitución a algunos instrumentos internacionales de derechos humanos (declaraciones, y tratados o pactos) en el art. 75 inc. 22, y a los que no quedan dotados de jerarquía constitucional los ha definido como superiores a las leyes. Con tal supralegalidad queda investido el derecho de la integración y el derecho comunitario derivado.

²⁰ Germán J. Bidart Campos. Supremacía de la Constitución. Compendio de Derecho Constitucional, 1° Ed., 1° Reimpresión. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004. 23-30.

5-Hemos de coordinar la supremacía de la Constitución con la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos previstos en el recién citado art. 75 inc. 22.

El texto respectivo que los menciona dice, a continuación, que “no derogan artículo alguno de la primera parte de la esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

¿Qué quiere decir esto? A nuestro criterio quiere decir lo siguiente:

a) si ningún artículo de la primera parte de la Constitución queda derogado por las normas de uno o más instrumentos internacionales aludidos en el art. 75 inc. 22, conviene añadir que ninguna norma de tales instrumentos es inaplicable o queda descartada por algún artículo de la primera parte de la Constitución; sencillamente, unas normas y otras se “suman”, sin que, entre sí, alguna sufra derogación i inaplicación por causa de otra;

b) según la Corte Suprema, lo que al respecto expresa el art. 75 inc. 22 implica que el constituyente hizo un juicio de comparación y corroboración, que le dio como resultado la afirmación de que las normas internacionales son compatibles con las de la primera parte de la constitución;

c) si luego se agrega que han de entenderse como “complementarias”, hemos de dar por cierto que son y deben ser aplicables y aplicadas porque, de no ser así, la complementariedad que la Constitución les adjudica no funcionaría ni tendría sentido alguno.

6- Pero más allá del arduo debate interpretativo que este párrafo tan inocuo ha provocado, la referencia a la primera parte de la Constitución no nos impide, personalmente, aseverar que:

- a) Los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional no forman parte del texto de la Constitución, pero;
- b) Se sitúan a su mismo nivel, y en común con la Constitución encabezan el vértice del ordenamiento jurídico argentino;
- c) Esto significa que, también en paridad con la Constitución, forman parte de lo que cabe denominar el “bloque de constitucionalidad federal”.

7-Como síntesis, olvidemos toda alusión a la primera parte de la Constitución, y demos por verdad que todas las “partes” de la Constitución (primera y segunda) más los citados instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, se integran y articulan en un sistema normativo conjunto y común, que tiene “supremacía” sobre todo el ordenamiento infraconstitucional (en el caso que tratamos los “insuficientes” privilegios de la Ley de Concursos y Quiebras en relación con los “acreedores involuntarios”).

5. Control constitucional. Efectos²¹

Según sostiene Bidart Campos los efectos del control de constitucionalidad se pueden agrupar en dos grupos a saber:

- a) Cuando la sentencia declarativa de inconstitucionalidad implica no aplicar la norma al caso en que se dicta, el efecto se limita a las partes intervinientes en ese proceso; o sea, es un efecto “restringido” o “inter-partes”, que mantiene (fuera del caso) la vigencia general de la norma declarada inconstitucional. Como vemos esto es lo que ha sucedido en los tres casos analizados para sostener la hipótesis final de este trabajo que es la propuesta de la reforma de la ley de Concursos y Quiebras en cuanto a régimen de privilegios y tratamiento posterior del acreedor involuntario por motivos de salud, vida, alimentos o similar categoría de derechos.
- b) Cuando la sentencia invalida con alcance general la norma declarada inconstitucional, el efecto se extiende más allá del caso; o sea, es amplio, extra-partes, o erga-omnes; tal resultado admite producirse de dos maneras: o por derogación directa o automática; o porque la sentencia obligue al órgano emisor de la norma inconstitucional a derogarla. Este tratamiento es el que no se ha aplicado a los casos analizados.

6. Derecho a la Condición Humana.²²

A. Introducción.

²¹ Op. Cit.

²² Néstor Pedro Sagüés. Derecho a la Condición Humana. Elementos de Derecho Constitucional, Tomo 2, 2° edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1997. 259-299.

El listado de los derechos constitucionales personalísimos comienza por el reconocimiento de ciertos derechos fundantes, básicos y necesarios para la realización de los demás.

En ese orden de ideas, cabe incluir primero los derechos a la vida, integridad corporal y psíquica, a la salud, dignidad, nombre, nacionalidad, honor y a la propia imagen. Sólo nos vamos a ocupar del desarrollo y estudio de los tres primeros que tienen implicancia directa entre lo resuelto por la jurisprudencia y lo no contemplado por la ley de concursos y quiebras.

Todos atañen a algo indispensable: “que al ser humano se le reconozca condición de tal”.

B. Derecho a la vida.²³

Este derecho está explícito en el art. 29 de la Constitución, cuando puntualiza que la vida de los argentinos no puede quedar a merced de gobierno o persona alguna.

Por si hubiese duda, la Corte Suprema, en “Saguir y Dib”, lo consideró como el “primer derecho natural de la persona humana, pre-existente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución nacional y las leyes” (Fallos, 302:1284; el derecho a la vida también es reconocido en “Baricalla de Cisilotto”, Fallos, 310:112). Es decir, que en todo caso, este derecho está captado por el art. 33, como derecho natural supraconstitucional.

1. Caracteres

- Derecho constitucional personal y fundante, posibilita el ejercicio de los demás derechos.
- No es absoluto, así el art. 21 de la Constitución al imponer el deber de armarse en “defensa de la patria y esta Constitución”, está indirectamente permitiendo el sacrificio de la vida en defensa de los otros dos bienes.

2. Tutela en diferentes Tratados sobre Derechos Humanos

1. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*

- Art. 1 “Todo ser humano tiene derechos a la vida, a la libertad y seguridad de su persona”.

2. *Declaración Universal de Derechos Humanos*

²³ Op. Cit.

- Art. 3 “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y seguridad de su persona”.

3. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

- Art. 12 inc. 1° “Los Estados partes del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
- Art. 12 inc. 2° “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - d. “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

4. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

- Art. 6 inc. 1° “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho está protegido por la ley”. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

5. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*

- Art. 4 inc. 1° “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

6. *Convención sobre los derechos del Niño*

- Art. 1 “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menos de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Declaración interpretativa argentina: “con relación al art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad” (art. 2 párrafo 3°, ley 23.849).

- Art. 6 inc. 1° “Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.

Inc. 2° “Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

En conclusión el derecho a la vida no es un derecho absoluto (al igual que todos los derechos) pero, en una pirámide de derechos, frente al derecho de propiedad, este está claramente por encima, ubicándose en el vértice de ella.

C. Derecho a la integridad²⁴(Física y psíquica)

Este derecho constitucional es reconocido por la Corte Suprema en “Ponzetti de Balbín” (Fallos, 306:1892, consid. 8°), derivándolo del derecho a la intimidad (art. 19 CN). Para Marienhoff se infiere del derecho a la vida, y compromete tanto la integridad física como la psíquica. La inclusión de estos dos rubros es igualmente asumida en el voto del juez Petracchi en “Bazterrica” (Fallos, 308: 1392, consid.6°).

1. Tutela en diferentes Tratados sobre Derechos Humanos

1. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*
 - Art. 1° “Todo ser humano tiene derechos a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona.
2. *Declaración Universal de Derechos Humanos*
 - Art. 3° “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y seguridad de su persona.
3. *Convención Americana sobre Derechos Humanos(Pacto de San José de Costa Rica)*
 - Art. 5° inc. 1 “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

Este derecho, según jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema Nacional, tiene tres aristas a saber: física, psíquica y moral.

D. Derecho a la salud²⁵

Pregunta Sagüés si ¿Existe un derecho constitucional a la salud? Y responde que se ha observado que éste no figura en la Constitución de 1853-1860, atento a las ideologías entonces vigentes, para

²⁴ Op. Cit.

²⁵ Néstor Pedro Sagüés. Derecho a la Condición Humana . Elementos de Derecho Constitucional, Tomo 2, 2° edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1997. 259-299.

las cuales el cuidado de la salud importaba, en principio, una cuestión a atender por cada uno, y no por el Estado (Carnota).

Pero, sin embargo, en “Los Saladeristas”, la Corte Suprema advirtió, en el siglo pasado, que el gobierno estaba obligado a “proteger la salud pública”, y a no autorizar, por ende, la instalación de un establecimiento industrial que pudiese afectarla (Fallos, 31:274). De ahí puede extraerse una directriz mínima: el estado debe velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella; existe un derecho constitucional a así exigirlo: tengo un derecho personal a que un tercero no perjudique mi salud (hay que recordar aquí que el art.19 de la Constitución posibilita tal inclusión, al reputar indirectamente inconstitucionales las acciones –privadas o no- que “perjudiquen a un tercero”). También tengo el derecho a recuperar mi salud (voto de Petracchi, en “Bazterrica”, Fallos, 308:1458).

Por lo demás, sigue diciendo Sagüés, parte de la doctrina (Bidart Campos, Quiroga Lavié) entiende el derecho a la salud como el derecho constitucional no enumerado, ubicable en el art. 33 de la Constitución. Y en “Ponzetti de Balbín” la Corte Suprema ubicó, la protección de la salud mental y física en el art. 19 CN (Fallos, 306:1907, consid. 8°).

En “Baricalla” (Fallos, 310:112), la Corte dedujo al derecho de la salud como secuela del derecho a la vida.

Bidart Campos²⁶ se refiere a este derecho como “derecho implícito” y sobre él nos cuenta que cuando con un enfoque muy personal, que no elude algún nexo con las perspectivas iusfilosóficas que se filtran al derecho constitucional, decimos que hay derechos “con” normas y “sin” normas, pisamos un primer umbral hacia el tema de los “derechos no enumerados” o derechos implícitos.

Convergen a admitirlo: a) el valor justicia y los restantes valores del plexo axiológico; b) la ideología de la Constitución; c) el art. 33; d) los tratados internacionales sobre derechos humanos, tengan o no jerarquía constitucional; e) el aporte de las valoraciones sociales progresivas.

Todo esto da razón al axioma de que, a la hora de interpretar la Constitución y de cubrir sus silencios e implicitudes, hay que echar mano de la categoría de derechos implícitos, que se halla permanentemente abierta en su listado maximizador, siempre a tono con otra pauta muy cara, como es la que hay derechos nuevos y contenidos nuevos en derechos viejos.

²⁶ Germán J. Bidart Campos. Los Derechos Implícitos. Compendio de Derecho Constitucional, 1° Ed., 1° Reimpresión. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004. 123-125.

Hay por ende una doble implicitud: a) una es la que añade derechos nuevos; b) otra deriva de proponer los derechos que tienen fuente internacional y no figuran entre los constitucionalmente enumerados, se han de dar por alojados en la cláusula de los derechos implícitos de nuestro art. 33.

1. Un listado abierto

Nómina de derechos implícitos:

- Derecho a la propia “dignidad personal”;
- Derecho a la “vida”;
- Derecho a la “salud”
- Derecho a la “reparación” o “resarcimiento del daño”;
- Derecho a la “integridad física, síquica y emocional”;
- Derecho a la “calidad de vida y el nivel de vida dignos”;
- Etcétera.

2. Consecuencias del derecho constitucional a la salud²⁷

Sagüés se pregunta acerca de si existe un derecho constitucional a requerir del estado atenciones asistenciales efectivas, preventivas o terapéuticas, en caso de ser necesario.

Y se responde desde dos ópticas por la afirmativa.

Primero porque, según Carnota, el Estado debe brindar tales beneficios cuando la actividad privada sea insuficiente u onerosa, e instrumentar planes de salud, creación de centros asistenciales o suministro de medicamentos. Para ello se cuenta con la norma programática del art. 14bis, sobre seguridad social, que aún no está totalmente instrumentado.

Segundo, porque reconocido el derecho constitucional a la salud, cabe pensar en la vía de acción de amparo para su tutela, si se dan las condiciones para su ejercicio. Vía que justamente ha sido utilizada en uno de los tres casos²⁸ jurisprudenciales analizados sobre los que basamos nuestro trabajo y postura.

²⁷ Néstor Pedro Sagüés. Derecho a la Condición Humana. Elementos de Derecho Constitucional, Tomo 2, 2ª edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1997. 259-299.

²⁸ “Correo Argentino S.A. s/concurso preventivo s/incidente de verificación pronto pago por Segura, Carlos A.” www.cncom.gov.ar

3. Tutela en diferentes Tratados sobre Derechos Humanos

1. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*

- Art. 11 “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes a nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

2. *Declaración Universal de Derechos Humanos*

- Art. 25 inc. 1° “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

3. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

- Art. 10 inc. 3° “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.
- Art. 12 inc. 1° “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Inc. 2° C “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas”.

Inc. 2° D “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

4. *Convención sobre los Derechos del Niño*

- Art. 3 inc. 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, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.
- Art. 24 inc. 1° “los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

Inc. 2° B “asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”.

E. Derecho a la dignidad²⁹

La Corte definió en “Pupelis”, a la dignidad humana como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de la Constitución (Fallos, 314:424).

El PSJCR³⁰ explicita el derecho al “respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (art.5°, inc. 2) y “al reconocimiento de su dignidad (art. 11, inc. 1).

7. REGLAMENTACIONES Y LIMITACIONES A LOS DERECHOS³¹

1. El poder de policía

Dice Sagüés que el art. 14 de la Constitución Nacional, que enuncia el grueso de los derechos personales, dispone que ellos se ejercen “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. El art. 28, por su parte apunta: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

²⁹ Op. Cit.

³⁰ Pacto de San José de Costa Rica.

³¹ Néstor Pedro Sagüés. Reglamentaciones y Limitaciones a los Derechos. Elementos de Derecho Constitucional, Tomo 2, 2° edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1997. 697-720.

Tal genérica potestad reglamentaria de los derechos personales con que cuenta el Estado es llamada técnicamente *Poder de Policía*, al que alguna vez la Corte Suprema calificó como facultad propia “de soberanía y gobierno” (“Suñé”, Fallos, 258:322).

La reglamentación de los derechos tiene sus presupuestos, topes y pautas.

2. Presupuestos de la reglamentación

Sostiene en su libro Sagüés según una doctrina repetida hasta el infinito por la Corte Suprema que hay dos directrices jurisprudenciales que habilitan (además de la normas constitucionales de los art. 14 y 28) la potestad estatal que tratamos.

A. No hay derechos absolutos:

Ha dicho la Corte que la Constitución no consagra derechos absolutos (“De Stoll”, Fallos, 304:319 y “Juzgado Federal de Resistencia”, Fallos, 312:318), ni ellos tienen en sí tal carácter (“Asencio”, Fallos, 304:1293).

Para la Corte, la admisión de un derecho ilimitado significaría “una concepción antisocial”, por más que el Congreso no hubiese dictado todavía la norma reglamentaria de ese derecho (“Font”, Fallos, 254:56). Todo derecho debe ser compatibilizado con los demás derechos enunciados en la Constitución (“Schoklender”, Fallos, 311:1438), con los derechos de la comunidad (“Partido Obrero”, Fallos, 253:133) y con los deberes que también impone la Constitución (“Lopardo”, Fallos, 304:1524).

B. Todos los Derechos son Reglamentables

Los derechos están “sometidos” a la regulación que disponga la ley (“Loisi”, Fallos, 307:2262). Esto importa la “sujeción” de tales derechos a la ley reglamentaria (“Graduados en Ciencias Económicas, Fallos, 311:1132), conforme a la cual deben “operar” (“Schoklender”, Fallos, 311:1438).

Aún los derechos fundamentales (como la vida, intimidad, honor, etc.), son pasibles de regulación, incluso el derecho a la dignidad humana.

3. Topes

El poder reglamentario de policía cuenta con aspectos positivos y negativos.

A. Dimensión Permitida

Como regla, la ley regulatoria puede provocar una “limitación” al derecho (“Garibotto”, Fallos, 304:1636), o sea, acarrearle restricciones (“Vega”, Fallos, 311:1565). La sola comprobación de que una ley restringe un derecho consagrado por la Constitución no significa que tal norma sea inconstitucional (“Carbillo”, Fallos, 240:323).

B. Dimensión Prohibida

La reglamentación no puede válidamente desnaturalizar al derecho en cuestión, ni desvirtuarlo o impedirlo (“Berraz Montyn”, Fallos, 156:290); reglamentar no significa prohibir (“Tonata”, Fallos, 288:240), ni allanarlo totalmente (“Vda. de Marino”, Fallos, 294:434, y “Producciones JCJ”, Fallos, 297:201). Tampoco debe alterarlo (“Dordal”, Fallos, 189:234).

4. Pautas. Test de Legalidad

Sagüés explica que para la determinación del límite entre la dimensión permitida y la prohibida, la Corte ha manejado dos componentes básicos del test de constitucionalidad de una reglamentación.

El primero es básicamente formal u orgánico, y alude al principio de legalidad, según el cual la reglamentación del derecho se debe instrumentar por ley (“Portillo”, Fallos, 312:496), es decir, por el legislador (“Coronel García”, Fallos, 312:1082), o por norma basada en ley (decreto reglamentario de ley; ordenanza municipal habilitada por una constitución o ley provincial).

El postulado constitucional de legalidad tuvo su base ideológica en la necesidad de que el congreso o parlamento (que asumía históricamente la representación del tercer Estado, y posteriormente la del cuarto), fuese el que consintiera las limitaciones a los derechos personales. Además, se intentó borrar al gobierno despótico o caprichoso mediante la

nomocracia o gobierno de la ley, evitándose que por decretos emitidos por una persona (el jefe del Estado) se pudiese afectar a las libertades personales.

Las bases normativas argentinas del principio de legalidad están, como se indicó, en los arts. 14 y 28 de la Constitución que hablan de leyes reglamentarias de los derechos.

5. Test de razonabilidad. Variables

Comenta Sagüés que esta prueba de constitucionalidad de una reglamentación importa quizás el aporte más significativo realizado por el derecho judicial para definir cuándo ésta es constitucional o inconstitucional.

En concreto, tal postulado (llamado en Norteamérica “del debido proceso sustantivo”) califica como constitucionales a las normas reglamentarias que sean razonables (“De Barneche”, Fallos, 300:67, y “Ríos”, Fallos, 300:700). Se refiere, pues, a un control de fondo o de contenido de la ley o precepto regulatorio. La norma irrazonable deviene así inconstitucional.

Pueden distinguirse, en este punto, tres niveles de razonabilidad: normativo, técnico y axiológico. Ello significa que para aprobar el examen de razonabilidad, la norma tiene que subordinarse a la Constitución, adecuar sus preceptos a los objetivos que pretende alcanzar y dar soluciones equitativas con un mínimo de justicia.

Eso desde el punto de vista de los requisitos positivos. En cuanto a los negativos, la norma razonable equivale a norma no arbitraria (“Ferreri”, Fallos, 311:1180, consid. 3º, y “Barone”, Fallos, 249:252).

A. Razonabilidad Normativa

Aquí se insiste en que el principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las constitucionales, “de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido en la Constitución Nacional” (“Carrizo”, Fallos, 304:972, y “Bco. Vicente López”, Fallos, 308:418).

B. Razonabilidad Técnica

Es la que impone una apropiada adecuación entre los fines postulados por una ley y los medios que planifica para lograrlos (Linares).

Es irrazonable la ley cuando los medios que arbitra no se adecuan a los objetivos cuya realización procura (“Flores”, Fallos, 307:906) o a los fines que requirieron su sanción (“Ferreri”, Fallos, 311:1176, consid. 3º), o cuando no media correspondencia entre las obligaciones que impone y los propósitos que pretende alcanzar (“Cine Callao”, Fallos, 247:121).

Cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la misma ley en que está insertado, cabe prescindir de él (“Órdenes”, Fallos, 311:1937).

C. Razonabilidad Axiológica

Apunta a exigir una cuota básica de justicia intrínseca en las normas, de tal modo que las notoriamente injustas resultan inconstitucionales.

Quedan descalificadas las reglas jurídicas irrazonables cuando consagran una manifiesta inquietud (“Flores”, Fallos, 307:906, y “Miguel”, Fallos, 308:1631).

Al legislador, en síntesis, no le está permitido obrar caprichosamente (“Pedro Inchauspe Hnos.”, Fallos, 199:483, y “CAVIC”, Fallos, 277:147).

Nos dice Bidart Campos³² sobre este principio que cuando la ley manda o prohíbe, nuestro sentido de justicia agrega que esa ley tiene que ser “justa”, o –con leguaje de nuestro derecho constitucional– “razonable” en lo que manda y en lo que prohíbe. Se debe preservar el valor justicia. Tal es el principio de razonabilidad, que hace de complemento imprescindible al de legalidad. Lo opuesto a la razonabilidad es la “arbitrariedad”. Nuestro art. 28 condensa la regla de la razonabilidad cuando enuncia que los principios, derechos y garantías “no podrán ser alterados” por leyes que reglamenten su ejercicio. Esa “alteración” equivale a irrazonabilidad o arbitrariedad y, por ende, a “inconstitucionalidad”.

³² Germán J. Bidart Campos. El sistema de derechos. Compendio de Derecho Constitucional, 1º Ed., 1º Reimpresión. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004. 63-71.

D. Tutela en diferentes Tratados sobre Derechos Humanos

1. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*

Art. 28° Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

2. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

Art. 4° Los Estados partes en el presente pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por la ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general de una sociedad democrática.

6. La Declaración de Inconstitucionalidad como “última ratio”.

Cuestiones dudosas

La doctrina judicial argentina ha implantado ciertas reglas en torno a la evaluación final de la constitucionalidad de una norma:

- A. En principio, las leyes se presumen constitucionales (“Cine Callao”, Fallos, 247:121, y “Trentini”, Fallos, 220:1458).
- B. La declaración de Inconstitucionalidad de una norma requiere plena prueba, clara y precisa de su oposición con la Constitución (“Perisse”, Fallos, 209:200, y “Bignone”, Fallos, 306:655).
- C. El pronunciamiento de inconstitucionalidad exige prudencia y cautela en su emisión: es la última ratio del ordenamiento jurídico, y exhibe un caso extremo de gravedad institucional (“Malenky”, Fallos, 264:364; “Bonfante”, Fallos, 288:325, y “Philco Argentina SA”, Fallos, 306:1597).
- D. Si hubiese duda, se debe decidir por la constitucionalidad de una norma y no por su invalidez (“Bignone”, Fallos, 306:655).

CAPITULO VI

CATEGORÍAS DE ACREEDORES EN LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Privilegios Especiales; 3. Acreedores del Concurso y privilegios generales; 4. Acreedores quirografarios o comunes.

1. **Introducción**

Los acreedores de un concurso o una quiebra no son todos iguales, sino que, en virtud de la acreencia que estos detentan encuadran en diferentes categorías. Categorías que dependiendo de donde nos paremos, si en un concurso o una quiebra tendrá distintos efectos.

2. **Privilegios especiales:** tienen asiento sobre bienes específicos; pueden hacerse valer exclusiva y excluyentemente sobre el producto de la liquidación de los bienes afectados, o sobre el importe que sustituya a éstos (subrogación real, art. 245, LCQ). El porcentaje (o la totalidad) del crédito con privilegio especial no percibido sobre el asiento del mismo es considerado común o quirografario, salvo ciertos créditos laborales con privilegio general (art. 245 in fine, LQC).
3. **Acreedores del concurso y privilegios generales:** tienen rango preferente sobre todo el producto de la liquidación que queda después de satisfacer los créditos con privilegio especial.
4. **Acreedores quirografarios o comunes:** cobran sobre lo que queda después de las categorías precedentes y antes que los acreedores subordinados. Aquí se sitúan los acreedores involuntarios.

Los elencos legales sobre privilegios generales y privilegios especiales son taxativos.

CAPÍTULO VII

PROPUESTAS EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Legislación Norteamericana; 3. Insolvenzordnung; 4. Legislación Italiana; 5. Derecho Español.

1. INTRODUCCIÓN

El acreedor involuntario es tratado en algunas legislaciones comerciales extranjeras, aunque, no de manera unívoca. Así algunas optan por seguir el sistema de la sección 523 del US CODE, mientras que otras le asignan un privilegio, caso de España y Rusia.

2. LEGISLACIÓN NORTEAMERICANA³³

Los americanos han instaurado un procedimiento que, como fórmula de cristalizar las obligaciones ulteriores a la aprobación de un plan de reorganización, determina la discharge al deudor, que lo releva de todas las deudas anteriores consagrando un fresh start, especie de “nuevo punto de partida”, “borrón y cuenta nueva”, que le permite afrontar su actividad futura sin otros lastres o resabios que no fueren las obligaciones novadas que resultaren del plan de reorganización o, en su caso, del acuerdo, aprobado judicialmente tras la conformidad de los acreedores con las mayorías exigidas por la ley.

Tal descarga no tiene aplicación respecto de determinadas obligaciones, que no son descargables establecidas en la Sección 523, las cuales tienen como nota caracterizante las conductas extracontractuales disvaliosas que son las causas del crédito “involuntario”. Tales responsabilidades legales del deudor individual, por procurar dinero o propiedades invocando falsas pretensiones, falsa representación o fraude; los daños causados en actos dolosos y maliciosos a la persona o la propiedad del tercero; la violación de la obligación de alimentos y mantenimiento de la esposa e hijos; las generadas por fraude o desfalco actuando como fiduciario; las del consumidor por bienes suntuarios mayores a los quinientos dólares en plazo de cuarenta días anteriores a la discharge: la que resultare de la sentencia de condena por conducción de automotor en estado de intoxicación, etc.

Este sistema, que es aplicable tanto a los procedimientos del Capítulo 7, de la liquidación; de la reorganización del Capítulo 11; a la empresa familiar agrícola del Capítulo 12 y al Capítulo 13 referido al consumidor con ingresos regulares; guarda correlato con lo que en doctrina se da en llamar "créditos involuntarios" y consagra la supervivencia del derecho a la reparación por los

³³ Dasso, Ariel A. Un nuevo derecho concursal en el derecho comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano. LA LEY 2007-4-957.

daños generados por la negligencia, culpa o dolo del deudor en tutela de acreedores que nunca tuvieron la posibilidad de elegir serlo.

3. INSOLVENZORDNUNG³⁴

La legislación alemana adapta el modelo estadounidense y cuando se trata de un deudor individual —rectius: persona física— concede la exoneración de obligaciones que no fueron cumplidas, canceladas o reestructuradas, en el procedimiento de insolvencia (§286), pero excluye de tal beneficio a las resultantes de sentencia de condena firme por delitos determinados o causados en falsedades, o errores documentales con dolo o culpa grave del deudor en torno a su situación económica; y a las obligaciones derivadas de la comisión intencional en un cuasi delito (§290) (59).

Es dirimente advertir que la restricción a la exoneración de deudas (Reschuldbefreiung) en la moderna InsO, está condicionada a que el acreedor extra contractual (involuntario) hubiere solicitado 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 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.

4. LEGISLACIÓN ITALIANA³⁵

La nueva ley italiana adapta la discharge estadounidense con un nuevo instituto que denomina "Esdebitazione"(60) (art. 142) (61) en virtud del cual el acreedor que nunca quiso serlo, aquel que adquiere su título por el hecho o la omisión del deudor, su culpa o negligencia, o por mera voluntad de la ley expuesta en regulación de la responsabilidad objetiva, el que no pudo elegir un vínculo crediticio, va logrando un reconocimiento diferenciado que, al margen de su carácter quirografario, adquiere un tratamiento distinto de los otros quirógrafos: la descarga, la esdebitazione, la exoneración de la deuda residual impuesta en el nuevo derecho concursal como un instrumento de liberación plena de los pesados lastres de un infortunio histórico superado, no alcanza de esta

³⁴ Op. Cit.

³⁵ Op. Cit.

manera a quienes "involuntariamente", y hasta con desconocimiento absoluto de las condiciones que vinculan al deudor con sus acreedores, quedó atrapado en un concurso que, si bien, abierto bajo el signo de la colectividad, le es absolutamente extraño en su causa.

Cabe advertir que el instituto de la "discharge" debe ser asimilado a nuestra "novación" (art. 55 ley 24.522) que se produce con la homologación del acuerdo preventivo y los efectos que se derivan de este, precisamente, "la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso" claro que con efectos sobre las acreencias quirografarias más no las privilegiadas (excepto renuncia al privilegio).

5. Derecho Español³⁶

La ley concursal española del año 2003 incluye un privilegio general para ese tipo de acreencias. La norma del art. 91, 5º ha quedado redactada en el siguiente tenor: "Son créditos con privilegio general: (...) 5º. Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el número 4º de este artículo". En la ley española se le otorga privilegio general a todos los acreedores involuntarios por responsabilidad civil extracontractual, incluyéndose los daños materiales, aunque se mejora la preferencia para los daños personales no asegurados, incluyéndose aquí tanto los daños a la vida o a la integridad física, como al honor, la imagen o cualquier otro de los llamados bienes de la personalidad. Rojo ha fundamentado la incorporación legislativa en que el nacimiento de estos créditos no se debe a un acuerdo previo entre las partes, el acreedor lo es "muy a su pesar", y además, no tiene la posibilidad de obtener ninguna garantía crediticia. Se trata de privilegiar a quienes para resarcirse dependen de un patrimonio al que no se han sujetado voluntariamente. Es claro que el cimiento de la preferencia es la involuntariedad y no la extracontractualidad.

³⁶ Darío J. Graziabile. Acreedores involuntarios en el concurso.

Capítulo VIII

Propuesta Superadora

SUMARIO: 1. Concurso, A. Acreedor involuntario con sentencia firme, B. Acreedor involuntario sin sentencia firme; 2. Quiebra.

1. Concurso

Debemos tener como norte que el concurso preventivo es un instrumento que otorga la ley de concursos y quiebras para la superación del estado de insolvencia patrimonial. Se protegen distintos intereses, desde el desenvolvimiento de la empresa en crisis, la fuente laboral de los trabajadores, el crédito que detentan los acreedores; es decir el elenco de intereses es complejo pero, entendemos, todos buscando lo mismo, superar el estado de insolvencia.

Ahora bien, nuestro acreedor involuntario puede tener una sentencia firme o encontrarse ésta en trámite. Ambos supuestos merecen tratamiento diferenciado.

A. Acreedor involuntario con sentencia firme

En este caso el acreedor deberá insinuar su crédito para que forme parte del pasivo concursal.

Deberá así mismo el concursado, al solicitar la apertura del concurso, según establece el art 11 inc 5° último párrafo “debe agregar el detalle de los procesos judiciales o administrativos de carácter patrimonial en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación”.

Entendemos que estos acreedores deberán concurrir a verificar tempestivamente su crédito. Para ello deben observar en el contenido de la resolución de apertura, art. 14 inc. 3° que establece “la fijación de una fecha hasta la cual los acreedores deban presentar sus pedidos de verificación al síndico, la que debe estar comprendida entre los quince y veinte días, contados desde el día en que se estime concluirá la publicación de edictos”.

Hecho esto deberán verificar su crédito en los términos del art. 32.

“ Artículo 32 SOLICITUD DE VERIFICACION:

ARTICULO 32.- Todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes, deben formular al síndico el pedido de verificación de sus créditos, indicando monto, causa y privilegios. La petición debe hacerse por escrito, en duplicado, acompañando los títulos justificativos con dos copias firmadas y debe expresar el domicilio que constituya a todos los efectos del juicio. El síndico devuelve los títulos originales, dejando en ellos

constancia del pedido de verificación y su fecha. Puede requerir la presentación de los originales, cuando lo estime conveniente. La omisión de presentarlos obsta a la verificación.

El pedido de verificación produce los efectos de la demanda judicial, interrumpe la prescripción e impide la caducidad del derecho y de la instancia. Arancel. Por cada solicitud de verificación de crédito que se presente, el acreedor pagará al síndico un arancel de CINCUENTA PESOS (\$ 50.-) que se sumará a dicho crédito. El síndico afectará la suma referida a los gastos que le demande el proceso de verificación y confección de los informes, con cargo de oportuna rendición de cuentas al juzgado, quedando el remanente como suma a cuenta de honorarios a regularse por su actuación. Exclúyese del arancel a los créditos de causa laboral, y a los menores de MIL PESOS (\$ 1.000), sin necesidad de declaración judicial.”

Sabemos que todo acreedor que pretenda cobrar, como consecuencia del principio de universalidad jurídica, el patrimonio como prenda común de los acreedores, y la pars conditio creditorum, deberá insinuar su crédito a los efectos de obtener el reconocimiento de éste en el concurso y la graduación, que será quirografaria.

Verificar es una carga para el acreedor, de su incumplimiento se derivan varias consecuencias:

- Riesgo de que preescriba el derecho
- Caduque el derecho
- Imposibilidad de acceder al concurso
- Imposibilidad de decidir sobre la propuesta

Estos acreedores aparecerán por alguna/s de estas tres vías:

- Concurren voluntariamente a verificar su crédito tempestivamente
- Los denuncia el propio acreedor al solicitar apertura del concurso art. 11 inc. 5°
- Los “encuentra” el síndico al auditar la documentación legal y contable, es una obligación que tiene que realizar en un plazo de diez días desde la aceptación del cargo art. 14 inc. 11 “b”.

Solicitada la verificación art. 32 el síndico tiene facultades de información art 33 a los fines de agotar los medios de investigación idóneos para formarse una opinión cabal y fundada de

cada crédito, a fin de volcarla como dictamen en el informe individual. Por cada crédito se formará un legajo.

Luego vendrá el período de observación de créditos, donde todos los que concurrieron a verificar y el propio concursado “controlarán” a los acreedores a fin de “depurar” el pasivo concursal.

Luego el síndico elabora el “informe individual” sobre cada solicitud de verificación. Aquí elabora un dictamen con toda la información recibida y obtenida respecto de cada crédito; opinión fundada sobre la procedencia de la verificación y privilegio. Deberá dar razones de su opinión en tal o cual sentido y detallar la cantidad líquida.

No vemos, en este caso, ningún escollo que evite que el juez resuelva declarar el crédito “verificado”, pues el antecedente y causa será una sentencia judicial.

Dentro de los diez días, contados desde dictada la resolución judicial sobre verificación, el concursado deberá (y acá vemos una obligación) hacer y presentar propuesta diferenciada a los acreedores. Los agrupará, siempre que existan involuntarios y haga propuesta a los privilegiados, en no menos de cuatro categorías:

1. Privilegiados (opcional)
2. Quirografarios involuntarios
3. Quirografarios
4. Quirografarios laborales

Este agrupamiento en “categorías” es exigido para poder efectuar propuestas de pago diferenciadas, incluso, dentro de la misma clase, véase que quirografarios los hay de tres “tipos”.

A. CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE ACUERDO

El deudor dentro del período de exclusividad art. 43 hará las diferentes propuestas por categorías de acreedores; podrá hacer más de una propuesta por categoría y los acreedores optarán por una al momento de la adhesión.

Luego de obtenidas las conformidades, si no se dedujeron impugnaciones o rechazadas las interpuestas el juez debe proceder a homologar la propuesta del acuerdo art. 52 inc. 4° “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

El juez no puede ni debe homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley.

Lo 1° que diremos sobre esto es que el juez cuenta con normas específicas dentro de la ley de concursos y quiebras y, fuera de ella, normas genéricas ya sea en la Constitución Nacional e incluso en el Código Civil (arts. 21, 502, 953, 1071 y 1198 1° párrafo)

“Art.21.- Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.”

“Artículo 502. La obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto. La causa es ilícita, cuando es contraria a las leyes o al orden público”.

“Artículo 953: El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos, de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conforme a esta disposición son nulos como si no tuviesen objeto”.

“Artículo 1071: El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

“Artículo 1198, 1° párrafo: Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

Así la propuesta deberá engarzar con todo este universo jurídico.

Contará con algunos informes que le permitirán ver el real estado patrimonial del concursado, tendrá:

1. Informe mensual sobre evolución de la empresa, si existen fondos líquidos disponibles y el cumplimiento de las normas legales y fiscales, art 14 inc. 12 incorporado por ley 26.086.
2. Analizar las causas concretas de su situación patrimonial, época de la cesación de pagos y hechos. Art. 11 inc. 2°
3. Analizar el estado detallado del activo y pasivo art. 11 inc. 3°
4. Análisis de balances correspondientes a los tres últimos ejercicios
5. Informe general del síndico art. 39

Con todos estos informes, estados y dictámenes; más la normativa específica; más la general surgida de la Constitución y el Código Civil el juez resolverá homologar o no la propuesta que se les haga a los acreedores involuntarios atendiendo a las quitas que (¿límite de 35%?), ni hacer el derecho inexistente en razón de la espera atento el bien jurídico tutelado.

B. Acreedor involuntario sin sentencia firme

En este caso producto del fuero de atracción, la universalidad jurídica y la pars conditio creditorum que rigen todo proceso concursal creemos que estos acreedores tendrán que venir a verificar pero merecen un tratamiento diferente de los anteriores.

Lo primero que debemos saber es que el juicio continuará en su lugar de radicación, precisamente porque el legislador así lo dispuso en el art 21 inc 2° excluyéndolo del fuero de atracción concursal.

Lo segundo que debemos considerar, es que estos acreedores vendrán a verificar tardíamente pero por el monto que resulte de la sentencia; pero podrán tempestivamente (art. 32) insinuar su crédito por el monto de la demanda. ¿por qué planteamos esto? Porque creemos que el concursado y el juez deberá tenerlos en cuenta, ya que más tarde o más temprano deberá pagarles y tendrá que hacerlo de manera acorde con la naturaleza del crédito.

Aquí la cuestión es compleja porque el acreedor involuntario vendrá a verificar su crédito por el monto de la demanda que luego no será, necesariamente, el monto que perciba. ¿Cómo?

Lo primero a recordar es que el concursado deberá denunciar los procesos judiciales de carácter patrimonial en trámite art. 11 inc. 5°.

Lo segundo es que el síndico va a emitir el informe mensual sobre evolución de la empresa y si existen fondos líquidos disponibles art. 14 inc. 12°.

Lo tercero es que el síndico en estos juicios será parte necesaria art. 21 3° párrafo. Creemos que procesalmente hablando él no es “parte” atento a su naturaleza jurídica, que es la de un funcionario público con funciones asignadas por la ley y no por voluntad de las partes en el proceso, es un sujeto imparcial en resguardo del interés general.

Existe una incompatibilidad entre las funciones del síndico y el concepto de parte procesal. El síndico como funcionario público es imparcial y por lo tanto nunca es parte.

El síndico interviene como recaudo indispensable para la validez de la sentencia en garantía del orden público. Podrá controlar la etapa probatoria del proceso pero no realizar actos procesales propios de una parte. Se le correrá vista de la prueba producida para que presente el informe correspondiente previo al dictado de la sentencia que servirá de título verificadorio art. 56 párrafo 9°. Desarrollará la misma función que en toda la etapa verificatoria eventual incidental, presentado un informe imparcial donde pondrá la pretensión de los acreedores, las defensas de la concursada y las pruebas producidas en el expediente, con opinión fundada sobre la existencia o no del crédito. Deberá ejercer control procesal pero no es parte en el sentido técnico-jurídico del término, no asume el rol de demandado reemplazando al concursado. El legitimado pasivo es el deudor y el síndico solo dictamina sobre la procedencia o improcedencia del pedido conforme su carácter de órgano auxiliar del juez. Su función es la de cooperar con el órgano judicial para la correcta formación del pasivo; en conclusión deberá limitarse a emitir un informe concluido el período de prueba.

Siguiendo un orden, en cuarto lugar, diremos que verificado el crédito por el monto de la demanda art. 32, el síndico valiéndose del art. 33 investigará a estos acreedores involuntarios y se valdrá de toda la información que pueda a efectos de incorporarla al legajo. Luego del período de observación el síndico realizará el informe individual, con ello el juez resolverá si resulta verosímil lo incoado y verificado o inverosímil e inadmisibile;

podrá pedirse recurso de revisión ante el mismo tribunal y resuelto, cabe aún la apelación ante alzada art. 285.

En quinto lugar ya, el concursado hará las categorías y propuestas. Deberá categorizar a los acreedores involuntarios y hacerle propuesta acorde a la naturaleza del bien jurídico que se pretende tutelar y cubrir.

Resuelto esto el juez puede homologarla o no hacerlo art. 52 inc. 4°. Supongamos que la homologa, ¿estos acreedores ya cobran? No. Cobrarán cuando tengan la sentencia que vale como título verificadorio y ratifiquen o rectifiquen el monto que inicialmente habían insinuado que surgía de la demanda.

Su verificación tempestiva es con el único fin de que existan en el proceso concursal y en el pasivo y se les tenga que hacer necesariamente una propuesta que no se hará efectiva materialmente sino hasta la obtención de sentencia en sede principal. Buscaos evitar así que se homologue una propuesta que no los incluya o que termine por resultarles abusiva y deban solicitar su nulidad.

El juez con el informe general del art. 39 y e consonancia con el art. 16 párrafo 9° atento que allí se establece que si no hubiera fondos líquidos para abonar los acreedores prontopagables, atento la naturaleza alimentaria de su crédito, se deberá afectar el 3% mensual del ingreso bruto de la concursada. Vemos conveniente crear similar disposición en beneficio de los acreedores involuntarios a fin de ir “formando” un fondo de dinero para cuando deba materializarse y efectivizarse el acuerdo homologado atento la naturaleza jurídica humana de estos créditos.

2. QUIEBRA

La propuesta que hacemos es lisa y llanamente que los acreedores involuntarios cobren con los bienes que ingresen al patrimonio del fallido luego de su rehabilitación.

En virtud de la especial tutela que merecen estos acreedores fruto del bien jurídico que ostentan y que la Constitución Nacional, los Tratados sobre Derechos Humanos protegen y,

en consonancia con la cada vez menor satisfacción que existe en el cobro de acreencias de los procesos falenciales creemos que es esa y no otra la solución propicia.

Proponemos modificar la ley de quiebras en este sentido: producida la rehabilitación del fallido, los bienes que ingresen a su patrimonio se afectarán al pago de estas acreencias.

Tradicionalmente la rehabilitación produce el cese de las inhabilitaciones personales, propias de toda quiebra, y también impide que los bienes adquiridos por el ex fallido sean sometidos a desapoderamiento y liquidación falencial, porque, todo eso se ha realizado con su “anterior” patrimonio con respecto a los títulos y causas que lo afectaban temporalmente antes de la declaración de la quiebra.

En conclusión opinamos que así serán satisfechas estas acreencias.

ANEXO

ÍNDICE