

PANORAMA DE LOS PRIVILEGIOS EN EL DERECHO ARGENTINO**Lidia VAISER*****I.- EL CAOS Y LA DISPERSION NORMATIVA**

La ley de Concursos y quiebras 24522 ofrece un panorama muy amplio en materia de preferencias y privilegios de los créditos concurrentes. La doctrina es conteste en entender que existe un verdadero caos normativo. Y contribuye decisivamente en el apuntado caos, la circunstancia de que –pese a los reiterados intentos- la ley concursal no ha logrado crear un sistema cerrado de privilegios.

Para trazar una breve sinopsis que comprenda al menos las líneas generales, pueden señalarse las siguientes categorías de privilegios y preferencias concursales en el régimen argentino:¹

1. Créditos pre -deducibles: se trata de una preferencia temporal en la satisfacción del crédito, cuyo ejemplo más notorio es el pronto pago de los créditos laborales (art.16 LCQ)

1.1. También gozan de preferencia temporal los créditos emergentes de los contratos con prestaciones recíprocas cuya continuación fuera autorizada por el juez de la causa. En cuyo caso, las prestaciones a cargo del concursado que sean posteriores a la presentación en concurso, deben satisfacerse a su vencimiento y no quedan comprendidas en el acuerdo. (art.20 LCQ)

1.2. Son también pre-deducibles los gastos de conservación, de administración y de justicia, que comprende los honorarios del síndico y demás funcionarios del concurso, que son pagados con preferencia de los acreedores del concursado, salvo que se trate de créditos con privilegios especiales (art.240 LCQ)

1.3. Finalmente, son asimismo pre deducibles también los gastos de conservación y custodia de los bienes que son asiento de privilegios especiales, que deben ser pagados con carácter previo a la satisfacción del crédito privilegiado mismo. (art.244 LCQ)

2. La ley de concursos argentina reconoce también privilegios especiales y privilegios de orden general. (arts. 241 y concordantes, arts. 246 y concordantes)

Sin embargo, la dispersión normativa en la materia se desplaza por todo el sistema jurídico y ha llevado a un verdadero caos, tal como se anticipó. Existen privilegios en el nuevo Código Civil y Comercial, en la Ley de Navegación, en el Código Aeronáutico, en la Ley de Contrato de Trabajo, en la ley de Entidades Financieras, en la Ley de Seguros y en un largo etcétera.

• Presidente del IIDC por el período 2009-2011; Profesora en varias universidades del país; asidua disertante en congresos y conferencias; autora de numerosas publicaciones de la especialidad.

1 Debe hacerse notar que para simplificar el cuadro que se intenta pintar, hemos hecho abstracción de las diferencias que pudieran derivar, según se trate de un proceso de concurso preventivo o de quiebra.

Ello de por sí representa una gran dificultad, y muchas veces resulta difícil interpretar y compatibilizar los distintos regímenes.

3. Capítulo aparte merecen los tratados internacionales, colocados en la cúspide de la pirámide jurídica por nuestra Constitución Nacional, lo cual incide de manera notable en la materia que nos ocupa.

Así se ha visto recientemente en relación al privilegio del crédito laboral y a consecuencia de las directivas que emanan de la OIT. Al respecto la CSJN tuvo que expedirse en una causa Pinturas y Revestimientos Aplicados SAs/Conc.Prev.², reconociendo la operatividad de cierto tratado internacional que regula el privilegio general de los trabajadores, que en la normativa de la OIT reconoce un asiento irrestricto. En tanto que en la ley de concursos, solo puede afectar el 50% de los bienes liquidados.³

Para mostrar la incidencia de tal o cual interpretación legal, hagamos notar que el fallo de la Corte Suprema, reconociendo la prevalencia del tratado internacional por sobre las disposiciones de la Ley de Concurso, produjo el desplazamiento de los créditos del fisco nacional por parte del de los trabajadores. Así, queda patente la dificultad interpretativa de las normas, y varias cuestiones de filosofía jurídica y de política legislativa a dilucidar más eficientemente, a mi modo de ver, en una futura reforma.

En resumen y para ejemplificar las dificultades apuntadas existe un caso paradigmático: en el derecho argentino el crédito de los trabajadores se encuentra alcanzado por las disposiciones de la Ley de Concurso, por la Ley de Contrato de Trabajo, por las normas del nuevo Código Civil y Comercial; y por las resoluciones de la OIT. Y cada régimen ofrece una distinta versión del mismo privilegio, ya sea en cuanto al rango, y a veces hasta con disimilitudes en cuanto al asiento del mismo privilegio.

II.- LA NECESIDAD DE CONTAR CON UN SISTEMA CERRADO DE PRIVILEGIOS

Resulta evidente, según se desprende de lo hasta aquí anotado, que la ley argentina de concursos no ha logrado un sistema cerrado de privilegios concursales, lo cual es desde todo punto de vista deseable, pese a habérselo propuesto en más de una ocasión.

La ley 19551 hizo un primer intento en el art. 265, cuando estableció que los privilegios se regían exclusivamente por esa ley. Sin embargo y trascartón admitía la existencia de privilegios especiales creados por otras leyes. (Art. 265 in fine)

La ley 24522 se propuso con más ahincó todavía crear un sistema cerrado, pues en el art. 239 dispone: “Existiendo concurso, solo gozaran de privilegio los créditos enumerados en este capítulo y conforme a sus disposiciones.”

2 CSJN; 26-3-2014

3 Sobre el particular puede verse nuestra nota “Los privilegios y la ley de concursos. A propósito del fallo de la CSJN ‘Pinturas y Revestimientos S. A. s/ quiebra’ en: Revista Electrónica Microjuris; MJ-DOC-6710-AR | MJD6710; 13-5-2014

Esta norma tiene muy buenas intenciones pero en los hechos, unos párrafos más abajo remite a la ley de Entidades financieras, a la Ley de seguros y al Código aeronáutico cuando regula los privilegios especiales. Claro que los coloca en el último lugar, por lo cual y siendo que los privilegios especiales se rigen por el orden de sus incisos, puede preverse que los privilegios extra concursales, es decir los que no reconoce la ley concursal tienen escasa chance de ser satisfechos.

En términos generales el conflicto en materia de privilegios está siempre latente, puesto que una ley posterior puede crear nuevos privilegios o, alterar las condiciones de los que la ley concursal reconoce.

Una prueba la tenemos a la vista en el nuevo Código Civil y Comercial que modifica de manera indubitada el asiento y el rango del privilegio laboral. (Art. 2582 CCC)

Sin embargo, y para llegar a una solución eficaz, habría que ponerse de acuerdo sobre si una ley general como la que sancionó el nuevo Código, puede imponerse sobre una ley especial, como es la ley de concursos y quiebras 24522. Lo que ha dado lugar a un ardoroso debate.

Y también, si resulta siempre atendible el aforismo de que una ley posterior, deroga la ley anterior, cualquiera aquella fuera.

III.- PRIVILEGIOS VS. IGUALDAD

Existe una coincidente opinión en el sentido de que el gran desafío del derecho concursal moderno, está centrado en generar mecanismos que eleven la satisfacción de los acreedores, ya que el deterioro del crédito concursal es palpable y los índices de satisfacción son paupérrimos.

En esa sintonía, el primer interrogante que se plantea es precisamente el de arbitrar un sistema de privilegios concursales más reducido y autosuficiente. No escapa a nuestra percepción que se trata tal vez del instrumento más fino y delicado de política legislativa.

En la expresión sistema de privilegios concursales, he querido dejar planteada la necesidad de que la ley concursal contemple un sistema cerrado, o si se quiere, de preferencias sustanciales y temporales; así como un método especial para la postergación o subordinación de créditos.

Tanto en Europa como en América Latina el mayor reproche que se descarga sobre las leyes concursales, son los magros resultados que obtienen los acreedores en la liquidación concursal⁴.

En base a un reporte del Banco Mundial, se ha señalado que de los informes recibidos por parte de 18 países de la región, el rédito que obtienen los acreedores comunes en la liquidación por insolvencia empresarial es cercana a cero y en la mayoría de los casos: cero⁵.

4 Así lo sostuvimos en "La crisis internacional y los concursos" en ERREPAR DSC Nro.260

5 V. Dobson, Juan Malcom: "Un "campo de juego parejo" para los participantes en los procedimientos de insolvencia: la experiencia latinoamericana" VI Congreso Argentino de Derecho Concursal; IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia; Rosario; 27/29 de Septiembre 2006; Tomo IV; pág. 141

Como ha dicho Maffia con su agudeza, a la igualdad se la llevó el viento de siete siglos. La primera gran ruptura del principio igualitario la produjeron precisamente los privilegios. Y aún más por nuestros días, la división del pasivo concurrente en clases y categorías, con el fin de ofrecer propuestas diferenciadas.

Sin embargo en el ensayo mencionado⁶ bien se puso de relieve lo que bien se aprecia en la realidad de nuestros procesos y mecanismos de recomposición frente a la insolvencia: Los acreedores privilegiados han ido desplazando al crédito común hasta reducirlo a nada. Y la lucha hoy día se da entre los propios acreedores privilegiados, el fisco, los prendarios, los hipotecarios y los laborales, todos contra todos y no importando el orden concedido por las leyes,

“...En la enorme mayoría de las Republicas latinoamericanas el rol que cumple la empresa privada es determinante para el acceso de sus poblaciones a bienes y servicios. Cumpliendo así el mercado un rol tan importante para el bienestar de la población, es necesario que las leyes predispongan los remedios adecuados para salvaguardar el orden de ese mercado. Ese orden del mercado se ha de salvaguardar en la medida en que se establezcan leyes que determinen un equilibrio equitativo entre los intereses en juego (el campo de juego parejo). Un sistema jurídico donde se determine que unos acreedores (los privilegiados) cobren siempre y otros acreedores (los comunes) no cobren nada nunca, no es un campo parejo, no es un equilibrio equitativo. Un equilibrio equitativo estará dado por el hecho que el sistema provea los medios como para que todos los acreedores cobren algo en la mayoría de los casos posibles. Esto no es así al presente...”⁷

De mi parte, señalo que en los procesos llamados de reorganización, la situación no parece muy distinta, ya que los acreedores privilegiados conservan sus intocables poderes de negociación. No deben dejar de recordarse en este punto también, los verdaderos privilegios fácticos que, a consecuencia de su posición dominante, tienen las entidades financieras por sobre el resto de los acreedores comunes.

Para revertir esta situación el camino no parece ser otro que el establecimiento de acotado y cerrado de un sistema propio de privilegios concursales, condición sine que non en un verdadero derecho especial. Estos postulados así como la subordinación de los créditos fiscales, los he sostenido anteriormente en trabajos presentados en otros eventos de nuestro Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.⁸

La legislación uruguaya, bastante reciente, ha avanzado mucho en las limitaciones a los privilegios. Solo son considerados privilegios especiales la hipoteca y la prenda⁹. Y se reconoce privilegio general a los créditos laborales, los tributos nacionales y municipales, con un límite retroactivo de dos años anteriores al concurso, y al acreedor instantáneo del proceso, en un 50% de

6 Dobson; ob. cit.

7 Dobson; ob. Cit.

8 “Et pluribus unus” ponencia al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Punta del Este R.O.U., Octubre de 2008, donde propugné un régimen único de privilegios concursales; la reducción del elenco de créditos privilegiados; un fondo de garantía para créditos salariales y la subordinación de los créditos fiscales cuando se disponga de la ayuda para empresas en dificultades

9 Inscripta con carácter previo a la presentación en concurso; dato que no es menor

su crédito; novedad legislativa reclamada en numerosos foros para facilitar el acceso temprano al concurso.

Por otra parte, no gozan de privilegio general los salarios de los directores, síndicos y liquidadores de la compañía concursada, lo que constituye un antecedente verdaderamente novedoso en todo el derecho hispanoamericano.

De otro lado, las multas y sanciones pecuniarias accesorias de créditos fiscales quedan subordinadas. Como así también los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor.

Finalmente dedico los párrafos de cierre a un acreedor muy peculiar en nuestro país como lo es la AFIP. El crédito fiscal goza en este caso de privilegio general. (Art. 246 LCQ) Puede estar revestido de privilegio especial (art. 241; 3 LCQ) Pero también puede existir una porción quirografaria emanada de los intereses devengados por el crédito, la que suele ser de relevancia económica ya que las tasas aplicadas son por demás elevadas.

En un trabajo que se encuentra en prensa no dudé en calificarlo como un acreedor hostil. En efecto, las normas fiscales dedicadas al concursado, además de inconstitucionales,¹⁰ son un verdadero palo en la rueda para cualquier empresa en dificultades. Los planes llamados de “facilidades” no presentan ninguna facilidad y antes bien imponen condiciones altamente gravosas y muy superiores a la satisfacción que recibe el resto de los acreedores mediante la propuesta de acuerdo.

No puede dejar de señalarse la pertinaz y habitual intransigencia del ente recaudador de impuestos, que a menudo aparece como la mayor dificultad que tiene por vencer el concursado. Así las cosas, deudores y magistrados han debido diseñar diversas estrategias para que el concurso no naufrague a causa de la peculiar normativa de la AFIP¹¹.

En suma: en esta suerte de reino del revés, el Estado, principal interesado en sanear las empresas viables y generadoras de riqueza y trabajo, se erige como un verdadero obstáculo para plasmar tan elementales y loables finalidades.

10 Sirve de contundente ejemplo la circunstancia de que se obligue al concursado a desistir de todo cuestionamiento que por vía de impugnación o de revisión del crédito fiscal hubiera deducido, si es que pretende adherir a los planes especiales y de este modo obtener la siempre necesaria conformidad del fisco para aprobar la propuesta general.

11 Para profundizar en estas cuestiones y otras, puede verse nuestra obra “Exclusión de acreedores en el proceso concursal”; Ed.Astrea; Bs.As.; Septiembre de 2015