

(IN)CONVENCIONALIDAD DEL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS EN LA LEY CONCURSAL ARGENTINA

Alejandra N. Tevez

1. Introducción
2. Prelaciones y preferencias de cobro en la ley de concursos y quiebras: el régimen de los privilegios concursales.
3. El control de convencionalidad. Los tratados internacionales y el conflicto con el derecho interno.
4. Algunos casos paradigmáticos sobre inconventionalidades de la LCQ en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Otras posibles inconsistencias de la normativa interna.
5. Conclusiones

1. Introducción

Como es sabido, la *par condicio creditorum* constituye uno de los principios generales básicos de la ley de concursos y quiebras n° 24.522 (en adelante, "LCQ"). Este principio regula dos tipos de relaciones: (i) la del deudor con los acreedores, prohibiendo que el primero otorgue ventajas a unos en perjuicio de otros; y (ii) la de los acreedores entre sí, impidiendo que algunos se vean perjudicados por otros dentro del concurso¹.

Como regla de paridad, constituye una manifestación del principio de igualdad que tiene raigambre constitucional (CN:16) y convencional (Declaración Universal de Derechos Humanos -arts. 2 y 7-; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre -art. 2-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -arts. 2.1. y 26-; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -arts. 2 y 3-; Convención Americana sobre Derechos Humanos -arts. 1.1 y 24-; Constitución Nacional, art. 75 inc. 22, 2do. párrafo).

Ese principio de igualdad puede formularse del siguiente modo: la ley debe ser para los iguales en igualdad de circunstancias².

¹ García Martínez, R., Igualdad de acreedores en los concursos, LL 1981-B-1024.

² Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. T. 1, Buenos Aires, La Ley, pág. 232.

Recordemos que la reforma constitucional de 1994 adoptó un concepto de igualdad que reemplaza el rigorismo de la igualdad formal por una aproximación a la igualdad material. Según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *“la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrientes según las diferencias constitutivas de ellos”*³. De allí que *“la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del poder legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas”*⁴. En efecto, a partir de la reforma aludida se exige al legislador la instrumentación y promoción de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades de grupos históricamente postergados en el goce de sus derechos (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23).

Como señala Kemelmajer de Carlucci, *“el legislador (y cualquier operador del derecho) pueden establecer diferencias y desigualdades, pues lo que lesiona la igualdad no es la diferenciación normativa sino el establecimiento de distinciones discriminatorias arbitrarias”*⁵.

A la luz de estas consideraciones, cabe preguntarse si el establecimiento de prelación o preferencias de cobro de la LCQ -que constituyen excepciones al principio de la *par condicio*- aparece correctamente resuelto en la normativa local; o si, por el contrario, se contradice con normas de rango superior.

La cuestión ha adquirido cierta notoriedad en los últimos años. Ello así: (i) a partir del dictado de distintos fallos judiciales en supuestos de quiebra en los que se ha puesto en evidencia la falta de adecuación del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos; y (ii) dada la obligación del Poder Judicial de realizar, además del control de constitucionalidad -que tiene por finalidad hacer efectiva la supremacía de la Constitución Nacional consagrada en los arts. 1º, 28 y 31 de la CN-, el control de convencionalidad, que impone analizar la compatibilidad de las normas locales con los tratados,

³ Fallos: 101:401; 124:122; 126:280.

⁴ Fallos: 315:1190.

⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída, La Constitución Nacional y los fundamentos de los privilegios concursales, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 2021-3, “Privilegios”, ed. Rubinzal Culzoni, p.17

pactos o convenciones internacionales⁶.

2.Prelaciones y preferencias de cobro en la ley de concursos y quiebras: el régimen de los privilegios concursales.

El privilegio es la calidad que corresponde a un crédito para ser pagado con preferencia a otro y su origen resulta exclusivamente de la letra de la ley (arg. arts. 2573 y 2574 del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 239 de la LCQ). Configura una excepción al principio de igualdad de los acreedores frente al deudor común, cuyo patrimonio es la garantía de los créditos concurrentes.

La importancia de los privilegios en el derecho y en la economía actual es evidente. Son esencialmente un instrumento de política legislativa, en tanto responden a una valoración axiológica del legislador.

En efecto, evidencian el interés que tiene la sociedad de proteger ciertos intereses, tutelar determinadas situaciones o promover algunas actividades específicas.

En este sentido, ha sido dicho que *“no debe olvidarse que al momento de determinar el orden justo en materia de privilegios el legislador no puede obviar la necesidad de distinguir entre lo que no es igual, estableciendo un régimen en el que todos los acreedores sufran un sacrificio equivalente... Y tal equivalencia, huelga aclararlo, sólo puede lograrse si, por un lado, se asegura la aplicación de iguales reglas a quienes se hallen en la misma situación y, por el otro, se releva de ellas a quienes derivan sus créditos de contextos en los que no se verifica ese presupuesto de hecho...”*⁷.

Así, resulta usual que las legislaciones contemporáneas prioricen la atención de determinados créditos, confiriéndoles algún tipo de beneficio en relación a otros en virtud de su naturaleza u origen⁸.

En esa línea, a partir de determinadas justificaciones objetivas, la ley concursal argentina confiere a determinados créditos un tratamiento especial o una tutela

⁶ Loutayf Ranea, Roberto G., Control de constitucionalidad y de convencionalidad. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial. Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 8

⁷ CNCom., Sala D, 1.10.2013, “Obra Social Bancaria Argentina s/conc prev. s/ inc. de verificación y pronto pago promovido por Ramírez Celia y otro”.

⁸ V. al respecto: Kemelmajer de Carlucci, Aída, Los privilegios en el proceso concursal, Ed. Astrea, Bs. As., 1975, pág. 15 y ss.; Iglesias, José A., Los privilegios en la Ley de Concursos, Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, año 21, pág. 267.

diferenciada tanto en el concurso preventivo como en la quiebra. Prueba de ello es el establecimiento de prioridades y ventajas⁹, en función de las cuales los créditos pueden ser comunes o privilegiados: éstos últimos en la quiebra son satisfechos antes que los primeros (denominados también quirografarios) y en el concurso preventivo cuentan con ciertas prerrogativas de las que carecen aquéllos (vbgr.: en ciertas condiciones las ejecuciones de garantías reales pueden iniciarse o continuarse hasta la percepción del crédito; ese tipo de acreencias sigue devengando intereses; el acuerdo preventivo para acreedores con privilegio especial requiere unanimidad y su fracaso no deriva en la quiebra, etc).

Es que, como explica Satta, la concursabilidad de un procedimiento implica que la consecuencia de la crisis económica del insolvente, esto es, la insatisfacción de los acreedores, sea reparada mediante una regulación igual para todas las relaciones, salvo naturalmente las causas legítimas de prelación, es decir, que las relaciones se presenten ya al concurso como desiguales¹⁰.

La calificación como privilegiado o no de un crédito reviste trascendental importancia para su titular en un contexto de quiebra declarada. Es que, usualmente, la liquidación del activo resulta insuficiente para cubrir la totalidad del pasivo verificado; y los acreedores quirografarios (que carecen de privilegio) ven habitualmente frustrado el cobro de su crédito al ser postergados por los acreedores que detentan alguna preferencia.

3.El control de convencionalidad. Los tratados internacionales y el conflicto con el derecho interno.

El control de convencionalidad, como es conocido, es un concepto surgido de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH"). Fue mencionado por primera vez en el voto del magistrado Sergio García Ramírez en el caso "Myrna Mack Chang c. Guatemala" (del 25/11/2003), aunque la CIDH se refirió directamente a él como una "*especie de control de constitucionalidad*" (sic.) en el caso "Almonacid Arellano c. Chile"¹¹ (2006).

⁹ Tevez, Alejandra N. y De Mario, Gastón J., El sistema de privilegios en el Código Civil y Comercial de la Nación y su impacto en la Ley de Concursos y Quiebras, JA, 2017-III-pág.3.

¹⁰ Satta, Salvatore, Instituciones del derecho de quiebra, Bs. As, ed. Jurídicas Europa-América, 1951, p.5.

¹¹ Sobre desaparición forzada de personas

La doctrina del control de convencionalidad se desarrolla fundamentalmente entre los años 2006 a 2011. Alude a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de sus normas y prácticas nacionales con las internacionales y su jurisprudencia.

El Poder Judicial tiene el deber de realizar ese control: así lo dijo la CIDH en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso c. Perú” en el año 2006.

Inclusive más adelante el mismo Tribunal fue ampliando los alcances de esta obligación. En efecto, en el caso “Cabrera García” (del año 2011) sostuvo que deben realizar este “test” no solo los jueces sino todo órgano que participe de la administración de justicia (vbgr: Ministerio Público Fiscal, Consejo de la Magistratura) y en el caso “Gelman c. Uruguay” (también del año 2011) extendió el alcance de la obligación a cualquier autoridad pública.

Existen ciertas reglas básicas que presiden la verificación de la compatibilidad de normas internacionales con el derecho interno, a saber: (a) la ratificación de un tratado internacional obliga a los Estados a velar por su cumplimiento, por encima del ordenamiento jurídico interno; (b) los jueces como parte del aparato estatal están sometidos a lo que dispongan los tratados; (c) los jueces deben garantizar que los tratados sean aplicados con el objeto de procurar su plena efectividad; y (d) los jueces deben tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que de él hace la CIDH.

4. Algunos casos paradigmáticos sobre inconventionalidades de la LCQ en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Otras posibles inconsistencias de la normativa interna.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación intervino en dos conocidos casos de acreedores que tienen una doble vulnerabilidad: los niños con discapacidad.

En la quiebra de Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia y en la de Institutos Médicos Antártida, se planteó básicamente la misma cuestión: si en un proceso falimentario un menor con discapacidad tenía o no derecho a cobrar su crédito derivado de indemnización por mala praxis médica con preferencia sobre los restantes acreedores. Dicho en otros términos, se puso en tela de juicio la constitucionalidad del régimen de privilegios previsto en la ley concursal, que considera a tales créditos como quirografarios. Si bien los dos

casos resultan análogos, la Corte Suprema los resolvió de forma diametralmente opuesta.

En el primer caso, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencias/quebra s/incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”¹², el Alto Tribunal decidió el 6 de noviembre de 2018, por mayoría¹³, que el niño con discapacidad (parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible) carece de preferencia en el cobro de su crédito frente a los restantes acreedores. Señaló la Corte que los privilegios solo pueden surgir de la ley y que deben ser interpretados restrictivamente; esto último porque constituyen una excepción a la *par condicio creditorum* que tiene sustento en la garantía de igualdad. Subrayó la Corte que el sistema de privilegios de la ley concursal es “cerrado” y no contempla un privilegio en favor de los niños con discapacidad. Por otro lado, entendió que esa decisión del legislador no lesiona derechos constitucionales porque la Convención Sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no contienen referencias específicas a la situación de aquéllos como titulares de créditos en el marco de un proceso concursal; y porque de las normas constitucionales e internacionales no se deriva *necesariamente* la obligación de los legisladores de establecer una preferencia de cobro en el marco de las quiebras. Respecto de esto último, precisó que la mayor protección establecida en esos instrumentos internacionales en favor de los niños solo genera obligaciones en el Estado y no en los particulares; y que cada Estado tiene discreción para determinar el modo en que implementa esa protección, por lo que es tarea de los poderes políticos y no del Poder Judicial establecer en qué ámbitos y con qué alcance la tutela se hará efectiva.

Con escasa diferencia temporal, la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia el 26 de marzo de 2019 en “Institutos Médicos Antártida SA s/quebra s/incidente de verificación (R.A.F. Y L.R.H. de F.)”¹⁴. Una integración distinta del Tribunal¹⁵ propició que la solución final fuera exactamente inversa a la adoptada en el caso anterior. En efecto, en este precedente la Corte sostuvo, por mayoría,

¹² Fallos: 341:1511.

¹³ Con disidencias de los ministros Rosatti y Maqueda.

¹⁴ Fallos 342:459

¹⁵ Como consecuencia de la excusación del ministro Rosenkrantz el Tribunal se integró con la conjueza Graciela Medina.

que el crédito que tiene origen en una mala praxis médica que incapacitó a un niño en forma total (al momento de nacer) debe ser verificado en la quiebra del sanatorio con privilegio especial prioritario frente a cualquier otro. Subrayó que si bien ello constituye una excepción al principio de paridad que rige entre los acreedores y sólo puede resultar de una disposición legal, en el caso se presentaba una situación no podía ser desatendida: las exigencias de normas internacionales con jerarquía constitucional. Tras una muy precisa reseña de los derechos de los niños y de las personas con discapacidad que surgen de normas internacionales (la Convención de los Derechos del Niño, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de los Derechos Humanos), entendió la mayoría del Tribunal que: (i) los privilegios de la ley concursal deben ser integrados con las disposiciones previstas en aquéllos instrumentos; (ii) esos tratados reconocen que los niños con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y le otorgan una mayor protección a sus derechos a la vida, al disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y social; y (iii) esa tutela agravada comprende a la situación de los niños como titulares de créditos en un proceso falencial. Sobre tales bases, declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios de la LCQ con el efecto de impedir que los acreedores hipotecarios cobraran su crédito con anterioridad al del niño con discapacidad.

A través de estos fallos se visualiza claramente que la ley concursal argentina se encuentra, en materia de privilegios, en franca contradicción con normas previstas en tratados internacionales con jerarquía suprallegal.

Y esta situación no se plantea exclusivamente con los créditos de titularidad de los denominados “acreedores involuntarios vulnerables” como categoría en que se encuentran incluidos los menores con discapacidad). En efecto, el problema se extiende también a otro tipo de acreencias, como -por ejemplo- las laborales. Sucede que la LCQ contempla para los créditos laborales un trato diferenciado en el concurso preventivo y en la quiebra, como resultado de la especial tutela que la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales otorgan al trabajo y a la justa remuneración. En este sentido, se reconoce a estas acreencias privilegios generales y especiales, además del derecho al pronto pago -entre

otras ventajas-

En la sentencia dictada el 26.3.2014 en “Pinturerías y Revestimientos Aplicados SA s/quiebra”¹⁶ la Corte Suprema analizó la extensión del privilegio otorgado a los acreedores laborales ante la liquidación de bienes del deudor y revocó una sentencia que resolvió el orden de cobro sobre la base de interpretar en forma aislada las reglas de los artículos 239, 247 y 249 de la LCQ, sin integrarlas con las preferencias establecidas en el Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo¹⁷. El fallo se sustentó en la obligación de efectuar un trato diferenciado a favor de créditos laborales en los términos de los instrumentos internacionales y de los artículos 14 bis, 16 y 75, incs. 22 y 23, de la Constitución Nacional. Este precedente, que admite que el crédito laboral derivado de un accidente de trabajo goza de privilegio por sobre el crédito fiscal, es muy significativo¹⁸. Así porque el Alto Tribunal subraya que los tratados internacionales ratificados por el país tienen jerarquía suprallegal, razón por la cual resulta inaplicable la ley interna que se les oponga.

Finalmente -y sin pretender agotar el elenco de inconsistencias posibles- otra contradicción visible se vincula con la falta de previsiones de la LCQ respecto de los créditos derivados de las relaciones familiares.

En efecto, no obstante la protección específica que otorgan las convenciones internacionales a los alimentos de menores, discapacitados y adultos mayores, el crédito por alimentos a cargo del deudor insolvente carece de prioridad alguna en la ley concursal argentina¹⁹. La gradación quirografaria de este tipo de acreencia se opone a lo previsto, entre otros, por la Convención de los Derechos del Niño, Convención Interamericana sobre derechos de las

¹⁶ Fallos 337:315, RC J 1648/14

¹⁷ La CSJN aplicó el art. 5 del Convenio OIT 173 según el cual *“en caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda”*.

¹⁸ Fue dicho inclusive que *“consagra el fin del sistema de privilegios concursales como un régimen autónomo y sistemáticamente regulado en la ley de concursos y quiebras”* (Segal, Rubén y Toia, Bruno, Prevalentes principios y valores de la Constitución y tratados internacionales en protección de derechos humanos y las normativas concursal y laboral, en RDCO 270, del 16.2.2015 p.49).

¹⁹ Amoreo, María Cristina, El privilegio alimentario en el proceso falencial a la luz de la Convención de los Derechos del Niño: el favor minoris, TR LALEY AR/DOC/1707/2011; Medina, Graciela, Niños frente al concurso o quiebra de sus progenitores, TR LALEY AR/DOC/3564/2020; De Césarís, María Cristina – Boquin, Gabriela F. – García, Silvana M., El crédito por alimentos en la quiebra de la persona humana. Inconstitucionalidad e inconventionalidad del art. 156 LCQ, TR LALEY AR/DOC/3618/2021

Personas Adultas Mayores, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias.

5. Conclusiones

El control de convencionalidad de oficio a la hora de aplicar el régimen de privilegios concursales constituye un deber de la magistratura. Así porque los compromisos asumidos por los Estados parte en los tratados internacionales para hacer efectivos los derechos humanos allí reconocidos, en modo alguno pueden ser ignorados.

En este sentido, y para evaluar la importancia que tiene para nuestro país la incorporación de aquellos textos a nuestro derecho nacional, debe recordarse que, conforme la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados — acuerdo del que la República Argentina es parte—, los Estados no pueden alegar su derecho interno como justificación para dejar de cumplir con las obligaciones asumidas (cfr. art. 27).

En otras palabras: si no se amparan adecuadamente los derechos reconocidos en aquellos tratados, el Estado se expone a una posible denuncia por la violación a los derechos humanos protegidos en la Convención Americana de Derechos Humanos ante su Comisión (art. 19), de acuerdo a su ámbito de competencia y actuación (art. 44 y ss.). Y, adicionalmente, también puede ser objeto de reclamo por su potencial responsabilidad internacional por daño producido por el hecho ilícito ante la CIDH (arts. 51, 61, 63, 67 y 68)²⁰.

De allí que el efectivo control de convencionalidad impone interpretar contextualmente y desde una perspectiva internacional el régimen de los privilegios concursales, que ya no puede ser visto como un sistema cerrado y autosuficiente que se agota en la letra de la ley de concursos y quiebras.

Recuérdese que a partir del criterio consagrado por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional: (a) los tratados internacionales son superiores a las leyes; (b) algunos tratados sobre derechos humanos ostentan rango constitucional; y (c) los tratados de derechos humanos, tengan o no tal jerarquía, son fuentes de derecho de conformidad con los cuales deben

²⁰ En tal sentido: CSJN, 06/08/2013, “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional- Ministerio de Relaciones Exteriores-Prov. De Chubut” (v. en particular el considerando 10).

interpretarse las leyes en los casos contenciosos²¹.

Dicho de otro modo: la hermenéutica de las normas de derecho común debe adecuarse a la comprensión constitucional de los intereses en juego²². Tanto más ello es así a partir de la incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación del proceso de constitucionalización del derecho privado (arts. 1 y 2), que establece una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado. Ello impone que deban tomarse muy en cuenta los tratados en general y los de derechos humanos en particular.

Es que el ordenamiento jurídico no está integrado por compartimentos estancos o antagónicos; antes bien, constituye un todo que debe ser interpretado sistemáticamente.

Se trata, en definitiva, de adecuar la ley concursal a una serie de previsiones contenidas en distintos tratados internacionales que no pueden ser soslayadas. En ese orden de ideas, incumbe al Poder Judicial, como uno de los tres poderes del Estado, adoptar las decisiones pertinentes a fin de hacer efectivos los derechos humanos tutelados por aquellos instrumentos ²³.

Así porque para resolver en función de lo dispuesto por los tratados internacionales ratificados por nuestro país, no es necesaria norma alguna. En efecto, las directivas de aquéllos no son meramente programáticas, sino que pueden -y deben- ser aplicadas directamente a los casos concretos en el ámbito local sin necesidad de que una medida legislativa adicional a la ratificación acordada les confiera operatividad. Así lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el aludido fallo “Pinturerías y Revestimientos Aplicados S.A. s/quiebra”.

En definitiva, resulta una ineludible tarea de los jueces al analizar cada caso concreto realizar oficiosamente el correspondiente control de convencionalidad; y acudir, en su caso, a normas supralegales para integrar nuestro ordenamiento jurídico. Ello así, con el objeto de garantizar a los acreedores afectados el goce pleno y efectivo de sus derechos.

²¹ Rivera, Julio César – Medina, Graciela, directores, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t. I, p.57, Thomson Reuters La Ley, 2014.

²² CNCom., Sala F, 12/11/2020, “3 Arroyos S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de pronto pago por Baigorria, Mauro A.”.

²³ Yuba, Gabriela, El Estado y el deber de proteger a los sujetos vulnerables, TR LALEY AR/DOC/1301/2019.

