

“La liquidación falencial y los terceros vulnerables: nuevos desafíos de la concursalidad”

por Ángel Luis Moia

SUMARIO: Introducción I.- Los intereses alcanzados por la quiebra. II.- Los terceros en la ley concursal III.- La vulnerabilidad como criterio de valoración en el proceso concursal IV.- Los terceros vulnerables en la quiebra: análisis de un caso. V.- Conclusiones

Introducción.

Ha sido causal de júbilo y un honor recibir la invitación a participar en este homenaje al Profesor Héctor Alegria, maestro indiscutido de quienes se avocan al estudio del derecho comercial, y de la materia concursal en particular. Sus enseñanzas han trazado la guía de la legislación y la jurisprudencia nacional, convocando al debate continuo sobre los horizontes de estas materias.

Tuve el gusto y el privilegio de conocerlo personalmente merced a la generosidad de mi maestro y amigo, el Dr. Ricardo S. Prono. En diversos encuentros compartió sus inquietudes y su constante búsqueda de un derecho comercial más realista y humano, ordenado al bien común y orientado por la justicia.

En esta senda, a partir de un señero escrito “Humanismo y Derecho de los negocios”¹, escogimos el tratamiento de algunas de sus proyecciones en el escenario concursal. Allí apuntaba el homenajeado que *“podemos focalizar nuestro análisis del humanismo en las condiciones y consecuencias que derivan de la contemplatio hominem dignitate . La extensión de estas derivaciones no se limita al elenco concreto de los derechos que surgen de los textos expresos humanistas de la Constitución sino de todos los que emanan de una interpretación de tal dignidad según las circunstancias de tiempo, lugar y persona, como resulta de la sana epiqueya. Por tanto y desde este ángulo, que*

¹ ALEGRIA, HÉCTOR; Humanismo y derecho de los negocios, LL 2.004-E-1.206

nos interesa, el humanismo puede entenderse como más amplio que la enunciación concreta de ciertos derechos humanos y puede recibir mayor consagración según el grado de progreso socioeconómico y cultural de los pueblos. Para finalizar esta parte de la exposición, podríamos decir que las normas jurídicas que eventualmente violenten los derechos derivados de la dignidad de la persona, no pueden postergar a éstos. En consecuencia, esas normas concretas serán, para algunos, un no derecho y para otros, más propiamente, un derecho inválido . Claro está que desde el prisma del derecho natural esta conclusión es fácilmente deducible, pero ella tampoco es forzada en cualquier otra visión que parta de la dignidad de la persona”

Desde esta óptica, trataremos una innovadora variante de tutela de derechos fundamentales que aparece en la jurisprudencia: la situación de los terceros no acreedores, afectados por las decisiones tomadas en el proceso liquidativo.

I.- Los intereses alcanzados por la falencia

La especial nota de universalidad que caracteriza a los procesos concursales (art. 1 LCQ), irradia sus efectos a partir del patrimonio falente, alcanzando directa o indirectamente a un grupo de personas que trasciende holgadamente a los acreedores actuales. Estos últimos están convocados a la modalización de sus acreencias según se trate de una reestructuración negociada o, directamente de su percepción en moneda de quiebra.

Esta premisa se resume en el mandato contenido en el art. 125 LCQ *“Declarada la quiebra, todos los acreedores quedan sometidos a las disposiciones de esta ley y sólo pueden ejercitar sus derechos sobre los bienes desapoderados en la forma prevista en la misma.”* La forma prevista por la ley transita por un único juzgado, que concentra los reclamos y vicisitudes derivadas de la insolvencia, según las consecuentes soluciones especiales.

Más allá de la tradicional referencia a los acreedores, la concursabilidad alcanza a otras situaciones jurídicas, sin que se establezcan soluciones en la actualidad para todas ellas. Basta reparar en las problemáticas derivadas de los derechos de propiedad intelectual, los intangibles para reparar en la insuficiencia

del catálogo de disposiciones falenciales. Aún de las situaciones contempladas, existe un vacío especial para las situaciones jurídicas plurales.

En lo sustancial, el legislador ratificó su definición de las relaciones jurídicas comprendidas como sólo obligacionales al regular la solidaridad y algunos casos de concurrencia. En lo procesal, se incorporó la previsión de los distintos litisconsorcios.

En cualquiera de estos escenarios, la magistratura está llamada a dar respuesta desde la situación de excepción de la insolvencia aplicando el sistema normativo en su integralidad y dentro de la racionalidad del sistema. Actualmente, la consideración de un sistema permeable, complejo y ordenado por principios plantea un desafío constante al juez concursal.

Sintetiza estas circunstancias Rouillón cuando afirma que *“los distintos intereses afectados por la insolvencia, las graves repercusiones de ésta y los plurales sujetos involucrados que aspiran a la tutela legal, la necesidad de realizar justicia de tipo distributivo ante la imposibilidad de llevar a cabo la justicia conmutativa, así como los principios orientadores elaborados a través de la historia a los que nos hemos referido, explican la existencia de una legislación diferenciada -la ley concursal- que da respuestas distintas de las del derecho común a los conflictos intersubjetivos que se plantean cuando hay estado de cesación de pagos o insolvencia patrimonial”*²

Tradicionalmente la legislación concursal argentina ha oscilado entre los polos de la relación creditoria alcanzada por la concursabilidad. Maffía relata las vicisitudes de las sucesivas leyes, alternando entre la protección del deudor y la preferencia por los derechos de los acreedores. En este pendularismo se han debatido principalmente nuestras leyes de concursos³.

La revalorización de los intereses colectivos, que trascienden a las partes de la obligación, fue un factor dirimente de la ley 19.551. Sin embargo, la nota distintiva del humanismo que señalaba Alegria exige la consideración de la

² ROUILLÓN, ADOLFO A.N.; Régimen de concursos. Ley 24.522, Buenos Aires, Astrea, 2.017, pág. 14

³ MAFFÍA, OSVALDO J. y B. de MAFFÍA, MARÍA OFELIA; *Legislación concursal. Introducción histórico-crítica*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1.979, pp. 99 y ss; RIVERA, JULIO C. (Dir.), *Derecho concursal*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2.010, pp. 89 y ss para una visión del derecho comparado y 172 y ss. en cuanto al derecho nacional posterior a 1.972

persona humana en cuanto tal, más allá de su rol concreto en una relación jurídica y por sí mismo. Su dignidad, como título eminentísimo valida y justifica el arte del derecho. Por ello sostiene Hervada que *“el fundamento del derecho - de todo derecho-, y en consecuencia el fundamento de la justicia, estriba en el hecho de que el hombre es persona”*⁴

El derecho concursal, así, no ha sido ajeno al proceso de *personalización* del derecho privado y su constitucionalización. En los fundamentos del anteproyecto que hoy es código civil y comercial, se puso de manifiesto que estos dos procesos de los que la reforma es tributaria resultaron basilares para la definición de soluciones concretas.

II.- Los terceros en la ley concursal

En la economía de la ley concursal, los terceros no tienen mayores consideraciones autónomas.

Los terceros, definidos desde una óptica del proceso, tienen un tratamiento definido en la quiebra. Dado que no participan de determinada etapa del trámite el legislador dispone un grado determinado de afectación consecuente con el desarrollo de la liquidación.

De un rápido relevamiento de las previsiones sobre terceros contenidas en el trámite de la quiebra podemos mencionar: el requerimiento para que entreguen a la sindicatura los bienes del fallido que tengan en su poder (art. 88 inc. 3 LCQ); la definición de los alcances de la ineficacia concursal (arts. 115, 119, 120 y 122), la modalización del recupero de los bienes de terceros en poder del fallido (arts. 138 y 188), la readquisición de la posesión (art. 139), el régimen de contratos con prestaciones recíprocas, la promesa de contrato y los derechos del tercero contratante (art. 146) el tratamiento del contrato de comisión (art. 148), la responsabilidad de terceros (arts. 173 y ss.), la situación de los bienes del fallido en poder de terceros ante la incautación (arts. 177, 179).

El art. 142 LCQ fija un principio rector en la materia. La quiebra importa necesariamente una serie de incumplimientos derivados del estado de

⁴ HERVADA, JAVIER; Introducción crítica al derecho natural, Pamplona, Eunsa, 2.001, pág. 64

insolvencia. Las soluciones de excepción que consagra la ley concursal no generan derecho a resarcimiento alguno. Se trata de daños legitimados por el ordenamiento.

Al margen de estas disposiciones que integran el texto original de la ley 19.551, conservados por la reforma de la ley 24.522, la última reforma introdujo una mención adicional al tercero ante la quiebra. Se trata del rediseño del instituto de la continuación de la explotación en la quiebra (art. 189 y ccdtes.). Allí se establece como criterio valorativo *“la ventaja que pudiera resultar para terceros el mantenimiento de la actividad”*.

El cambio de rol en la consideración del tercero resulta palpable. Mientras que tradicionalmente se lo identificó como un sujeto pasivo de las consecuencias de la liquidación, en este supuesto se lo significa como pauta valorativa para avalar judicialmente la continuidad de la actividad de la fallida⁵.

La inserción de este nuevo parámetro resulta un emergente de una relectura de los márgenes de la falencia como tributaria de derechos supraleales que informan al ordenamiento nacional. Como lo apunta Vítolo, el bloque de constitucionalidad ha provocado que la legislación concursal -en concreto se refiere al régimen de privilegios pero sus conclusiones son trasladables a la generalidad del sistema-⁶ se ha tornado porosa y se roto su rígida estructura, abriéndose a nuevas fuentes.

DECONOMI

III.- La vulnerabilidad como criterio de valoración en el proceso concursal.

La paridad de trato como principio basilar del derecho concursal ha experimentado distintos embates que ponen en duda su irrestricta vigencia. Más allá del cuestionamiento estructural que importó la admisión de la categorización de acreedores y la consecuente posibilidad de ofrecer propuestas diferenciadas,

⁵ Una aplicación de esta pauta es la admisión de la continuación ante la incidencia que la actividad de la fallida tiene en el mercado lácteo local y su posible distorsión, cf. J.C.C. y C. n° 9 de Paraná, 30.12.22; COTAPA S.A. S- PEDIDO DE QUIEBRA PROMOVIDO POR ACREEDOR S/ QUIEBRA (Prom. por ALLIAUD JUAN CARLOS Y OTROS) Expte. N° 4641

⁶ VÍTOLO, DANIEL R.; *Privilegios concursales y derechos humanos*, Buenos Aires, *La Ley*, 2.022, pp. 61 y ss

la creciente difusión de las tutelas diferenciadas en el ámbito falencial ha aumentado las dudas sobre su plena vigencia⁷.

A partir de la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia ha desarrollado una fecunda labor de armonización entre las disposiciones legales y los preceptos convencionales. Se trata, como lo consigna el Profesor Alegria, de una reafirmación del valor de la dignidad humana como eje del sistema jurídico⁸.

A lo largo del tiempo los tribunales han hecho mérito a la especial condición de los acreedores concurrentes para valorar la razonabilidad de las propuestas concordatarias homologadas. Así, la avanzada edad fue la pauta sobre la que giró el análisis en el reconocido caso “González, Feliciano”⁹, luego la condición de género se abrió camino en las distintas etapas del trámite¹⁰ y, recientemente, ha justificado el redimensionamiento de los efectos del acuerdo homologado¹¹

En materia de privilegios, la distribución falencial ha tenido diversas aperturas a partir de la aplicación de normas convencionales. En un reconocido precedente se sostuvo que *“La extrema situación de vulnerabilidad del incidentista-condición cuadripléjica irreversible desde el nacimiento que tuvo origen en una mala praxis médica- y la falta de recursos económicos suficientes para afrontar los tratamientos médicos adecuados, sumado a la especial protección que los instrumentos internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico con igual rango constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) le otorgan a su persona, conducen a considerar inconstitucionales las normas concursales en juego -arts. 239, primer párrafo, 241, 242 parte general, 243 parte general e inc. 2° de la ley 24.522- ya que no dan respuesta adecuada,*

⁷ MICELLI, MARÍA INDIANA, Una tutela concursal diferenciada, integral y efectiva, con perspectiva de género, RCCyC boletín de junio de 2.022, pág. 323;

⁸ ALEGRIA, HÉCTOR; Humanismo y derecho de los negocios, op. cit.

⁹ C.C. y C. de San Isidro, sala I, 18.5.04; González Feliciano c/ Microomnibus General San Martín S.A.C., LLBA 2.006-904; SCBA, 5.4.06; González Feliciano c/ Microomnibus General San Martín S.A.C., LLBA 2.006-904

¹⁰ JCC y Familia 3 Nom. de Río Cuarto, 24.2.22; L., A.L. s/ pequeño concurso preventivo, LL ejemplar del 2.6.22, con nota de BOQUÍN, G. y FERNÁNDEZ ANDREANI, P.; Verificación de género y perspectiva de género. Comentario al fallo cordobés “L., A.L. s/ pequeño concurso preventivo”

¹¹ CNCCom., sala F, 15.12.21; Fundación Educar s/ concurso preventivo; RCyC ejemplar de junio de 2.022, pág. 321

definitiva y acorde con la situación al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales”¹²

El mismo Tribunal ha sostenido oficialmente que *“Admitir el reconocimiento judicial de derechos preferentes no previstos en la ley concursal traería 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 fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general”¹³.*

Igualmente, el trámite falencial, ha sido replanteado a partir de su coherencia con las promesas convencionales con respecto a los acreedores laborales¹⁴.

Como puede apreciarse, las razones y los argumentos empleados por la Corte y los demás tribunales que han aplicado estas categorías parten del plano legal, pero ensayan un test de compatibilidad con las previsiones constitucionales y convencionales. Las sentencias señaladas guardan la excepcionalidad de la declaración de inconstitucionalidad,

IV.- Los terceros vulnerables en la quiebra: análisis de un caso

La dimensión tradicional de la concursalidad se ha visto desbordada por nuevos planteos que interpelan a la magistratura a dar una solución. Si bien partiendo de las previsiones de la ley concursal, la respuesta debe conjugar estas premisas con el resto del ordenamiento jurídico (arg. art. 1 C.C. y C.).

Los terceros, no partícipes del proceso pero afectados por su desarrollo, pueden presentarse ante los tribunales concursales a fin de solicitar

¹² Del voto del Ministro Maqueda en Fallos 342:459

¹³ Fallos 341:1.511

¹⁴ Fallos 336:908, donde el Tribunal sostuvo que *Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la petición de la Fiscal General de Cámara, de notificar personalmente o por cédula a los acreedores laborales el último proyecto de distribución en la quiebra y desestimó asimismo el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 218 y 224 de la ley 24.522, en su aplicación a los acreedores laborales, dado que la propia ley autoriza la publicidad del proyecto de distribución de fondos por otros mecanismos alternativos -aunque en determinadas circunstancias- de modo que el tribunal debió examinar la incidencia de dicha cuestión a la luz de la normativa referida respecto de los acreedores laborales que cuentan con una especial tutela, a fin de procurarles la real satisfacción de los créditos adeudados que revisten carácter alimentario.”*

el amparo de sus derechos. Las soluciones que se han dictado dan cuenta de la necesidad de armonizar la situación de escasez propia de la insolvencia, con los derechos fundamentales en juego y los distintos actores que deben garantizarlos.

1.- Un emergente del debate: el tercero condómino en la liquidación

Los ajustes que la realidad de los Derechos Humanos y la vulnerabilidad plantean al sistema concursal encuentran una aplicación concreta en un reciente caso que se resolviera en la primera instancia concursal. En la quiebra de una persona humana -que no ejercía actividad comercial- su ex pareja, condómina con él en un inmueble en el que habitaba, cuestiona la subasta de la mitad indivisa. Alega en su presentación la condición de vulnerabilidad del núcleo familiar conviviente -todos hijos mayores de edad- y del desamparo que produciría la subasta, privándola de la vivienda. Presenta diversas constancias que dan cuenta de la situación de pauperidad y riesgo social en la que vive la familia, señalando que el inmueble en cuestión es su vivienda única¹⁵.

El planteo se originó como un incidente de pedido de suspensión de la subasta, pero el curso del trámite reconfiguró la pretensión hacia la no aprobación de la subasta realizada.

Tradicionalmente la cuestión habría sido considerada como ajena a la materia concursal, avocada principalmente a la pronta liquidación del patrimonio ejecutable en función de los intereses de los partícipes en el proceso. Nótese que, como se apuntó previamente, la discusión no se plantea con respecto a las partes de relaciones jurídicas sustanciales alcanzadas por la concursalidad, a acreedores o al deudor. Se trata de la familia del deudor fallido, que no participó en el concurso ni resultaba acreedora concurrente.

¹⁵ J.C. y C.nº 9 de Paraná, 8.3.23; ALARCON JOSE GABRIEL S-PEDIDO DE QUIEBRA PROMOVIDO POR ACREEDOR S-QUIEBRA (Promovido por COOPERATIVA AGRÍCOLA GANADERA LTDA. GUILLERMO LEHMANN) -Expte. N 3142 S/ INCIDENTE DE SUSPENSION SUBASTA Expte. Nº 4625.

2.- Una primera cuestión: la existencia de un perjuicio actual y la afectación de la vivienda.

El planteo en el caso partía de la invocación de la tutela de la vivienda en distintas convenciones internacionales y en la constitución nacional. Se alegaba que la realización de la mitad indivisa provocaría la privación de la vivienda de la familia del fallido.

Este razonamiento adolecía de una inconsecuencia. Dada la condición de condómina de la peticionante, en el caso de autos la aprobación de la subasta de la parte indivisa realizada en la quiebra principal no alteraría la condición de uso y goce del bien que habita. En efecto, a diferencia de otros supuestos donde la jurisprudencia se ha expedido en función de la desposesión material de la vivienda, en el presente supuesto, la situación fáctica de la incidentante no variará por el hecho de la subasta, sólo cambiando la identidad de su condómino.

A tenor del régimen vigente, cada condómino puede usar y gozar de la cosa conforme su destino (arg. art. 1.986 C.C. y C.). En la causa se realizaron relevamientos sociales en la quiebra en la que se produjo la subasta y en otros procesos remitidos como prueba. De estos surge que el inmueble era una vivienda modesta, cuya ocupación fue debidamente publicitada en aquella causa.

La aprobación de la subasta de la parte indivisa correspondiente al fallido, entonces, no afecta per se el uso y goce que la condómina incidentante tiene en la actualidad. De ahí que no resulte razonable plantear la existencia de una tensión real y concreta entre el derecho de los acreedores y la tutela de hogar familiar.

El perjuicio que sustenta la pretensión resulta eventual ante la subasta y no difiere de la situación jurídica actual. Según se deriva del relato de la causa, la incidentante al individualizar la potencial situación de desamparo que *"si este inmueble se llegara a subastar en un 50%, a la suscripta se le generaría una enorme dificultad, porque, sin lugar a dudas, el supuesto comprador, podría pedir, en cualquier momento, la división del condominio, y con ello la subasta total del inmueble."*

La situación jurídica de la incidentante no cambia con la sustitución de un condómino por otro, ya que tanto el fallido como el adquirente cuentan con idénticas facultades. A su vez, la eventualidad de una división de condominio por parte del nuevo copropietario es una contingencia eventual, entre otras variantes no liquidativas, que carece de actualidad.

La invocada "situación de total desprotección" alegada no se verifica en el caso de autos, en atención a las razones expuestas. Así, no existe una tensión real entre el interés de los acreedores del copropietario fallido y la situación de la condómina incidentante.

El mentado derecho a una vivienda digna, con carácter fundamental, *"está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales, dado que un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes."*, según lo apuntara el Ministro Petracchi.

La aprobación de la subasta no privará a la incidentante del uso y goce del bien, ni generará ciertamente la situación de desamparo que se relata. A su vez, al igual que sucede con el fallido como condómino, el régimen del derecho real común prevé alternativas tutelares concretas para conjurar una eventualidad como la apuntada y la consideración de la situación de vulnerabilidad denunciada.

En otras palabras, el cambio de condómino no altera la situación actual de la incidentante. El mismo temor a la partición del condominio que se invoca como perjuicio que sustenta la pretensión existe igualmente hoy con respecto al fallido.

Este sería otro escenario, sobreviniente a la liquidación, donde podría plantearse el perjuicio actual. Esta misma situación de desamparo y vulnerabilidad podría analizarse como una causal de "nocividad", según las previsiones del art. 2.001 C.C. y C. Así se habilitaría el diferimiento de la división.

3.- Los fundamentos constitucionales y convencionales. Un replanteo de la argumentación de la magistratura concursal.

La cuestión en debate evidencia un replanteo del modo de resolver y justificar las decisiones en el caso. No sólo se encuentran en juego normas legales, sino también constitucionales y convencionales. No sólo normas, sino también principios. Esto revela la necesidad de una argumentación más compleja que la sola subsunción en las previsiones de la ley concursal.

Que, en atención a la configuración de la situación concreta, se decidió que no correspondía imponer a los acreedores concurrentes un sacrificio excepcional, como la sustracción del producido de la liquidación de la parte indivisa de titularidad del fallido. La ponderación de la situación concreta permite admitir la liquidación de esta porción ideal -no del inmueble en su totalidad como confusamente se afirma en la demanda-, sin afectar actual y ciertamente el goce de la vivienda por parte de la incidentante. En este sentido, la Corte Suprema ha puesto de relieve la necesidad de realizar una interpretación tendiente al equilibrio de los derechos en juego, superando la aparente tensión excluyente¹⁶.

En la misma senda Kemelmajer de Carlucci señalaba tempranamente que la magistratura debe actuar las previsiones constitucionales y convencionales¹⁷. Sostiene esta autora que, en el marco de la constitucionalización del derecho privado -criterio informante del código común vigente *"la nueva visión del tema obliga al juez a interpretar los preceptos legales conforme a las pautas constitucionales, aun en contra de lo que podrían ser pautas sólidamente arraigadas en la sociedad. Este modo de interpretar es muy importante pues la realización de la graduación jerárquica entre la norma y un texto constitucional representa un instrumento para garantizar la continuidad y estabilidad de determinadas políticas que, en la elección, se consideran de interés preeminente"*

¹⁶Fallos 330:855

¹⁷KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA R.; Protección jurídica de la vivienda familiar, Buenos Aires, Hammurabi, 1.995, pp 50 y ss.

Desde esta óptica, se ratifica que la realización de la mitad indivisa del fallido no afecta significativamente el derecho invocado por la incidentante, según las pautas constitucionales y convencionales vigentes (arg. arts. 14, 14 bis y 28 C.N.). Como lo explica Toller, *"en resumen, parece claro que en la práctica constitucional no deben existir jerarquías de derechos tasadas previamente ni facturadas con miras al caso, sino que en cada litigio debe realizarse la mejor composición posible de los bienes que parezcan en juego determinando cuál tiene realmente la razón."*¹⁸

Aún desde la propuesta armonizadora planteada por este autor, sintetizada en la afirmación de que *"La tarea consistiría en convertir en una norma hipotética la pretensión y ponerla a prueba del test de razonabilidad, contemplando seis pasos o tests, que luego se exponen con más detalles: existencia y legitimidad del fin, adecuación, necesidad y proporcionalidad de los medios, sumando a estos cinco pasos (que son desglose de los tres subprincipios alemanes) un test más, el del respeto a la garantía del contenido esencial."*, la conclusión resulta idéntica. La subasta derivará en la sustitución de un condómino por otro, sin afectar el contenido esencial del derecho invocado por la incidentante en el caso concreto¹⁹.

En resumidas cuentas, como lo apunta la misma Kemelmajer de Carlucci, la constitucionalización del derecho privado exige una nueva manera de razonar en los casos que requieren ponderación y no sólo la subsunción²⁰.

4.- El rol del estado y la subsidiariedad de la intervención particular.

La situación de la incidentante y su tratamiento excede holgadamente las posibilidades de la resolución de la pretensión que nutre al caso en estudio.

¹⁸TOLLER, FERNANDO; Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales, en RIVERA, JULIO C. (h); Tratado de los derechos constitucionales, T I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2.014, pág. 121

¹⁹Sostiene Toller que, en definitiva, "siempre que parezca que se está ante un conflicto de derechos, en rigor lo único que habrá es que el ámbito formal de un derecho —es decir, el verdadero derecho a tutelar— ha sido estorbado o interferido por el ámbito meramente material de otro derecho." Ibidem, pág. 158

²⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA R.; *Pautas para interpretar el código*, en ZANNONI, EDUARDO A. et al; Código Civil y Comercial; Buenos Aires, Astrea, 2.015, pág. 6

Se trata de una situación compleja que compromete la vida de la incidentante y sus hijos, mayores de edad. En palabras de Úrsula Basset *“no solo puede pensarse que hay una continuidad entre la potencialidad y la condición, en el sentido de que un riesgo de daño vulnera al sujeto que está constantemente expuesto, sino que también que como el significado de vulnerabilidad se desliza de la noción puntual de riesgo o amenaza externa a la condición interna de la víctima, supone un cambio de perspectiva de naturaleza ontológica. Es pasar de un riesgo abstracto a un sujeto concreto que se ve fragilizado existencialmente. Más aún, es un paso intermedio hacia la consideración de la vulnerabilidad como un concepto que describe una condición concreta de un sujeto amenazado hacia la noción de la vulnerabilidad como una condición inherente de la naturaleza humana, que eventualmente puede ser compartida por todos”*²¹

En el caso se señala que el magistrado no puede eludir la ostensible situación de vulnerabilidad de la incidentante y su núcleo familiar, lo que lo interpela a tenor de mandatos constitucionales y convencionales.

Afirmó el Ministro Lorenzetti que *“La razonabilidad significa que sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona atraviese y supere las situaciones de extrema vulnerabilidad; esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando estos piden el auxilio de los jueces”*²². Concepto que se reitera en el voto de los Jueces Maqueda y Rosatti al afirmar que *“a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos y dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico”*²³

²¹ BASSET, ÚRSULA; en BASSET, ÚRSULA y SANTIAGO, ALFONSO (Dirs.); *Tratado de derecho constitucional y convencional de derecho de familia y de las personas*, T I, Buenos Aires, La Ley, 2.022, pág. 351

²² Disidencia del Ministro Lorenzetti en Fallos 345:1.481

²³ Fallos 344:1.788 y que la Corte adopta en pleno en Fallos 344:983

Que, como señeramente ya se planteara en la jurisprudencia de la provincia de Entre Ríos²⁴, la concreción de estos derechos económicos, sociales y culturales, deben ser garantizados por el estado y, solo, subsidiariamente por los particulares. De ahí que, más allá de las consideraciones formuladas previamente sobre la imposibilidad de que sean los acreedores concurrentes lo que deban soportar un sacrificio singular con respecto al planteo del presente incidente.

Sostuvo claramente el Ministro Petracchi que *“el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad, reglamentación que debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, debiendo el Estado realizar el mayor esfuerzo posible para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad de tal derecho a todos sus habitantes.”*²⁵

Con sentido de generalidad, más allá de la situación de grupos determinados, la doctrina ha postulado la implementación de una perspectiva de vulnerabilidad como vector de interpretación y ejercicio de la función jurisdiccional. Afirma Basset que, a partir de los Tratados de Derechos Humanos y desde la misma Constitución, *“básicamente, la vulnerabilidad tiene una triple función: a) Función de sensibilización y detección...b) Función de perspectiva o enfoque: permite evaluar el contexto y no solo el texto de una situación de inequidad. c) Función de fortalecimiento o resiliencia”*²⁶

Desde esta perspectiva, que comprende y contextualiza a otros como la llamada de “género”, corresponde a la magistratura el contribuir al abordaje de las circunstancias que pudieran afectar a las personas vulnerables. El magistrado señala que se ha reconocido pacíficamente en nuestra jurisprudencia

²⁴ S.T.J.E.R., en pleno, 9.4.03; Defensor del Superior Tribunal c/ Estado provincial s/ amparo; Expte. 2704/02, con fallo de primera instancia del J.Familia n° 1 Sec. 4, a cargo entonces del Dr. Roberto O. Parajón

²⁵ Del voto del Ministro Petracchi en Fallos 335:452, en criterio compartido por el resto de los Jueces

²⁶ BASSET, ÚRSULA; en BASSET, ÚRSULA y SANTIAGO, ALFONSO (Dirs.); *Tratado de derecho...op. cit.*, T I, pág. 383

la posibilidad de que las sentencias judiciales exhorten a los poderes públicos a la atención de determinadas situaciones²⁷.

A partir de estas premisas, la sentencia dispone librar oficio a los organismos públicos encargados del tratamiento de la temática de familia e infancia a fin de que se avoque al tratamiento del tema.

V.- Conclusiones

Hace casi veinte años sostenía el Profesor Alegría que *“si la comunidad social fuera imaginada como una nave en medio del océano de los tiempos históricos, el derecho no es a su respecto un ancla, que brinda seguridad, pero impide su movimiento, sino más bien debería vérselo como una gran vela, que absorbe los distintos vientos y con adecuado pilotaje lo lleva también con seguridad hacia el próximo puerto. El futuro dirá cuántos nuevos itinerarios deberá abordar, cuáles serán sus puertos y las inclemencias del viaje. Es la aventura de trasegar una comunidad en dirección a su porvenir”*²⁸

La situación que tomamos como muestra del proceso de constitucionalización y convencionalización del derecho privado encarna esta dicotomía que avizoraba el Profesor Alegría y que interpela a los operadores del derecho a buscar soluciones razonables en cada caso.

Los “nuevos vientos” que agitan la nave exhortan a la magistratura a comprender que su labor excede la sola aplicación de la ley especial, que necesariamente debe enmarcarse en un sistema complejo y poroso. Esto no quiere decir abdicar de la particularidad de la materia concursal, donde debe realizarse el mandato preambular de afianzar la justicia en un marco de extrema escasez y atendiendo prioritariamente a las circunstancias del caso. Es la justicia distributiva, tan poco desarrollada en el campo del derecho privado clásico, la

²⁷Fallos 345:50; 343:1.853, entre otras SAGUÉS, NÉSTOR P.; Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”) y su recepción en Argentina, LL 2.005-F-1461

²⁸ ALEGRIA, HÉCTOR; Humanismo y derecho de los negocios, ; LL 2.004-E-1.206

DECONOMI

AÑO VI – NÚMERO 18

que debe guiar la disposición de las velas. Esto, sin olvidar la vigorosa presencia de la equidad, en tanto justicia correctiva²⁹.

La inserción de los casos concursales en el sistema de derechos humanos replantea la forma de resolver y de argumentar las soluciones, introduciendo el desafío de armonizar su naturaleza con las distintas perspectivas sectoriales, que pueden resumirse en una “perspectiva de vulnerabilidad”. La decisión, en el complejo entramado de fuentes aplicables, no puede contentarse sólo con distribuir la escasez, sino que debe actuar los mandatos y promesas que el constituyente ha realizado, obligando primordialmente al estado en su cumplimiento.

Este el puerto hacia el que debemos llevar la nave transitando los buenos vientos que empujan el velamen del derecho.



DECONOMI

²⁹ MONTEJANO, BERNARDINO; *La equidad como justicia y la equidad como discreción*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1.971, pág. 50 y ss