

XXX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

SAN JUAN 12, 13 Y 14 D SETIEMBRE 2019

COMISIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL

COMISION 1: Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria

“Procesos con personas en condiciones de vulnerabilidad”

**TITULO DEL TRABAJO: “LA TUTELA DIFERENCIADA DE LOS
ACREEDORES VULNERABLES”**

AUTORA: CLAUDIA E. ZALAZAR

DIRECCIONPOSTAL: Francisco Vidal 7012. B° Arguello. Córdoba

TELEFONO: 3512288791

CORREO ELECTRONICO: cursoszalazar@gmail.com

SINTESIS DE LA PROPUESTA

Partiendo de la premisa de la consitucionalización del derecho privado, y con la integración de las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales (principio de convencionalidad) que fueron incorporados a nuestro sistema jurídico como la Convención de los Derechos de Niño o la Convención de las Personas con Discapacidad y a la luz de las 100 reglas de Brasilia, corresponde al juez d una ejecución individual –cuando los fondos ean insuficientes- realizar una interpretación sistémica de las normas (arts. 1 y 2del CCCN) y brindar una mayor protección a las personas vulnerables, debiendo de resultar necesario, quebrar el sistema legal y cerrado de los privilegios a los fines de garantizar el derecho a la salud y una vida digna, fallando en definitiva con perspectiva de vulnerabilidad.

I.-Introducción

Desde hace algunos años irrumpieron en el derecho concursal de nuestro país las “tutelas diferenciadas” o también llamados en doctrina “acreedores involuntarios” dado que comprende a aquellos acreedores que quedaron vinculados con un deudor insolvente por razones ajenas a su voluntad. Los mismos han sido víctimas de un accionar antijurídico del deudor, como por ejemplo una mala praxis o un accidente de tránsito, que les ocasionara un daño grave en su salud, en su integridad física, o en su vida misma.

Sin embargo otra doctrina, considera que el concepto de acreedores involuntarios es insuficiente, ya que ninguna persona quiere sufrir daños, sean los derivados del incumplimiento de obligaciones preexistentes o los que se causan por el deber genérico de no dañar, por lo que se ha considerado que sería más apropiado llamarlos “acreedores extracontractuales”. Ahora bien, no podemos desconocer que dicha distinción entre acreedores contractuales y extracontractuales ha sido desechada en la reforma del Código Civil, por lo que, sin duda, consideramos muchos más acertado hablar de “tutelas diferenciadas” o de “acreedor vulnerable”.

Estas tutelas fueron otorgadas ante casos extremos que requerían soluciones excepcionales, siendo que lo que estaba en juego eran derechos humanos esenciales de rango constitucional y de prioritaria protección. De modo que surgen, cuando se advierte que a estos acreedores no se les podía dar el mismo tratamiento que aquellos cuyas acreencias eran de contenido netamente patrimonial, ya que de quedar comprendidos en los términos de un acuerdo preventivo homologado o de ser sometidos a las reglas del reparto en la quiebra, quedaban sin una justa reparación.

Así fue que, se dictaron los conocidos precedentes que marcaron el camino, el caso “González Feliciano”¹ dictado en el marco de un concurso preventivo y el caso “Fava”² dictado en una quiebra, que tuvieron el enorme

¹SCBA, “González, Feliciano c/ Micrómnibus General San Martín SAC”, 15/07/2015, LLBA, 2006904.

²Juz. Nac. 1ª Inst. en lo Comercial, N° 20, “Institutos Médicos Antártida S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación” (Ricardo Abel Fava - Liliana Rosa Harreguy de Fava), 24/05/2007, LL, 2007-E-552.

mérito de proteger derechos que hacen a una vida digna recurriendo al amparo de normas constitucionales y supraconstitucionales, ante la falta de respuesta de la ley concursal.³ En ambos casos se les dio un trato diferencial del resto de los acreedores concurrentes en el concurso, otorgándose en el primero un “pronto pago de salud” y en el segundo “un privilegio especial de primer rango” con prelación temporal de pago, con fundamento en normas constitucionales y supraconstitucionales.

Ambos casos han sido resueltos ante circunstancias excepcionales y límites que ameritaban también respuestas excepcionales por parte de magistrados intervinientes, y con una nota común, daños personales en la salud e integridad física de ambos acreedores. Se les dio un trato diferencial del resto de los acreedores concurrentes en el concurso, otorgándose en el primero un “pronto pago de salud” y en el segundo “un privilegio especial de primer rango” con prelación temporal de pago, con fundamento en normas constitucionales y supraconstitucionales.

Como hemos mencionado, para un sector de la doctrina estos fallos, si bien son justos, son *contra legem* al apartarse y desconocer la normativa concursal. En cambio para otro sector son fallos tan justos como legales, por encontrarse en juego derechos amparados por la Constitución Nacional que obligan a su indisponible tutela.

Dice BORETTO que se trata, en general en materia concursal, de aquellos acreedores que se han visto afectados por infortunios personales u otros daños cuyo autor ha sido el deudor concursado, y que —pese a la urgencia en obtener las prestaciones correspondientes por razones de salud, alimentarias u otras que no admiten demoras— deben enfrentar las quitas, esperas y los “tiempos muertos” del proceso concursal. En suma, quedan comprendidos todos aquellos acreedores que no están relacionados con el deudor por vínculos negociales o contractuales, y que se encuentren en situación de urgencia (por ej., acreedor de avanzada edad cuya pretensión

³MICELLI, María Indiana, “Las nuevas tutelas diferenciadas del derecho concursal. Los acreedores involuntarios”, *LL Litoral*, Sección Doctrina, febrero 2011, ps. 30 y ss.

encuentra causa en los daños y perjuicios que ha sufrido en un accidente de tránsito mientras viajaba a bordo de un transporte de pasajeros perteneciente a la concursada).

La situación de estos acreedores en otros países ha tenido consagración expresa. Así, hallamos el art. 91 —inc. 5^o—, de la ley concursal española 22/2003, reformada por la ley 38/2011, que regula un privilegio aplicable a estos créditos. Los acreedores involuntarios son ubicados en el quinto orden de los privilegios generales. Pero, además de la consagración del privilegio general en el quinto orden, los acreedores involuntarios son considerados acreedores de la masa cuando: i) el crédito hubiere nacido con posterioridad a la declaración del concurso y en ocasión de la continuación de la actividad, ya fuere profesional o empresarial del concursado; o ii) cuando deriven de la responsabilidad extracontractual del concursado —art. 84.2.5 y 10.

Lo propio ocurre con la Ley de Bancarrotas de EE.UU., que prevé la prioridad en el pago a los créditos alimentarios debidos a hijos o ex cónyuges, o los que deriven de daños generados en el funcionamiento del vehículo motor o marítimo, en caso de que la operación de ese vehículo fuese declarada ilegal por encontrarse el deudor intoxicado por ingesta de alcohol, drogas u otras sustancias (sección 507). También prevé prioridades en el pago en el subcapítulo IV, que trata la reestructuración de pasivos de los ferrocarriles, sección 1071, respecto de un individuo persona física o su heredero, si ésta hubiese fallecido, por un crédito por daños personales o fallecimiento de éste, ello a pesar de que resultan quirografarios. Pareciera que esta legislación hace énfasis en el mayor factor de atribución de responsabilidad del deudor o en la consideración especial de cierta actividad del deudor, como en el caso de los ferrocarriles.

Ahora bien, la piedra de la discordia en nuestro país ha sido que la jurisprudencia les había otorgado a estos acreedores —sin norma concursal expresa en que sustentarse— un tratamiento “privilegiado” (pese a no hallarse

⁴ “Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el N° IV de este artículo. Los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”.

en el elenco de acreedores con privilegio enumerados en la ley N° 24.522), concediéndoles el derecho de pronto pago a créditos que no se encontraban investidos legalmente de esa prerrogativa para su percepción anticipada; soslayando, de esa manera, la “*parscondiciocreditorum*”, la excepcionalidad de los privilegios y los términos de la propuesta de acuerdo preventiva dirigida a los acreedores quirografarios.

Ha sido patrón común en los diferentes casos de “acreedores involuntarios” resueltos por la jurisprudencia que el beneficiario del tratamiento privilegiado ha visto vulnerados derechos amparados por la Constitución Nacional y, especialmente, por los Tratados de Derechos Humanos previstos en el art. 75, inc. 22, Carta Magna (particularmente, derecho a la vida y a la salud, arts. 4º y 5º, CADH). Se ha razonado, en este sentido, que es evidente que una norma particular (la que emerge del acuerdo concordatario) no tiene aptitud para vulnerar aquéllos.

Como podemos apreciar, e independientemente del juicio de valor que hagamos de la “legalidad” de esta jurisprudencia, lo cierto es que una vez más el fenómeno de la “constitucionalización del derecho privado” está latente en cada uno de estos precedentes en materia concursal; la cual ya hemos enfatizado se encuentra ampliamente consagrada en el Código Civil y Comercial.

En efecto, en materia concursal se relativiza el principio de paridad de los acreedores concurrentes en función de derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física, aun cuando el crédito “beneficiado” con el tratamiento distinto no está amparado por prerrogativa o privilegio alguno emanado de la legislación de fondo.

En esta línea argumental, la ley argentina 26.684 agregó al art. 16 de la ley concursal el siguiente párrafo: “Excepcionalmente, el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitan demoras”.

Podríamos sostener *prima facie* que el legislador concursal, con esta reforma, se hizo cargo del fenómeno de la “constitucionalización del derecho privado” y concedió expresamente el beneficio del pronto pago a los “acreedores involuntarios”.

Obviamente estamos frente a un tópico que se inserta dentro del difícil campo de lo opinable o cuestionable. No es de extrañar —entonces— que el título haya dado motivo a diversos y valiosos trabajos doctrinarios⁵, expidiéndose algunos a favor de la aceptación de la institución dentro del seno del proceso concursal; en tanto otros, en cambio, se pronunciaron en oposición a tal solución centrando las críticas principalmente en el hecho de encontrarnos ante una “acreencia común” o “quirografía” con el agregado que la LCQ recepta un sistema de privilegios “cerrado”. Esta última tendencia negativa consideró — entonces— que el acogimiento favorable del acreedor involuntario con preferencia de pago por el juez del concurso implicaba un claro apartamiento de lo establecido en el texto legal específico en vinculación a las preferencias de pago y un sacrificio en desmedro de los restantes acreedores no previsto en la LCQ.

Así, abogando para su reconocimiento y en conexión al tema, se dijo: “[...] los privilegios concursales no han dado solución a las necesidades de los llamados ‘acreedores involuntarios’, que permanecen frustradamente desatendidos, a pesar de la obvia necesidad y urgencia que impone su

⁵ Véase CHOMER, Héctor Osvaldo, “El derecho económico social”, *LL*, 2012-F-788 y “Futuro del derecho concursal”, *LL*, 2012-D-1299; DI LELLA, Nicolás J., “El nuevo escenario concursal de los créditos pronto pagables de origen laboral a propósito de la ley 26.684”, *Dice*, (junio), 3; GRISPO, Jorge Daniel, “Actos ineficaces, pronto pago laboral y créditos beneficiados en la ley 26.684”, *LL*, 2012-A-592; CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo, “El nuevo escenario concursal”, *DJ*, 03/08/2011, 95; MICELLI, María Indiana, “Las nuevas tutelas diferenciadas del derecho concursal. Los acreedores involuntarios”, *LL Litoral*, 2011 (febrero), 30; VAISER, Lidia “Los acreedores ‘involuntarios’ en la ley concursal y en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia”, *LL*, 2010-C-816; TRUFFAUT, Daniel, “Los incidentes de verificación tardía y de revisión y el tema de las costas”, *DJ*, 09/12/2009, 3480; DASSO, Ariel A., “El nuevo derecho concursal y la crisis global”, *LL*, 2009-F-1006; PAREADA, Carlos A., “El acreedor por daños extracontractuales en el proceso concursal”, *LL*, 2009-C-905; DASSO, Ariel A., “El derecho concursal hoy”, *LL*, 2009-B-921; ALEGRIA, Héctor, “Aspectos humanos no patrimoniales en la insolvencia”, *LL*, 2008-F-1134; DASSO, Ariel A., “Un nuevo derecho concursal en el derecho comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)”, *LL*, 2007-A-957; BARREIRO, Marcelo G. - TRUFFAUT, Edgardo Daniel, “Una cuestión que ronda las puertas del debate concursal”; NISSEN, Ricardo A., “Nuevamente la Justicia viene de la mano de los tribunales laborales”, *LL*, 2008-F-530; ANCHAVAL, Hugo Alberto, “Soluciones concursales: ventajas y desventajas”, *LL*, 26/06/2007, TRUFFAT, Edgardo Daniel, “Los lugares sagrados son inejecutables”, *LL Online*, AR/DOC/2128/2013.

situación”. O también abordando el futuro del derecho concursal y con particular referencia a los privilegios y el llamado “acreedor involuntario”⁶, se pregonó: “No se trata entonces de modificar integralmente el orden de privilegios porque siempre podrá aparecer una situación imprevisible que excederá el catálogo; por lo que, según creo, resultaría más eficaz dotar al juez concursal de amplias y flexibles facultades para que fundadamente pudiera postergar algunos de los privilegios o preferencias y pagar aquellos créditos que razonablemente entiendan necesitan de atención prioritaria”⁷. Fue así como poco a poco se fue instalando una tutela “diferenciada”, motivada en la urgencia y naturaleza de la obligación (créditos civiles nacidos del derecho a la salud de jerarquía constitucional).

Hoy calificada doctrina se refiere a los “jueces activistas” que, ante la fácil alternativa de atarse a criterios ortodoxos para la solución del caso, optan por poner en juego todo su ingenio y capacidad argumentativa para resolver un caso que requiere suma atención para un justiciable sumido en una situación de vulnerabilidad⁸. Se trata, ni más ni menos, que de brindar justicia, más allá de normas erigidas como “cotos normativos”.

Y en esta tarea recordemos que el nuevo Código Civil y Comercial les otorgan a los jueces, amplias atribuciones al momento de resolver, sumado a una discrecionalidad sujeta al deber del dictado de una decisión razonablemente fundada (art. 3º, Cód. Civ. y Com.), como podemos recalcar se evidencia en estos pronunciamientos.

II.- Las acreencias comprendidas en la tutela

En esta categoría quedan comprendidos los créditos derivados del resarcimiento de daños a la vida, la salud, la integridad física de una persona, no así los daños materiales que el ilícito produjera. Así, se limita la protección estrictamente a los daños corporales sufridos, sean físicos o psíquicos, ello

⁶ CHOMER, Héctor Osvaldo, “El derecho económico social”, ob.cit., p. 788.

⁷ CHOMER, Héctor Osvaldo, “Futuro del derecho concursal”, ob.cit., p. 1299.

⁸ BARACAT, Edgard. J., “Otra creación de los jueces activistas: el acreedor involuntario”, LL, 2014B-90.

con fundamento en que estos valores tutelados tienen amparo constitucional y supraconstitucional (art. 75, inc. 22, CN).

Ello se debe a la envergadura que ha tomado los últimos años la protección de la salud de las personas, el que se encuentra consagrado por un vasto “*corpus iuris*” internacional: el artículo 25.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 12 del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, el derecho a la salud se reconoce en el artículo 5, apartado e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; el art. 21.1. de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; artículo 24.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, etcétera.

De la lectura de estos párrafos surge sin hesitación alguna que el magistrado, como Poder del Estado, debe sensibilizarse ante estos casos y garantizar que el justiciable logre las indemnizaciones correspondientes que garanticen sus prestaciones de salud, las que se encuentran por encima de las prestaciones meramente materiales o económicas.

Respetando este orden de ideas la Corte Interamericana en un caso reciente; “Poblete”,⁹ considera que de la consolidación del derecho a la salud se derivan diversos estándares aplicables al presente caso relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia o emergencia médica.

La Corte estima que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida a la salud, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Poblete, Vilches y otros vs. Chile”, Sentencia del 08/03/2018 (fondo, reparaciones y costas).

alcanzar a las personas un balance integral. El tribunal en esta línea conceptual ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica eficaz y de calidad, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.

Se entiende, asimismo, que de existir un contrato de seguro que cubra el daño reclamado no corresponde su tutela diferenciada en el concurso, ya que cae la nota de “involuntariedad” que caracteriza a estas acreencias, al ser previsibles y, por ello, asegurables. En este caso la indemnización será obtenida mediante el pago del correspondiente seguro. Y si la aseguradora pagara el siniestro no podrá subrogarse en los derechos del acreedor a fin de obtener prelación o preferencia en el cobro. Ello ya que este es un derecho que sólo le corresponde en su ejercicio y tutela a la víctima del hecho ilícito, titular del crédito insinuado en el concurso. Eventualmente, si pagara una aseguradora y existiera un “saldo insoluto”, en tanto se refiera a los rubros amparados, se entiende que corresponde otorgarle un “privilegio general” pero de rango inferior a los hoy existentes.

Este es el criterio de la mayoría de la doctrina en estos puntos y también parte de las conclusiones arribadas en el *VII Congreso Argentino de Derecho Concursal*.

De todos modos, cualquiera que fuera la valoración que merezcan los decisorios recordados no puede negarse que la sensibilidad judicial empieza a expresarse a través de ellos, y que en dichas resoluciones se valora que quienes han sufrido daños en sus derechos fundamentales no pueden quedar sometidos a reglas que no contemplan con un mínimo de justicia su situación, que los tratan del mismo modo que a cualquier otro acreedor —pese a que existen otros acreedores a los que se atiende en sus particulares circunstancias—. En la quiebra se propone otorgarles un “privilegio general”, que postergue al que actualmente poseen los acreedores laborales, y además un “pronto pago” si contaran con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, o cuando exista un derecho verosímil y urgencia en su tutela, evaluándose un monto mínimo a indemnizar, y existiendo además topes

máximos de reparación. A estos derechos creditorios no se les reconocerá privilegio, ni preferencia temporal si los paga una entidad aseguradora.

III.-Acreedores involuntarios en la ejecución individual

En el caso de las ejecuciones individuales se nos plantea otro interrogante para su aplicación, ya que al haber quedado derogado los privilegios generales en dicha ejecuciones, no existiría *ab initio* posibilidad de establecer dicho privilegio o preferencia, ya que no tendríamos un asiento donde ejercerlo.

En primer lugar los privilegios especiales se encuentran consagrados en el art. 2582 del CCCN, sin que se haga mención al crédito resarcitorio por daños causados a las personas —con mayor razón si se tratan de personas vulnerables o hipervulnerables—; sólo se ha pensado en la inembargabilidad de dichas indemnizaciones conforme a lo dispuesto en el art. 744 del CCCN.

Ahora bien, no podemos desconocer, ante la expectativa de lograr esta protección, todos los inconvenientes con que nos encontramos. Los sistemas de los privilegios en las ejecuciones individuales se encuentran estructurados sobre la base de los acreedores contractuales o fiscales. Se pretende la protección de ciertos acreedores, alentando de alguna manera la generación de algunos de esos créditos (v.gr.: créditos hipotecarios) que implican, sin duda, un impulso de la actividad económica.

En este orden de ideas, consagrar a dicho crédito un privilegio especial en la marco de las ejecuciones individuales, nos lleva a enfrentarnos a un grave obstáculo: no existe privilegio especial sin asiento; y, por lo general, los bienes que se embargan, sobre todo cuando se trata de daños a las personas (que son créditos de montos importantes) suelen ser bienes del deudor que no están vinculados al hecho dañoso, los que —además— no son siempre de valor¹⁰.

¹⁰ OSSOLA, Federico. “Daños causados a recién nacidos y a personas menores de edad. Algunas reflexiones y propuestas”, en TRIGO REPRESAS, Félix A. - BENAVENTE, María Isabel (directores), *Reparación de daños a las personas* dirigido, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 169.

En esta línea podríamos pensar que si el daño ha sido causado por un bien importante (automóvil de alta gama) o en un ámbito físico de propiedad del deudor (v.gr.: un restaurant), el privilegio de la víctima o vulnerable podría tener como asiento dicho bien. El problema se suscitara si el daño no fue provocado por un bien del deudor, si el mismo es de escaso valor o resulta insuficiente para cubrir la indemnización.

OSSOLA, manifiesta que en esos casos “nada obstaría en otorgar un privilegio especial que se derive de la traba de un embargo de un bien registrable del deudor, y que sea oponible a terceros desde el momento de la inscripción del embargo en el correspondiente registro”¹¹.

En nuestra opinión entendemos que no se soluciona el problema acudiendo a la teoría o figura del primer embargante. Sin embargo en esos casos, si no existieran acreedores privilegiados, el juez debería hacer valer la vulnerabilidad del acreedor de menor rango frente al que tendría la prioridad registral, basado en las reglas de interpretación de los artículos 1º y 2º del CCCN, haciendo primar los Derechos Humanos frente a normas de menor rango.

Sin dudas, que lo que va a resultar más vidrioso en este contexto, sería determinar el rango de su pago frente acreedores con privilegio especial, pensando en la enumeración del art. 2582 del CCCN y la protección que realiza cada privilegio, y el estado de necesidad y urgencia de la víctima, sumado a que nos podemos encontrar ante la falta de asiento para ejercer el mismo.

Es una tarea ardua que deberá abordar el juez al resolver cada caso en concreto, como ha sucedido en los casos jurisprudenciales que hemos señalado –particularmente el último dictado por la CSJN-, teniendo siempre en claro la importancia de fallar con “perspectiva de vulnerabilidad”.

Por último pensemos en los estándares establecidos por las 100 Reglas de Brasilia (modificadas en 2018) cuando en la regla 38 al referirse a las medidas de organización y gestión judicial y en particular a la agilidad y

¹¹ Ibídem, ps. 169 y 170.

prioridad manifiesta que “cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia”

De todas formas, consideramos que la solución debería tener ser su consagración legislativa.