

EL IMPACTO DEL DERECHO DE LA SALUD EN LAS SOLUCIONES CONCURSALES (*)

GERMÁN GERBAUDO (**)

Resumen: En este trabajo analizamos la manera en que el Derecho de la Salud impacta en las soluciones concursales, exigiendo nuevas respuestas impulsadas por la protección de la persona humana. Observamos que cuando está en juego la salud de las personas se deja de lado la normativa concursal basándose en normas constitucionales y en las emanadas de tratados internacionales. Estudiamos la jurisprudencia actual en donde se advierte que a fin de evitar respuestas injustas y en la necesidad de tutelar la salud de las personas los magistrados se apartan de la normativa concursal que prioriza lo patrimonial.

Abstract: In this paper we analyze the way in which Health Law impacts on insolvency solutions, demanding new responses driven by the protection of the human person. We note that when the health of the people is at stake, the insolvency rules are left out, based on constitutional norms and international treaties. We study the current jurisprudence in which it is noticed that in order to avoid unjust responses and the need to protect the health of the people, the magistrates deviate from the bankruptcy regulations that prioritize the patrimonial.

Palabras claves: Derecho a la Salud. Derecho Concursal. Soluciones concursales.

Key-word: Right to health. Insolvency Law. Solutions for bankruptcy.

I. Introducción

El objeto de esta colaboración es analizar desde la Teoría General del Derecho las relaciones que se suscitan entre el Derecho de la Salud y el Derecho Concursal.

El Derecho de nuestro tiempo exige realizar miradas desde el complejo jurídico y no parciales. En la actualidad, no es posible considerar a los distintos microsistemas jurídicos como compartimentos estancos. Por el contrario, es necesario analizar las relaciones que las distintas ramas del Derecho presentan en el complejo jurídico y observar como las nuevas ramas del Derecho muchas veces impactan en las ramas tradicionales.

La relación entre el Derecho de la Salud y el Derecho Concursal no resulta sencilla y así se generan situaciones de tensión debido a los distintos intereses en juego en cada una de esas ramas. El Derecho a la Salud se exhibe como un Derecho fundamental de las personas.¹ Hoy se presenta como una rama jurídica autónoma, con una autonomía originaria, con importantes despliegues en lo legislativo, judicial y administrativo y con autonomías derivadas, académicas, científicas y pedagógicas.²

En este trabajo demostramos como el Derecho a la Salud impacta en las soluciones concursales alterando las mismas y rompiendo los paradigmas tradicionales del Derecho Concursal. Adelantamos que la necesidad de hacer efectivo el Derecho a la Salud requiere respuestas específicas aun en una situación crítica de insuficiencia patrimonial, lo que determina –en la mayoría de los casos– el apartamiento de las soluciones concursales tradicionales.

II. Breve referencia a las distintas soluciones concursales

En el Derecho Concursal argentino se prevén cuatro soluciones concursales. Tres son de reestructuración y la restante es liquidatoria. Los mecanismos de reestructuración son el concurso preventivo, el acuerdo preventivo extrajudicial y el proceso concursal de salvataje de entidades deportivas. En tanto que el instituto liquidatorio es la quiebra.

La mayor amplitud y la prevalencia de las soluciones de reestructuración por sobre la liquidación responde a una característica del Derecho Concursal de nuestro tiempo que pone su énfasis en la prevención de la insolvencia y que prioriza la reestructuración por sobre la liquidación. La quiebra es entendida como un evento desgraciado que provoca pérdidas en la economía en general al implicar la eliminación de la empresa. Por ello, en la actualidad ha quedado relegada a un segundo plano, priorizándose la reestructuración. Se prefiere la conservación por sobre la liquidación, quedando reducida la quiebra como señala Jesús María Sanguino Sánchez a un procedimiento residual. Sólo cuando fracasan todos los mecanismos preventivos o de reorganización empresaria corresponde acudir a la quiebra.³ En definitiva, Ángel Rojo sostiene que “la liquidación es un recurso desesperado, al que se recurre cuando no hay otro remedio”.⁴

La quiebra es el proceso concursal tradicional y universalmente conocido. Es un proceso eminentemente liquidativo. Es un instituto ideado para los acreedores que procura liquidar de manera ordenada el patrimonio del deudor insolvente a fin de obtener un producido que se distribuye entre los acreedores conforme al orden de privilegios concursales. Se señala que “la quiebra es un proceso universal cuya finalidad es liquidar los bienes que integran el patrimonio del deudor común y distribuir el producido de esa liquidación entre los acreedores de acuerdo al orden de privilegios y a prorrata de sus créditos cuando se trata de acreedores quirografarios”.⁵

El concurso preventivo es un instituto ideado para el deudor dado que tiende a darle una oportunidad para que bajo el amparo de la ley pueda superar la insolvencia a través de un acuerdo con sus acreedores. Se desarrolla en base a la idea de que no se liquidará su patrimonio y que éste seguirá siendo administrado por el deudor, aunque lo hará bajo la vigilancia del síndico. Históricamente, su aparición es más reciente que la quiebra. Sus orígenes se remontan a fines del siglo XIX, cuando empieza a entenderse que no todo deudor es un defraudador sino que éste puede llegar a la insolvencia de una manera desafortunada. En esos casos, resultaba injusto aplicar el severo régimen de la quiebra que implicaba la liquidación del patrimonio del fallido y su arresto. Entonces, surge con carácter excepcional lo que hoy

conocemos como concurso preventivo. Se trataba de un remedio excepcional que no se le confería a cualquier comerciante sino sólo al que se consideraba “merecedor de la solución preventiva”. Este remedio se conservaba sólo para los comerciantes de buena fe. Bajo estos lineamientos, aparece en Bélgica en 1883, lo que hoy conocemos como concurso preventivo. Surge con carácter provisorio y a título de experiencia. Posteriormente, por ley del 29 de junio de 1887 es confirmado de manera definitiva.⁶ En el siglo XX con la mayor importancia que adquiere la empresa en el mundo de los negocios se empezó a generalizar el mecanismo, relegando a la quiebra a un plano residual. En nuestro país el concurso preventivo se lo recepta normativamente por primera vez en la ley 4156 de 1902. En la actualidad, es el más importante mecanismo de reestructuración de deuda privada que ofrece nuestro ordenamiento concursal. Darío Graziabile señala que “el concurso preventivo es un proceso de carácter universal, originado por un estado de cesación de pagos, al cual se somete voluntariamente el deudor, para llegar a un acuerdo con sus acreedores que, homologado judicialmente, permitirá resolver la situación de insolvencia empresarial”.⁷

En nuestra legislación concursal el único mecanismo de reestructuración extrajudicial de naturaleza concursal que se prevé es el denominado acuerdo preventivo extrajudicial. Éste es un instituto que permite al deudor, a través de acuerdos suscriptos con sus acreedores, remover la insolvencia o las dificultades económicas o financieras de carácter general que afectan a su patrimonio. Es una figura que se inscribe en una moderna tendencia del Derecho Concursal que se destaca por una “permanente búsqueda de las vías concursales para evitar la quiebra”.⁸ Se presenta como una herramienta más que suministra el ordenamiento concursal para evitar la quiebra del deudor, accediendo al mismo no solo en estado de insolvencia sino en un estado previo que la ley denomina dificultades económicas o financieras de carácter general. Tiene una génesis contractual, en el sentido que existe una primera instancia estrictamente privada, de negociación, en donde el deudor procura acordar con sus acreedores la forma de cancelar sus obligaciones, aspirando a superar la crisis que afecta a su patrimonio. Sin embargo, posteriormente, al solicitarse la homologación, se convierte en un mecanismo

concurzal. A partir de esa etapa se inserta dentro del marco de la L.C. y tiene una finalidad concursal, en razón que se concurre a un órgano jurisdiccional a los efectos de su homologación para que se produzcan efectos típicamente concursales. El panorama que describimos hace que se debata en la doctrina y en la jurisprudencia sobre su naturaleza jurídica,⁹ exhibiéndose tres teorías diferentes: la contractual, la concursal y la mixta.¹⁰ Osvaldo Pisani sostiene que “consiste en obtener un acuerdo de pago con las mismas conformidades que se requieren en un concurso preventivo, pero en forma extrajudicial”.¹¹

Asimismo, encontramos otra solución de reestructuración particular dirigida a enfrentar la insolvencia de las entidades deportivas. Se trata del proceso concursal de salvataje de entidades deportivas que se encuentra reglado en la ley 25.284. En este caso el legislador argentino comprendió que no podía aplicarse eficazmente el proceso concursal reglado en la ley 24.522 a las entidades deportivas –especialmente aquellas que practican un deporte profesional–. A tal efecto, se crea con la ley 25.284 una solución concursal especial que permite el pago de los acreedores y la continuación de las actividades deportivas, sociales y culturales de la entidad deportiva. La ley alude a un fideicomiso, pero en verdad no existe el mismo. No hay una figura contractual, sino un proceso concursal especial para atender a la insolvencia de las entidades deportivas.

III. La necesidad de una solución concursal especial para la insolvencia de los centros de salud

Las soluciones concursales tradicionales resultan insuficientes frente a la insolvencia de los centros de salud. Es evidente que la quiebra implica la extinción de la persona jurídica y en el caso del centro de salud no es lo mismo que el de cualquier otro establecimiento. Pensemos el caso de la quiebra de un sanatorio, inmediatamente se presenta el problema de qué hacer con los pacientes que se encuentran internados y que deben proseguir con sus tratamientos. Es decir, no solo nos enfrentamos al problema de la pérdida de la fuente de trabajo sino al de los pacientes y la interrupción de los tratamientos médicos.

Es por ello que en la práctica se observa que muchas veces en los concursos preventivos de los centros de salud el período de exclusividad se extiende mucho más allá de los plazos legales. La razón obedece que ante el fracaso del concurso preventivo deviene la quiebra y con ello se presentan los problemas que describimos en el párrafo anterior.

Por ello, entendemos que el impacto del Derecho a la Salud en soluciones concursales determina la necesidad de crear un proceso concursal especial de reestructuración para enfrentar la insolvencia de este tipo de sujetos. Uno de los temas actuales de agenda concursal es la transformación en el presupuesto subjetivo que responde a la necesidad de particularizar las soluciones concursales atendiendo a la clase o tipo de sujeto insolvente. Las modernas tendencias del Derecho Concursal ponen en crisis el principio de unidad de soluciones y la idea de que debe existir un único proceso concursal para todo sujeto insolvente. En tal sentido, Héctor Chomer refiriéndose a la crisis de la idea de un proceso único expresa que “uno de los paradigmas del derecho concursal fue la “unidad” del proceso, esto entendido como la posibilidad de que cualquier sujeto pudiera acceder al concurso preventivo”.¹² Pero agrega que “lo que sucedió fue que el proceso instituido para todos, sólo sirvió para algunos”.¹³

La unidad concursal, entendida como un único proceso concursal para todo tipo de sujeto insolvente fue una de las grandes conquistas del Derecho Concursal del siglo XX. Sin embargo, de cara a un Derecho Concursal del siglo XXI la afirmación de un único proceso concursal para todo sujeto insolvente está en franca retirada. Ya no se afirma que lo más eficaz para resolver la insolvencia sea un único tipo de proceso concursal aplicable a todo sujeto insolvente. Por el contrario, la tendencia universal es legislar procesos concursales especiales atendiendo a las particularidades del sujeto insolvente. Es decir, las características de la insolvencia del sujeto concursal imponen mecanismos concursales especiales. En otros términos, la tendencia actual es gestar “trajes a medida” atendiendo al presupuesto subjetivo.¹⁴

En nuestro país, la primera manifestación de esta tendencia se observó con la ley 25.284. Es así como el legislador argentino comprendió que no podía aplicarse eficazmente el proceso concursal reglado en la ley 24.522 a

las entidades deportivas –especialmente aquellas que practican un deporte profesional–. A tal efecto, se crea con la ley 25.284 una solución concursal especial que permite el pago de los acreedores y la continuación de las actividades deportivas, sociales y culturales de la entidad deportiva.

Sin dudas que las particularidades que presenta la insolvencia de los centros asistenciales impone la necesidad de diseñar una solución concursal especial frente a la ineficacia de las soluciones tradicionales.

IV. El sistema de privilegios y los acreedores involuntarios

La problemática de los acreedores involuntarios integra el debate actual en el Derecho Concursal. Es un tema que conforma lo que se denomina la “agenda del derecho concursal”¹⁵ y tal es la importancia de esta categoría que se lo califica como “el último desafío del derecho concursal”¹⁶ o como una de las problemáticas más actuales que presenta el régimen legal concursal.¹⁷ En definitiva, se presenta como “otro ejemplo de penetración del derecho constitucional en el derecho privado”.¹⁸

Miguel Ángel Ciuro Caldani afirma que “el concurso y la quiebra significan con gran claridad la “hora de la verdad” del sistema económico”.¹⁹ Ante la quiebra el sistema realiza una elección. Tiende a privilegiar o en otros términos, a “salvar” lo que considera que debe ser “salvado”. Cuando se aprecia en la quiebra que se le paga a algún acreedor en desmedro de otro, es porque el sistema capitalista ha considerado que ante la crisis debemos defender el interés del tal sujeto y no el de otro. Dicha elección se aprecia con los privilegios. Francisco Javier Arellano Gómez señala que los privilegios constituyen “excepciones o derogaciones a la aplicación de la regla “par conditio creditorum”.²⁰ En ese contexto, ante la irrupción de la crisis, privilegiar a un acreedor es una decisión del sistema que considera que ese crédito debe ser “salvado”. Es una suerte de escape a la regla de la “par conditio creditorum”. Miguel Ángel Ciuro Caldani señala que “en sus sistemas de preferencias o equivalencias para el cobro, la quiebra evidencia los valores que el capitalismo en crisis pretende salvar”.²¹

En el área de los privilegios hoy irrumpe la categoría de los denominados “acreedores involuntarios” como una forma de poner un límite a la elección del sistema y como un modo de “humanizar” el derecho concursal.²² La problemática de los acreedores involuntarios fue instalada en la escena del debate doctrinario en nuestro país a partir de la conferencia plenaria que el Dr. Ángel Rojo Fernández-Rio efectuará en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, con motivo de su designación como Doctor “Honoris Causa” de la citada alta casa de estudios. En dicha oportunidad distinguió a los acreedores en dos categorías: voluntarios e involuntarios. La primera de las categorías se integra por los acreedores contractuales, en tanto que la segunda, por los acreedores extracontractuales, los que han sufrido un daño en eventos personales o eventos patrimoniales.²³

No obstante, para otros autores la expresión acreedores involuntarios es más amplia que la de acreedores extracontractuales dado que permite incluir “a aquellos que si bien se originan con causa o fuente contractual, el perjuicio que luego da lugar al crédito se produce por un delito o cuasi-delito durante el cumplimiento del mismo. Sería el caso de un acreedor por lesiones o muerte (dolosas o culposas) generadas en un contrato de transporte o bien en una mala praxis proveniente de una intervención quirúrgica”.²⁴

Creemos apropiada esta última caracterización. En definitiva, cuando hablamos de acreedores involuntarios se trata de sujetos que nunca quisieron colocarse voluntariamente en la situación de acreedores del hoy fallido. Así, se indica que “tal categoría se caracteriza por el hecho de que el “creditor” queda relacionado con el concursado por razones ajenas a su voluntad y aun en contra de su voluntad (por lo general no es presupuesto de la relación jurídica la existencia de un contrato, salvo el caso de mala praxis; hay preferentemente un previo hecho ilícito culposo o doloso generador de la obligación)”.²⁵

Con los acreedores involuntarios “se refleja claramente la iniquidad de las preferencias legales”.²⁶ De acuerdo al orden cerrado de privilegios estos acreedores son quirografarios y con ello las posibilidades de cobro resultan verdaderamente escasas. No obstante, la debilidad de los acreedores involuntarios también se observa al momento del ingreso al

pasivo concursal. Al respecto, Marcelo Gebhardt sostiene que tienen “una posición de clara inferioridad en orden a la acreditación de su derecho, pues, salvo sentencia firme, no pueden ingresar al pasivo (v.gr., así quienes han experimentado las consecuencias de la imprudencia del conductor, empleado o administrador de una empresa, o el consumidor de un producto nocivo o, más ajeno aún, el sujeto afectado por las inhalaciones de un gas emanado de una fábrica)”.²⁷

Los acreedores involuntarios rompen el sistema autosuficiente de los privilegios concursales y ponen en crisis uno de los principios generales del Derecho Concursal como es la igualdad. Los privilegios nacen de la ley y el régimen es autosuficiente. En esta materia rige el principio de legalidad. Su fuente es la ley y no pueden ser creados por la autonomía de la voluntad. Tampoco pueden ser creados por los jueces. La autosuficiencia también se conoce como “principio de unidad”.²⁸ Significa que no se admiten en la ley concursal otros privilegios que los que ella misma reconoce.

Los acreedores involuntarios ponen en escena del debate si todos los créditos que gozan de privilegios en el ordenamiento concursal realmente deben gozar de esa calidad. El dialogo de fuentes impone muchas veces atender a situaciones particulares de vulnerables que merecen especial protección y que el régimen cerrado de privilegios concursales no se las ofrece.

Los acreedores involuntarios en nuestro país aparecen en la jurisprudencia en casos donde claramente se observa una irrupción del Derecho a la Salud poniendo en crisis el régimen de privilegios. Se trata de casos donde el Derecho a la Salud de raigambre constitucional impuso la necesidad de apartarse de la ley.

Cabe en esta instancia recordar el fallo de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro dentro de los autos “González, Feliciano c/ Microomnibus General San Martín s/ incidente verificación tardía”. Respecto a los hechos sucintamente podemos señalar que la actora sufrió un accidente en Junio de 1992 mientras viajaba en un colectivo de la empresa de transporte “Microomnibus General San Martín, S.C.A.”. Al momento del evento dañoso la víctima tenía 65 años y sufrió lesiones que le produjeron una disminución del 40% de su capacidad funcional; entre otros padecimientos sufrió una quebradura de cadera y una operación de

artroplastia parcial con prótesis de Thompson y a consecuencia de ellos requiere tratamientos médicos y psicológicos. En octubre de 1998 la señora González obtuvo sentencia de primera instancia que, 6 (seis) años después del hecho, le reconoce su derecho a ser indemnizada. El 10 de diciembre del año 2001 se dictó resolución de segunda instancia y tras –casi diez años de litigio– quedó firme el reconocimiento de su derecho al resarcimiento. Entre el pronunciamiento de primera y el de segunda instancia, con fecha 2 de Febrero de 1999, “Microomnibus General San Martín, S.A.C.” se presentó en concurso preventivo y logró un acuerdo con sus acreedores que fue homologado en diciembre de 1999. El acuerdo consistió en una quita del 40 % y un pago en 18 cuotas anuales venciendo la primera el 30 de diciembre del año 2002. La señora González se presenta ante el concurso de la compañía de transporte, realiza un incidente de verificación tardía en el año 2003 y se le reconoce su acreencia por la suma de \$ 86.371 como quirografía. La víctima solicita al juez del concurso que se le realice un pronto pago en razón de su edad. Y el “a-quo” valorando la edad de la peticionante y que de estar al acuerdo homologado recién dentro de 17 años podría cobrar el 60% de la indemnización por incapacidad, decide un adelantamiento del pago, basado en las normas constitucionales y supraconstitucionales que obligan el respeto a la salud y al derecho a la propiedad de valor superior. Entre otras cuestiones, el sentenciante considera que el crédito de Feliciano González que cuenta con 77 años a la espera del acuerdo homologado, importaría afectar el derecho de propiedad amparado por el art. 17 de la Carta magna, porque al finalizar la espera tendría 96 años y por la expectativa de vida promedio el diferimiento en el pago traería como consecuencia la no percepción del crédito. La concursada apela la resolución fundándose en que el adelanto de pagos peticionado y otorgado por el a quo carece de fundamento jurídico al no estar previsto en la ley. La Sala confirma la decisión del a quo. En primer término, considera que se está ante un caso excepcional y límite, en el cual entran en conflicto el Derecho a la Salud y el Derecho a la Propiedad de la víctima de clara raigambre constitucional, frente al no menos claro derecho a la autonomía de la voluntad y al concurso preventivo del deudor y de los acreedores. En el caso, el juez asignó a la acreedora de manera excepcional

un pronto pago fundándolo en el derecho a la salud, ponderando la elevada edad de la mujer. Frente a estas circunstancias si se aplicaba a ultranza la igualdad el crédito se podría transformar en un crédito para sus herederos.²⁹ El fallo fue confirmado por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. La doctrina se divide la hora de comentar el fallo entre quienes rechazan la solución³⁰ y quienes la comparten.³¹

Otro novedoso precedente fue el dictado por el juez Eduardo Malde, a cargo del Juzgado Nacional de Comercio N° 20, en fecha 24 de mayo de 2007 dentro de los autos caratulados “Institutos Médicos Antártida S.A. s/ quiebra s/incidente de verificación (Ricardo Abel Fava y de Liliana Rosa Harreguy de Fava)”.³² En este caso los padres en representación de su hijo menor que había sufrido daños como consecuencia de una mala praxis médica solicitan la verificación de créditos por la suma de \$ 400.000 más intereses. Lo novedoso del planteo reside en que si bien reconocen que la acreencia conforme al ordenamiento concursal tiene grado quirografario, por aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño -de jerarquía constitucional superior (art.75 inc. 22 C.N.)-, solicitan el pago inmediato con los primeros fondos existentes en autos. No introducen planteo alguno de inconstitucionalidad. La sindicatura al presentar su dictamen discrimina el crédito correspondiente al menor y a los progenitores, aconsejando su verificación, aunque con carácter quirografario. El juez de oficio realiza un control de constitucionalidad de los privilegios, declarando la inconstitucionalidad de dicho régimen, otorgando primacía a las normas constitucionales que emergen de la Convención de los derechos del niño. Señala además que el reconocimiento de un privilegio especial y preferente al caso excepcional y concreto en examen –apartada la normativa inconstitucional–, importa la aplicación del derecho vigente, no una decisión *contra legem*, como sí sería de resolverse la cuestión por aplicación del sistema cerrado de privilegios concursales (LCQ: 239), por la falta de consideración del *casus* en los tipos taxativos regulados en los art. 241 y 246 LC., postergando el derecho constitucionalmente superior. En base a ello le asigna al crédito un privilegio especial y prioritario y le reconoce un mecanismo de pronto de pago que permita la satisfacción inmediata del aquél sin necesidad de esperar la distribución final.

A su turno y dentro del concurso preventivo de Correo Argentino SA, un abogado actuando por derecho propio petitionó el pronto pago de su acreencia (honorarios profesionales) fundando su pretensión en la circunstancia que debía someterse a una intervención quirúrgica en forma urgente atento la enfermedad que lo aquejaba. Como resultado de su reclamo el juzgador admite el crédito del insinuante con carácter de privilegio general en los términos del artículo 246 inc. 1 L.C. y en forma excepcional hace lo propio con el pronto pago por las características del caso donde está en juego la vida misma del justiciable.³³

En definitiva, podemos observar que esta categoría si bien en la actualidad no se encuentra receptada en la L.C. se abre paso a través de la jurisprudencia, poniendo de manifiesto la necesidad de su tratamiento en una futura reforma concursal.

V. El pronto pago laboral y su sentencia anticipada fundada en razones de salud

El necesario dialogo de fuentes y la necesidad de tutelar derechos de reconocimiento constitucional se observa también en un instituto excepcional como es el pronto pago previsto para los acreedores laborales privilegiados.

El derecho de pronto pago en el concurso preventivo se encuentra previsto en el art. 16 de la L.C.

Francisco Junyent Bas señala que “el derecho de pronto pago se encuentra previsto, para los acreedores laborales, en función del carácter alimentario de sus créditos, y consiste en el derecho que ellos tienen a que les abonen las acreencias sin necesidad de esperar la presentación de propuestas o la distribución final de fondos”.³⁴

El carácter alimentario que exhibe el crédito laboral determina que tenga un tratamiento especial dentro del proceso concursal.³⁵

En tal sentido, el art. 16 en su primera parte, bajo el título de “Actos prohibidos” dispone que “El concursado no puede realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación”.

La prohibición de realizar actos que importen alterar la situación de los acreedores de causa o título anterior a la presentación es una manifestación del principio de la *pars condicio creditorum*.³⁶

Sin embargo, la prohibición prevista en el primer párrafo del art. 16 de la L.C. no es absoluta.³⁷ En consecuencia, el pronto pago se presenta como una excepción a la regla que prohíbe alterar la situación de un acreedor pre-concursal. Es decir, el concursado no puede pagar a un acreedor pre-concursal porque dicho pago sería ineficaz. Sin perjuicio de ello, el legislador luego de sentar la regla establece la excepción que está dada a favor de los créditos laborales privilegiados que pueden satisfacerse por vía del pronto pago. Así el pronto pago se presenta como una “autorización extraordinaria de pagos”.³⁸

La ley 26.684 incorpora la facultad conferida al magistrado para autorizar dentro del régimen del art. 16 el pago de los acreedores cuyos créditos “deben ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras”.

Diego Proietti sostiene que “la ley aquí no hace otra cosa más que codificar el principio de realidad y equidad, habilitando al juez a atender, caso por caso, la situación en la que se encuentran los trabajadores necesitados de ver satisfechos el cobro de sus créditos antes que los demás créditos laborales también así garantizados”.³⁹

Francisco Junyent Bas señala que “se reconoce una realidad evidente en orden a la tutela de los más vulnerables, aun entre los trabajadores”.⁴⁰ Por su parte, Miguel Raspall expresa que la solución “tiene impecable lógica, porque si bien el pronto pago se sustenta en el carácter alimentario de los créditos laborales, dentro de éstos, algunos pueden atravesar circunstancias particularísimas que habiliten hacer una excepción o sea “privilegio del privilegio”.⁴¹ Algunos autores sostienen que lo que esta norma consagra es un “súper pronto pago”.⁴²

Creemos que la incorporación de esta facultad comporta un importante avance en hora de tutelar a los más débiles. Claramente la norma recepta el fenómeno de constitucionalización del Derecho Privado, exigiendo poner en sintonía la regulación concursal con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos.

Claudio Casadío Martínez entiende que con este agregado se observa una mínima apertura a los denominados “acreedores involuntarios”.⁴³ De manera similar, Edgar Baracat entiende que esta norma prevé una recepción normativa acotada de los acreedores involuntarios.⁴⁴

Por nuestra parte, consideramos que la alternativa que analizamos no fue pensada para éste tipo de acreedores. Surge de la ley que es una facultad de acelerar el pronto pago en aquellos casos en que el titular del beneficio fundado en razones de salud, alimentarias u otras similares necesita la urgente satisfacción del crédito, pero no para los acreedores involuntarios. Consideramos que la idea de protección puede ser la misma que la de los acreedores involuntarios, pero aquí no estamos frente a este tipo de acreedores sino ante un acreedor vinculado por una relación laboral con el concursado.

Así, dentro de un instituto excepcional como el pronto pago se consagra una situación aun más excepcional –fundada en razones de salud, alimentarias u otras contingencias que no admitan más dilaciones–.

VI. Conclusiones

En definitiva en este trabajo demostramos como la ley concursal entra en crisis cuando está en juego un derecho de reconocimiento constitucional como lo es el Derecho a la Salud.

El impacto del Derecho a la Salud en el Derecho Concursal implica poner en sintonía al Derecho Comercial con el Derecho Constitucional. Implica penetrar en un fenómeno propio del siglo XX como es la constitucionalización del Derecho Privado. La constitucionalización del Derecho Privado es un tema de trascendental importancia en el Derecho Comercial atento que viene a poner un límite a la voracidad del mercado y al crecimiento desmedido del valor utilidad. Este fenómeno se erige como un baluarte en la protección de los más débiles frente a las fuerzas del mercado. Sostenemos que la economía es algo demasiado importante para dejarla solo en manos del mercado dado que cuando ello ocurre se puede afectar la vida de los seres humanos. De este modo la constitucionalización del Derecho Privado rompe los tradicionales

paradigmas del Derecho Comercial y le exige tener dialogo con el Derecho Constitucional a fin de proteger a la persona humana.

En la actualidad, ningún estudioso del Derecho Concursal u operador jurídico de esta área puede desconocer este fenómeno. Ya no podemos resolver las cuestiones concursales apegados a la L.C. Por el contrario, debe darse un dialogo con el fenómeno de la constitucionalización del Derecho Privado como indica el art. 1 del Código Civil y Comercial.

Los límites que el Derecho a la Salud impone en el Derecho Concursal es consecuencia de ese dialogo de fuentes y del fenómeno de constitucionalización del Derecho Privado. Es una clara manifestación de nuestro tiempo que es el de un “Estado Constitucional de Derecho”⁴⁵ o un “Estado Constitucional y Convencional de Derecho”.⁴⁶

Notas

- (*) Trabajo elaborado en base a la disertación del autor en V Jornadas de Salud y Bioderecho, realizada el 6 de diciembre de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, organizada por la carrera de Doctorado en Derecho, el Centro de Investigaciones en Derecho de la Salud y el Área de Derecho de la Salud y Bioderecho del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social, todos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
- (**) Abogado (UNR). Doctor en Derecho (UNR). Magister en Derecho Privado (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Profesor adjunto de Derecho de la Insolvencia, Facultad de Derecho (UNR). Profesor adjunto de Derecho del Deporte, Facultad de Derecho (UNR).
- 1 CAO, Cristian Alberto, “La protección del derecho constitucional a la salud en los contratos de adhesión y consumo. Nota particular sobre el contrato de medicina prepaga, su impacto en el Código Civil y Comercial y normas complementarias”, en *Revista Código Civil y Comercial 2016* (noviembre), pág. 227.
 - 2 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Despliegues éticos, médicos y jurídicos del Derecho de la Salud”, en “Proyecciones académicas del Trialismo”, Rosario, Fder Edita, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 2017, pág. 51.
 - 3 SANGUINO SÁNCHEZ, Jesús María, “Bases para una reforma de los procedimientos concursales”, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Buenos Aires, Depalma, 1986, pág. 63.
 - 4 ROJO, Ángel, “Crisis de la empresa y crisis de los procedimientos concursales”, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 269.

INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA

- 5 RIVERA, Julio César, CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A., DI TULLIO, José A., GRAZIABILE, Darío y RIBERA. Carlos, "Derecho Concursal", 1ª ed., Buenos Aires, t. III, 2010, pág. 1.
- 6 MORO, Carlos Emilio, "Capítulo XII Concurso preventivo", en CÁMARA, Héctor (Autor), MARTORELL, Ernesto (Director de la actualización), "El concurso preventivo y la quiebra", 2º ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2004, pág. 381; GRAZIABILE, Darío, "Manual de concursos", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, E-Book.
- 7 GRAZIABILE, Darío J., "comentario al art. 5º de la L.C." en "Régimen concursal. Ley 24.522, actualizada y comentada", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, t. I, p. 355; GRAZIABILE, D., "Manual...", cit.
- 8 PRONO, Ricardo S. y PRONO, Mariano R., "La permanente búsqueda de vías concursales para evitar la quiebra", en "Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa", Buenos Aires, La Ley, año III, N° 3, junio 2012, pág. 62.
- 9 Nos ocupamos de analizar en profundidad este instituto en trabajos anteriores, véase: GRANADOS, Ernesto I.J. y GERBAUDO, Germán E., "¿Será el retorno a la propuesta residual? A propósito del APE de Telecom Argentina S.A", en Zeus N° 7738, 1/8/2005; GERBAUDO, Germán E., "El régimen de oposición al acuerdo preventivo extrajudicial", en Zeus 107-841; GERBAUDO, Germán E., "¿El deudor que se encuentra en el período de inhibición previsto en el art. 59 "in fine" de la LCQ. Puede reestructurar su pasivo a través de un acuerdo preventivo extrajudicial?", Rufino, Lex Fori, año 11, N° 243, septiembre 2010, pág. 1; GRANADOS, Ernesto I. J. y GERBAUDO, Germán E., "Acuerdo preventivo extrajudicial. Efectos generados con la presentación a la homologación y con su publicidad", en "Concursos y quiebras. Estudios en homenaje al Dr. Ricardo S. Prono", Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 239.
- 10 Hemos desarrollado las distintas tesis sobre la naturaleza jurídica del instituto en un trabajo anterior: GERBAUDO, Germán E., "El acuerdo preventivo extrajudicial del derecho argentino. Efectos de su homologación judicial", en "Revista de Derecho", Barranquilla, División de las Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, Barranquilla, N° 40, año 2013, pág. 136.
- 11 PISANI, Osvaldo, "Derecho comercial y empresario", Buenos Aires, Astrea, 2016, pág. 287.
- 12 CHOMER, H., "Futuro del derecho concursal", en L.L. 2012-D, pág. 1299.
- 13 Id., pág.1299.
- 14 La necesidad de legislar procesos concursales especiales ateniendo al sujeto concursal se observa en diversos ámbitos del derecho concursal. Al respecto, cabe mencionar el caso de los consumidores sobreendeudados donde en algunos países se instituye un proceso concursal especial. Véase en tal sentido la Ordenanza de Insolvencia de Alemania, del 5 de octubre de 1994 que entró a regir el 1º de enero de 1999, que contiene un régimen especial en el Título IX que se denomina "Procedimiento de Insolvencia del Consumidor y pequeños procedimientos equiparables" (arts. 304 a 314). Asimismo, Austria, siguiendo al modelo alemán, trata de un concurso privado reglado en la Konkursordnung de 1993. En Estados Unidos en el año 2005 se modificó el Código de Bancarrotas de 1978 instituyendo un proceso especial para estos sujetos en el capítulo

13. En Francia la regulación especial aparece contenida en el Código de Consumo en una escueta regulación de tres arts. (330 a 333). A nivel de Latinoamérica cabe mencionar el caso de Colombia que en el 2012 incorporó al Código General del Proceso a través de la ley 1564 un régimen especial para la insolvencia de las personas naturales no comerciantes.
- 15 TRUFFAT, Edgardo, “La “agenda” concursal”, en “Doctrina Societaria y Concursal”, Errepar, Buenos Aires, N° 252, noviembre 2008, pág. 1045; GERBAUDO, Germán, “Aproximaciones a algunas cuestiones que conforman la actual agenda del derecho concursal”, en “Doctrina Societaria y Concursal”, Errepar, Buenos Aires, junio 2012; pág. 515; GRANADOS, Ernesto, GERBAUDO, Germán, FRANCAVILLA, Claudia y CHASCO, Martín, “Los acreedores involuntarios. La necesidad de su regulación”, en *Microjuris MJ-DOC-6020-AR*, 1/11/2012.
- 16 DASSO, Ariel, “El acreedor involuntario: el último desafío al derecho concursal”, en conferencia presentada al “VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Mendoza octubre de 2009.
- 17 ALEGRÍA, Héctor, “El derecho comercial y sus principales problemáticas”, en L.L., *Suplemento Actualidad* 12/03/2013, pág. 1.
- 18 BARACAT, Edgar J., “Otra creación de los jueces activistas: el acreedor involuntario”, en L.L. 2014-B, pág. 90.
- 19 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado Nacional al tiempo del contrato y la empresa)”, en “Investigación y Docencia”, N° 26, Fundación para las investigaciones jurídicas, Facultad de derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1996, pág. 201.
- 20 ARELLANO GÓMEZ, Francisco Javier, “Consideraciones de Derecho Civil acerca de la relación existente, en sistemas jurídicos continentales, entre la regla “par conditio creditorum” y los privilegios crediticios”, en “Derecho y Conocimiento”, volumen 1, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, pág. 275.
- 21 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Notas para la comprensión capitalista del Derecho Comercial (aportes para la Filosofía del Derecho Comercial)”, en “Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, volumen 18, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1994, pág. 31.
- Puede verse también: GRANADOS, Ernesto I.J. y GERBAUDO, Germán E., “El orden público y la ley concursal”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007-3, “Orden público y buenas costumbres”, 2008, pág. 239.
- 22 La denominación de “acreedores involuntarios” propia del derecho estadounidense recibe las críticas de un sector de la doctrina. Así Lidia Vaiser entiende que “la nomenclatura, que por cierto no nos convence, viene del derecho americano y básicamente refiere a los acreedores extracontractuales o, más específicamente, a una clase particular de ellos: los que se ven afectados por infortunios personales u otros daños. Personalmente prefiero la expresión acreedores extracontractuales por ser aquella que la dogmática jurídica ha adoptado en sintonía con el sistema de clasificación de las obligaciones. Y no se trata de una simpatía personal por el nombre de las cosas, ni por sus arquetipos, sino que se trata de definir del mejor modo posible y conforme nuestro sistema romanista

una determinada clase de acreedores: aquellos no vinculados con el deudor por vínculos negociales o contractuales” (VAISER, Lidia, “Los acreedores “involuntarios” en la ley concursal y en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia”, “Enfoques” 2010 (agosto), pág. 100). En el V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia y VII Congreso Argentino de Derecho Concursal, llevado a cabo en la ciudad de Mendoza, entre el 4 al 7 de octubre de 2009 en la comisión N° 6 se abordó el tema de los acreedores involuntarios. La primera de las conclusiones adoptadas fue referida a la denominación. Así la mayoría concluyó que la denominación que debe darse a estos acreedores es la de “acreedores involuntarios”, comprensiva tanto de los de origen contractual y extracontractual.

- 23 ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, “Los acreedores involuntarios”, en “VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia”, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006, t. IV, pág. 201.
- 24 PISANI, Osvaldo E., “El acreedor concursal involuntario”, en ponencia presentada al XLVI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Bahía Blanca, 6 y 7 de diciembre de 2007, en <http://www.cabb.org.ar/economia/inicio.php> (consulta: 12/11/2011).
- 25 BARACAT, Edgar J., “Otra creación de los jueces activistas: el acreedor involuntario”, en L.L. 2014-B, pág. 90.
- 26 CHOMER, Héctor, “Concursos y quiebras. Ley 24.522”, CHOMER, Héctor (Director); FRICK, Pablo, (Coord.), Buenos Aires, Astrea, t. III, 2016, pág. 446.
En otros trabajos el citado autor puso de manifiesto la insuficiencia del régimen de los privilegios concursales frente a los acreedores involuntarios, véase: CHOMER, H., “Futuro...”, cit., pág. 1299; CHOMER, Héctor, “El derecho económico social”, en L.L. 2012-F, pág. 788.
- 27 GEBHARDT, Marcelo, “Prevención de la insolvencia”, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 223
- 28 RASPALL, Miguel y RASPALL, María L., “Derecho concursal de la empresa”, Buenos Aires, Astrea, t. 2, 2014, pág. 296.
- 29 C. Apel. Civ. y Com., Sala I, San Isidro, “González, Feliciano c/ Microomnibus General San Martín”, 18/05/2004, en L.L., Suplemento de Concursos y Quiebras, 2004 (septiembre), pág. 30.
El fallo posteriormente fue confirmado por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires el 5 de abril de 2006, en L.L. Buenos Aires 2006, pág. 904.
- 30 TON, Walter, “Pars Conditio Creditorum ¿Existe?”, en L.L. Buenos Aires, 2006, pág. 1147.
- 31 MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Otra muestra del “derecho privado constitucional”: la Constitución avanza sobre los privilegios concursales”, en L.L. 2004-E, pág. 739; FISSORE, Diego, “La modificación pretoriana de la ley de concursos y del acuerdo homologado”, en L.L. Buenos Aires, 2006, pág. 1309.
- 32 JNCom., N° 20, “Instituto Médico Antártida quiebra s/ incidente de verificación (Ricardo Abel Fava y de Liliana Rosa Harreguy de Fava)”, 24/05/2007, L.L. 2007-E, pág. 552.
- 33 “Correo Argentino SA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación y pronto pago por Segura Carlos” www.cncom.gov.ar.
- 34 JUNYENT BAS, Francisco “Las cuestiones laborales en el concurso y la quiebra”, Córdoba, Alveroni, 1997, pág. 52.

- Una definición similar puede verse en: MORO, Carlos E., “Ley 26.086. Concursos y quiebras. Modificación de la ley 24.522”, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006, pág. 34.
- 35 DELELLIS, Marisa, “El acreedor laboral. La insinuación en el pasivo y el pedido de “pronto pago”, en TySS, *El Derecho*, Buenos Aires, febrero 1998; DELELLIS, Marisa, Capítulo XVI “Efectos de la quiebra sobre el contrato de trabajo”, MARTORELL, Ernesto (Director) y ESPARZA, Gustavo (coordinador), “Tratado de Derecho Comercial”, Buenos Aires, La Ley, t. XII “Concursos y quiebras”, 2010, pág. 609; RIVERA, J., CASADÍO MARTÍNEZ, C., DI TULLIO, J., GRAZÍABILE, D., RIBERA, C., “Derecho Concursal”, Buenos Aires, La Ley, t. II, “Concurso preventivo”, 2010, págs. 130 y 131.
- 36 ROUILLON, Adolfo, “Régimen de concursos y quiebras”, 8ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 73.
- 37 BARAVALLE, Roberto y GRANADOS, Ernesto, “Ley de concursos y quiebras. 24.522”, Rosario, Liber, 1995, p. 79.
- 38 DI TULLIO, José y CHIAVASSA, Eduardo, “Límite temporal del pronto pago en el concurso preventivo”, en L.L. 2002-F, pág. 889.
- 39 PROIETTI, Diego, “Nueva reforma de la ley de concursos y quiebras”, en D.J. 2/11/2011, pág. 91.
- 40 JUNYENT BAS, Francisco, “Reflexiones en torno a los intereses tutelados en la ley 26.684. A propósito de las reformas a la ley concursal en materia laboral y en orden a la continuación de la empresa por la cooperativa de trabajo”, en EDLA, N° 14, 2011-B, pág. 7.
- 41 RASPALL, Miguel, “La participación de los acreedores laborales en el “concurso preventivo” y el equilibrio. Régimen de la ley 26.684”, en Astrea Virtual, artículo de doctrina, 2012.
- 42 MICONI, Florencia y GARCÍA MONA, Susana, “La reforma de la LCQ por la ley 26.684: cooperativismo y revolución tecnológica”, en D.J. 15/02/2012, pág. 93.
- 43 CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio, “El nuevo escenario concursal”, en D.J. 3/08/2011, pág. 95.
- 44 BARACAT, E., op. cit., p. 90.
- 45 VIGO, Rodolfo Luis, “Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional”, en L.L. 2010-A, pág. 1165; VIGO, Rodolfo Luis, “Principios Generales del Derecho y Principios (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente”, en L.L. 2011-A, pág. 1129; VIGO, Rodolfo Luis, “Fuentes del Derecho. En el Estado de Derecho y el neoconstitucionalismo”, en L.L. 2012-A, pág. 1012; VIGO, Rodolfo Luis, “Los “hechos” en los paradigmas legalista y constitucionalista”, en L.L. 2012-D, pág. 679; VIGO, Rodolfo Luis, “Argumentación jurídica: algunas preguntas y respuestas relevantes”, en L.L. 22/05/2017, pág. 1; SODERO, Eduardo y VIGO, Rodolfo Luis, “Orden público y orden público jurídico”, en L.L. 2015-F, pág. 1077; NEGRI, Nicolás J., “Análisis crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial”, en “Revista del Código Civil y Comercial” 2016 (diciembre), pág. 59.
- 46 GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El Estado Constitucional y Convencional de Derecho en el Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, Ediar, 2015.