

LOS PRIVILEGIOS DE LOS ACREEDORES INVOLUNTARIOS DENTRO DEL RÉGIMEN CONCURSAL VIGENTE A LA LUZ DEL FALLO “INSTITUTOS MÉDICOS ANTÁRTIDA” DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Juan Manuel Paniagua

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

Contacto: jpaniagua@uca.edu.ar

Recibido: 2 de febrero de 2023

Aprobado: 7 de marzo de 2023

Para citar este artículo:

Paniagua, J. M. (2023). “Los privilegios de los acreedores involuntarios dentro del régimen concursal vigente a la luz del fallo ‘Institutos Médicos Antártida’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

Prudentia Iuris, N. 95, pp.145-180

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.95.2023.pp.145-180>

Resumen: El presente aborda la problemática surgida en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ incidente de verificación”, del 2019, en el cual los jueces de ese tribunal otorgaron al actor un privilegio por fuera del sistema regulado en la ley de concursos y quiebras a un acreedor verificado como quirografario en el concurso liquidativo de dicho nosocomio. Declarando, así, la inconstitucionalidad del régimen y amparándose en conceptos indefinidos, como el de dignidad de la persona humana, dejando de lado el fino plexo normativo sobre la materia. Con la particularidad de haber dictado el mismo tribunal solo cinco meses antes la sentencia “Asociación Francesa Filantrópica [...] s/ quiebra s/ inc. de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, en un caso con múltiples semejanzas, habiendo resuelto

la constitucionalidad del régimen, la aplicación de las normas sobre las preferencias concursales y el no otorgamiento del privilegio invocado por el actor.

Palabras claves: Concursos y quiebras, Privilegios, Acreedores, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Seguridad jurídica, Inconstitucionalidad.

The privileges of involuntary creditors within the bankruptcy regime in force in light of the ruling “Institutos Médicos Antártida” of the Supreme Court of Justice of the Nation

Abstract: This paper addresses the problem that arose in the ruling of the Supreme Court of Justice of the Nation, “Institutos Médicos Antártida s/ bankruptcy s/ verification incident” of 2019, in which the judges of that court granted the actor a privilege outside the system regulated in the bankruptcy and bankruptcy law to a creditor verified as unsecured in the liquidation contest of said hospital. Thus declaring the unconstitutionality of the regime and taking refuge in indefinite concepts, such as the dignity of the human person, leaving aside the fine regulatory plexus on the matter. With the particularity of having dictated, the same court only 5 months before the sentence “French Philanthropic Association [...] s/ bankruptcy s/ inc. credit verification by L.A.R. and others” in a case with multiple similarities, having resolved the constitutionality of the regime, the application of the rules on bankruptcy preferences and the non-granting of the privilege invoked by the plaintiff.

Keywords: *Insolvency proceedings and bankruptcies, Privileges, Creditors, Supreme Court of Justice of the Nation, Legal Security, Unconstitutionality.*

I privilegi dei creditori involontari nell’ambito del regime fallimentare vigente alla luce della sentenza “Institutos Médicos Antártida” della Corte Suprema di Giustizia della Nazione

Sommario: Questo contributo affronta il problema sorto nella sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Nazione, “Institutos Médicos Antártida s/ fallimento s/ incidente di verifica”, del 2019, in cui i giudici di quella corte hanno concesso all’attore un privilegio al di fuori il regime disciplinato dalla legge fallimentare e fallimentare ad un creditore accertato chirografario nel concorso di liquidazione del predetto ospedale. Dichiarando così l’incostituzionalità del regime e rifugiandosi in concetti indefiniti, come la dignità della persona umana, prescindendo dal sottile plesso normativo in materia. Con la particolarità di aver dettato, lo stesso tribunale solo 5 mesi prima della sentenza

“Associazione filantropica francese [...] s/ fallimento s/ inc. verifica del credito da parte di L.A.R. ed altri” in una causa dalle molteplici analogie, avendo resuelto la costituzionalità del regime, l’applicazione della disciplina sulle preferenze fallimentari e la mancata concessione del privilegio invocato dall’attrice.

Parole chiave: Procedure concorsuali e fallimenti, Privilegi, Creditori, Suprema Corte di Giustizia della Nazione, Sicurezza giuridica, Incostituzionalità.

1. Introducción

La *justicia*, la *seguridad jurídica* y la *ley* como fuente más cabal del derecho son los valores fundamentales que tiene una sociedad para lograr la convivencia pacífica de sus miembros y alcanzar el bien común.

Es entonces obligado recordar que “es imposible la convivencia si los miembros de la comunidad no dan mutuo crédito a sus palabras y creen que se les dice la verdad; en efecto, la vida social es comunicación recíproca y las conductas interactivas presuponen la posibilidad de prever la respuesta del otro”¹.

De allí que el legislador haya establecido un ordenamiento legal, armonizando los principios del derecho y los valores de la sociedad a través de un alambicado plexo normativo que siempre perseguirá la concreción del derecho en la sociedad y al que todos los hombres estarán ligados sin excepción.

En este sentido, ese legislador de 1995 estableció en la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 un minucioso sistema de preferencias para el cobro de créditos denominados privilegios como una excepción a la regla general de los procesos concursales que es la “*pars conditio creditorum*” y que, como toda excepción, debe ser aplicada restrictivamente y así lo establece el propio ordenamiento al prohibir la creación de privilegios por fuera de la norma.

Dicho esto, en este trabajo de investigación me propuse demostrar que la sentencia de la CSJN “Institutos Médicos Antártida” que sitió en crisis no es ajustada a derecho y no es adecuada al propósito del ordenamiento jurídico que regula el caso al vulnerar el fin al que la norma que se pone en juego se dirige, es decir, lo regulado por los artículos 239 a 250 de la Ley de Concursos y Quiebras, y cuya finalidad es proteger a la masa de los acreedores en los procesos concursales como un adecuado principio de justicia distributiva. Sin pasar por alto y criticar la posición de los ministros de la CSJN al arrogarse facultades legislativas prohibidas por el mandato

1 Bossini, L. A. (202). *La verdad del Derecho*. Circa Humana Philosophia, 19.

constitucional y el más elemental principio republicano creando privilegios cuando la ley especial lo prohíbe explícitamente.

2. Desarrollo

a. Presentación sistemática

Para alcanzar el objetivo de este trabajo existe un sendero argumental anclado en un análisis de las respuestas jurídicas plasmadas en recientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en donde se observa una *cosmovisión* determinada pero que en concreto causan un desconcierto y confusión al observar la palmaria contradicción en sus resoluciones.

Por lo pronto, cabe consignar que tanto el Código Civil y Comercial de la Nación como la Ley de Concursos y Quiebras, siguiendo las aguas de la doctrina presente y de sus antepasados, es decir, del derogado Código Civil argentino y de la derogada Ley de Concursos N° 19.551, no establecen diferencias en cuanto al tratamiento de los privilegios.

b. Propósito

El propósito de este trabajo es dilucidar, de algún modo, si la tarea discrecional de los jueces puede subvertir completamente al orden normativo estatal específico sobre los privilegios concursales, argumentando y basándose en principios generales que benefician a la parte por sobre el todo.

En esta medida, toda sentencia, en un sentido amplio, es un acto político ya que tiene como fin dar solución a una controversia en concreto, pero siempre en miras al bien común de la vida política. En el problema que analizo, desviarse de esa causa fin y colocar los derechos de un particular por sobre ese bien común desvirtúa el fin de la vida política.

c. Hipótesis

En el ordenamiento jurídico argentino el régimen concursal se apoya en un principio clásico de este tipo de procesos de crisis, que es la paridad entre los acreedores que concurren a cobrar sus créditos contra el patrimonio, por si escaso, del deudor, siendo la única excepción el esquema de los privilegios concursales que establece en un catálogo taxativo la Ley de Concursos y Quiebras.

En este sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y la propia Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 (LCQ) establecen que el único modo de romper esta paridad es a través de un ajustado y cerrado elenco de preferencias a los que ambos cuerpos normativos denominan privilegios.

Dicho esto, es menester señalar que estos privilegios, como todo el régimen concursal, son de orden público y, además, regulados en un sistema de número cerrado, es decir, que solo pueden ser creados por la ley.

d. El origen del problema

Ciertamente, el problema que planteo viene dado por el siguiente interrogante: ¿Es adecuado a justicia otorgar privilegios a ciertos acreedores del concurso en función de una situación particular por sobre la regulación de orden público en materia de privilegios de la Ley de Concursos y Quiebras?

El origen de este problema encuentra sustrato jurídico en el fallo “Institutos Médicos Antártida”, del 2019, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en donde los jueces quebrantan el régimen, es decir, rompen ese esquema normativo cerrado de los privilegios y lo otorgan en un caso en donde la ley nada dice, afectando con ello al resto de los acreedores muñidos de privilegios amparados por la manda de la Ley de Concursos y Quiebras.

e. Estado de la cuestión

Como es sabido, el carácter del proceso universal en cuanto concursal se sustenta en la protección de los acreedores para que logren el cobro de sus créditos. El legislador, al reconocer la problemática del deudor insolvente, estableció un sistema de remedios para alcanzar la finalidad de la norma.

Este sistema que, como todo sistema, se sostiene en la perfecta armonía de la interpretación de sus normas, se percibe desnaturalizado al verse alterado por el manejo discrecional de los jueces que, si bien están facultados para la integración e interpretación de las normas, no deben desnaturalizar su finalidad que, como toda ley, es el bien común.

Lo cierto es que el fenómeno de la *constitucionalización* del derecho privado y la inclusión del artículo 3° del CCCN y los tratados internacionales como derecho interno, han abierto una puerta por la cual, de algún modo, se empieza a crear un universo distinto de acreedores a los cuales los jueces discrecionalmente le otorgan privilegios, cosa que les está vedada.

La CSJN, en el fallo “Institutos Médicos Antártida”, da una vuelta de campana al otorgar un privilegio a los denominados acreedores involuntarios (que deberían ser llamados extralegales), luego de haber dictado el fallo

“Asociación Filantrópica Francesa” del 2018 solamente cinco meses antes del fallo “Institutos Médicos Antártida” del 2019, en donde había denegado el otorgamiento del privilegio en un caso con multiplicidad de semejanzas.

De manera sostenida, la excelentísima Cámara Nacional Comercial ha dicho que debe estarse al régimen legal de los privilegios ante estos casos y que, a todo evento, la solución debería pasar por una reforma legislativa y no dejar al arbitrio de la magistratura la subversión del sistema, según lo tiene dicho en la tradicional jurisprudencia emanada de ese tribunal.

Es importante destacar en este punto que la CSJN fue pacífica en sus decisiones hasta que en el año 2019 revirtió drásticamente su postura en el fallo “Institutos Médicos Antártida”. En dicho pronunciamiento, la Corte otorgó un privilegio de primer orden con preferencia de pago por sobre todos los demás privilegios normados taxativamente en la LCQ, amparándose en aspectos referentes a la dignidad del ser humano y en las disposiciones precedentes de los TTIIDHH.

f. Tópicos generales de la legislación sobre concursos y quiebras

A los efectos de iniciar el presente análisis me detendré en apuntar algunos aspectos fundamentales y elementales del régimen concursal con la pretensión, por lo menos aquí, de hacer una reseña de la parte general de los procesos de insolvencia como marco general de estudio.

El derecho concursal tiene una realidad que excede el mero incumplimiento que es la situación de insolvencia, caracterizada ésta por la escasez del patrimonio del deudor que se materializa en un estado de cesación de pagos. En este contexto, la totalidad de los acreedores pretenden ejercer su derecho crediticio sobre la totalidad de la masa patrimonial del deudor, lo cual da la característica de universalidad de este tipo de proceso.

Este escenario es para el deudor un verdadero remedio ante su impotencia patrimonial generalizada, en la cual el Estado, a través de la Ley N° 24.522, Ley de Concursos y Quiebras (LCQ), trata de que se realice la justicia con los acreedores, de signar la política económica nacional con el objetivo de favorecer la continuidad de los negocios, el giro comercial en general, y más allá, el tráfico e intercambio de bienes y servicios cuya finalidad redundará en la generación de riquezas, tratando de dar, al menos, una solución para aquellos a los cuales la situación económica o comercial reinante les produjo este verdadero estado de cesación de pagos.

En este sentido, y con un ordenamiento de marcado carácter de orden público e impregnado de normas imperativas, el legislador trazó un detallado proceso concursal para curar o subsanar a aquellos deudores en los

que aún su situación pueda llegar a tener algún tipo de solución, luego de una negociación y concordato con sus acreedores, para solventar en parte su pasivo (concurso preventivo); o, en su caso, liquidar la totalidad del patrimonio del deudor con la intervención de un funcionario del concurso, llamado síndico, para hacer frente a los créditos insinuados (concurso liquidativo o quiebra).

A esta altura, conviene aclarar que en forma inicial algunos créditos gozan de ciertas preferencias a los que la ley denomina privilegios. Este sistema está regulado de forma tal, análogamente a los derechos reales, como un “*numerus clausus*” o régimen cerrado, es decir, que éstos solo surgen por disposición de la ley, vedando a los particulares y a los magistrados hacer nacer otra clase o tipo de privilegio que no sean los específicamente regulados en los artículos 239 a 250, LCQ. El derecho patrimonial de fondo también regula los privilegios en los artículos 2573 al 2586 del CCCN.

3. Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

a. Introducción

A modo de introito, en este apartado cabe señalar que, en sentido estricto, tal vez no sea preciso hablar de jurisprudencia ya que, a lo sumo, la CSJN ha pronunciado aisladamente, en el caso “Institutos Médicos Antártida”, el criterio que violenta el sistema cerrado de privilegios sin llegar a dar por sentado una *tradición jurisprudencial* sobre el entuerto, por eso en el título colocamos la palabra sentencia y no jurisprudencia.

Más adelante, al abordar la *particularidad* de la diferencia en el pronunciamiento entre “Asociación Francesa Filantrópica” e “Institutos Médicos Antártida”, mencionaré el especial ingrediente, acaso extrajudicial, que dio pie a ese sorprendente, inusitado y extraordinario cambio diametral en la decisión de sus fallos con solo cinco meses de diferencia entre ellos.

Por lo expuesto señalamos, entonces, que darle la categoría de jurisprudencia a este fallo, es decir, dentro de la *teoría clásica* de las fuentes del derecho, otorgar a esa decisión el carácter y fortaleza de ser un medio de expresión del derecho es, a nuestro entender, un desacierto hermenéutico.

En lo que importa aquí, Llambías sostiene: “La jurisprudencia es la fuente de derecho que resulta de la fuerza de convicción que emana de las decisiones judiciales concordantes sobre un mismo punto”². Más allá del

2 Llambías, J. J. (2010). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. (T. I). Abeledo Perrot, 80.

atino conceptual, esto tiene su correlato material en que la tendencia de los tribunales debería seguir los precedentes judiciales en los que, después de haberse dictado sendos fallos en función de la semejanza de los casos concretos bajo análisis, y por cuanto debería emanar de ese hecho una fuerza de convicción en lo sucesivo, “si una regla ha concitado la adhesión de los jueces es porque ella resulta justa, y por ello, la misma doctrina ha de seguir siendo aplicada”³.

Y como también decía Salvat, “La estabilidad de la jurisprudencia tiene la gran ventaja de asegurar la estabilidad de las relaciones jurídicas. Los particulares, en sus transacciones, deben forzosa y lógicamente contar con ella y partir de la base de que cuando los tribunales declaran la validez o la nulidad de una cláusula o cuando fijan el alcance de una disposición legal, no es para consagrar al día siguiente una decisión contraria”⁴. En esta encomiable cita se resume la inconsistencia de la CSJN que, no al día siguiente, pero sí luego de cinco meses, emitió una resolución totalmente contraria. En los acápites siguientes surge palmariamente la contradicción, ya que en el fallo “Asociación Filantrópica Francesa”, del 2018, la CSJN, siguiendo su propia doctrina y la emanada de la CNCom., denegó la concesión del privilegio al acreedor involuntario que lo pretende, para luego, en el fallo “Institutos Médicos Antártida”, del 2019, concederlo, contrariándose a sí misma.

Importa insistir que la configuración de los jueces de un tribunal o las circunstancias particulares de un caso aislado no pueden (sin algún sustento normativo al menos) derribar una construcción legal *dogmática* y *jurisprudencial* que otorga *seguridad* en las relaciones jurídicas y que luce una impronta de la más estricta justicia, y menos podrá este tribunal ir en contra de sus propias decisiones.

b. El fallo de la CSJN “Asociación Filantrópica Francesa”

A los efectos de este trabajo nos detendremos en los *aspectos principales* que serán de relevancia en el desarrollo de la doctrina más relevante emanada de la pieza judicial en examen.

Los hechos del fallo “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros” (Fallos: 341:1511), dictado en noviembre de 2018, son:

³ Ídem.

⁴ Salvat, R. (1954). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. (T. I). Tipográfica Editora Argentina, 23.

Primero: La quiebra de dicha Asociación fue decretada en 2008, y en los hechos, se trata de un caso en el cual el actor reclamó una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de una mala praxis médica ocurrida durante el nacimiento del damnificado directo, quien como consecuencia de esta sufrió la pérdida de la visión y de la actividad motora de sus miembros más una disfunción cerebral que solo le permite hoy expresarse a través de ciertos sonidos.

Segundo: El actor, por intermedio de sus padres, una vez obtenida la sentencia por daños, concurrió a los fines de obtener la satisfacción de su crédito, pero se encontró con la quiebra del nosocomio mencionado. Dicha quiebra motivó al damnificado a pedir la verificación de su crédito, planteando allí la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales. Éste requería de un tratamiento de rehabilitación junto a un acompañamiento como consecuencia de la mala praxis médica.

Tercero: Los hechos generadores del daño tuvieron lugar en 1994. La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la sentencia dictada en primera instancia donde se había declarado la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales establecido en los artículos 239, 214, 242, de la Ley N° 24.522 y verificado en favor del acreedor un crédito con privilegio especial prioritario a cualquier otro.

En *primera instancia* se dictó la inconstitucionalidad en el año 2014, frente a la existencia de un proyecto de distribución de fondos provisional y anticipado. Sin embargo, la Cámara lo revocó, disponiendo que el crédito fuera quirografario. Además, los jueces de dicha Cámara entendieron que el régimen de privilegios concursales de la ley era compatible con los derechos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados invocados, diciendo que los mismos no mencionaban específicamente la situación de los créditos de titulares involuntarios vulnerables en procesos universales.

Por otra parte, también reivindicaron el *principio de objetividad* que rige en materia de créditos según la ley concursal, además de soslayar que es el Estado el sujeto pasivo de las obligaciones establecidas por los tratados internacionales, por lo que no correspondía trasladar esa obligación al resto de los acreedores concurrentes.

Luego de esta situación acontecida, tanto el fiscal general como la defensoría pública de menores e incapaces y más los padres del damnificado interpusieron un recurso extraordinario federal ante dicha Cámara. Allí, los padres del menor con discapacidad plantearon que si el crédito fuese quirografario no se estaría garantizando el derecho a la vida, al disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental espiritual y social.

Entendían que se estaba violando lo dispuesto por los distintos tratados internacionales con jerarquía constitucional. La Corte, por el voto de la mayoría conformada por los jueces Rosenkrantz, Highton de Nolasco y Lorenzetti, confirmó la sentencia de la Sala A y, por lo tanto, el carácter quirografario del crédito verificado.

En dicha sentencia se hizo hincapié en distintos fundamentos. Se menciona el principio de legalidad que rige en cuanto al nacimiento de los créditos y la protección de la seguridad jurídica. En el considerando 9° se habla de la falta de operatividad automática de las Convenciones Internacionales, en cuanto a que no contienen específicamente ninguna indicación en cuanto a personas con discapacidad titulares de un crédito en un proceso concursal, quedando el alcance de dicha protección en la potestad de cada Estado.

Se hace referencia al sistema de frenos y contrapesos entre los tres poderes y se dice que el judicial no debe avanzar sobre prerrogativas que son del legislativo, como es el caso recordándose en el considerando 14 que la declaración de inconstitucionalidad debe ser considerada de última *ratio*.

Se agregó en el considerando 17 que la preferencia que se le da a un acreedor respecto del resto en un concurso es una potestad del Poder Legislativo. En el considerando 18 se hizo énfasis en que es el Estado quien debe desarrollar políticas públicas para asegurar el derecho a la salud reconocido por la Constitución Nacional y los tratados internacionales como principal constreñido y legitimado pasivo de esta obligación.

A continuación, expresaré alguna doctrina judicial que emana de este fallo.

En cuanto al concepto de *privilegio* y el criterio restrictivo de aplicación, el reconocer el carácter de privilegiado a un crédito implica otorgarle el derecho de ser pagado con preferencia a otro, y que tal calidad solo puede surgir de la ley (arts. 3875 y 3876 del Código Civil derogado, 2573 y 2574 del Código Civil y Comercial de la Nación y 239 y ss. de la Ley de Concursos y Quiebra).

Los *privilegios*, en tanto constituyen una excepción al principio de la *par conditio creditorum* –como derivación de la garantía de igualdad protegida por el artículo 16 de la Constitución Nacional–, deben ser interpretados restrictivamente, pues de aceptarse una extensión mayor a la admitida por la ley se afectarían derechos de terceros (cfr. *Fallos*: 330:1055; 329:299 y sus citas, entre muchos otros).

De tal modo, la existencia de los privilegios queda subordinada a la previa declaración del legislador, quien cuenta con amplio margen de discrecionalidad para la distribución de los bienes o agrupación de los acreedores, sin que esté dado a los jueces realizar una interpretación amplia, extensiva o análoga de los supuestos reconocidos por la ley, para evitar que situaciones excepcionales se conviertan en regla general.

En cuanto a la especialidad del régimen de privilegios del derecho concursal, la Ley de Concursos y Quiebras es derecho sustancial y específico, contiene un esquema de unificación de los privilegios y establece en el artículo 239 un sistema cerrado por el cual, en situación de insolvencia, estos se rigen exclusivamente por sus disposiciones, salvo las puntuales remisiones que allí se hacen a regímenes especiales.

Conforme a la *inalterabilidad* del régimen de privilegios, las condiciones personales del acreedor no alteran el régimen de privilegios del ordenamiento concursal, en tanto en el Título IV, Capítulo I de la Ley N° 24.522, donde la asignación de un privilegio responde a la causa o naturaleza del crédito con independencia de la condición del sujeto, no confiere privilegio alguno al crédito de M.B.L., que es el pretense acreedor en el fallo “Asociación Filantrópica Francesa”.

Por lo tanto, según el ordenamiento concursal, no le cabe otro carácter que el de crédito común o quirografario (art. 248). Por otra parte, ni las convenciones internacionales invocadas de persona con discapacidad provocada por la mala praxis médica, ni tampoco la Ley N° 26.061 contienen referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal. Por consiguiente, no se prevé expresamente –ni puede derivarse de sus términos– una preferencia de cobro, por la sola condición invocada, respecto de los restantes acreedores concurrentes, ni la exclusión de sus créditos del régimen patrimonial especialmente previsto por la ley concursal.

No hay duda de que las normas invocadas reconocen que los niños y las personas con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere una mayor protección por parte del Estado, a fin de garantizarles el goce de los derechos humanos fundamentales allí contemplados (arts. 3°, 6°, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 40, 70 aps. 1 y 2, 25 y 28.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Ley N° 26.061). Pero esto no puede vulnerar normas de orden público de derecho interno.

De todos modos, son normas que están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el nivel de vida más alto posible, en particular, en lo que concierne a la salud, la rehabilitación, el desarrollo individual y la integración social.

Admitir el *reconocimiento judicial* de derechos preferentes no previstos en la ley concursal traerá aparejados serios inconvenientes que excederían el ámbito propio de los concursos. La ruptura del régimen legal de privilegios y la creación de un sistema paralelo, *contra legem*, discrecional y casuístico puede conllevar un impacto negativo para la seguridad jurídica en

general. Por ejemplo, la preferencia en el cobro de las acreencias garantizadas con hipoteca y prenda (art. 241, inciso 4° de la Ley N° 24.522) se justifica en los intereses económicos y sociales considerados por el legislador para acordarles dicho privilegio.

En efecto, esa preferencia se vincula con la protección del crédito, que es indispensable para el desarrollo y el crecimiento del país, y que depende, en parte, de la existencia y la eficacia de ciertos instrumentos que, como las garantías, aseguren el recupero del crédito. En el caso concreto, el resguardo de esa preferencia en el cobro se relaciona con la oportunidad y el costo de acceder al crédito que tienen los agentes de salud y, en definitiva, con la adecuada prestación de esos servicios que, de hecho, permiten atender el derecho a la salud de toda la comunidad.

c. El fallo de la CSJN “Institutos Médicos Antártida”

Antes de adentrarnos al análisis de este fallo es imperioso destacar que, en este trámite, el ministro Rosenkrantz se excusó por haber sido letrado del Instituto y en su reemplazo intervino como conjuetz la Dra. Graciela Medina, quien tiene una posición asumida desde el mencionado caso “González, Feliciano”, a favor de reconocer el derecho al pronto pago de esta clase de acreedores vulnerables o involuntarios, ampliando los fundamentos de su decisión al decir que debían aplicarse las disposiciones previstas en instrumentos internacionales referidos a los derechos de los niños y de las personas con discapacidad, siguiendo la misma lógica que el Tribunal había adoptado con relación al crédito de un trabajador en el caso “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.”⁵, por ser de rango superior a la Ley de Concursos y Quiebras.

En la quiebra de “Institutos Médicos Antártida”, los padres del entonces menor de edad B.M.F., hoy mayor de edad discapacitado, dedujeron un incidente de verificación a fin de que se admitiera con carácter privilegiado el crédito quirografario del que era titular su hijo. Señalaron que la acreencia cuya verificación pretendían encontraba su origen en la indemnización fijada en la sentencia recaída el 20 de agosto de 1998 en la causa “F. R. c/ Institutos Médicos Antártida s/ responsabilidad profesionales”, confirmada por la cámara el 30 de mayo de 2003, oportunidad en la que se había hecho lugar a la demanda derivada de los daños y perjuicios que sufrió su hijo con motivo de la mala praxis médica de la que fue víctima en oportunidad de su

5 CSJN, “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/ quiebra”, 2014.

nacimiento el 25 de mayo de 1990, que le había provocado una incapacidad total e irreversible del orden del 100 % (cuadriplejía y parálisis cerebral).

El magistrado de primera instancia, al admitir el pedido, declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los artículos 239, párrafo 1º, 241, 242 parte general, y 243 parte general e inciso 2º, de la Ley N° 24.522, y tuvo por verificado a favor de B.M.F. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier privilegio especial.

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial hizo lugar a los recursos de apelación deducidos por dos acreedores hipotecarios del instituto médico fallido, revocó la sentencia de primera instancia y asignó al crédito en cuestión el carácter de quirografario.

Los padres de B.M.F. y la Defensora Pública de Menores e Incapaces dedujeron sendos recursos extraordinarios que se concedieron.

La Corte Suprema, por mayoría y con los votos concurrentes de los jueces Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti y de la conjuez Graciela Medina –quien integró el Tribunal con motivo de la excusación del juez Carlos Rosenkrantz que había sido abogado de la mencionada institución médica–, declaró formalmente procedentes los recursos extraordinarios, dejó sin efecto la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 16 de la Ley N° 48, declaró para la presente causa la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los artículos 239, párrafo 1º, 241, 242 parte general, y 243 parte general e inciso 2º, de la Ley N° 24.522, y admitió que el crédito a favor de B.M.F. goza de privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio.

En su voto, el juez Maqueda destacó la situación de *extrema vulnerabilidad* en que se encuentra B.M.F. desde su nacimiento –1990– y el tiempo transcurrido sin poder cobrar la totalidad de su crédito reconocido por sentencia judicial firme en el año 2003. En virtud de ello, examinó si las normas internacionales, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, alteraban la preferencia de cobro que establece la Ley de Concursos y Quiebras.

En ese sentido, comenzó por recordar que la vida es el primer derecho de la persona humana y que la preservación de la salud lo integra, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas.

Entendió que aun cuando el privilegio contemplado en la Ley de Concursos y Quiebras fuese una excepción al principio de paridad que rige entre los acreedores de un mismo deudor, la situación excepcional de absoluta vulnerabilidad que se presentaba en el caso no podía ser desatendida por esta Corte Suprema.

En efecto, el crédito se deriva de una mala praxis médica por la que B.M.F. padece una condición cuadripléjica irreversible desde su nacimiento,

agravada por la pérdida de visión y del habla, la alimentación mediante una sonda gástrica y por continuas complicaciones, como el padecimiento de trombosis, escaras y anemia.

Entendió que debía ofrecerse una satisfactoria protección jurídica de la vida y de la salud de B.M.F., respetuosa de la dignidad que es inherente al ser humano y que no signifique una demora que desnaturalice y torne ilusoria la reparación del derecho irreversiblemente dañado.

Consideró, en consecuencia, que las normas concursales cuestionadas no daban una respuesta adecuada y definitiva a la extrema situación de vulnerabilidad descrita y a la especial protección que los instrumentos internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico le otorgaban a la condición en la que se encontraba B.M.F., por lo que correspondía declarar su inconstitucionalidad.

Por último, concluyó que para garantizar a B.M.F. el goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, su crédito debía estar resguardado por un privilegio que lo colocase en un plano superior al de los demás créditos privilegiados.

En su voto, el juez Rosatti, después hacer mérito de la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encontraba el joven B.M.F., precisó que la pretensión debía ser analizada bajo el prisma de los derechos de los niños y de las personas con discapacidad consagrados en los instrumentos internacionales que fueron incorporados a nuestro sistema jurídico con rango superior a las leyes y que complementan los derechos y garantías consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inciso 22, de la Ley Fundamental). Con esa premisa entendió que si una norma infraconstitucional, como es el caso de una ley, violenta los derechos derivados de la dignidad de la persona, deberá concluirse que no es válida y tacharla de inconstitucional.

En ese análisis, entendió que no podía afirmarse que el crédito de B.M.F. sólo protegía un mero interés pecuniario ajeno y escindible de su situación personal en tanto importaba la medida económica del daño inmaterial causado al beneficiario y, por lo tanto, resultaba evidente que tenía por objeto una prestación directamente vinculada con el goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, derecho directamente vinculado con el derecho a la vida con respecto al cual –como lo había señalado esta Corte Suprema en reiteradas ocasiones– todos los demás derechos tenían siempre carácter instrumental.

Asimismo, el juez Rosatti afirmó que en el escenario particular que planteaba el caso, el cuidado especial que demandaba la situación de ostensible vulnerabilidad del joven B.M.F. que, por razones ajenas, vio postergada la satisfacción de su crédito, exigía que se tradujera, ineludiblemente, en

una preferencia en el cobro de dicha acreencia vinculada con la satisfacción de derechos fundamentales. En tales condiciones, concluyó que la declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales se presentaba –al presente– como el único modo de que pudiera tornarse operativa la protección especial prevista en los instrumentos internacionales.

En esa línea, en el voto de la conjuer Medina señaló que atento a que la situación de vulnerabilidad de B.M.F. –en continuo agravamiento– requiere de una solución que la atienda con urgencia, al tiempo transcurrido desde el reconocimiento del crédito por los daños y perjuicios sufridos y a la duración que tuvo el trámite del presente incidente de verificación, corresponde que este Tribunal ponga fin a la discusión en examen y declare, para el presente caso, la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales en cuestión y fije para el crédito de B.M.F. el privilegio especial de primer orden en los términos en que fue reconocido por el juez de primera instancia.

En tanto, en los votos de los jueces Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco se remitieron a su voto en la causa COM 8283/2006/34/CS1 “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, sentencia del 6 de noviembre de 2018, oportunidad en la que se había planteado una situación análoga y resolver a la aquí examinada, confirmando la sentencia apelada.

4. Consideraciones especiales y algunas soluciones desafortunadas por los pronunciamientos judiciales

a. Principales problemas

Este apartado se estructura al compás de las siguientes preguntas de naturaleza ontológica que surgen de los fallos que son la materia de este trabajo:

¿Cuáles son los modos de ser del régimen de privilegios? Este esquema normativo de los privilegios, ¿es un catálogo cerrado de preferencias o una lista declarativa abierta permeable a la ponderación de los jueces?

Para esto es pertinente leer el citado artículo 239 del régimen concursal, en cuanto plasma que “sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo y conforme a sus disposiciones”. La mención de sólo gozarán, así, dicta la norma y aclara los créditos enumerados en este capítulo, lo que indica claramente que no hay ninguna excepción. En la simple interpretación de la palabra “sólo” de la norma queda expuesto que no cabe anormalidad o irregularidad alguna, es decir, que cuando dice “sólo gozarán de privilegios”, y luego menciona los “enumerados en este capítulo” no deja dudas de su carácter cerrado y taxativo.

Luego, teniendo en cuenta que de lo contrario se puede convertir en una triple excepción, es decir, ya el régimen concursal es una excepción al derecho común que plantea el principio de la *par conditio* al de *prior in tempore*, al cual se lo exceptiona, a su vez, con el régimen de privilegios. Dicho esto, entonces, la apertura del sistema de preferencias sería una tercera excepción que tornaría al esquema normativo en algo ilógico, incongruente y contradictorio.

Un principio de hermenéutica básica indica que las normas deben invocarse e interpretarse en primera instancia por sus reglas generales. Pero la realidad del derecho propone muchas veces excepciones a la regla, producto de la multiplicidad de las relaciones jurídicas en la realidad de las cosas. Por ello el legislador, al notar esta particularidad, dota al ordenamiento de excepciones, a través de dispositivos legales para que, de algún modo, no se desvirtúe la armonía del ordenamiento jurídico como un plexo normativo coherente y relacionado. Es menester entonces que las excepciones sean de aplicación restrictiva ya que la pauta debe ser ir por la vía de la regla general y, en casos excepcionales, aplicar lo que la propia norma indica para la invocación de las excepciones.

Dicho esto, la creación de excepciones por la senda pretoriana conculca a esa coherencia, ya que ésta incorpora, a través de la jurisprudencia, una irregularidad en donde el legislador no tuvo la oportunidad de cotejar y concordar con el resto de la propia norma y del ordenamiento general. Esto, sin dudas es una anomalía, porque el juez ante el caso concreto que escapa a la regla general deberá buscar la excepción en la propia norma, y más si ella es de orden público.

En el caso del derecho concursal, donde todas sus normas son de claro carácter de orden público, y que además el legislador se ocupó de mencionar explícitamente que en el esquema normativo de los privilegios nunca y de ningún modo se pueden crear privilegios por fuera de este sistema, soslayar esta manda legal por parte de los jueces vulnera y quebranta la finalidad del régimen.

b. Un nuevo universo de acreedores

Como fue anticipado, al abrir el sistema explicado hasta aquí, deviene la consecuencia de conculcar efectivamente al régimen, dejándolo endeble a las crisis planteadas por los acreedores involuntarios que aparezcan en un futuro justificando cualquier situación de vulnerabilidad creando preferencias donde la ley no reconoce y quebrando el principio fundamental del derecho de la bancarrota que es la "*pars conditio creditorum*", tornando a los privilegios como un "favor" personal más que como una calidad del crédito.

Dicho lo precedente en este punto citaremos lo expuesto en las sesiones del Congreso Nacional producto del proyecto de ley presentado por la senadora Lucila Crexell, en el cual propone una solución al problema planteado otorgando un privilegio general a este tipo de acreedores. Teniendo en cuenta que, si bien no es la más adecuada, por lo menos comporta un principio, una base, una certeza desde la cual partir en las relaciones patrimoniales de los particulares y de cómo se mecanizará y se protegerá la percepción de su crédito ante la situación de impotencia de su deudor.

La cita de la sesión del Congreso expone:

“Aquellos cuyo crédito está generado por omisiones o conductas del deudor en las que existe como causa del vínculo crediticio, la negligencia o la culpa o el dolo de parte de aquél, o que resultan de un criterio de imputación objetivo impuesto al deudor, sin que pueda advertirse participación en la causa del crédito de parte de quien, a la postre, resulta acreedor.

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 quirografarios, dejando desde luego a salvo los privilegios que nacen de la ley.

Alguna doctrina prefiere aludir a la denominación ‘acreedores involuntarios’, aclarando que ella exhibe el elemento distintivo de esta clase de créditos y también permite abarcar situaciones que –aun compartiéndolo– originan con un vínculo de naturaleza contractual, como el caso de un acreedor por lesiones derivadas de un contrato de transporte o de una mala praxis ocurrida en una intervención quirúrgica”⁶.

Para un mayor entendimiento y citando a Graziabile, este autor sostuvo: “[...] tenemos ahora una nueva preocupación que es el efecto concursal sobre los acreedores involuntarios que se relacionan con el deudor insolvente a través de un hecho que ha originado una responsabilidad civil del concursado. No hago referencia exclusivamente a los acreedores extracontractuales, sino que lo que interesa es la involuntariedad de la relación crediticia, en especial en el caso de responsabilidad civil, la cual puede ser contractual o extracontractual, y también limitada a ciertos supuestos de rubros indemnizables”⁷.

6 Senado de la Nación. Secretaría parlamentaria. Dirección general de publicaciones. Proyecto de Ley S-1998/2015.

7 Graziabile, D. J. (2009). *Acreedores involuntarios en el concurso. En busca de una necesaria protección legal frente a la insolvencia del civilmente responsable*. V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia y VII Congreso Argentino de Derecho Concursal, Mendoza.

c. El fallo “Institutos Médicos Antártida” y el empleo del principio general de la dignidad humana o de la equidad como fuente del derecho

En este punto, lo primero a decir es que la aplicación del principio de la dignidad importa cierta controversia. En primer lugar, mencionar el carácter abierto y no específico de su noción; en segundo lugar, la posibilidad de manipular su contenido para fundamentar cualquier decisión y, en tercer lugar, su aparente universalidad que oculta la importancia de los distintos contextos histórico - culturales para determinar su contenido⁸.

Siguiendo aquí al profesor Lafferrière, este nos indica que, en el caso de “Institutos Médicos Antártida”, “no estamos ante uno de esos supuestos indiscutibles en que la dignidad está claramente en peligro”⁹, y agrega aun que “el recurso de la dignidad en este tipo de casos puede dar lugar a usos inconsistentes”¹⁰.

En el comentario al fallo “Asociación Filantrópica”, el jurista Gil Domínguez, en una postura errada, plantea que aceptar la aplicación de la ley concursal por motivos de seguridad jurídica es inadmisibles ante la necesidad de concretar los derechos de una persona con discapacidad protegidos por el bloque de constitucionalidad, ya que en el fallo mencionado se genera un problema de la generalidad de la ley y el caso concreto en el sentido de que el legislador estableció en abstracto una relación de preferencia condicionada e inmutable en torno a la naturaleza de los acreedores. Este comentario, más allá de lucir de laboratorio y ajeno a la situación actual del país, adolece de un equívoco fundamental, que es desconocer el fin de la ley en el más estricto sentido que es el bien común por sobre el bien de la parte.

Con solo una cita de Santo Tomás de Aquino se da una prístina luz a la cuestión: “[...] la ley debe ocuparse primariamente del orden [...] Además, la parte se ordena al todo como lo imperfecto a lo perfecto, y el hombre individual es parte de la comunidad perfecta. Luego es necesario que la ley se ocupe de suyo del orden a la felicidad común”¹¹.

Con esto no estoy significando que la persona con discapacidad deba quedar desprotegida y abandonada a su suerte, sino que subvertir el sistema para atender a la parte por sobre el todo es un yerro y un descuido grave porque se atenta contra el bien común al colocar el bien de un particular por

8 Lafferrière, J. N. (2020). Dignidad humana, equidad y prioridad de cobro en una quiebra: Comentario a la sentencia “Institutos Médicos Antártida” de la Corte Suprema de Argentina. *Revista Internacional de DDHH*, Vol. 10, Núm. 2, 244.

9 *Ibidem*, 245.

10 *Ídem*.

11 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. I-II. Q. 90, a. 2.

sobre él. Entendiendo que, si la *causa fin* de la ley es el bien común, entonces, si se desvirtúa el fin de la ley, en este caso LCQ, causa el desvío de su finalidad y, en el caso en análisis, la CSJN se está apartando del esquema legal de los privilegios, desviándose del fin que la ley indica, para favorecer a lo querido por la parte. Es claro que la decisión del fallo “Institutos Médicos” se aparta del fin de la ley, por lo tanto, la decisión se aparta del bien común.

Quizás aquí Gil Domínguez interpreta que el bien común es la propia satisfacción del sistema normativo haciendo una hermenéutica iuspositivista del caso, aspecto que es, como ya mencioné, totalmente errado como un paroxismo de la construcción solipsista en donde el derecho se encierra sobre sí mismo divorciándose de la realidad. Como ya sabemos, el bien común es “el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a asociaciones e individuos el logro más pleno y fácil de su propia perfección en cuanto a su subsistencia y desarrollo, de allí que siempre el bien del todo es anterior y está por sobre el bien de la parte”¹².

Aristóteles disipa cualquier duda y en el Libro V de su *Ética a Nicómaco* nos dice: “[...] llamamos cosas legales justas a las que promueven y conservan la felicidad y todos sus requisitos en la convivencia política”¹³, teniendo en cuenta que la comunidad perfecta es la ciudad (*polis* para Aristóteles, que nosotros asimilamos al Estado moderno).

Es decir, la responsabilidad, en cuanto a brindar dignidad de la persona humana, en este caso de la persona con discapacidad que sufre un daño que deberá ser indemnizado y que es colocado en una situación de desamparo, debe recaer en los hombros del Estado tal cual lo dicen repetidas veces los TTIIDDHH y nunca en los particulares acreedores de la quiebra.

En una encomiable tesis, finalmente nos dice Tomás: “[...] y como la parte, en cuanto tal es del todo, síguese que cualquier bien de la parte es ordenable al bien del todo”¹⁴.

Es necesario plantear el tema de la equidad, y como primera medida es obligado plantear su definición. Tal como vengo exponiendo, abrevare aquí también en la doctrina de cuño tomista. Por ello, con elogiada claridad, el Angélico dice: “[...] lo bueno es, dejando de lado la letra de la ley, seguir lo que pide la justicia y el bien común. Y a esto se ordena la epiqueya, que entre nosotros se llama ‘equidad’”¹⁵.

Generosamente Santo Tomás nos indicó quién fue su fuente, que en este caso es Aristóteles; a estos efectos, nos dice en su Libro V: “[...] lo

12 Barra, R. (2012). Ordenamiento jurídico y mercado. rodolfobarra.com.ar/index.php/2012/02/ordenamiento-juridico-y-mercado/ (consultado 28/3/2022).

13 Aristóteles (2011). *Ética a Nicómaco*. Tecnos, 186.

14 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II. Q. 58, a. 5.

15 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II. Q. 120, a. 1.

equitativo es lo mejor en la justicia específica, y como tal es algo justo, pero no es mejor que lo justo en sentido genérico que es otro aspecto. Son, pues, entonces equivalentes lo justo y lo equitativo y siendo ambos buenos, en lo particular lo equitativo es lo más preciso. Lo que ocasiona la dificultad es el hecho de que lo equitativo es justo, pero no en orden a la generalidad de la ley, sino en la adecuación de la justicia a la ley¹⁶.

No puedo aquí dejar pasar la oportunidad para citar a nuestros juristas vernáculos. Llambías expone que “la equidad es la versión inmediata y directa del derecho natural, o como dice Savatier, ‘el derecho natural interpretado objetivamente por el juez’¹⁷. Es claro el abandono de cualquier postura o doctrina iuspositivista a esta altura del estado de la ciencia jurídica, como propugna algún sector minoritario de la doctrina totalmente superado y errado.

Por ello, siguiendo a Casares, recordamos que el derecho natural es “aquel conjunto de principios del orden jurídico que deben informar esencialmente toda legislación positiva para que sea de veras derecho o asignación de lo propio a cada uno, de acuerdo con las esenciales exigencias de la naturaleza humana en cada circunstancia”¹⁸.

Inmersos en una sociedad en constante aceleración y dinámica, la dimensión práctica de la judicatura es la de ser un moderado continuador del derecho, del discurso del legislador que debe completar la sugerencia del programa legislativo ajustándose a la exigencia del mandato de legalidad, ponderando, y ya no solamente subsumiéndose, a los principios esenciales en el caso en análisis, que son la *par conditio creditorum* y el régimen de privilegios.

Caminar por extravagantes construcciones jurisprudenciales en esta materia que es resorte fundamental del Poder Legislativo puede producir una experiencia lúdica demasiado costosa para la sociedad; la judicatura debe estabilizar y estilizar en clara armonía el esquema normativo a la realidad de las cosas en un contexto histórico, no puramente argumental por un narcisismo incorregible como una suerte de cesura *irremediable e irredimible*.

La sociedad como un todo es la destinataria del quehacer del servicio de justicia y si ese servicio práctico no se conecta con la realidad se puede caer en un reduccionismo de pomposidad discursiva en vez de brindar la solución en el caso concreto haciendo que el hecho de la vida de alguien o de

16 Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, 197.

17 Llambías, J. J. *Tratado de Derecho Civil...*, 89.

18 Casares, T. (1935). *La justicia y el derecho*. Cursos de Cultura Católica, 163.

algunos quepa en el molde de la solución judicial de la forma más cómoda, pero en sacrificio del principio de legalidad.

Sin dudas que la equidad es una fuente del derecho, pero es menester formular una observación importante, tal cual lo menciona Llambías: “Como la equidad aplicada en todo y por todo puede quebrantar la seguridad de la ley positiva, a veces cuando el bien que pueda quebrantar o menoscabar la ley no sea primordial para la existencia y dignidad del hombre, la prudencia aconseja que ceda la equidad ante la ley para que se salve el orden de la sociedad”¹⁹. Y continúa con la cita, sosteniendo: “Otra cosa sería una obstinación injusta de la justicia, porque pretendería mantener perpetuamente una sociedad en estado deplorable –de inseguridad jurídica– por no privar de su derecho a un individuo”²⁰. Posición esta última que refleja un regreso a la fundamentación tomista.

Por su parte, Julio César Rivera destaca que, “En definitiva, no se trata de que el juez –o árbitro– pueda apartarse del derecho y resolver simplemente lo que le parezca; ello implica poner a la equidad al margen de lo jurídico y se incurre en subjetivismos que en modo alguno puedan conciliarse con la objetividad inherente al derecho”²¹.

De allí que, según Galgano²², la equidad no autoriza a actuar como Salomón, rey absoluto que disponía de la vida y los bienes de sus súbditos, sino que deben moverse dentro del espíritu del legislador. No debe entenderse aquí que haya sumisión del Poder Judicial al Poder Legislativo, pero sí una relación de armonía.

A la afirmación de Galgano dicha más arriba, Broggin expone: “[...] el jurista no construye la decisión equitativa del *ius praetorium* haciéndola surgir directamente de su conciencia, o de los principios generales del *honeste vivere, neminem laedere, sum cuique tribuere*, sino precisando, afinando, corrigiendo la solución precedente positiva, que él encuentra en el texto del *ius civile*”²³.

En el fallo “Institutos Médicos Antártida”, los jueces Medina, Rosatti y Maqueda (voto mayoritario) confunden al otorgar un privilegio creándolo a pesar de la expresa prohibición de la ley al pretensio acreedor involuntario en la verificación de su crédito bajo argumento del empleo del principio de dignidad, pero en realidad se están refiriendo a la equidad denotando allí el error conceptual.

19 Llambías, J. J. *Tratado de Derecho Civil...*, 91.

20 Ídem.

21 Rivera, J. C. (2020). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. (T. I, 7ª ed.). La Ley, 424.

22 Galgano, F. (1991). *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*. Contrato e impreza, 462.

23 Rivera, J. C. *Instituciones de Derecho Civil...*, 425.

Esto se verifica en el siguiente párrafo del considerando 19 que transcribo: “Cuando se juzga que el régimen de privilegios concursales resulta en este caso inconstitucional, ello no implica desconocer que en general no atenta contra la dignidad del hombre, ni contra las convenciones de derechos humanos. Es en este caso donde la aplicación armónica de las normas conduce a una decisión particular, que tenga en cuenta la dignidad del actor y su derecho a la vida, seriamente comprometido, quien prácticamente toda su vida ha litigado para obtener un resarcimiento por la mala praxis sufrida durante su nacimiento”.

Luego, en el considerando 17, Medina menciona las “especialísimas circunstancias del caso”, claro ejemplo del aspecto objetivo que habilitaría, de alguna manera, a la aplicación de la equidad como fuente o modo de expresión del derecho. Necesariamente cabe recalcar que el empleo de la equidad como fuente del derecho es de carácter excepcional (excepcionalísimo, dice Aristóteles en el Libro V de la Ética). Aquí los jueces no se deberían haber arrogado la función de legisladores sino aplicar los dispositivos que la ley claramente les suministra.

Además, los jueces repiten en varias oportunidades constructos conceptuales como “la extrema situación de vulnerabilidad”, “la falta de recursos económicos”, “la urgencia del tiempo transcurrido”; pareciera ser que los acreedores de la quiebra deberían ser los garantes de la salvaguarda de la *dignidad* de la persona humana por sobre la responsabilidad del Estado en esta materia.

A propósito de lo dicho, el juez Maqueda señala en el considerando 15, en su parte pertinente, que la solución “[...] es la que mejor contribuye a la realización de los fines protectores y de justicia tenidos en mira por la organización internacional al dictar los instrumentos examinados”. No se percató que los instrumentos internacionales examinados nada dicen acerca de los acreedores involuntarios en los procesos concursales y la libre interpretación pareciera ser una elucubración que no tiene correlato con la dimensión práctica.

Al hablar de la *equidad* y manifestarnos a favor de la tradición aristotélica refrendada por Santo Tomás y receptada jurídicamente por autores de la talla de Jorge Llambías y Julio César Rivera, siempre la *directriz valorativa* en cuanto al fundamento y límite de la aplicación de esta fuente del derecho es que no debe afectar al bien común, es decir, no colocar el bien de la parte por sobre el del todo. Por eso, el espíritu y finalidad del régimen de los privilegios concursales es restringir la excepción de la paridad entre los acreedores. Espíritu que no debe alterarse como ya dije, porque impregnaría al sistema de un problema irreductible.

La flaqueza de la vía de soporte argumentativo de la resolución del fallo “Institutos Médicos Antártida” a través de una categoría conceptual

forzada emanada de los instrumentos internacionales ya mencionados decantó en un proceso agudo al que, como saldo resultante de este momento de agitación crítica, se fueron sumando otros elementos de ponderación comunicativa, según los cuales el atendimento a pretendidas exigencias internacionales puede, y acaso debe, pasar por alto la *seguridad jurídica* de un orden jurídico con las funestas consecuencias que ello conlleva.

Ahora bien, si aun así el voto mayoritario se empeña en el empleo del principio general del derecho como el invocado, que tal cual expuse es desatinado ya que están haciendo alusión a la *equidad* en vez de a la dignidad, es fundamental hacer una aclaración que ayudara con la correcta y armónica hermenéutica del ordenamiento.

A todo evento, el artículo 2º del CCCN les marca a los magistrados cuáles son las pautas de interpretación a fin de dictar sus pronunciamientos. Este artículo las describe claramente, y dice: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Parece claro advertir aquí que los principios generales no son fuente de derecho sino un patrón de interpretación.

El profesor Rivera sostiene: “La aplicación de los principios generales como fuente de integración requiere, como dato previo, que no exista una normativa aplicable al caso. Es que los jueces deben ajustarse al sistema de fuentes”²⁴.

Por último, el planteo queda expresado en que los principios generales del derecho no pueden operar como fuente de aplicación directa a un caso concreto si existe ley especial que regula las conductas de una determinada materia. Y aquí además existen principios generales de un ordenamiento particular, que en el derecho concursal es la *par conditio creditorum* y el sistema de privilegios que sí son de aplicación directa por ser, ellos, la fuente más cercana al caso, pleito o controversia.

d. La declaración de inconstitucionalidad del régimen de la Ley N° 24.522 y el problema de la seguridad jurídica

En la aproximación a la noción de la *seguridad jurídica*, como piedra fundamental de un Estado de Derecho, y que por sobre todo debe basarse en la coherencia y congruencia de las resoluciones judiciales conforme el orde-

24 Rivera, J. C. *Instituciones de Derecho Civil...*, 396.

namiento jurídico, se exige una especial ponderación y aislar como fuente del derecho a aquellas sentencias que, de alguna manera, alteran y trastocan la interpretación armónica del derecho vigente.

Una de las misiones del Poder Judicial es justamente, ante la puesta en crisis de la norma basada en un caso concreto, hacerles pasar una prueba de constitucionalidad, y más allá de un sentido de estricta justicia, ponderando el caso concreto a la ley con el fin de dar una respuesta a esa controversia, pero siempre bajo el prisma de que esa decisión debe ser justa y congruente con todo el sistema. Tal es la función principal de los jueces y no la de ser protagonistas del proceso atribuyéndose la estelaridad de sus decisiones.

Aristóteles va a decir que “en las leyes reside la salvación de las ciudades [...]”²⁵. El filósofo manifiesta claramente que solo el gobierno de las leyes, en el cual todos están bajo ellas, y esto incluye a los jueces, será el mejor modelo a fin de lograr el bien común político, entonces ante la prevalencia entre la ley y la libre interpretación del magistrado apartándose arbitrariamente de la norma debería prevalecer ésta.

Esa idea se despliega no solamente en que una repetida tradición de sentencias pueda ser fuente del derecho, por lo menos fuente material. Las partes, al acudir a obtener la tutela judicial, pretenden una decisión fundada, pero siempre en el derecho vigente, no en la elucubración de la libre interpretación de la magistratura. El filósofo del derecho Ronald Dworkin dice: “[...] atañe a la responsabilidad del juez y al cumplimiento de su deber el respetar tanto la jurisprudencia anterior como el sistema de fuentes en general”²⁶.

Dicho de otro modo, no se puede dejar de subrayar la tensión que provoca la declaración de inconstitucionalidad de una norma imperativa, como la de nuestro caso en examen, para reemplazarla con una interpretación errada de preceptos como la dignidad humana que no tienen como finalidad la regulación de institutos patrimoniales y que además se crearon con otros principios especialmente aplicables en el derecho de familia.

Sin embargo, la tensión señalada proviene de un ligero análisis metodológico de la cuestión. Es que para declarar la inconstitucionalidad de una norma el juez o tribunal debe reemplazarla con otra y que ella sea conocida por todos, tal cual el principio que informa a todo plexo normativo de conocimiento de la ley, esto importa a que la regla sea anterior y pública y no sea producto de una extraña y excéntrica interpretación que poco tiene que ver con el sentido dado por el legislador a las leyes y el instituto de los privilegios concursales.

25 Aristóteles (2017). *Retórica*. Alianza, 78.

26 Rivera, J. C. *Instituciones de Derecho Civil...*, 396.

Sentado ello, en el esquema de los privilegios que está inserto en el sistema del derecho concursal aparece armónicamente una delicada organización de preferencias valoradas con parámetros que funcionan como los encastres de los engranajes de una maquinaria.

En otros términos, es inconveniente la diametral postura de la CSJN en lo referido aquí, ya que en vez de dar luz a esta cuestión lo que hace es crear una incertidumbre en las relaciones patrimoniales de los particulares. La aludida sentencia produce la parálisis por análisis de los negocios jurídicos y, además, agrega costos de transacción que siempre aumentarán los indicadores económicos a la hora del giro de la plaza comercial. Ya que, ante la inseguridad provocada por este tipo de fallos judiciales, que subvierten un sistema de claro corte económico financiero, los particulares optarán por no contratar o por tomar tantos recaudos en función de garantizar sus acreencias que todo ello inducirá a la menor circulación de bienes y servicios, que redundará en la menor creación de riqueza y, en definitiva, en una sociedad más alejada del bien común.

En síntesis, la seguridad jurídica de una sociedad se debe basar en dos pilares fundamentales, a saber, el criterio de justicia y finalidad de bien común de sus normas y la clara y predecible decisión de sus magistrados. Pareciera ser que nuestro máximo tribunal atenta de lleno contra ello, ya que las dos sentencias de la CSJN analizadas en profundidad precedentemente en este trabajo entran en una insuperable tensión, echando por tierra la ansiada seguridad jurídica.

En definitiva, y en vista al futuro, hay una incertidumbre para aquellos acreedores concursales, y más aún, para cualquier acreedor potencial que, ante el concurso de su deudor se verá perjudicado en la percepción de su crédito, y esto es porque se ajustó a la ley en cuanto a prever el aseguramiento del cobro de su acreencia mediante, por ejemplo, la constitución de un privilegio taxativamente regulado, y ahora por la errónea interpretación de quien debe resguardar y resolver su entuerto, que son los jueces, se ve desprotegido y avasallado.

e. La procedencia de la creación pretoriana de privilegios. El principio de legalidad. Argumento en base a la interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos y el sujeto activo obligado

A todas luces aquí se ve la colisión frontal del principio de legalidad con la creación por parte de la CSJN en “Institutos Médicos Antártida”, pasando

por alto la especial prohibición que no solamente en la ley sino en sus propios precedentes tiene dicho, no habiendo otorgado nunca un privilegio en función de una causa por fuera del régimen concursal.

Julio César Rivera indica: “El origen legal de los privilegios tiene su fundamento en que, si se permitiera a las partes establecerlos por vía de convención, se podrían dar situaciones injustas, por ejemplo, el deudor a su arbitrio podría favorecer a un determinado acreedor en beneficio de otros, burlando de este modo las razones de equidad y justicia que justifican los privilegios. Por los mismos motivos se niega también la posibilidad de crearlos por vía judicial”²⁷.

En el caso en examen, no solamente la CSJN creó un privilegio concursal, sino que además le otorgó una prioridad de pago por encima incluso de los gastos del concurso, lo que atenta contra todo el sistema, ya que eventualmente podrá desfinanciar el proceso concursal, desalentando así a que aquellos que necesiten este remedio legal no concurren a él generando más pérdida de la riqueza, más acreedores insatisfechos y más empresas que no continúen con su giro económico.

El principio de legalidad es el fundamento del sistema jurídico, si bien el intérprete de la ley es el Poder Judicial, y por mandato del artículo 3° del CCCN tiene el deber de resolver “mediante una decisión razonablemente fundada”²⁸, esta decisión debe tener un principio de ponderación, “surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”²⁹.

De la interpretación armónica de estos dos artículos del CCCN se infiere que no toda razón que mitigue el dolor es razón suficiente para apartarse de lo específicamente regulado por el legislador, aspecto que no es admisible.

A todas luces es atendible la catastrófica y lamentable situación del menor afectado por la mala praxis en el caso de “Institutos Médicos Antártida”, pero el sujeto pasivo de la obligación de ocuparse de este asunto, como menciona incontables veces en su fallo la CSJN, debería ser el Estado con sus plenas funciones y prerrogativas, pero no los particulares en cuanto acreedores de una quiebra.

En este punto yerra la Corte al interpretar los tratados internacionales sobre derechos humanos, cuando manifiesta en el considerando 9° del fallo mencionado más arriba que “la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas”. Va

27 Rivera, J. C. (2014). *Derecho Concursal*. (T. III). La Ley, 591.

28 Artículo 3° *in fine* del Código Civil y Comercial de la Nación.

29 Artículo 2° *in fine* del Código Civil y Comercial de la Nación.

de suyo que la masa de acreedores de una quiebra de ningún modo es la *autoridad pública*.

Y continúa diciendo: “[...] el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia [...] a una mejora continua de las condiciones de existencia”; hay aquí, a mi parecer, otro error conceptual, esto es menester de las políticas públicas en materia sanitaria y asistencial del Estado.

Es peligroso darle carta de ciudadanía conceptual, ya que este fallo podría ser el punto de partida de la apertura del régimen de privilegios y que desnaturalizaría todo el sistema del derecho de quiebras. Como expuse, estos argumentos son de una interpretación forzada y errada en cuanto a la determinación clara del verdadero problema aquí que tiene dos frentes que friccionan en sus extremos: por un lado, la atención del afectado y, por otro lado, la seguridad jurídica del todo.

En el considerando 11 la Corte sostiene: “Si bien es cierto que el privilegio contemplado en la Ley de Concursos y Quiebras es una excepción al principio de la paridad que rige entre los acreedores de un mismo deudor, que solo puede resultar de una disposición legal, en el caso que presenta una situación excepcional de absoluta vulnerabilidad que este tribunal no puede desatender en orden a las exigencias de los tratados internacionales citados”. Repite su error en la interpretación de los tratados colocando en cabeza de los privados a las obligaciones del Estado, que en su función administrativa debe dar la asistencia debida y procurar las medidas que resulten pertinentes para hacer efectivos tales derechos.

No puedo pasar por alto, en un breve recorrido cronológico en cuanto al caso que vengo desarrollando, que el hecho del nacimiento y mala praxis que causó la parálisis cerebral ocurrió en 1990, en 1998 obtuvo la sentencia de primera instancia para luego ser confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en 2003, mismo año en el cual se decretó la quiebra de “Institutos Médicos Antártida”.

Ahora la pregunta obligada es, más allá del por demás extenso tiempo que transcurrió entre el hecho y la sentencia, que recién llegaría a la CSJN en 2019, ¿no reparó la Corte en que de haberse obtenido por parte del pretensor la sentencia en un plazo coherente, este hubiese percibido su acreencia por daños pudiendo dar las condiciones de dignidad aducidas una y otra vez en la sentencia traída a este trabajo?

Desde ya que la respuesta es sencilla. El retraso injustificado de la judicatura es lo que agravó la situación del pretensor, no la rígida regulación de los privilegios. Es deber del Estado atender a esto y no, como ya adelanté, perjudicar a los acreedores particulares.

En este escenario es el propio Estado en el retraso en el trámite del juicio por mala praxis que causó la parálisis cerebral al niño en el caso que originó “Institutos Médicos”, lo que causó la falta de tutela judicial efectiva

y agravó las condiciones del menor con discapacidad. Por ello el Estado debería ser, entonces, el sujeto activo obligado, tal como pregonan los tratados sobre derechos humanos.

Si bien la resolución en “Institutos Médicos Antártida” se basa casi exclusivamente en los TTII sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, el más lógico principio de hermenéutica jurídica, y más aún, lo tiene dicho la propia CSJN, que la integración e interpretación de los TTII estarán subordinados a que no contraríen la parte dogmática de nuestra manda constitucional.

Veo en este punto una contradicción frontal entre los argumentos esgrimidos por nuestro máximo tribunal y el artículo 17 de la manda constitucional, en cuanto a que se le está privando la propiedad privada a los acreedores del deudor fallido por una sentencia que el mismo artículo 17 veda a través de la fórmula “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”. Advierto que la sentencia no se funda en la ley especial que regula los concursos, no habiendo congruencia entre la decisión y el derecho aplicable.

En este sentido, la Corte tiene dicho: “En el sistema constitucional argentino las cláusulas de la normativa internacional (y lógicamente sus correlativas interpretaciones) no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional; así lo expresa con claridad el artículo 75, inc. 22, de la Norma Fundamental, al establecer que aquellas normas no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”³⁰

Y agregó: “Postular que el derecho internacional en materia de derechos humanos es siempre más tuitivo que el derecho constitucional en la materia importa consagrar un prejuicio antes que una regla de justicia”³¹.

Una vez más, de lo expuesto se desprende que el privilegio y pronto pago excepcionalísimo dado en “Institutos Médicos Antártida” violenta el artículo 17 de la Constitución Nacional, al afectar indirectamente la propiedad privada de los acreedores en el derecho a la percepción de sus créditos.

Finalmente, el potencial crítico de lo que la sociedad necesita para el mantenimiento del orden jurídico y para la estabilización de sus expectativas crece al abrigo de una abordabilidad normativa, en cuanto a establecer la necesidad de una política económica que reconcilie el sistema conceptual y garantice la seguridad en sus transacciones, su certeza y su previsibilidad

30 CSJN, “ADEMUS y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta - y otro s/ amparo sindical”.

31 Ídem.

con las urgencias sociales. Esto no puede, y no debe, ser puramente discrecional.

De no tener en cuenta lo dicho podríamos caer en el paroxismo de la construcción solipsista, en cuanto a que “si el derecho no se lleva bien con la realidad, peor para la realidad”, como manifestación de autosatisfacción del sistema por sobre la realidad del bien común de una sociedad.

El contenido pragmático del quehacer involucrado en una sofisticación discursiva, por momentos, apasionada, ha descuidado la dimensión de la racionalidad pragmática a la que debe servir todo jurista, es decir, el pragmatismo no pretende decir al jurista lo que no sepa, sino recordarle lo que ya sabe y que muchas veces se olvida frente a la urgencia de cada situación concreta.

A modo de colmar el andamiaje conceptual, el profesor Rivera nos indica: “[...] no hay nada tan peligroso para el ordenamiento jurídico (en concreto, para la seguridad jurídica garantizada por las decisiones judiciales) como un juez que aplica una teoría prescindiendo de los cánones interpretativos y del método legalmente establecido (en particular, el sistema de fuentes). Es irrelevante cuál sea el resultado –en términos de justicia o de injusticia– de tal apartamiento; una sentencia justa dictada al margen del procedimiento legalmente establecido (procedimiento cuyo fin es precisamente la garantía del Estado de Derecho) sencillamente no es de recibo, y ni siquiera es de recibo si por justa se entiende ajustada a derecho”³².

Y luego menciona con una claridad encomiable: “[...] esos principios no abren la puerta a una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desafiaría todos los moldes de las construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho”³³.

De lo expuesto por Julio Rivera destaco que la habilitación de la aplicación del principio general de la dignidad pretendida erróneamente por los jueces Medina, Maqueda y Rosatti, podrá suceder ante una cuestión que no esté resuelta por la ley, lo cual no sucede de ningún modo en el sistema de los privilegios concursales que los mencionados jueces colocan en crisis en el fallo “Institutos Médicos Antártida”.

La Corte no debería apartarse a lo establecido por ella misma en sus fallos anteriores, eso reporta, en palabras del profesor español Miguel Beltrán, como un “terrorismo jurídico”³⁴.

32 Rivera, J. C. *Instituciones de Derecho Civil...*, 397.

33 Ídem.

34 Beltrán, M. (1989). *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, 66.

Este pequeño esbozo intenta, de algún modo, reconciliar todo ese equipamiento jurídico discursivo con las consecuencias a las cuales conduce.

5. Conclusiones

En el ordenamiento jurídico argentino los denominados acreedores involuntarios no gozan de privilegios según el esquema normativo plasmado en los artículos 2573 a 2586 del Código Civil y Comercial de la Nación, ni tampoco en los pertinentes artículos 239 a 250 de la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522.

Como consecuencia de lo dicho, los jueces no pueden de ningún modo crear los privilegios, alterando así un esquema normativo pensado como una herramienta política con impacto jurídico y económico que es resorte exclusivo del Poder Legislativo según la manda constitucional.

De hacerlo de ese modo, se vería palmariamente configurada una arrogación de facultades propias del Poder Legislativo en el Poder Judicial, ya que los jueces no pueden interpretar libremente el catálogo de privilegios que establece la ley, es decir, no podrán crearlos basados en criterios personales.

Los jueces siempre deberán verificar los recaudos legales para el otorgamiento de los institutos jurídicos, en este caso el de los privilegios concursales, y cuya falta neutralizaría los efectos de la norma.

Así las cosas, los jueces no pueden crear analogías para restringir derechos, eventualmente podrán hacerlo para favorecerlos. En este caso los acreedores concursales se ven privados de su derecho por una decisión erróneamente fundada, como vimos en el fallo “Institutos Médicos Antártida”, ya que los magistrados de la CSJN de ningún modo pueden hacerle decir a la ley, o a los tratados internacionales que invoca lo que ellos no dicen ni amparan a través de una forzada interpretación.

Por ello, la única manera de ajustar la situación particular de este nuevo universo de acreedores será por vía de la ley, dando así la pretendida seguridad jurídica que debería impregnar a todo el plexo normativo.

La invocación de la dignidad del ser humano y de los tratados de derechos humanos deberían aplicarse en las materias específicas de las cuestiones y controversias jurídicas suscitadas en hechos que tengan referencia, casi exclusiva, a la persona humana y no alterar relaciones patrimoniales que nacieron al amparo de la ley y a las que las partes se ciñeron con el fin de regular los intercambios de dicha relación jurídica.

Ciertamente, no debemos pasar por alto que esta dicotomía en la respuesta de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal ocasiona, sin du-

das, una situación de inseguridad jurídica que da una estocada de muerte al giro comercial de los negocios en nuestro país.

Esta situación impacta en el estancamiento de la economía tanto en el estrato *macroeconómico* como *microeconómico*, como así también en las relaciones comerciales internacionales, al dar una respuesta jurídica a este tipo de controversias que desalienta la concreción de negocios y las inversiones que posibilitan la generación de empresas, riqueza y empleo genuino.

El fallo “Institutos Médicos”, de nuestro máximo tribunal, sin ser hoy aún calificado como jurisprudencia, ya que hasta el momento solo hay una sentencia que destruye el tan fino sistema de privilegios regulado en nuestro derecho vernáculo, exhibe un desapego a la idea del bien común e interés general de la sociedad que es, y debe ser, la causa fin del estado.

No podemos dejar de hacer una mención en este sentido a que el sistema republicano de división de poderes está estructurado de forma tal que le otorga al Poder Judicial la facultad y potestad de control de las manifestaciones de la voluntad de los otros dos titulares de las funciones del poder.

De allí que el control de constitucionalidad *difuso*, como el que rige en nuestro país, en donde todo magistrado judicial está en condiciones de declarar la inconstitucionalidad total o parcial de una ley, como manifestación de la voluntad del Poder Legislativo, lo debe ejercer y emplear en forma restrictiva, ya que está delimitando las funciones de los otros poderes que son expresión de la voluntad de la sociedad, dado que son poderes que están integrados por personas elegidas por la voluntad del pueblo.

La importancia de lo mencionado radica en que al emitir una sentencia los jueces deben ponderar las condiciones de la sociedad, no pueden estar al margen y tenerse sus fallos como un elemento de laboratorio, como un ejemplo de manual, sino fundarse en la realidad de las cosas y en el bien común del Estado.

La sinuosidad conceptual de la CSJN que se plasmó en los fallos que hemos analizado en este trabajo atenta contra la política económica del país al alterar una de las normas que regula justamente la crisis económica financiera de una empresa. Si bien se prevé el concurso de personas humanas, es dable aquí destacar que la LCQ es aplicada casi en su totalidad a los casos de concursos de personas jurídicas en todas sus variantes y tipos, salvo las exceptuadas especialmente en el artículo 2º de la mencionada ley.

Por lo pronto, entonces, queremos dejar en claro que, si bien los jueces están facultados para declarar la inconstitucionalidad de una norma, esto debe operar en forma restrictiva y más en una regulación plagada de normas de orden público, como la Ley N° 24.522.

La Corte en su inveterada jurisprudencia tiene dicho: “La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, o de alguna de sus partes,

es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada ‘última ratio’ del orden jurídico”³⁵.

Por otra parte, es mandatorio concluir que desatar las manos del juez en este particular caso, para que éste pueda crear la norma en vez de interpretarla, viola la división de poderes; toda vez que en el fallo “Institutos Médicos”, la CSJN da vida a un privilegio donde la ley nada dice. Y eso es lo mismo que arrogarse potestades legislativas, hecho que a todas luces es inconstitucional.

Es dable recordar que la letra del artículo 19 de la Constitución Nacional dice que nadie puede ser válidamente obligado a lo que la ley no manda, pero tampoco le puede ser arrebatado su derecho sin una ley que lo fundamente, como ocurre con el derecho tutelado por el régimen de los privilegios concursales en beneficio de los acreedores y que es violentado en el fallo “Institutos Médicos”.

Finalmente, lo mencionado se integra en el sentido de que alterar el sistema concursal por un caso particular es un peligro que puede conculcar el *orden jurídico* y la estabilidad económica financiera de una sociedad, y más a una como la nuestra, en donde la crisis económica pareciera ser una realidad recurrente.

6. Fuentes y bibliografía

a. Legislación

Constitución Nacional.

Ley N° 24.522. Nacional. Ley de concursos y quiebras. 1995.

Ley N° 26.061. Nacional. Ley de protección integral de los niños, niñas y adolescentes. 2005.

Código Civil y Comercial de la Nación. 2015.

b. Jurisprudencia

CSJN. “Safe S.A. agropecuaria c/ Provincia de Santa Fe s/ demanda ordinaria para que se ordenen actos normales de administración”. 1973. *Fallos*: 301:1540.

CSJN. “Bonfante, Carlos A. c/ Junta nacional de carnes s/ ordinario”. 1974.

CSJN. “Barbarella S.A.C.I.F.I s/ concurso preventivo”. 1978.

35 CSJN, “Barbarella S.A.C.I.F.I. s/ concurso preventivo”, 1978.

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro – Sala I. “González, Feliciano c/ Micrómnibus Gral. San Martín SAC s/ incidente de verificación tardía”. 2006.
- Dictamen del Procurador Fiscal del fallo: “Inmobiliaria financiera y agropecuaria La Ferrolana S.A. s/ quiebra”. 2006.
- CSJN. “Banco Central de la República Argentina s/ incidente de revisión en: Banco Coopesur Coop. Ltda. s/ quiebra”. 2006.
- Suprema Corte de Buenos Aires. “Persini, Ada s/ incidente de revisión en autos Racing Club. Concurso preventivo”. 2009.
- CNCom., Sala D. “Obra Social Bancaria Argentina s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación y pronto pago promovido por Ramírez, Celia y otros”. 2014.
- CSJN. “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/ quiebra”. 2014.
- CSJN. “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”. 2018.
- CSJN. “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ incidente de verificación”. 2019.

c. Estudios bibliográficos

- Alegría, H. (1975). *Algunas cuestiones de derecho concursal*. Ábaco.
- Alterini, J. (2019). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tratado exegético* (T. XI, 3ª edición). La Ley.
- Alterini, A., López Cabana, R., Ameal, O. (2008). *Derecho de las obligaciones*. Abeledo Perrot.
- Anich, J. (2012). *Cooperativas de trabajo en la legislación concursal*. Astrea.
- Aristóteles (2017). *Retórica*. Alianza.
- Aristóteles (2011). *Ética a Nicómaco*. Tecnos.
- Barra, R. (2012). Ordenamiento jurídico y mercado. rodolfobarra.com.ar/index.php/2012/02/ordenamiento-juridico-y-mercado/ (consulta 10/01/2022).
- Barreiro, M., Truffat, E. D. Los acreedores involuntarios: Una cuestión que ronda las puertas del debate concursal. *LL 2008-A*, 714.
- Beltrán, M. (1989). *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Sin lugar.
- Bonnecase, J. (1945). *Elementos de Derecho Civil*. (T. II).
- Bonnecase, J. (1926). *Suplemento al tratado de Baudry Lacantinerie*. (T. III). Paris.
- Borda, G. (1996). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. (T. I). Abeledo Perrot.
- Bossini, L. A. (2020). *La verdad del Derecho*. Circa Humana Philosophia.
- Calvo Costa, C. (2019). *Derecho de las obligaciones*. Hammurabi.
- Casares, T. (1935). *La justicia y el derecho*. Cursos de Cultura Católica.
- Corna, P. M. (2008). *Teoría general de los privilegios*. Cathedra Jurídica.
- Dasso, A. (2007). *Un nuevo derecho concursal en el derecho comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)*. La Ley.
- Di Pietro, A. (2009). *Derecho privado romano*. Abeledo Perrot.
- Escuti, I., Junyent Bas, F. (2015). *Derecho concursal*. Astrea.
- Gebhardt, M. (2008). *Ley de concursos y quiebras*. Astrea.

- Gelli, M. A. (2013) *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*. (T. II). La Ley.
- Gerbaudo, G. (2019). Las autorizaciones de pagos urgentes en el régimen del pronto pago. El necesario diálogo de fuentes en un Estado constitucional y convencional de Derecho. *Diario comercial, económico y empresarial* Núm. 220.
- Graziabile, D. J. (2009). *Acreeedores involuntarios en el concurso. En busca de una necesaria protección legal frente a la insolvencia del civilmente responsable*. V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia y VII Congreso Argentino de Derecho Concursal. Mendoza.
- Graziabile, D. J. (2014). *Régimen concursal*. (T. III). Abeledo Perrot.
- Heredia, P. D. (2000). *Tratado exegético de derecho concursal*. Ábaco.
- Junyent Bas, F., Molina Sandoval, C. (2019). *Ley de concursos y quiebras*. Abeledo Perrot.
- Junyent Bas, F. *Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursal*. La Ley 2007-E-552.
- Lafferrière, J. N. (2020). Dignidad humana, equidad y prioridad de cobro en una quiebra: Comentario a la sentencia “Institutos Médicos Antártida” de la Corte Suprema de Argentina. *Revista Internacional de DDHH*. Vol. 10, Núm. 2.
- Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Instituto de estudios filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Llambías, J. J. (2015). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. (T. I). Abeledo Perrot.
- López Mesa, M. (2020). *Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado*. (T. XIV). Hammurabi.
- López Revól, A. Algunas inquietudes respecto de los acreedores involuntarios. *Estudios de derecho empresario*. ISSN 2346-9404.
- Mariani de Vidal, M. (2016). Cambios en el régimen de privilegios en la reforma del Código Civil y Comercial. *Revista Pensar en Derecho*. Núm. 2.
- Mariani de Vidal, M., Abella, A, (2016). *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*. (T. II). Zavalia.
- Martínez, M. (2019). Régimen de privilegios. Bloque federal de convencionalidad. Acreedor involuntario. La igualación de los desiguales no es igualdad ante la ley. *Revista Código Civil y Comercial*. Año V, Núm. 7.
- Martorell, E. (2012). *Ley de concursos y quiebras comentada*. La Ley.
- Messineo, F. (1971). *Manual de derecho civil y comercial*. (T. IV). Ejea.
- Mazeaud, H., L. y J. (1974). *Lecciones de derecho civil*. (T. IV). Ejea.
- Molinario, A. D. (1941). *Los privilegios en el derecho civil argentino*. Valerio Abeledo.
- Parellada, C. A. (2009). *El acreedor por daños extracontractuales en el proceso concursal*. La Ley.
- Pisani, O. (2012). El acreedor concursal involuntario. Comentario al Fallo “González Feliciano”. Colegio de Abogados de San Isidro.
- Raspall, M. (2019). Acerca de la tutela diferenciada, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales. *Revista del Código Civil y Comercial* (marzo).
- Ribera, C. E. (2019). El acreedor involuntario con privilegio especial. Instituto de Derecho Concursal. Colegio de Abogados de San Isidro.
- Rivera, J. C. (2014). *Derecho concursal*. La Ley.

- Rivera, J. C. (2020). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. (T. I, 7ª ed.). La Ley.
- Rivera, J. C., Roitman, H., Vítolo, D. (2009). *Ley de concursos y quiebras*. (T. IV). Rubinzal Culzoni.
- Rouillon, A. (2014). *Régimen de concursos y quiebras*. Astrea.
- Salvat, R. (1954). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. (T. I). Tipografía Editora Argentina.
- Tomás de Aquino (2015). *Suma Teológica*. T. IX, IIda. – IIda., Cuestión 120. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Tomás de Aquino (2015). *Suma Teológica*. T. VI, IIda. – IIda., Cuestión 58. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Villanueva, J. (2004). *Privilegios*. Rubinzal Culzoni.
- Vítolo, D. (2019). *Ley de concursos y quiebras. Doctrina – Jurisprudencia*. Rubinzal Culzoni.
- Vítolo, D. (2012). *La ley de concursos y quiebras y su interpretación en la Jurisprudencia*. Rubinzal Culzoni.