

Sobre los privilegios especiales en el Código Civil y Comercial

Marina Mariani de Vidal

SUMARIO: I. Introducción.- II. Conceptos generales atinentes.- III. Los privilegios especiales en el nuevo Código.- IV. Desarmonías observables.- V. Solución propuesta.

El régimen contenido en el nuevo Código configura un sistema de regulación de los privilegios que aspira a ser completo en orden a su unificación y que contempla específicamente los privilegios aludidos en el art. 2582, incs. b) y e), fijando incluso su extensión y rango (arts. 2583 y 2586). Por lo tanto, es una norma especial referida a los privilegios de estos créditos; que, además, establece un sistema completo de privilegios. Y desde que resulta incongruente con las disposiciones que al respecto contienen las leyes 20.744, dec.-ley 15.348/46 (t.o. de 89/7/95), ley 9643 y arts. 327, 332 y 333, ley 19.550 de Sociedades (leyes no derogadas por la ley 26.994) —que no guardan armonía con el sistema de privilegios del Código único—, parece adecuado interpretar que el nuevo régimen especial ha venido a reemplazar al régimen especial anterior.

I. Introducción

Hace un tiempo esta revista me honró publicando un estudio mío que titulé "Los privilegios en el Proyecto de Código" (1), en el que me ocupaba de algunos aspectos salientes del, en ese momento, Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

El entonces Proyecto se ha convertido en el Código Civil y Comercial de la Nación, que entrará en vigor el 1º de agosto 2015 (ley 26.944).

Se advierte que las disposiciones que, en materia de los privilegios, consagraba el Anteproyecto 2012, no merecieron modificación alguna a lo largo de las alternativas por las que transitó hasta convertirse en el nuevo Código.

Consecuentemente, no cabe ahora sino ratificar cuanto expuse en aquel estudio.

Sin embargo, hay un aspecto sobre el que quiero detenerme en estas líneas y que allí no contemplé con detalle: el de los privilegios especiales consagrados en el art. 2582, incs. b) y e) —garantías reales y créditos laborales—.

He de exponer mi punto de vista intentando modestamente aportar una solución a un problema que dejé esbozado en el aludido estudio.

II. Conceptos generales atinentes

El privilegio es la calidad con la que la ley (2) inviste a un crédito de ser pagado con preferencia a otro (art. 2573), preferencia que puede ser esgrimida cuando exista concurrencia de por lo menos dos acreedores que pretendan cobrarse con el producido de la misma cosa o cosas que se encuentren en el patrimonio de su deudor y que constituyan su asiento (art. 2573) o sobre los impuestos que los sustituyan por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real (art. 2584).

Los privilegios son indivisibles y la transmisión del crédito importa la de su privilegio (art. 2576). Son renunciables, salvo que la ley lo prohíba (art. 2575).

La ley es la que determina la "extensión" del privilegio —esto es, si la preferencia cubrirá solamente el capital del crédito privilegiado o también los intereses, las costas y otros accesorios (arts. 2577 y 2583) (3)—, así como el orden de cobro ("rango" del privilegio).

Los privilegios —como principio— pueden ser invocados en ejecuciones individuales (4) o colectivas (5).

En los procesos universales (6), los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos (art. 2579).

El Código conserva la clásica distinción entre privilegios generales y especiales (7).

Los privilegios generales son los que recae sobre el conjunto de bienes del deudor, que constituirán su asiento. Los especiales son los que afectan una cosa (o varias) determinada(s) del patrimonio de aquél, que será su asiento (8).

Siguiendo el criterio prevaleciente (9), se dispone que los privilegios generales sólo serán invocables en los procesos universales y no en las ejecuciones individuales (art. 2580). Por ese motivo es que el Código sólo se ocupa de los privilegios especiales y sus normas únicamente resultarán aplicables a las ejecuciones individuales, desde que las disposiciones relativas a los concursos jugarán para todos los privilegios —generales o especiales— que se haga valer en los procesos universales (art. 2579).

El fundamento de esta diferencia entre los privilegios generales y los especiales radica en que no se justifica que, mientras el deudor tenga bienes suficientes para hacer frente a sus deudas, el acreedor al que asiste la facultad de hacer valer su pri-

vilégio sobre todo el patrimonio de aquél, pretenda obstaculizar la ejecución que otro acreedor hiciera de un bien determinado de ese patrimonio para cobrarse su acreencia dotada de privilegio sólo con asiento en dicho bien.

En otras palabras, los privilegios generales se rigen siempre por la ley aplicable a los concursos y se los ejerce en los procesos universales, con lo cual se diluyen las dudas generadas por las intrincadas normas del Código Civil de Vélez (arts. 3879, 3880, 3918 y demás, que regulan el orden de los distintos privilegios) y su desarmonía con las de la ley 24.522, de Concursos.

Es por tal razón, reitero, que el Código sólo se ocupa de los privilegios especiales y no de los generales. Y sus normas resultarán jugar para el caso de que los primeros se hagan valer en las ejecuciones individuales, toda vez que cuando estos privilegios sean invocados en los concursos o procesos sucesorios, quedarán sujetos a la ley aplicable a los concursos (en cuanto a su calidad de tales, extensión, rango, etc.).

Como lo manifestara en mi publicación anterior, resulta sobreabundante destacar la importancia de la regulación de los privilegios, ya que —tratándose de la colocación que tendrán los diferentes acreedores al agredir el patrimonio del deudor común— ellos involucran al crédito y aun a la propiedad, que son motores del progreso de las sociedades. Sin dejar de ponderar la equidad y la justicia que juegan asimismo su papel. Es por eso que cada sociedad organizará su sistema de privilegios de conformidad con la concepción que pretenda para sí misma y los valores que desee resguardar.

CONTINUA EN PÁGINA 2

DOCTRINA. Sobre los privilegios especiales en el Código Civil y Comercial
 Marina Mariani de Vidal..... 1

NOTA A FALLO. Imposiciones voluntarias al sistema integrado de jubilaciones y pensiones
 Daniel G. Pérez..... 4

Ejecución de pagarés por entidades financieras
 Alejandro Druceoff Aguilar..... 9

JURISPRUDENCIA
JUBILACIÓN. Aportes voluntarios realizados por un afiliado a una AFJP. Omisión de la Administración de reglamentar la ley 26.425. Inconstitucionalidad por inoperatividad de su art. 6º (CS) 3

JUICIO EJECUTIVO. Pagaré. Desestimación de la acción. Presunción de que la suscripción del título tuvo como base una operación de crédito para el consumo. Acción causal subyacente. Principios de abstracción y de unilateralidad (CNCCom.) 8

PANORAMA QUINCENAL
 Corte Suprema de Justicia de la Nación 11



Sobre los privilegios especiales en el Código Civil y Comercial

● VIENE DE TAPA

Un ajustado y prístino régimen de los privilegios redundará en beneficio de quienes sean llamados a aplicar su normativa (especialmente jueces y profesionales) y también de los particulares, pues reglas claras y sencillas han de brindar la necesaria seguridad jurídica en los efectos de anudar las diferentes relaciones y dilucidar los conflictos que eventualmente pudieran presentarse.

Son conocidos los desvelos provocados por el tema de los privilegios a todos los operadores del Derecho, quienes muchas veces se ven enfrentados a hipótesis que los sumen en el desconcierto.

Ello es debido no sólo a la complejidad propia de la materia sino también —y principalmente— al desorden que imperaba a su respecto, que hace bastante tiempo —junto con mi inolvidable maestro— calificáramos de “caos legislativo” (10).

Y es que, además de los dos principales cuerpos normativos que los contemplan hasta ahora —el Código Civil y la Ley de Concursos—, concurren con sus disposiciones varios otros ordenamientos —Ley de la Navegación, Código Aeronáutico, Código de Minería, Código Penal, Ley de Entidades Financieras, Ley de Contrato de Trabajo, leyes fiscales, leyes sobre prenda con registro, *warrants*, *debentures*, propiedad horizontal; etc, etc.

Toda esta sobre carga de preceptos, no siempre armónicos entre sí, originó que los abrumados intérpretes reclamaran desde siempre la unidad legislativa y la simplificación del sistema, propiciándose la reducción del número de privilegios y la fijación de reglas nítidas y simples referidas al rango de cada uno, y hasta su publicidad registral (11).

Desde luego que el dictado de una Ley Única de Privilegios, aplicable tanto a las ejecuciones individuales como a las colectivas (pues carece de toda lógica que un mismo crédito tenga o no tenga privilegio o le cuadre a su privilegio un orden distinto, según que se trate de una u otra situación), satisfaría la máxima aspiración. Pero redactarla configura una tarea ciclopea que llevaría largo tiempo concretar. Resulta pertinente señalar asimismo que se ha propiciado que la unificación se efectúe

sobre la Ley de Concursos (12) o, con distinta óptica, que lo sea sobre el Código Civil (13).

Ahora bien, según se expresa en los Fundamentos con los que se acompañó el Anteproyecto de Código: “de conformidad con la labor encomendada a esta Comisión, no le corresponde ocuparse de la Ley de Concursos, ni de la de Seguros, ni de la de la Navegación, ni de otros temas contenidos en leyes o regímenes especiales completos o cerrados. A los fines de encaminarse a la anhelada unificación, se ha partido del régimen de privilegios regulado en la Ley de Concursos (14), aun en la regulación de los créditos laborales, y sobre él se ha moldeado el destinado a las ejecuciones individuales, contemplando las debidas particularidades”.

Consecuentemente, aunque el nuevo Código mantiene la doble regulación, se contará en adelante con regímenes que guardan analogía para ambos tipos de ejecuciones (las individuales y las colectivas), armonía que generará una mayor inteligibilidad en el tema de los privilegios.

III. Los privilegios especiales en el nuevo Código

El art. 2582 determina en seis incisos cuáles créditos gozarán de privilegio especial, en una enumeración que armoniza con la Ley de Concursos (art. 241), criterio que luce como adecuado y que obedece al propósito declarado en los Fundamentos de “encaminarse a la anhelada unificación” del régimen de los privilegios.

Esta armonización implica la eliminación de algunos privilegios que contiene el Código de Vélez, como el del vendedor de inmuebles, el del locador, el de los coparticipes por la garantía de evicción, etc.

Empero, no se incorporó un precepto similar al contenido en el art. 3884 del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado de 1987 (15), y no se dispone la derogación de los privilegios establecidos por leyes especiales dejando subsistentes sólo los contemplados en la Ley de la Navegación, Código Aeronáutico, Ley de Entidades Financieras, Ley de Seguros y Código de Minería, como en aquel Proyecto se preveía.

Una norma en tal sentido hubiera acentuado el camino hacia la unificación (“anhelada unificación”, según se la califica por los autores del Anteproyecto), disipando cualquier duda que pudiera generarse respecto de los privilegios creados por leyes especiales, que conspiran contra la congruencia y claridad del régimen de la materia.

La subsistencia de los privilegios mencionados en el inc. f) del art. 2582 (16) incluso en lo relativo a su extensión (art. 2583, inc. d) y rango (art. 2586, inc. a), se justifica en razón de su especificidad y particularidades.

El art. 2582, inc. e), por su parte, enumera entre los privilegios especiales a “los créditos garantizados con hipoteca, autopsia, prenda con o sin desplazamiento, *warrants* y los correspondientes a *debentures* y obligaciones negociables con garantía especial o flotante”, es decir, a los créditos con garantías reales. Y regula estos créditos en lo relativo a su extensión (art. 2583, incs. b) y c) y rango (art. 2586, primer párrafo y especialmente incs. c), e) y f).

Y lo propio ocurre con los créditos laborales (art. 2582, inc. b) y art. 2583, primer párrafo y especialmente inc. f).

IV. Desarmonías observables

Ahora bien, el estudio de los regímenes que gobiernan los créditos mencionados revela ciertas desarmonías con el implantado por el nuevo Código.

A ello voy a referirme con algún detalle:

a) Warrants

Los *warrants* —que confieren al acreedor una garantía real sobre los efectos depositados— están regulados por la ley 9643, incorporada al Código de Comercio (según su art. 38) —de modo que conserva su vigencia (art. 5, ley 26.994)—. Dicha ley le confiere al acreedor del *warrant*, “sobre los efectos comprendidos en el *warrant*, sobre su importe una vez enajenados aquéllos o en los casos de consignación autorizados y sobre el valor del seguro constituido”, un “privilegio superior con respecto a cualquier otro crédito que no sean los derechos del depósito especial, las comisiones y gastos de venta y el impuesto establecido por el art. 25” (arts. 17 y 23).

La ley 9643 no contempla la extensión de este privilegio, con lo que indudablemente ella cae en la previsión del art. 2583, incs. b) y c) del nuevo Código. En cuanto al rango, respecto del crédito que posterga al *warrant* según la ley 9643, la previsión de ésta coincide con el art. 2585 del nuevo Código. Fuera de este crédito, la ubicación del privilegio del *warrant* es distinta en el nuevo Código, de manera que la establecida en la ley 9643 (art. 22) debe considerarse tácitamente derogada, resultando aplicable este último (arts. 2582, inc. e) y 2586), por ser una ley específica posterior, como lo desarrollaremos más adelante.

b) Debentures

Rigen las disposiciones de los arts. 326, 327 y 331 a 333 de la ley 19.550 (Ley de Sociedades Comerciales, que la nueva normativa denomina “Ley de Sociedades”).

Los artículos citados no han sido derogados (conf. ley 26.994 y su Anexo I, 2).

El art. 326 determina que los *debentures* serán con garantía flotante, con garantía común o con garantía especial.

El art. 327 prescribe que la emisión de *debentures* con garantía flotante otorga los privilegios que corresponden a la prenda, la hipoteca o la anticresis, según el caso.

El art. 333 prescribe que a los *debentures* con garantía especial (17) les serán aplicables todas las disposiciones que se refieren a la hipoteca, salvo en cuanto al plazo, que se fija en cuarenta años.

Con lo que va dicho que el privilegio de los *debentures* queda sujeto sin dificultades al nuevo Código.

c) Prenda sin desplazamiento. Prenda con registro

El art. 2220 del Código dispone que la prenda con registro “se rige por la legislación especial”.

Esta “legislación especial” es hoy el decreto-ley 15.348/46 (t.o. por de 897/95), que mantiene su vigencia (art. 5, ley 26.994).

Este confiere al acreedor prendario un privilegio regulado por los arts. 23, 41, 42 y 43.

El art. 41 regula el conflicto entre el privilegio prendario y el del locador. En el nuevo Código se ha suprimido el privilegio del locador, el que tampoco figura entre los privilegios de la Ley de Concursos, con lo cual el art. 41 citado cae en el vacío.

El art. 43 determina un orden de preferencias que no armoniza con las nuevas normas en los siguientes puntos: 1) el inc. 2) otorga preferencia sobre la prenda al crédito por impuestos fiscales que graven los bienes prendados, mientras que el nuevo Código coloca a las garantías reales por sobre los créditos fiscales devengados con posterioridad (art. 2586, inc. c); prevalece a nuestro criterio la norma del Código; 2) el inc. 3) otorga privilegio al capital e intereses adeudados. El Código limita el privilegio de los intereses del crédito prendario a los correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio (art. 2583, inc. b); en este punto prevalece la nueva norma.

En los demás aspectos, el régimen resulta coincidente.

d) Créditos laborales

En lo relativo a los créditos laborales, se observa ciertas desarmonías con respecto a la ley 20.7443 (Ley de Contrato de Trabajo), que regula los privilegios laborales en sus arts. 261 a 274.

Los arts. 261, 262 y 263 de dicha ley no contradicen las del Código (18).

El nuevo Código deriva la regulación de los privilegios generales a la ley aplicable a los concursos (art. 2579) y dispone que ellos sólo pueden ser invocados en los procesos

[NOTAS]

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.720)

(1) La Ley, suplemento diario del 8 agosto 2012.

(2) Sólo lo hay puede conferir privilegios a los créditos (art. 2674), siendo las normas que los establecen de interpretación restrictiva, toda vez que implican una excepción al principio de paridad de los acreedores (arg. art. 2681).

(3) Para los concursos, art. 242, ley 24.5622.

(4) Vía tercera de mejor derecho (art. 97 y 100 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

(5) A través del proceso de verificación, art. 32 y ss., ley 24.522 de Concursos.

(6) Concursos y sucesiones.

(7) Sobre las notas diferenciales entre privilegios generales y especiales, ver A.LLENDE, G. - MARIANI de VIDAL, M., “Los privilegios en la Ley de Concursos

y en el Código Civil”, Ed. Víctor P. de Zavalla, Buenos Aires, 1974, p. 35 y sigte.; “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, obra colectiva, dirección BUBRES, A.; coordinación, HIGHTON, E., Hammurabi, Buenos Aires 2001, t. 6B, p. 236 y ss.

(8) Al respecto ver LLAMBIAS, J.J., “Tratado de Derecho Civil, Obligaciones”, Ed. Perrot, Buenos Aires, 3ª edición, t. 1, n.º 492, p. 645; ALLENDE, G. - MARIANI de VIDAL, M., “Los privilegios...”, ob. cit., p. 35 y ss.

(9) Ver, por ejemplo, LLAMBIAS, J.J., ob. cit., p. 646, texto y jurisprudencia y autores citados en nota 89.

(10) Conf. ALLENDE, G. - MARIANI de VIDAL, M., “Privilegios: caos legislativo”, LA LEY, 1975-D, 620.

(11) Conf. BIBILONI, A., en su “Anteproyecto de Re-

formas al Código Civil Argentino de 1926” y “Proyecto de Ley Nacional de Bancarrotas de 1960”. Ver ALLENDE, G. - MARIANI de VIDAL, M., “Privilegios. Pautas fundamentales para una posible reforma”, LA LEY, 1982-C, 801.

(12) Así, la proyectada Ley Nacional de Bancarrotas del año 1969.

(13) Ver al respecto, HIGHTON, E., “Juicio hipotecario”, Buenos Aires, 1906, t. 2, ps. 44/45.

(14) La ley 24.522, de Concursos, pretende ser un sistema cerrado, aunque no lo logra integralmente a pesar de lo que dispone en art. 239, ya que ella contiene remisiones a otros ordenamientos: art. 243, inc. 1; no obstante, en sus arts. 240 a 250 inclusive, simplifica el régimen de los privilegios y adopta criterios mucho más claros que los observados por el Código de Vélez,

que constituyen un verdadero laberinto.

(15) Art. 3884, Proyecto de 1987: “Lo dispuesto en este Título deroga los privilegios establecidos por leyes especiales, salvo las de navegación, aeronavegación, minería, entidades financieras y contrato de trabajo”.

(16) Los establecidos por la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras y el Código de Minería.

(17) Los *debentures* con garantía común “cobrarán sus créditos *par passu* con los acreedores quirografarios”, art. 332, ley 19.550.

(18) Cabe señalar que los arts. 264, 265 y 266 de la ley 20.744 han quedado derogados por la ley 24.522 de Concursos.

universales (art. 2580). La ley 20.744 contempla el privilegio general de los créditos laborales en su art. 273.

Los párrafos primero y tercero del art. 268, ley 20.744, no se contradicen en esencia con las nuevas normas, aunque éstas tienen mayor claridad.

En cuanto al párrafo segundo, el asiento del privilegio presenta mayor amplitud que el contemplado en el art. 2582, inc. b) (comprende "el precio del fondo de comercio, el dinero, títulos de crédito o depósitos en cuentas bancarias o de otro tipo que sean directo resultado de la explotación, salvo que hubieran sido recibidos a nombre y por cuenta de terceros"). Corresponde advertir que el art. 2582, inc. b), del nuevo Código, coincide con el art. 241, inc. 2) de la ley 24.522 de Concursos.

El art. 269, ley 20.744, confiere un derecho de persecución por seis meses para hacer efectivo el privilegio, respecto de las maquinarias, muebles u otros enseres que hubiesen integrado el establecimiento o explotación y que hubiesen sido retirados del establecimiento, aun cuando se encontraran en poder de terceros de buena fe (19). El nuevo Código no otorga tal derecho de persecución.

El art. 270 de la ley 20.744 no resulta coincidente con el nuevo Código (art. 2586, incs. d) y e); este último resulta inclusive más favorable al privilegio laboral, al posponer el de las garantías reales si el crédito laboral es anterior; lo mismo respecto del retenedor. Tampoco existe coincidencia en cuanto a los créditos fiscales y los derivados de la construcción, mejora o conservación del asiento y los créditos por expensas comunes, que posponen al privilegio laboral nacido con posterioridad.

El art. 271, ley 20.744, no determina el rango de este privilegio sobre inmuebles —como sí surge de las disposiciones nuevas— (20). Asimismo, el Código no restringe el privilegio cuando se trata de dependientes contratados por el propietario de

la edificación, reconstrucción o reparación del inmueble, como sí lo hace la normativa laboral.

El art. 272, primer párrafo, ley 20.744, consagra la subrogación real, que también contempla el art. 2584 del Código. El segundo párrafo del art. 272 remite al régimen concursal, al que el Código deriva todo lo relativo a los privilegios generales.

El art. 273, ley 20.744, se ocupa del privilegio general de los créditos laborales, que, como se dijo, el Código remite a la legislación que rige los concursos.

Finalmente, el art. 2583, inc. e) del Código otorga privilegio a las costas, que la ley 20.744, art. 274, descarta especialmente, salvo en lo relativo a los privilegios generales (art. 273).

e) Anticresis

A su respecto, sólo cabe señalar que el Código —art. 2582, inc. e)— consagra el privilegio del acreedor anticresista (21).

Este privilegio sólo le asistirá en supuestos de ejecuciones individuales, porque la ley 24.522 de Concursos no lo entroniza como tal, de modo que el anticresista no contará con privilegio alguno en los concursos (art. 239, ley 24.522).

Cabiendo advertir que, al regularse el derecho de anticresis (arts. 2212 al 2218), no se le otorga en forma expresa al acreedor anticresista el derecho de retención, que sí le aparece conferido en el art. 3245 del Código de Vélez.

A través de esta norma el acreedor anticresista podía invocar el privilegio del retenedor en los concursos —art. 241, inc. 5), ley 24.522—, lo que le estaría vedado con el nuevo régimen, a menos que se lo considerase incluido en la pauta general del art. 2587.

Esta inclusión parece poco plausible, a poco que se repare en que el derecho de

retención del anticresista conferido por el Código de Vélez no resultaba equiparable al derecho de retención de su art. 3946, sino que constituía el contenido de su derecho real; mientras que en el derecho de retención propiamente dicho, la cosa ha sido entregada al acreedor por un título distinto al que sustenta la retención y no en garantía de una deuda (22). En la retención del anticresista no concurre el requisito de la existencia de una deuda "en razón de la cosa" (art. 2587).

V. Solución propuesta

Tal panorama pareciera que echa por tierra el propósito y espíritu unificador del Código. Y cabe preguntarse ¿cuál será la norma por la que el intérprete se decidirá en caso de enfrentarse a un conflicto que involucre a estos privilegios y a las desarmonías señaladas?

El no contar con un criterio claro hará que subsistan las dudas y perplejidades generadas por el anterior sistema.

Es por eso que, meditando sobre el tema; se me ocurre que la única interpretación posible es la que paso a exponer:

A pesar de la falta de precepto expreso, aun cuando no se haya incorporado al Código un artículo similar al art. 3884 del Proyecto de Código Civil de 1987, las disposiciones sobre privilegios de la Ley de Contrato de Trabajo y de las leyes sobre prenda con registro, *warrants* y *debetures* a los que hacen referencia los incs. b) y e) del presente artículo contenidos en sus leyes especiales, han venido a quedar tácitamente derogadas por los preceptos del nuevo Código.

Ello así porque el Código Civil y Comercial de la Nación, más allá de su monumental importancia, es una ley; y también son leyes las antes mencionadas: son normas de igual jerarquía. De modo que a su respecto es aplicable el conocido principio de que "la ley posterior deroga a la anterior" en cuanto resulte incompatible con ella (23).

Y es del caso advertir que cuando la nueva ley crea respecto de la cuestión un sistema completo diferente del anterior, no resultará prudente alterar la economía y la unidad de la nueva ley mezclando a ella disposiciones heterogéneas de la ley anterior (24).

Ahora bien, repito que el régimen contenido en el nuevo Código configura un sistema de regulación de los privilegios que aspira a ser completo en orden a su unificación y que contempla específicamente los privilegios aludidos en el art. 2582, incs. b) y e), fijando incluso su extensión y rango (arts. 2583 y 2586). Por lo tanto, es una norma especial referida a los privilegios de estos créditos; que, además, establece un sistema completo de privilegios. Y desde que resulta incongruente con las disposiciones que al respecto contienen las leyes 20.744, dec. ley 15.348/46 (t.o.c. de 897/95), ley 9643 y arts. 327, 332 y 333, ley 19.650 de Sociedades (leyes no derogadas por la ley 26.994) —que no guardan armonía con el sistema de privilegios del Código único—, parece adecuado interpretar que el nuevo régimen especial ha venido a reemplazar al régimen especial anterior.

Esta comprensión, por otra parte, resulta acorde con el propósito expuesto en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de transitar hacia la unificación del régimen de los privilegios ("anhelada unificación", según se propone) y evitará que el operador jurídico se vea enfrentado a situaciones de complejísima solución al momento de dilucidar los conflictos generados por la concurrencia de acreedores. ●

Cita on line: AR/DOC/518/2015

1. MÁS INFORMACIÓN

Padilla, Rodrigo, "El régimen de los privilegios en el Proyecto de Código unificado 2012. Antecedentes jurisprudenciales de Tucumán". LNOA 2013 (mayo), 355 (AR/DOC/1622/2013).

{ NOTAS }

(19) Norma similar a la del art. 3885 del Código de Vélez, que limita a un mes el *ius persequendi* del locador, cuyo privilegio suprime el nuevo Código.

(20) La Ley de Concursos no contempla este privilegio.

(21) Descartado por el Código de Vélez: art. 3255.
(22) Conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, A., en "Código Civil Comentado", obra colectiva dirigida por KEMELMAJER de CARLUCCI, A., KIPER, C. y TRIGO REPRESAS, F., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa

Fo, 2007, comentario al art. 3889, p. 254.
(23) Conf. LLAMBIAS, J.J., "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Ed. Perrot, 11ª edición, Buenos Aires, 1994, t. I, n° 60/61, pp. 61/63.
(24) Conf. BUSSO, E., "Código Civil Anotado",

EDIAR, Buenos Aires 1944, t. I, pp. 164/166, comentario al art. 17.

JURISPRUDENCIA

Jubilación

Aportes voluntarios realizados por un afiliado a una AFJP. Omisión de la Administración de reglamentar la ley 26.425. Inconstitucionalidad por inoperatividad de su art. 6º

Véase en página 4, Nota a Fallo

Hechos: Un jubilado interpuso una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional, el Poder Legislativo y la AFJP a la que estaba afiliado con el objeto de que no se dispusiera de los aportes voluntarios que se encontraban en su Cuenta de Capitalización. Solicitó que se declarara la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 26.425 —SIPA—, los decretos reglamentarios 2103/08, 2104/08, 2105/08 y de las circulares 56/08 y 58/08 de la ANSeS. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda, pero la Cámara la revocó. El jubilado interpuso recurso extraordinario.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, dejó sin efecto la decisión y declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

- 1.- El art. 6º de la ley 26.425, que estableció una opción para los afiliados a la AFJP con relación a los aportes voluntarios efectuados en vigencia del sistema de capitalización, es inconstitucional, en razón de su inoperatividad, atento a que la Administración Nacional omitió expedir las instrucciones y los reglamentos necesarios para la ejecución de la norma y esto impidió, en el caso, el acceso del amparista a los fondos sin que exista ninguna justificación, afectando así el carácter integral e irrenunciable de la jubilación, reconocido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, y enriqueciendo al Estado Nacional sin causa legal.
- 2.- Si el jubilado se vio impedido de efectuar la opción prevista por el art. 6º de

la ley 26.425, por no haberse cumplido con la reglamentación necesaria para la ejecución de la norma con relación a los aportes voluntarios efectuados en vigencia del sistema de capitalización y no existe ninguna constancia aportada por el Estado Nacional que acredite que, aun cuando no se implementó el sistema alternativo, los aportes realizados mejoraron su haber previsional, corresponde que los fondos sean devueltos al amparista, pues es la única manera de enmendar la violación de sus derechos constitucionales.

- 3.- La sentencia que rechazó la pretensión de un afiliado a una AFJP, que tras la sanción de la ley 26.425, impugnó la norma y solicitó la devolución de los aportes voluntarios realizados, debe ser confirmada, pues asimilar el derecho de aquél sobre esos aportes al del titular de una cuenta de ahorro bancario, para derivar de ahí un derecho a la libre disposición de aquéllos, no surge de la ley 24.241 y

se aparta de los propósitos que explican la existencia de los derechos previsionales y, en consecuencia, de todo régimen previsional, incluso el de capitalización (del dictamen de la Procuraduría General que la Dra. Highton de Nolasco hace suyo en su voto en disidencia).

118.342 — CS, 30/12/2014. - Villarreal, Mario J. c/ PEN, PLN y Máxima AFJP s/ amparo.

Cita on line: AR/JUR/66947/2014

1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 26.425.

VIENE DE PÁGINA 3

Dictamen de la Procuración General de la Nación

- I -

A través de la presente acción, el actor solicitó la restitución de los importes depositados en su cuenta de capitalización individual en Máxima AFJP en concepto de aportes voluntarios y su renta. A esos fines, peticionó que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la ley 26.425 y sus decretos reglamentarios por ser violatorios del derecho de propiedad y libre elección garantizados por los arts. 17 y 19 de la Constitución Nacional (fs. 24-36).

La sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, rechazó la acción de amparo interpuesta (fs. 130-133 y 145-147).

Para así decidir, la Cámara indicó que la ley 26.425 y la resolución ANSeS 290/2009 (del 23 de octubre de 2009) regularon el procedimiento de opción en relación con las impositivas voluntarias ingresadas a las cuentas de capitalización individual. Destacó que la normativa prevé la posibilidad de solicitar la liquidación de una prestación adicional u optar por la transferencia de los activos a una AFJP que haya reconvertido

su objeto para tal fin (arts. 1º y 2º resolución ANSeS 290/2009).

A partir de ello, concluyó que no existió lesión a los derechos invocados, ya que la disponibilidad de los fondos correspondientes a impositivas voluntarias se encuentra sujeta a las condiciones establecidas por el plexo legal aplicable, sin que hubiere sido prevista la devolución en efectivo en las condiciones que pretende el actor.

- II -

Contra dicho pronunciamiento, el actor dedujo recurso extraordinario, que la Cámara, a su turno, concedió (fs. 150-162 y 184). En síntesis, el recurrente objeta la aplicación de la ley 26.425 bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional.

En particular, sostiene que la aplicación del régimen de la ley 26.425, viola su derecho a la propiedad en cuanto le impide la libre disposición del capital acumulado en concepto de aportes voluntarios. A ese respecto, alega que la norma citada ha importado una confiscación de las impositivas que en forma voluntaria depositó en una cuenta de capitalización individual en Máxima AFJP. Aduce tener un derecho de propiedad sobre esas impositivas, que lo habilita a retirar la suma reclamada en efectivo. Sostiene que la promulgación de la ley 26.425, viola el principio de irretroactividad de las leyes y afecta los derechos que

el recurrente había adquirido en el marco de la ley 24.241. Asimismo, afirma que la sanción de la nueva normativa vulnera el principio de progresividad, que prohíbe las medidas regresivas en materia de derechos económicos, sociales y políticos.

- III -

El recurso extraordinario es formalmente procedente, en tanto se cuestiona la validez de la ley 26.425 bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional y la decisión del Superior Tribunal de la causa fue favorable a la norma impugnada (Fallos: 304-684, entre muchos otros).

- IV -

En el presente caso no se encuentra controvertido que, en el año 1998, el actor optó a los fines provisionales por el régimen de capitalización creado por la ley 24.241 y realizó aportes obligatorios y voluntarios a la Administradora de Fondos de Jubilación Máxima AFJP (fs. 15 y 25 vta.). Años después, sus aportes obligatorios fueron transferidos, en los términos de la ley 26.222, al régimen previsional público en tanto eran insuficientes para la obtención de un beneficio previsional acorde a un adecuado nivel de subsistencia en el régimen de capitalización (fs. 6-7). Finalmente, el 21 de septiembre de 2007, la ANSeS le acordó un haber jubilatorio (resolución RLI-H 13.408 del 21 de septiembre de 2007, fs. 17-8).

El 9 de diciembre de 2008 entró en vigencia la ley 26.425, que dispuso la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones, y Pensiones en un único régimen previsional público, denominado Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) y eliminó el régimen de capitalización.

Para entonces, el saldo de los aportes voluntarios realizados por el actor en Máxima AFJP, ascendía a \$6.697,10 (fs. 44 y 127).

A través de la presente acción, el actor peticiona la devolución de esos aportes. Aduce que tiene un derecho de propiedad sobre los mismos que le permite disponer libremente de ellos, y que la ley 26.425 es inconstitucional porque cercena ese derecho.

En este contexto, la decisión del caso requiere analizar qué derechos generaba en el actor la realización de aportes voluntarios durante la vigencia de la ley 24.241 y si ellos fueron respetados por el régimen de la ley 26.425. Más precisamente, si la ley 24.241 le otorgaba al actor un derecho a retirar los fondos depositados en concepto de impositivas voluntarias y, en su caso, si ello es resguardado por el régimen de la ley 26.425.

- V -

El régimen de capitalización creado por la ley 24.241 preveía el deber de los afiliados de realizar impositivas obligatorias (art. 56) y el derecho de efectuar aportes

◉ NOTA A FALLO

Imposiciones voluntarias al sistema integrado de jubilaciones y pensiones

SUMARIO: I. Introducción. — II. Situaciones hasta la ley 26.425. — III. Situación posterior a la sanción de la ley 26.425. Efectos. — IV. El devenir jurisprudencial. — V. La causa "Villareal" en la Corte Suprema.

Daniel G. Pérez

I. Introducción

El profundo cambio operado por la ley 26.425 (BO 9/12/2008), disponiendo la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) en un único régimen previsional público, denominado Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) y financiado a través de un sistema solidario de reparto, produjo —en consecuencia— la desaparición del hasta ese momento sistema de carácter "mixto" que incluía también al Régimen de Capitalización, contemplado en la misma ley 24.241.

No analizaremos en este trabajo más que las consecuencias emergentes de la imposibilidad de seguir realizando "imposiciones voluntarias o depósitos convenidos" y de los efectos posteriores a la vigencia de la nueva ley, relacionadas con la falta de concreción de ciertos aspectos normativos y del largo camino recorrido por los ex afiliados al régimen de capitalización, para recuperar los aportes voluntarios efectuados en su oportunidad.

Todos estos avatares han tenido, a través del fallo que comentamos, una muy contundente respuesta por parte de la Corte Suprema de la Nación, lo que viene a constituir un peldaño muy importante para la decisión de las causas en trámite, como para los futuros reclamos.

II. Situaciones hasta la ley 26.425

El tratamiento para los aportes voluntarios y depósitos convenidos antes de la sanción de la ley 26.425 provenía de los artículos 56 y 57 de la ley 24.241 que establecía que los aportes y depósitos tenían por objeto aumentar el haber de la jubilación ordinaria o anticipar en el tiempo su percepción:

"...Artículo 56: Con el fin de incrementar el haber de jubilación ordinaria o de anticipar la fecha de su percepción, conforme lo establece el artículo 110, el afiliado podrá efectuar impositivas voluntarias en su cuenta de capitalización individual. A opción del afiliado estas impositivas podrán ser ingresadas a través del SUSS una vez que las normas reglamentarias establezcan los respectivos procedimientos, o bien en forma directa en la administradora..."

"...Artículo 57: Los depósitos convenidos consisten en importes de carácter único o periódico, que cualquier persona física o jurídica convenga con el afiliado depositar en su respectiva cuenta de capitalización individual. Estos depósitos tendrán la misma finalidad que la descrita para las impositivas voluntarias y podrán ingresarse a la administradora en forma similar..."

Este espectro normativo se completaba con el artículo 58 de la misma ley, el que

establecía que las cuotas representativas de las impositivas voluntarias y depósitos convenidos, si bien integraban la cuenta de capitalización individual, no serían consideradas en la determinación de su saldo a los efectos del cálculo del capital complementario en el artículo 92. Esto representaba una cuestión técnica realmente importante.

De acuerdo con las informaciones más fidedignas de la época en que la transición tuvo lugar, la cantidad de afiliados aportantes al Régimen de Capitalización del SIJP que habían efectuado impositivas voluntarias o disponían de depósitos convenidos ascendía al mes de noviembre de 2008 a una cifra que oscilaba entre las 325.000 y 375.000 personas. Según esas mismas informaciones, el valor involucrado aproximado de esas impositivas o depósitos ascendía al mismo mes a 235 millones de pesos.

Estos guarismos son importantes, por cuanto, como veremos al concluir con el análisis del fallo objeto de nuestro trabajo, se deberá tener en cuenta el valor que tendrán de acuerdo con los métodos establecidos normativamente las cuotas que se pretendían recuperar, por las vías procesales pertinentes.

III. Situación posterior a la sanción de la ley 26.425. Efectos

Desaparece en el nuevo sistema la posibilidad de efectuar aportes voluntarios o de

depósitos convenidos, pero la ley contempla en el art. 6º que:

"...Los afiliados al régimen de capitalización que hubieran ingresado importes en sus cuentas de capitalización individual bajo la figura de "imposiciones voluntarias" y/o "depósitos convenidos", y que aún no hubieran obtenido un beneficio previsional, podrán transferirlos a la Administración Nacional de la Seguridad Social, para mejorar su haber previsional conforme lo determine la reglamentación, o a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, la que deberá reconvertirse, modificando su objeto social para tal finalidad..."

La importancia de la inclusión de esta manda en la ley 26.425 cobra vigor, necesariamente, con la naturaleza misma del fondo de jubilaciones y pensiones, que es el que fue transferido al Estado Nacional (ANSeS), en forma íntegra, a partir del art. 7º de la ley integrando dichos activos al Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto creado por el decreto 897/07.

Debe quedar claro que antes de dicho traspaso el art. 82 establecía la naturaleza del fondo de jubilaciones y pensiones:

"...El fondo de jubilaciones y pensiones es un patrimonio independiente y distinto del patrimonio de la administradora y que pertenece a los" afiliados. La administradora no tiene derecho de propiedad alguno sobre él. Los bienes y derechos que componen el patrimonio del fondo de jubilaciones y pensiones serán inembargables y estarán sólo destinados a generar las prestaciones de acuerdo con las disposiciones de la presente ley..."

LA LEY

DIRECTOR: CARLOS J. COLOMBO
AÑO LXIII N° 182

INCLUYE
SUPLEMENTO
DE DERECHO AMBIENTAL

BUENOS AIRES, REPUBLICA ARGENTINA

Jueves 23 de setiembre de 1999

ISSN 0024-1636

REGLAS, FUNCIONES Y OBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL ESPECIAL REFERENCIA AL LIMITE CUANTITATIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL PARA EL AÑO 2000

POR LEANDRO VERGARA

I. Introducción

El presente trabajo se propone el tratamiento del daño, privilegiando en alguna medida, un análisis económico. No hay que perder de vista que tal análisis no es el único posible ni válido o, para decirlo sin ambigüedades, doy mayor valor a una teoría del derecho que sea capaz de incluir en su estudio un análisis económico del derecho. A tal fin, se analizan los resultados de la conducta o actividades del sujeto. De cómo las reglas de responsabilidad civil funcionan como incentivos de conductas, advirtiendo en algunas situaciones, la presencia de un peligro latente (riesgo o azar moral) de incentivar conductas disvaliosas. Se analizan los efectos externos de las conductas según las consecuencias provocadas sobre los demás. Se toma partido acerca de quién debe asumir el costo de ese efecto externo o externalidad. En la medida que ese efecto es antijurídico. El trabajo se alinea en la teoría que ve a las normas reguladoras del derecho de la responsabilidad como un todo. Es efecto, se toma partido por una postura que afirma que no se puede analizar seriamente una norma jurídica en forma aislada si no se tiene un cuerpo normativo que la explique y la contenga. Es necesario ubicar a las normas sobre la responsabilidad civil asumiendo una visión más sistémica. Para completar la posición adoptada se pretende poner en línea a las normas del sistema de responsabilidad con las funciones que el sistema cumple en su conjunto. Asimismo, se enuncian los objetivos políticos que debería proponer un buen sistema de responsabilidad civil, que al mismo tiempo debe estar en sintonía con las funciones del propio sistema. Finalmente, se analiza del proyecto de Código para el año 2000, el límite cuantitativo de responsabilidad civil propiciando, coherentemente, una mirada sistémica. Para ello, se relaciona al tope cuantitativo con los distintos institutos jurídicos propuestos por el proyecto, como la multa civil, el seguro y otras pautas jurídicas vinculadas al tope.

SUMARIO: I. Introducción. — II. Los daños como externalidades jurídicamente relevantes. — III. Funciones y objetivos del derecho de la responsabilidad civil. — IV. Reglas de juego, normas jurídicas de aplicación, cumplimiento de los objetivos del derecho de la responsabilidad civil. — V. Límite cuantitativo de la responsabilidad civil en el proyecto de Código del 2000. — VI. Relación entre el tope cuantitativo y la multa civil. — VII. Aplicación de los criterios de eficiencia económica. — VIII. Relación entre el tope cuantitativo y la responsabilidad subjetiva. — IX. Relación entre el tope y la regla de la razonable prevención. — X. Relación entre el tope y el seguro. — XI. Relación entre el tope y los casos de daños que generan discapacidad. — XII. Conclusión.

II. Los daños como externalidades jurídicamente relevantes

Para realizar un análisis más abarcativo y completo de lo que sucede cuando se producen daños es importante ver dentro del sistema de responsabilidad civil, cuáles son algunos de los efectos que provoca el agente dañador con su conducta o actividad analizadas desde el punto de vista económico usando la teoría de las externalidades.

Cuando se causa un daño, quien ha participado como agente dañador, de alguna forma, ha generado lo que se denomina una "externalidad". Es decir, el daño es el resultado o efecto externo de la conducta o actividad del agente dañador. Cuando el efecto externo de la actividad produce costos, la externalidad es negativa. A la inversa, si se da que las actividades o conductas generadas por un agente provocan efectos externos o externalidades que se traducen en beneficios, en esos casos, estaríamos en presencia de externalidades positivas.

Los efectos que un agente económico provoca sobre los demás pueden ser efectos favorables o desfavorables. La conducta o actividad de un sujeto normalmente tiene virtualidad bastante como para sobrepasar la órbita del sujeto productor de la conducta o actividad. Esos "efectos" externos proyectados hacia el exterior del sujeto, pueden influir sobre la tranquilidad, el patrimonio, la renta, el ocio etc. de otros sujetos.

En el caso de las externalidades negativas, los terceros reciben el perjuicio (costos) de la actividad o conducta del agente dañador. En estos casos, las externalidades negativas convierten a los terceros en víctimas del daño y por lo tanto en víctimas de los efectos externos de las actividades del sujeto dañador. Es tradicional el ejemplo de Pigou que explica las externalidades a través del efecto externo producido por una fábrica cuando emite humo o ruido y altera la salud, tranquilidad o el valor venal de las propiedades linderas (1).

Cuando el orden jurídico le impone al agente dañador la reparación de los daños ocasionados lo que en realidad se hace es obligarlo (al causante) a que de algún modo tienda a "internalizar" los efectos externos de su actividad dañosa. Es una forma de motivar al sujeto a que "internalice" costos, asumiendo en alguna medida los gastos de precaución y/o los costos del daño. "El derecho se ha caracterizado por cumplir una función de disciplina y ordenación de las relaciones entre los individuos con el objeto de evitar la realización de determinadas actividades o que determinados bienes sean utilizados..." (2).

La reparación de los daños ocasionados provoca la vuelta hacia atrás de los efectos externos producidos, es una manera de internalizar los efectos externos causados a terceros. Cuando el derecho juzga que la conducta o actividad del agente, productor de externalidades, es antijurídica el propio derecho debe motivarlo a que internalice esos costos. De manera que puede decirse sin equivocación, que el sistema de responsabilidad civil es un sistema de internalización de los costos.

El derecho de responsabilidad civil debe resolver con respecto al problema de las externalidades dos aspectos fundamentales, primer aspecto: el derecho debe fijar cuáles son las externalidades relevantes. Para hacer dicha tarea, deberá especificarse cuáles de las externalidades son irrelevantes y cuáles son relevantes. Ejemplos de efectos externos relevantes son las emisiones de humo, ruido, daños etc. La demarcación del límite entre lo relevante y lo que no lo es, se traduce en "el lenguaje del derecho en la determinación de la actividad (con efectos externos) lícita de la ilícita" (3).

Una vez demarcada la frontera entre lo jurídico y antijurídico, con relación a lo no permitido se debe, segundo aspecto, determinar cuáles han de ser los remedios institucionales para la consecución del objetivo de reducir la coexistencia, es decir cómo internalizar los efectos de las externalidades negativas.

En este segundo aspecto, toda la teoría que busca explicar y justificar el modo en que se internalizan las actividades ha sido históricamente objeto de múltiples discusiones. Para Pigou es el Estado el que debe actuar como principal actor en el proceso de internalización, en ese sentido Pigou señala, que los incentivos fiscales a través de impuestos tasas contribuciones, exenciones impositivas etc., constituyen los remedios más efectivos. Esta visión ha sido muy criticada por la visión neoclásica de la economía. Esta postula en principio que toda intervención estatal es mala porque en general la actuación estatal distorsiona el mercado en la mejor asignación de recursos, lo que habitualmente se produce (según la postura neoclásica), cuando el Estado no interviene (4).

(Continúa en pág. 2) ▶

NOTAS

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) CAFFERRATA NORES, Néstor, "Externalidades y daño ambiental en sí mismo", JA, 1998-III-277.

(2) MERCADO PACHECO, Pedro, "El análisis económico del Derecho", p. 135, Ed. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

(3) MERCADO PACHECO, Pedro, *Idem*, p. 136.

(4) En rigor el teorema de Coase es una furiosa crítica a la teoría intervencionista de Pigou. Sintéticamente Coase intentó demostrar la inutilidad de la intervención estatal para llegar a las soluciones más eficientes, COASE, Ronald, "The problem of the social cost",

Journal of Law and Economics, Vol. III, 1960. Puede verse cualquier manual de análisis económico del derecho en donde el teorema de Coase es tema obligado.

DOCTRINA

Reglas, funciones y objetivos de la responsabilidad civil. Especial referencia al límite cuantitativo de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil para el año 2000, POR LEANDRO VERGARA 1

NOTA A FALLO

Requisitos para la apertura del concurso preventivo, POR HUGO DARÍO MACIEL 5

JURISPRUDENCIA

QUIEBRA/ Principios generales de los concursos comerciales — Cesación de pagos — Concepto — Efectos — Ca-

racteres de la ley de concursos — Concurso preventivo — Sujetos — Requisitos del escrito de presentación — Resolución judicial sobre la apertura — Casos en que corresponde el rechazo de la petición (CCivil y Com. San Martín) 5

QUIEBRA/ Declaración de quiebra — Petición de acreedor — Facturas (CNCom.) 7

QUIEBRA/ Concurso preventivo — Homologación — Efectos en general (CNCom.) 7

RESEÑA DE FALLOS 7

COSTAS/ MARCAS DE FABRICA

DEUDA PUBLICA

DIVORCIO

ESTUPEFACIENTES

JUICIO EJECUTIVO/ HIPOTECA

MEDIACION/ PRESCRIPCION

PRUEBA DE PERITOS

SOCIEDAD/ MEDIACION



LA LEY

TOMO LA LEY 1999-E

(Viene de pág. 1)

Pero, jurídicamente, el sistema de responsabilidad civil es un sistema que, inevitablemente, provoca efectos hacia la internalización a iniciativa del Estado ya que el sistema jurídico es un sistema propuesto y dirigido por el Estado. No puede perderse de vista que cuando actúa un juez dictando una sentencia, la actuación en realidad, es del Estado a través de uno de sus poderes que aplica una ley diseñada por otro poder del Estado. La actuación de un juez es la actuación estatal.

Asimismo, tampoco debiera perderse de vista que cuando se analiza la responsabilidad civil estamos analizando un tipo de actuación del Estado que regula conductas. Sin eufemismos, hay que señalar: cuando se habla de responsabilidad civil se está hablando de la intervención estatal.

Por lo tanto, habrá que tener en cuenta cuál es resultado de la actuación estatal en términos de eficiencia a la que debe sumársele, como veremos más adelante, justicia y equidad.

La razón de que los simpatizantes de la teoría neoclásica no sean muy afectos a los incentivos fiscales, administrativos (impuestos, subsidios etc.), en tanto son intervenciones estatales "distorsionantes", puede mostrar una inclinación que por carácter transitivo, tampoco sean proclives a un sistema de responsabilidad muy estricto. Pero al margen de cualquier consideración de orden teórico ideológico que postula una mayor o menor intervención del Estado, favoreciendo una buena asignación de recursos que maximice beneficios, cuando se habla de responsabilidad civil nos guste o no, estamos hablando de intervención estatal.

Esta última afirmación no se conmueve aunque a la par, el Estado cumpla también su rol indelegable de promover mecanismos autorregulatorios que orienten la mejor asignación de recursos. Este rol, lo puede desplegar el Estado dando información, facilitando la solución negociada en condiciones de razonabilidad entre los miembros de la sociedad etc. etc.

En consecuencia, el sistema de responsabilidad civil es un proceso que favorece la internalización de daños, y como ésta posibilidad de algún modo, la traslación del daño (de la víctima al victimario), la responsabilidad civil es un mecanismo de redistribución de daños (costos). A su vez, como la distribución de daños explica, principalmente, quién debe soportar los costos del daño, es necesario elaborar una teoría que se preocupe por la evitación del daño como también si esa distribución puede servir como incentivo de prevención.

III. Funciones y objetivos del derecho de la responsabilidad civil

El pago de una indemnización cumple, insisto, con la función de traslación de costos (daños) del perjudicado al responsable. Es claro, que esta función de evitación no debería agotar el menú de funciones. Si la responsabilidad civil tuviera como única función la redistribución de los daños, desde un punto de vista económico, esta única función carecería de eficiencia porque la función de redistribución no consigue evitar los daños en sí mismos, sólo los distribuye. En la responsabilidad civil la función de redistribuir sólo produce un aumento —según la denominación propuesta por Guido Calabresi— de los costos terciarios (costos del proceso judicial, abogados peritos etc.), que no reduce en un aumento del conjunto del bienestar de la sociedad" (5). Ejemplo: si Cayo rompiera una estatua propiedad de Bruto, a pesar de que el derecho lo condenara a pagarle el valor de la estatua, lo cierto es que la estatua ya no existiría más. Aunque Bruto le pagara a Cayo el valor completo

de la estatua y con esto Cayo quedara indemne, ambos en conjunto se habrían empobrecido.

Salta a la vista que el derecho de la responsabilidad civil debe cumplir también con la función de evitación. En el reciente ejemplo la cuestión es promover incentivos para que Cayo no rompa la estatua de Bruto.

El desideratum (6) es, contribuir a la evitación de los daños porque una vez acaecidos el costo marginal (por unidad de costos) del perjuicio que provocan los daños no puede superar los beneficios marginales (por unidad de beneficios) que proporciona una indemnización.

Para que una legislación sea eficiente debe proporcionar incentivos para producir la disminución de daños. Los incentivos deben ser suficientemente adecuados como para contribuir (eficientemente) al aumento del bienestar de la sociedad. Al causante de los daños se le deben hacer ver las consecuencias de su proceder para que le sirvan de incentivo y de ese modo conseguir que se abstenga de provocar daños (7).

De todas formas debe quedar claro, que a pesar de privilegiarse la función general de prevención y evitación de daños, cuando éstos igualmente se producen siempre existirá un mecanismo de distribución de suerte tal que en todos los casos cómo se distribuyen y a quién se atribuyen los daños siempre será un tema de capital importancia. En este punto existen numerosos parámetros jurídicos, económicos, sociales etc. que no deberían estar ausentes de un buen análisis. Toda condena judicial al pago de una indemnización nunca es neutra, siempre produce resultados. El impacto de las condenas siempre debe ser objeto de un estudio detallado.

Hay una función adicional que pretende incorporarse, legítimamente, a la dogmática del derecho de responsabilidad civil, cual es: contribuir a que las víctimas se aseguren el efectivo pago de los daños resarcibles. Como es obvio, "el derecho no puede convertir en solventes a los insolventes" (8), el derecho debe proveer normas jurídicas que habiliten mecanismos que faciliten el cumplimiento de las sentencias judiciales. No está de más recordar que una ley es buena no sólo por lo que pretende sino por lo que consigue.

Resumiendo: De lo expuesto puede decirse que un sistema de responsabilidad civil cumple o debería cumplir una determinada cantidad de funciones. La puesta en marcha de la maquinaria legal que articula el fenómeno resarcitorio (según cumpla o no algunas funciones), evidencia los objetivos que el sistema de responsabilidad civil se ha propuesto llevar adelante. En consecuencia tenemos al menos 4 objetivos que entiendo tienen que presentarse como los más destacados, estos son: 1) promover la evitación de los daños; 2) proporcionar incentivos para evitar conductas o actividades dañosas; 3) producir una distribución de los costos que producen los daños de manera justa y equitativa 4) Contribuir al efectivo pago de los daños resarcibles.

Las dos primeras se enroscan dentro del gran capítulo de la prevención de daños. Su principal vocación o provecho se obtiene operando *ex ante*; en cambio las dos segundas operan irremediablemente *ex post facto*

IV. Reglas de juego, normas jurídicas de aplicación, cumplimiento de los objetivos del derecho de la responsabilidad civil

A esta altura surge la pregunta inevitable: ¿Cómo logra el derecho de la responsabilidad civil cumplir razonablemente con los cuatro objetivos recién expresados? Antes de responder es necesario aclarar que es imposible lograr más de un objetivo por intermedio de una sola norma jurídica. Cuando se pretende alcanzar objetivos tan ambiciosos sólo es posible conseguirlo a través de un conjunto de normas relacionadas entre sí. Es un error de método delegar en una sola norma todas las aspiraciones de un sistema. Asimismo, constituye otro error muy frecuente concentrar en una sola norma las frustraciones del sistema.

Sólo se puede alcanzar un resultado "razonable", propiciando un juego armónico de todas las normas jurídicas reguladoras del derecho de la responsabilidad civil. Es claro, que de la adecuada combinación entre las distintas normas jurídicas que legislan la responsabilidad civil, se puede obtener un sistema adecuado, o por lo menos, uno que esté en mejores condiciones de alcanzar un bienestar para el conjunto de la sociedad (9).

Para sintetizar lo expuesto: El cumplimiento de los objetivos de la responsabilidad civil trae como resultado el aumento de bienestar para el conjunto de la sociedad. Para ello se impone propiciar un juego armónico y sistemático de las distintas reglas jurídicas que regulan la responsabilidad civil. Se trata, por lo tanto, de que las distintas reglas existentes combinadas entre sí, posibiliten un funcionamiento razonable del sistema. Así por ejemplo una adecuada aplicación de la responsabilidad objetiva coordinada con la responsabilidad subjetiva; la asunción por parte del perjudicado, en determinados supuestos del costo del daño; la aplicación de multas que podrían imponerse sean como daños punitivos, multas civiles (10); impuestos; el mecanismo del seguro —usando variables como el seguro obligatorio—, aplicaciones de tasas de interés diferenciadas para distintos tipos de deudores; etc. etc.

Las aplicaciones de las distintas normas jurídicas deberían combinarse "casi matemáticamente" de tal forma que el resultado posible sea una mejora de bienestar para toda la sociedad en su conjunto. Siguiendo este razonamiento no puede analizarse una regla o norma jurídica aisladamente. Es preciso ver cómo las distintas normas funcionan sistemáticamente (11).

Para poder implementar en la práctica los objetivos de la responsabilidad civil cualquier reforma legislativa debe tener en cuenta, por lo menos, cuatro acciones que por ser tales estén en línea de congruencia con los mencionados objetivos: 1) Promover la creación de normas jurídicas que sean eficientes para prevenir daños —aquí vale la pena no olvidar lo expuesto supra cuando hablamos de prevención como género— esta es una tarea propia de política legislativa. 2) Promover la aplicación de decisiones judiciales que estén en línea con la prevención de daños. 3) Promover que las normas jurídicas se usen "eficientemente" y "equitativamente" para reparar los daños producidos. 4) Promover que las decisiones judiciales tomen del sistema jurí-

dico las normas más adecuadas para reparar los daños.

Dicho y aceptado lo expuesto hasta aquí, recién ahora, se podría estar en condiciones de analizar el tema del límite cuantitativo de la responsabilidad civil con una mirada un poco más abarcativa.

V. Límite cuantitativo de la responsabilidad civil en el proyecto de Código del 2000

El proyecto de Código de unificación civil y comercial para el año 2000 en su art. 1634 establece un límite cuantitativo a la responsabilidad civil para tres tipos genéricos de presupuestos: hechos de las cosas y actividades peligrosas, cosas riesgosas y actividades especialmente peligrosas. La regla del tope cuantitativo de responsabilidad sólo es aplicable en los casos mencionados en los que el factor de atribución es claramente objetivo.

El tope cuantitativo en la responsabilidad civil (tomando los efectos de traslación y distribución económicos de los daños —costos—) impide la traslación económica del daño (costo) de la víctima al victimario por encima del monto fijado como tope. Por tal motivo, la víctima no puede obligar al victimario a que internalice el daño que ha ocasionado en más de lo que es responsable jurídicamente. Dado que el agente dañador responde hasta el monto del tope, es posible que sólo esté motivado a internalizar los costos de aquello que le generan responsabilidad. Puesto que el pago de los daños a la víctima es un precio que el responsable paga por externalizar un efecto —el daño—, seguramente ese agente dañador no estará preocupado por internalizar los costos de prevención del daño si el ordenamiento jurídico no lo responsabiliza por esos efectos externos dañosos.

El análisis microeconómico tiene como punto de referencia la hipótesis de que el hombre es un *homo oeconomicus*, hombre racional u hombre racionalmente egoísta. Por tal razón se postula que el sistema de responsabilidad civil es un sistema eficiente en tanto funciona (o debiera funcionar) como un sistema de incentivos para la evitación o disminución de daños; por dicha virtud el sistema proporciona un mayor beneficio a la sociedad en general. Una sociedad que sufre daños incurre en costos que, evidentemente, la empobrecen en su conjunto. Para el victimario, la condena al pago de una indemnización impuesta por el orden jurídico, representa un verdadero precio a pagar. Para que un agente dañador potencial, tenga incentivos para no dañar, el precio (costos-indemnización) que debe pagar tiene que ser inferior al precio (costos-prevenición) de evitar el daño. El costo de la producción del daño debe ser inferior al costo de la evitación; de otro modo el potencial agente dañador, hombre racionalmente egoísta, (*homo oeconomicus*) no tendrá motivaciones para evitar los costos de los perjuicios que produzca.

El tope cuantitativo puede generar la falta de incentivos para evitar los daños por encima del límite fijado como *quantum indemnizatorio*. Existe entonces un "riesgo moral" o "azar moral" (12) (moral hazard) de que el causante de los daños no se preocupe de los perjuicios por encima del tope cuantitativo.

Afortunadamente un sistema jurídico que se precie de ser un conjunto de normas ordenadas, armónicas, eficientes, justas y equitativas no puede concentrar en la regla del tope cuantitativo todas las vías de acceso a la responsabilidad civil.

Nótese, que en los casos de eventos dañosos por debajo del límite establecido en donde el responsable compensa la totalidad del perjuicio, la norma jurídica que asegura la reparación total de los daños a la víctima puede no funcionar

NOTAS

(5) SACHIER, Hans-Bernad y OTT, Claus, "Manual de Análisis Económico del Derecho Civil", p. 221, Ed. Tecnos, 1991.

(6) ATTORINI, Attilio, Anibal, "La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil", p. 54, Ed. Abeledo Perrot, 1997.

(7) SACHIER, Hans-Bernad y OTT, Claus, "Manual de Análisis Económico del Derecho Civil", p. 105, Ed. Tecnos, 1991.

(8) SACHIER, Hans-Bernad y OTT, Claus, *Idem* p. 71.

(9) SACHIER, Hans-Bernad y OTT, Claus, *Idem* p. 108.

(10) El proyecto de Código Civil para el 2000 incorpora las multas civiles en el art. 1587: "El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva..."

(11) GRUN, Ernesto, "Una visión sistémica y cibernética del Derecho", Ed. Abeledo Perrot, 1995.

(12) COOPER, Robert y HEN, Thomas, "Derecho y Economía", p. 76, Ed. del Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

como un incentivo para la evitación de daños. En efecto, se trata de casos en donde el costo de la evitación sigue siendo más caro que los costos de la producción. Son casos en los que, aun cuando la víctima recibe la indemnización que resarcir todos sus daños, el victimario no tiene incentivos que promuevan la evitación del daño. El victimario suele resolver la ecuación costo-beneficio a su favor, por lo tanto no se preocupa en general por los daños cometidos. Me refiero a los casos típicos de algunas empresas que contaminan; solo evitarán la contaminación si los beneficios de su evitación superan los costos de su producción. En el caso de que algunas de esas empresas le resultara menos costoso seguir pagando los daños que provoca, fácilmente, elegirá por ejemplo, comprar "elementos técnicos" que eviten o atenúen la contaminación, seguramente lo más previsible es que continúe contaminando (dañando).

En consecuencia, hay ocasiones en las que la reparación total a la víctima por sí sola tampoco asegura la evitación de los daños. Aún con compensación completa a la víctima puede subsistir un riesgo o azar moral (moral hazard). El riesgo moral estaría representado por la falta de preocupación del individuo por producir daños, puesto que éstos, en promedio, lo benefician.

Ahora bien, para desalentar la presencia de estos riesgos o azares morales, sería bueno que el ordenamiento jurídico suministre, además de una regla o norma de compensación del daño, otras norma/s jurídica/s que combinen, armonicen, balanceen y complementen el sistema para con ello alentar un sistema de responsabilidad civil más justo y efectivo.

VI. Relación entre el tope cuantitativo y la multa civil

En el proyecto del 2000, hay una norma llamada multa civil (art. 1567) que se aplica cuando se actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Veamos, ¿Cómo se complementan en el proyecto del 2000 las reglas jurídicas del tope y la multa civil? De la lectura armónica de las distintas normas del proyecto entiendo que puede enunciarse la siguiente regla: *Cuando se juzga que un agente dañador se beneficia "injustificadamente" con los daños que provoca o, por alguna razón se entienda que los daños ocasionados son "socialmente intolerables", sea que el perjuicio esté por encima o por debajo del tope, la multa civil puede aminorar el riesgo moral de que el sistema incentive la producción de dichos daños.*

La multa civil promueve incentivos para evitar daños. La multa civil es eficiente para poner obstáculos a quienes pretenden "injustificadamente" valerse del tope como también para tope aquellos casos en los que no mediante tope se seren situaciones socialmente disvaliosas.

La interpretación que propicio es que la multa civil pueda aplicarse, tome criterios de valoración tanto subjetivos como objetivos. Esto significa que la multa civil puede aplicarse cuando a una conducta o actividad, base del evento dañoso, se le atribuye un factor de atribución tanto subjetivo como objetivo. Son dos los criterios de aplicación de la multa civil uno con base subjetiva y otro objetiva.

En caso de aplicación del criterio subjetivo la condena de la multa civil tiene como presupuesto que el agente dañador actuó con culpa o dolo (responsabilidad subjetiva). Es importante tener presente que no habría tope cuantitativo no sólo porque la aplicación adicional de una multa

civil implica, de hecho, una imposibilidad de tope sino porque la responsabilidad subjetiva supone en sí misma una imposibilidad de aplicación del tope. En los casos de responsabilidad subjetiva se responde sin límite cuantitativo. La condena al pago de una multa civil viene a suplementar la condena de reparación del daño a la víctima; que dicho sea de paso no necesariamente la enjugará el damnificado, el art. 1567 dispone que el juez puede decidir otro destino (13).

Prosiguiendo con la línea argumentativa de evitar conductas que faciliten conductas o actividades que traigan aparejados "riesgos morales": es importante para ello, no olvidar que la multa civil puede cumplir razonablemente la función de incentivar conductas de precaución y evitación de daños aunque la indemnización (proveniente de un factor de responsabilidad subjetiva), satisfaga plenamente al damnificado

Para el supuesto caso que sólo se condenara al pago de multas civiles cuando mediara responsabilidad subjetiva, quedarían "fuera de juego" todas las situaciones en que el daño tiene su causa en un factor de atribución objetivo.

Es decir, si la multa sólo se aplicara existiendo previamente un juicio reproche subjetivo, de ello se deduciría una regla muy disvaliosa, cual es que si no hay un reproche a título de culpa o dolo no podría aplicarse una multa civil aunque sea razonable aplicarla.

En cambio, un criterio objetivo (interpretación correcta) de aplicación de la multa da derecho a aplicarla aunque no se pueda responsabilizar al agente dañador a título de culpa o dolo, por lo tanto la multa puede tener como presupuesto (también) la responsabilidad objetiva.

Esta interpretación, que propicio, postula que puede aplicarse la multa civil independientemente de que el factor de atribución sea subjetivo u objetivo, siempre que se cumplan los presupuestos establecidos en el propio art. 1567 que regula la multa civil. En él se señalan dos requisitos de aplicación: 1) que exista una "grave indiferencia de los derechos de los terceros o 2) de los derechos de incidencia colectiva". Sin perjuicio de que el estudio de estos dos requisitos podrá ser objeto de un trabajo más elaborado, me queda claro que ambos requisitos, no reenvían en particular a ninguno de los dos factores de atribución genéricos: subjetivo u objetivo. Para una correcta interpretación, podrá apreciarse que la indiferencia de los derechos o intereses ajenos que menciona el art. 1567, puede originarse en una culpa o dolo o puede derivar a una actividad riesgosa.

A su vez, para poder aplicar correctamente la multa civil, es bueno tener presente conceptos como: "daño justificado e injustificado" y "daño socialmente tolerable e intolerable".

Un daño socialmente intolerable es, por principio, un daño injustificado, por lo tanto debería ser reparado (14).

El agente dañador deberá, de alguna manera, tender a internalizar los costos de los daños, si éstos son socialmente intolerables y por consi-

guente reprochables. Desde luego que para saber cuándo un daño es socialmente intolerable se debe realizar un análisis amplio. Para ello, debe usarse una teoría del derecho que incluya en su análisis una perspectiva económica, de forma que la explicación sea más consistente y en consecuencia logre un mayor nivel de legitimidad. Una buena teoría del derecho, siempre es bueno recordarlo, no debe descartar en su análisis algún criterio económico y, al mismo tiempo, una buena teoría del derecho (también es bueno recordarlo), no puede tomar como único criterio (hegemónico y excluyente), el cumplimiento de la variable eficiencia o maximización de beneficios (criterio posneriano).

VII. Aplicación de los criterios de eficiencia económica

Una teoría que use únicamente criterios económicos y se olvidara de tomar (y aplicar) otros criterios de justicia, podría arribar a conclusiones que en muchos casos se juzgarían como inequitativas. El sentido común quedaría trastrocado. Verbigracia: Supongamos que una persona pobre y sin amistades tuviera un reloj de colección, si lo quisiera vender es muy posible (casi seguro) que el único mercado al que esa persona pobre tendría acceso le pautase un precio máximo; que a los fines del ejemplo lo estimo en 100 pesos. Dicho precio, será considerablemente menor que podría aspirar el dueño de Sotheby's de Nueva York, si tuviera el mismo reloj. El reloj en manos del dueño de la casa de remates más famosa del mundo tendrá una aptitud para venderse en digamos 5000 pesos. Desde el único punto de la eficiencia económica se maximizaría los beneficios, si se le sacara el reloj a la persona pobre porque en manos del rico el mismo reloj puede producir un valor mucho mayor. Es evidente, que en manos del dueño de Sotheby's "el mismo reloj" vale mucho más que en manos de la persona pobre.

Esta transferencia forzosa satisfaría ampliamente el "criterio u óptimo de Pareto", puesto que tal parámetro prefiere una situación X a otra Y, si se mejora la situación de por lo menos un sujeto sin empeorar la situación de otro (15). Es ineficiente una situación si es posible mejorar la situación de por lo menos una persona sin empeorar a otra. De manera que el criterio de eficiencia impone buscar esa mejora. Con ella se consigue bienestar. En el ejemplo dado, es eficiente sacarle el reloj al pobre compensándolo con \$ 100 (16) su situación no ha empeorado al tiempo que la situación del dueño de Sotheby's ha mejorado; conclusión la sociedad se ha enriquecido (17).

A esta altura vale la pena preguntarse como lo hace Dworkin "...¿tenemos (siempre) el deber de incrementar el bienestar al máximo?" O en todo caso, ¿es una obligación de la sociedad aspirar —irreflexivamente— al cumplimiento de la eficiencia económica? ¿Acaso en todos los supuestos debemos tener como única referencia el incremento de bienestar? Caer de maduro, la idea de que "no es aceptable que la eficiencia se erija en el objetivo supremo de elección social" (18). Cualquier sistema de eficiencia, de reducción de costos, aun de prevención general de daños que justifique una teoría de la justicia que sea percibida como injusta "...será conside-

rada total o parcialmente inaceptable sin que la mejor de las defensas de su eficiencia pueda hacer nada por evitarlo" (19).

A tales interrogantes, bien valdría la pena responderles teniendo a la mano una buena teoría de la justicia (20). No obstante, por ahora me resulta evidente y notorio la sensación de injusticia que significa tener como única referencia la eficiencia como criterio de justicia. Pero, sin ser el único criterio aplicable, también es evidente y notorio que si a la justicia y equidad le sumamos eficiencia, el resultado de una teoría del derecho que incluya todas esas variables encuentra una legitimación social más consistente y deseable.

VIII. Relación entre el tope cuantitativo y la responsabilidad subjetiva

En el proyecto del 2000 la responsabilidad subjetiva no está atada a límites cuantitativos de responsabilidad. En los casos de responsabilidad subjetiva no funciona el tope. Puede verse en consecuencia que la responsabilidad subjetiva sigue funcionando como un incentivo para evitar conductas dañosas. El agente dañador seguirá motivado para internalizar los costos tendientes a evitar la producción de los daños en tanto no hacerlo, en principio, le resultará más gravoso que externalizar los resultados dañosos de su conducta o actividad. Por su parte, para la víctima el esquema propuesto de la responsabilidad subjetiva sigue siendo una vía de reparación que garantiza su indemnidad.

De igual manera, ante el evento dañoso cuando la víctima contribuye con su conducta a la consecución del daño (de su propio daño) es claro que dicha acción culpable (culpa de la víctima) le impide un juicio de reproche a terceros ajenos a él. La actividad culpable de la víctima que contribuye al daño no es susceptible de reproche ni subjetivo ni objetivo a terceros.

La actividad culpable de la víctima funciona como incentivo para que se abstenga de realizar conductas o actividades negligentes puesto que no tendrían reparación. Una regla de derecho que contempla que la víctima cargue con el daño producto de su propia culpa, es una regla que sirve de incentivo para que ella evite contribuir al daño (21). Tal comportamiento de evitación es esperable, dado que si la víctima no guarda un deber de cuidado razonable, luego no podrá esperarse que el ordenamiento ampare o "arregle" un comportamiento negligente. Es una aplicación de la máxima *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*.

Desde el punto de vista de la promoción o incentivación de conductas existe una regla conocida como la regla de la "negligencia contributiva". Se requiere ver cuál es la contribución negligente de la víctima a la realización del daño. Se trata de detectar de qué modo ha contribuido la negligencia de la víctima a la realización del daño. Una vez verificada la negligencia contributiva queda claro que el daño originado en esa causa no es resarcible. Se trata de una regla que promueve la prevención de daños ya que la víctima recibe del ordenamiento jurídico un mensaje inequívoco que dice "si actúas con negligencia y por ello te dañan no tendrás reparación".

El cumplimiento de esta regla combinada con la regla de la responsabilidad por negligencia alienta a que en conjunto, potenciales dañadores y potenciales víctimas, actúen previniendo daños (22).

(Continúa en pág. 4) ➤

NOTAS

(13) El art. 1567 del proyecto del 2000 dice "El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.

(14) La interpretación de cuándo un daño es justificado e injustificado es una terminología usada en el proyecto del 2000 en los arts. 1588 y 1589. En el

art. 1589 inc. e dice "En el caso de afectar intereses de incidencia colectiva si corresponde considerarlo socialmente tolerable en razón del interés general". A contrario sensu si del interés general se considera que un daño no es socialmente tolerable ese daño es injustificado y por lo tanto entra en la regla general del art. 1588 que establece el principio general que todo daño injustificado debe ser reparado.

(15) Ver criterio u óptimo de Pareto, hay una buena explicación en SACHER, Hans-Bernard y OTT, Claus, op. cit., p. 40.

(16) Ver cómo funciona el criterio de Kaldor Hicks en relación al óptimo de Pareto, como así también sus críticas con SACHER, Hans-Bernard y OTT, Claus, p. 46.

(17) DWORKIN, Ronald, "El imperio de la Justicia", p. 205, Ed. Gedisa, 1992. He tomado el ejemplo del reloj de colección modificando ligeramente el ejemplo original expuesto por Dworkin.

(18) TORRES LOPEZ, Juan Carlos, "Análisis económico del Derecho", 7.º ed., Tecnos, Madrid, 1987.

(19) CATALANESI, Guido, "El costo de los accidentes", p. 43, Ed. Ariel, Barcelona, 1984. Ver también la cita de TORRES LOPEZ, Juan Carlos, op. cit., nota 16.

(20) Ver en DWORKIN, op. cit., una elaboración de una teoría que explica por qué son preferibles otros criterios que justifican una buena interpretación.

(21) Esta regla, de hecho existe en el actual Código Civil a través del art. 1111 y del art. 1611 cuando habla del hecho del damnificado.

(22) Son reglas que buscan el funcionamiento eficiente entre potenciales víctimas y dañadores creando una especie de círculo virtuoso. Para un análisis más detallado ver COPIER, Robert y ULLMAN, Thomas, op. cit., Nota 11. Especialmente el capítulo VIII: "Teoría económica de los ilícitos culpables", p. 367 y siguientes.

(Viene de pág. 3)

IX. Relación entre el tope y la regla de la razonable prevención

Según el proyecto del 2000, el sindicato como responsable tampoco podrá valerse del tope "...en especial, si no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas" (art. 1634 inc. b). De esta segunda parte del inc. b, puede decirse que como regla es una reiteración de la regla expuesta en la primera parte del mismo inciso cuando dice "si actuó sin diligencia". En consecuencia sin diligencia, es igual a, sin prevención adecuada y razonable.

En muchos casos, quizá en la mayoría, cuando no hay adecuada prevención hay negligencia. Quizá, en algunos otros casos, para averiguar cuáles son los costos comparativos de prevención entre víctima y victimario. Me refiero a la conocida regla de *Learned Hand*. Sintéticamente esta regla postula que es responsable aquel sujeto a quien los costos de prevención del daño le resultan inferiores. Del resultado de esa averiguación se sabrá quién será, finalmente, el que soporte el costo definitivo de los daños: la víctima o el victimario. Se trata de una regla de eficiencia puesto que si el costo de prevención es menor para una parte que para la otra, desde el punto de vista de la eficiencia, es claro que se consigue maximizar los beneficios si se obliga a realizar un gasto de precaución a quien le resulta más barato prevenir el daño. Es una manera de tender a que el sujeto, a quien le resulta más barato (*cheaper coster avoider*), internalice los costos de producción de los daños. Esta regla, es una vara de medición (razonable) independientemente del juicio de reproche subjetivo propio de la culpabilidad (23). Vale la pena recordar que, en la fórmula original de *Learned Hand*, el que tiene menores costos de prevención para evitar el daño, debe incurrir en ellos, de otro modo es negligente. Se ha criticado esta postura por ser dogmática. En muchos casos los agentes o el propio juez no cuenta con la información para realizar un juicio crítico. Es obvio que en muchos casos no es factible obtener información o es muy costoso adquirirla. En cualquier caso, es posible establecer la negligencia si usando criterios razonables de valoración si se efectuaron los gastos de precaución siendo razonable efectuarlos.

Resumiendo: En los casos de responsabilidad subjetiva no hay tope. Para determinar cuándo hay negligencia es necesario desarrollar no sólo criterios de culpabilidad que recojan las enseñanzas del preclaro art. 512 del código civil actual recogidas en el art. 1603 del proyecto, sino también criterios de negligencia en concreto. Es importante conceptualizar en la medida de lo posible criterios de negligencia concretos. Por dicha razón, es razonable postular una fórmula de negligencia que tenga en cuenta los costos de precaución: el sujeto es negligente cuando después de un análisis comparativo de gastos de precaución, se concluye que el sujeto dañador tenía, razonable y relativamente (uno en relación con otro), mejores condiciones (objetivas, cosas de precaución, información etc.) de prevenir el daño y no lo hizo. Esta fórmula intenta superar, ligeramente, la regla de *Learned Hand* ya que ésta no tiene en cuenta, al menos en su aspecto más puro, la información acerca de los costos de precaución.

X. Relación entre el tope y el seguro

El inciso c, del art. 1634 del proyecto, impide valerse del tope al sujeto que debió tomar un seguro y no lo hizo. En este inciso pueden incluirse dos tipos de hipótesis en las que cuenta, según propongo, el factor previsibilidad del daño en actividades o situaciones que involucran riesgos.

Primera hipótesis. Caso ordinario

El art. 1634 inc. c, promueve la toma de seguros para asegurar el patrimonio del asegurado. La cobertura puede asegurar situaciones en donde el riesgo es ordinario. Llamo riesgo ordinario, a aquellas situaciones en donde el cálculo probabilístico estima que el siniestro previsto sucede con relativa frecuencia. En rigor, el riesgo es ordinario no tanto por la magnitud cualitativa del daño sino más bien por la frecuencia de la producción dañosa. Son casos de riesgo ordinario, por ejemplo, los casos de accidentes de tránsito en donde se sabe que dicha actividad comporta un riesgo y es de ordinario que con frecuencia ocurran accidentes. No obstante, como los beneficios sociales de la utilización del automóvil son mayores que los costos sociales que su utilización provoca, la actividad está permitida, es lícita y, en ese sentido, los daños producidos son socialmente tolerables. Ésta es la hipótesis más habitual, la regla es clara, si no se tomó un seguro se responde sin tope.

Segunda hipótesis. Caso extraordinario

En esta segunda hipótesis existe una conexión entre la regla que promueve este inc. c, y la regla propuesta en el inc. b del mismo artículo. A pesar de que existe un artículo que legisla sobre la responsabilidad en los casos de actividades especialmente peligrosas como el art. 1665 igualmente es una situación que encuadra en el límite impuesto por el preclaro art. 1664. El juego de ambos artículos apoyaría a un punto de vista que sostendría que el límite cuantitativo funcionaría para las actividades especialmente peligrosas sin ningún otro análisis suplementario. Una afirmación de ese tipo pecaría de simplista.

Hay otro punto de vista, que promuevo, en el que de darse ciertos hechos, aun en esos casos no habría límite cuantitativo.

Me explico: cuando se toma un seguro contra la responsabilidad civil se está asegurando la reparabilidad del daño por parte de una compañía de seguros. El inc. c, habla de haber asegurado "razonablemente" el riesgo. Para medir la razonabilidad, es útil tener en cuenta, el potencial dañoso de la conducta o actividad riesgosa y la cuantía del daño involucrado por ese potencial dañoso. Por ejemplo: cuando una caldera (motor, turbina etc.) de un edificio (de acuerdo a su tamaño, ubicación y potencialidad dañosa, etc.), explota produciendo daños que destruyen el edificio lindero. Si este edificio sufriera daños en más de \$ 300.000 o sea daños en más del tope, se podría deducir (de acuerdo al tamaño, ubicación y potencialidad dañosa etc.) que era razonable, y de ese modo, previsible, la cuantía de los daños ocasionados. Para saber si es razonable tomar un seguro por esos riesgos que llamo extraordinarios, es menester hacer un cálculo de previsibilidad del impacto dañoso. Se deberá verificar la cuantía del monto asegurado, la cobertura. Debe haber razonabilidad entre el monto asegurado y el tipo de siniestro asegurado. No es razonable asegurar un monto de \$ 300.000 si la potencialidad dañosa supera holgadamente ese monto. Debe haber una relación entre el monto asegurado y el impacto dañoso derivado de un riesgo específico. Por tal motivo, dada una situación de hecho concreta debe ser objeto de un cálculo razonable, el potencial dañoso y el riesgo. Es obvio, que esos riesgos deben ser asegurados, de otro modo la conducta de no tomar el seguro asegurando razonablemente el daño potencial es una conducta en sí misma reprocha-

ble y por lo tanto negligente, en este caso el sujeto en cuestión no podría valerse del tope.

Resumiendo: con relación al seguro existen dos hipótesis en las que no tomar el seguro impide valerse del tope: *primera hipótesis, caso ordinario;* es no tomar un seguro tratándose de una situación o actividad considerada riesgosa, y dicha omisión impide valerse del tope.

La segunda hipótesis, caso extraordinario; cuando el riesgo potencial de causar daños en más de trescientos mil pesos (por encima del tope) es previsible de acuerdo a determinadas situaciones y actividades específicas. Se deberá hacer un cálculo razonable en base a las probabilidades del riesgo y el potencial impacto dañoso. En esta hipótesis, no se puede beneficiar con el tope a quien no sólo no tomó un seguro sino que aun en el caso de haberlo tomado, no cubre el siniestro asegurado debiendo razonablemente haberlo cubierto de acuerdo a las circunstancias. Será necesario analizar caso por caso. De lo contrario existirá un riesgo moral del sujeto que sabe, positivamente, que por su situación o actividad riesgosa se puede producir un daño seguro por ej. de \$ 1.000.000 y, no obstante, su seguro no alcanza a cubrir dicho monto porque su límite es de \$ 300.000. En esta situación no sólo no sería razonable no tomar un seguro, sino tampoco sería razonable tomar un seguro por debajo de la hipótesis dañosa.

El cumplimiento de los objetivos de la responsabilidad civil trae como resultado el aumento de bienestar para el conjunto de la sociedad. Para ello se impone propiciar un juego armónico y sistemático de las distintas reglas jurídicas que regulan las responsabilidades civiles. Se trata, por lo tanto, de que las distintas reglas existentes combinadas entre sí, posibiliten un funcionamiento razonable del sistema.

XI. Relación entre el tope y los casos de daños que generan discapacidad

Se trata de otra salida del tope, pues en el proyecto del 2000 se prevé que cuando el damnificado sufra una gran discapacidad, el tribunal puede aumentar el máximo indemnizatorio hasta el triple. Digamos que comenzaría a funcionar otro tope que sería de acuerdo a lo previsto de 900.000 \$. Esta elevación del tope puede ser vista como una solución de equidad. No sería justo valerse del tope si están en juego daños que involucran discapacidades. Desde un punto de vista de los incentivos, se trata de motivar al potencial agente dañador a que internalice costos y conductas de evitación cuando se trata de cuestiones relativas a la capacidad física de las personas. Es natural promover motivaciones de mayor cuidado cuando peligran la salud. Para no perder de vista el contexto general, no está de más recordar que el tope cuantitativo de hasta el triple sólo funciona en los casos de responsabilidad objetiva.

XII. Conclusión

Dentro de los objetivos que debe tener un buen sistema de responsabilidad civil destaque entre ellos: "contribuir al efectivo pago de los daños resarcibles".

El sistema de tope favorece el cumplimiento del principio de previsibilidad. El límite cuantitativo facilita el cálculo. Hace más previsible el valor esperado. Dado que la precisión del cálculo económico le da mayor previsibilidad al futuro y por ende al sistema en general, el mercado asegurador tendría mayores posibilidades de desenvolvimiento. Es evidente que la expansión del seguro favorece un acceso a mayor número de gente, puesto que los precios de la prima es probable que tiendan hacia la baja. El seguro da garantías de pago a los damnificados. Con el seguro la víctima tiene ampliadas sus expectativas de pago. Si hay una compañía de seguros el beneficio es fácilmente apreciable tanto para la víctima como para el asegurado porque a cambio de una prima se cubre de la exposición al riesgo.

Los individuos "aversos" al riesgo cuidarán su patrimonio asegurando su intangibilidad a cambio de una prima razonable. A estas conclusiones puede oponerse, legítimamente, la objeción de que no es necesario promover a través de los topes la contratación del seguro. De hecho, hoy en día el seguro para el tránsito automotor es obligatorio, y no hay límite cuantitativo. En realidad, el sistema encuentra un tope de hecho en el colapso del sistema. Un argumento hiper realista puede asumir que como el mercado del seguro funciona mal ya que las compañías no pagan o quebrar hay un límite que opera con mayor intensidad que cualquier límite preestablecido, esta es la realidad misma que viene a decir en cada caso si se puede o no se puede pagar el daño producido. No se me escapa que es un argumento "simplista" porque se podría mejorar el mercado del seguro sin perjudicar a las víctimas. Es cierto. Pero es cierto también que para elaborar una teoría que justifique un tope puede apelarse a argumentos que se basen en la responsabilidad pública que de hecho no se rige por los mismo principios que la responsabilidad privada.

Aquí la recepción de responsabilidad pública toma en cuenta principalmente argumentos de política pública. Cabe destacar que los principios de responsabilidad no tienen que atarse, necesariamente a criterios de eficiencia, en rigor buenos principios son aquellos que orientan su práctica también a principios de justicia y equidad (24). "necesitamos una concepción del deber público que torne coherente esta división de responsabilidad, que explique por qué el deber soberano en un turno es mucho menos exigente que en otro (25)". Para poder desarrollar esta noción de deber público es preciso agregarle una dimensión que vuelva una vez más a la distinción entre responsabilidad pública-política y responsabilidad privada. Un ordenamiento jurídico en cada decisión debe respetar la propiedad de cada individuo asegurándole sus derechos. Pero también un ordenamiento "...puede perseguir un interés colectivo general a través de distintas decisiones. Ningún habitante tiene derecho a que se elija un programa (política, legislación) en lugar de otro porque lo beneficia más. La elección es una cuestión de política más que de principio" (26). "Atención, "más que de principio" no significa contrario a los principios. La idea es tener en cuenta algo más que los principios. Para poder entender debe asociarse la voz "principio" a principios tradicionales de la responsabilidad civil. "Una legislatura puede perseguir el interés colectivo general a través de distintas medidas y técnicas, cada una de las cuales logre una distribución diferente" "...Así como un legislador puede considerar acerca de la contaminación por ruido como un aspecto de políticas más generales sobre el uso de la tierra y la planificación, o incluso como un aspecto de apoyo a la música o las artes. Las decisiones del legislador pueden no ser un todo o nada. La legislación brinda la posibilidad de desarrollar un complejo esquema de regulación cuya eficacia depende de una estrategia más general". Un legislador podría legislar (dice Dworkin), "sobre la velocidad de los trenes de manera diferente en distintas partes del país, en respuesta a miles de variaciones complejas del transporte y el uso y necesidades agrícolas, o puede dividir ciudades en zonas siempre y cuando las divisiones no sean arbitrarias ni escondan discriminaciones ilegítimas que violarían derechos individuales" (27).

Puede pensarse por ejemplo que la mejor solución para el problema de la solvencia en determinados casos y de acuerdo a ciertas circunstancias es apelar al uso de topes cuantitativos y esto puede ser una buena ley en la medida que, patefraseando a Dworkin, no esté al servicio de beneficiar injustamente a intereses sectoriales en detrimento de discriminaciones que conculquen derechos individuales. ♦

NOTAS

(23) Ver regla de *Learned hand* y sus críticas en SACHER, Hans Bernard y OTT, Claus, ob. cit., p. 109.

(24) No se me escapa que los principios de justicia y equidad son, por abarcadores y abstractos, en sí mis-

tos indeterminados. Cada caso tendrá una medida de justicia y equidad que puede no corresponderse con la aplicación usada para casos análogos. De cualquier modo, a los fines de este trabajo, asumo el riesgo de

cierto dogmatismo en beneficio de algunas precisiones generales.

(25) DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 213.

(26) DWORKIN, Ronald, ídem, p. 214.

(27) DWORKIN, Ronald, ídem, p. 214.



Privilegios en el Código Civil y Comercial (*) SU COMPARACIÓN CON EL PLEXO FALENCIAL

Silvia Y. Tanzi y Carlos A. Fossaceca (h.)

SUMARIO: I. Palabras propedéuticas. — II. Metodología. — III. Antecedentes históricos. — IV. Preferencia y privilegio: Encuadramiento de la especie en su género. — V. Concepto. — VI. Ubicación legislativa. — VII. Naturaleza jurídica. — VIII. Caracteres del privilegio. — IX. Asiento del privilegio. — X. Cómputo. — XI. Subrogación real. — XII. Quid de los procesos universales. — XIII. Categorías de privilegios. — XIV. Privilegios generales. — XV. Privilegios especiales. — XVI. Extensión de los privilegios especiales. — XVII. Orden de preferencia. — XVIII. Créditos quirografarios. — XIX. Reserva de gastos. — XX. Extinción de los privilegios. — XXI. Conclusiones.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha producido un alentador cambio en materia de privilegios. Constituye una primera etapa en la búsqueda de la unificación del régimen del instituto ponderado, dotándolo de reglas claras y precisas. Resulta laudatorio haber reducido el sistema velezano de 64 artículos, muy casuístico, a un esquema de 14 artículos. Los dos pilares básicos para comprender el orden de prelación de los privilegios especiales fincan en el orden de los incisos del artículo 2582 del nuevo cuerpo de derecho común y en el tiempo de su constitución. Ha sido correcto delegar la reglamentación de los privilegios generales a la ley de los concursos, sin restringirlos al ámbito falencial.

I. Palabras propedéuticas

Quizás uno de los aportes más esperados y exigidos por la doctrina civilista en un nuevo cuerpo de derecho común lo constituya el Título Dos del Libro Sexto del Código Civil y Comercial de la Nación. Se le ha dado una nueva fisonomía al régimen de los privilegios.

Ha sido un instituto que ha hecho desespearar a los más conspicuos estudiosos y a los más avezados estudiantes. Se torna suficiente citar la lectura del *Tratado de Obligaciones* de Héctor Lafaille, en donde el maestro se ve obligado a enumerar el orden de prelación por cada preferencia que analiza.

Este laberinto de complejo entendimiento explica que pocos autores se hayan animado a redactar una obra sobre esta materia. Sobresalen Ernesto Cordeiro Álvarez, Alberto Domingo Molinaro, Guillermo Allende, Marina

Mariano de Vidal —seguramente, la persona que más ha indagado el tema dentro de los autores nacionales— y Pablo María Corna.

Tales ideas han sido claramente expresadas por la Comisión Redactora, integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, en calidad de Presidente, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci: *"El desorden que reina en la materia de los privilegios es conocido. Las dos leyes fundamentales que la regulan son el Código Civil y la Ley de Concursos... El Código Civil no es ciertamente diáfano, y la Ley de Concursos 24.522, si bien asume un criterio de mayor claridad y pretende ser un sistema cerrado, sólo resulta aplicable en materia de concursos pero no en supuestos de ejecuciones individuales, para las cuales rige, como regla, el Código Civil. Por eso, desde antiguo, se ha propugnado no sólo la simplificación (reducción del número de privilegios y adopción de reglas nítidas para determinar el rango de cada uno), sino también la unificación"*.

II. Metodología

Interesa determinar qué novedades y ventajas brindan el nuevo sistema disciplinado.

A tal fin, se desarrollará un análisis de los artículos del Código Civil y Comercial, haciendo las críticas pertinentes a las innovaciones producidas. Se hará comparaciones al mecanismo previsto en la ley 24.522 para dar una imagen acabada.

III. Antecedentes históricos

Si bien hay rastros en el Derecho Romano, no resulta legítimo hablar de una teoría general de los privilegios en el desarrollo de la "razón escrita", como fuera conocida la genial labor de los juriconsultos.

Fueron concebidos en primer lugar los privilegios generales, ventajas personales que gozaban ciertos acreedores, sin consideración a la causa del crédito. Verbigracia, el asiento del Fisco Imperial recaía sobre todos los bienes del contribuyente.

En las postrimerías del derecho romano surgieron los privilegios especiales. Se determina-

ban en razón de la naturaleza de la relación obligacional. Tal es el caso del constructor o conservador.

Al ocurrir la asimilación de tales figuras a las hipotecas generales, no se supo con certeza el grado de preferencia. La falta del requisito de especialidad conllevó generar confusión. Piénsese que los pupillos gozaban de una hipoteca general sobre los bienes de su tutor, a partir del inicio de su administración; o, en el caso de la preferencia de primer grado de la mujer, sobre los bienes del marido, establecido por Justiniano en este sentido en el año 531.

En la Edad Media proliferaron estos institutos. Consecuentemente, se incrementaron los conflictos. Un ejemplo característico de la época se encuentra en la ley I, Título XIII, Partida 6ª, acerca del peño.

Presenta una deficiente reglamentación el Código Civil francés. Igual predicamento debe serle atribuido a la ley belga del 16 de diciembre de 1861, de autoría de Martou.

A título ejemplificativo, la clasificación contenida en la obra legislativa de la cual se vanagloriaba Napoleón Bonaparte y que sirvió de modelo al derecho común extranjero, consistía: a) Privilegios generales: afectaba a bienes muebles e inmuebles. b) Privilegios especiales: recaía sobre bienes muebles o inmuebles determinados. c) En la hipótesis de insuficiencia de bienes muebles, cobraban los acreedores con privilegio general ante que las preferencias inmobiliarias y créditos hipotecarios. d) Privilegios consagrados en leyes especiales (1).

No resultó ajeno a la polémica el concepto de privilegio. El mismo Consejero de Estado, M. Treilhard, debió advertir que derivaba de la calidad y naturaleza del crédito; nada equiparable a las razones del Antiguo Régimen, que fueron repudiadas en la Revolución Francesa (2).

Vélez Sarsfield abrevó en las mentadas fuentes. Instauró, de acuerdo al artículo 3878 de su Código Civil, privilegios sobre muebles e inmuebles, muebles e inmuebles. El ilustre

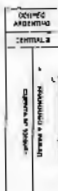
"Cicerón de la República", como le gustaba evocarle el Profesor Guillermo Allende, tuvo el mérito de apartarse de la ley belga de 1861, que recreaba las hipotecas tácitas que él repudió en su artículo 2115.

IV. Preferencia y privilegio: Encuadramiento de la especie en su género

Aunque muchas veces dichos vocablos son empleados en forma indistinta, la doctrina especializada los ha distinguido: la preferencia resultaría ser el género y el privilegio, una de sus especies. Tal es la tesitura de la doctora Kemelmajer de Carlucci: *"Tengo dicho antes de ahora (Ver Primeras reflexiones en torno a los privilegios en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, LA LEY, 1988-C, 797) que los privilegios son una especie dentro de un género mayor: el de las prioridades o ventajas, y que esas ventajas pueden ser excluyentes y no excluyentes. En la primera categoría (excluyentes) el crédito aventajado absorbe un bien, lo extrae del patrimonio, lo separa de la prenda común. Por ej., el derecho del adquirente por boleto de compraventa a exigir la escrituración cuyo ejercicio trae como consecuencia separar o excluir un inmueble del conjunto de los bienes del deudor para que pase a propiedad de otro sujeto (art. 146, 2º párrafo ley 24.522)"*, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, "Saravia, Manuel p/ conc. prev. hoy su quiebra", 20 de Marzo de 2006, La Ley OnLine (AR/JUR/566/2006), comentado por E.D. Truffat, *"la cosa juzgada concursal"* y otras cuestiones".

Por ejemplo, Rivera, siguiendo la tesitura de Alberto Molinaro, constata ciertas distinciones entre el privilegio y las causas legítimas de preferencia de los derechos de garantía (3): a.- El privilegio constituye una especie de preferencia. b.- Los derechos reales de garantía presentan un origen convencional, como causa próxima de creación. En cambio, una de las características del privilegio consiste en su creación por ley. c.- El legislador concede esta última cualidad a los créditos que comúnmente no resultan ser afianzados por garantías reales. Adopta tal método debido

CONTINÚA EN PÁGINA 2



DOCTRINA. Privilegios en el Código Civil y Comercial. Su comparación con el plexo falencial
Silvia Y. Tanzi y Carlos A. Fossaceca (h.)

NOTA A FALLO. Crisis con rehenes y defensa de terceros
Alejandro H. Ferro

JURISPRUDENCIA

HOMICIDIO. Policía que mató a un hombre que tenía de rehén a su pareja. Homicidio. Sobresimiento (CNCrim. y Correc.)

Privilegios en el Código Civil y Comercial

● VIENE DE TAPA

a razones fácticas o equitativas. d.- Carecen los privilegios legales de la publicidad propia de los derechos reales de garantía. Verbigracia, aquéllos no gozan de la publicidad registral. e.- La ejecución de los créditos munidos de garantías reales se torna, generalmente, más breve. El procedimiento instaurado en la ley 24.441 brinda un ejemplo cabal de lo afirmado. f.- La preferencia de los derechos reales se extiende, como regla, a los intereses. No cabe predicar lo mismo en las hipótesis de los privilegios legales, salvo excepciones expresamente determinadas.

V. Concepto

El artículo 2573 del Código Civil y Comercial lo define como "la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro". Vélez Sarsfield, por su parte, en el artículo 3875 del Código Civil lo concibió de la siguiente forma: "El derecho dado por ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro".

VI. Ubicación legislativa

Se siguió el método de Vélez Sarsfield, quien abrevó en el jurista brasileño Freitas, al reglarlo en un libro distinto de los derechos personales y reales en su *Esbozo*. Regula el régimen de los privilegios en la legislación civil y comercial en el Libro Sexto, Título II, artículo 2573 al 2586. Consta de dos capítulos, el primero se refiriéndose a Disposiciones Generales y el segundo a los Privilegios Especiales.

VII. Naturaleza jurídica

Se ha inclinado el legislador por considerarlo una cualidad de un crédito. Tal pensamiento, influenciado por las ideas vertidas por Bonnecase (4), encontró muchos adherentes en la doctrina nacional (Borda (5), Llamblas (6), Allerini, Ameal y López Cabana (7) y Corna (8)).

El tema había motivado opiniones no coincidentes entre los autores. Una primera corriente de ideas ha calificado al instituto en estudio como una especie de derecho real. Contó con el apoyo de relevantes civilistas, tales como Laurent, Guillovard, Pont, Huc y Josseland (9) y nada menos dentro de los nacionales, que Segovia (10) y Salvat (11). Se tornaba desacertada, pues carece de las características de la mentada figura: muchos no gozaban del *ius perseguendi*, hipótesis excepcional, y no se encontraba en la enumeración consignada en el artículo 2503 del Código Civil velleziano.

Más correcta parecía ser la tesis contraria, que predicaba la existencia de un derecho personal.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Dedicado a Pablo María Corna, quien ha estudiado en profundidad el tema y es un gran conocedor de la materia.
(1) CORNA, Pablo María, "Teoría General de los Privilegios", Buenos Aires, Cahuada Jurídica, 2008, p.10.
(2) *Ibidem*, p.10.
(3) MUYERIA, Julio César, "Los derechos del acreedor privilegiado no comprendido en el acuerdo preventivo homologado". Lexis Nº0003/000146.
(4) BONNECASE, Julien, "Précis de droit civil", Paris, 1933, t. II, nos. 860/893.

VIII. Caracteres del privilegio

VIII.A.- Legalidad

Su fuente estriba, de acuerdo al artículo 2574 del Código Civil y Comercial, en la ley en razón de la abolición de los privilegios personales. Vélez Sarsfield había procedido de la misma manera al redactar el artículo 3876, primera parte, del Código Civil.

Compete al Congreso de la Nación Argentina determinar su enumeración [Artículo 75, inciso 12] de la Constitución Nacional]; se encuentra vedada tal posibilidad para las provincias.

VIII.A.1.- Interdicción de la autonomía de la voluntad: Posibilidad de renuncia y postergación

En consecuencia, como reza la última parte del artículo 2574 citado, se ha denegado poder de creación a la autonomía de la voluntad. Si se le otorgase a los sujetos una facultad contractual de proliferación ilimitada de privilegios, se recrearía la figura de la hipoteca tácita, que tantos inconvenientes provocó en el pasado.

No obsta a lo afirmado que los interesados acuerden la postergación del cobro de sus derechos, tal como lo prevé el artículo 8376 del Código Civil originario y lo permite el artículo 2575 del fideicomite cuerpo de leyes del derecho común. Constituye una típica modalidad de negociación sobre el rango (12).

Asimismo es posible pactar la renuncia del privilegio, en cuyo caso el crédito involucrado se tornaría quirografario.

Estas normas prestarán notable utilidad en los casos de insolvencia, al estilo de un acuerdo preventivo extrajudicial (APE) o de un concurso preventivo.

No es posible celebrar tales actos jurídicos respecto al crédito laboral. Con respecto a ello, se torna imperativo señalar que hay discordancia con el artículo 43 de la ley 24.522. Esta norma permite en el concurso preventivo que el trabajador realice una renuncia a su crédito que no sea inferior al 20%. Debe ser ratificada en audiencia ante el juez del concurso, con citación a la asociación gremial legitimada. Si el trabajador no se encontrare alcanzado por el régimen de Convenio Colectivo, no será necesario llevar a cabo la referida citación. Si deviene la quiebra posterior, el privilegio recobra toda su extensión.

VIII.B.- Indivisibilidad

Significa, de acuerdo al artículo 2576, primera parte, del Código Civil y Comercial, nada menos que la finalidad del asiento del privilegio finca en responder por la totalidad de la deuda. Aunque se haya abonado una parte sustancial de ella, el bien en cuestión podrá ser subastado.

Su excepción debe estar expresamente prevista en la ley. Verbigracia, en el ámbito concursal, el artículo 247 de la ley 24.522 indica que se destina la mitad de la suma obtenida de la realización, una vez deducidos los créditos con privilegio especial, los del artículo 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones consignados en el artículo 246, a

satisfacer los acreencias que gozan de privilegio general. La otra mitad se destina al pago de los acreedores quirografarios y de los privilegiados generales impagos que participan a prorrata entre sí.

No es correcto vincular el referido carácter con la divisibilidad fáctica del asiento o del crédito en sí, como sabiamente consigna el artículo 2576, primera parte, del Código Civil y Comercial Unificado de la Nación.

VIII.C. Accesoriedad

La vida del privilegio depende de la existencia de su crédito. Al extinguirse éste, desaparece aquél. Supuesto contrario, puede cesar el privilegio y el crédito mantener su validez y eficacia.

La novación, modo de extinción de las obligaciones, ejemplifica cabalmente lo aseverado. Si el acreedor no formula la reserva, el privilegio se extingue; nace un nuevo crédito. En la hipótesis del propietario no deudor, debe contar con su consentimiento. El Código Civil y Comercial ha reunido en su artículo 940 los casos reglados por el artículo 808 y 804 que concibiera Vélez Sarsfield, de manera poco clara.

Puede tener repercusión en otras esferas. Verbigracia, el juez competente para conocer en el tema resultará el magistrado abocado a resolver la pretensión del crédito principal.

VIII.D. Transmisibilidad

Si se transfiere el crédito principal, el privilegio resulta ser adquirido por los sucesores. Así lo determina el artículo 2576, segunda parte, del Código Civil y Comercial. Su antecedente se halla en el artículo 8877 del Código Civil.

VIII.E.- Excepcionalidad

No es posible aplicar extensivamente los preceptos legales; los privilegios constituyen una excepción al principio de igualdad de los acreedores. En cambio, se torna factible la aplicación de la analogía en la hipótesis de falta claridad del rango de la preferencia.

Como señala el artículo 2577 del Código Civil y Comercial de la Nación, el privilegio no comprende necesariamente a los intereses, a las costas ni a los accesorios del crédito. Para incluir tales rubros la ley debe disponerlo expresamente. El artículo 242 de la ley 24.522 acoge el mismo orden de ideas.

Debe acotarse que como regla general tampoco tienen el *ius perseguendi*.

IX. Asiento del privilegio

La ley, a instancias del artículo 2573 del Código Civil y Comercial, se ha inclinado por determinar que lo constituya la cosa (Corna (13)), rechazando la tesis de que el asiento correspondía a la suma obtenida por la realización del bien (Molinario (14), Fernández (15)).

Se especifica que en principio la cosa debe estar en el patrimonio del deudor, salvo disposición en contrario. Si se desplazase a otro, entraría a operar el fenómeno de la subrogación real.

X. Cómputo

Se especifica en el artículo 2578 que el plazo de los privilegios debe correr en forma retroactiva a partir del reclamo judicial, salvo disposición contraria. Tal sería el término inicial.

No aclara si esta terminología involucra al pedido de instancia de mediación.

XI. Subrogación real

El bien o suma de dinero que ingrese en un patrimonio en reemplazo de un objeto afectado por un privilegio responderá de acuerdo a los mismos grados de preferencia. Es decir, el bien ingresado a causa del deudor se convierte en el asiento del privilegio.

De acuerdo al artículo 2584 del Código Civil y Comercial de la Nación, es menester cumplir ciertos requisitos:

- Existencia de bienes individualizados en un patrimonio.
- Su pérdida o su enajenación.
- Ingreso de nuevos que sean individualizados por la misma causa que produjo la salida de los bienes perdidos o enajenados.
- Falzo de filiación directa y sujeta, entre el bien enajenado o desaparecido y aquel entrado en intercambio.

El reemplazo puede consistir tanto en una suma de dinero como cualquier otro bien. Así debe ser entendido "cualquier otro concepto que permite la subrogación real" del referido artículo 2584.

No corresponde que despliegue su virtualidad en los privilegios generales. La universalidad que implica comprende a todos los bienes de un patrimonio. Los que ingresan dentro de esta pluralidad se transforman inexorablemente en asientos de los privilegios generales.

Es digna de encomio la incorporación de una norma de este estilo. El modelo velleziano carecía de una regla general. Al contrario, contenía preceptos específicos: verbigracia, el privilegio del saldo de venta de cosa mueble se extendía al precio de venta realizado por el deudor (artículo 3893 del Código Civil).

Resta por apuntar que el derecho concursal ha disciplinado la cuestión con el mismo criterio. El artículo 245 de la ley 24.522 dispone al respecto: "El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recaía, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real. En cuanto exceda de dichos importes, los créditos se consideran comunes o quirografarios para todos sus efectos, salvo lo dispuesto en el art. 246 inc. 1ª".

XII. Quid de los procesos universales

Son "aquellos procesos que versan sobre la totalidad de un patrimonio, con miras a su liquidación y distribución" (16).

El artículo 2579 del Código Civil y Comercial remite a la ley correspondiente a los concu-

(5) BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1906, p. 216.
(6) LLAMBLAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil, Obligaciones", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, t. I, Nº437, p. 684.
(7) ALLERINI, Adolfo Anibal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", Segunda Edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, nº600, p. 354.
(8) CORNA, Pablo María, "Teoría...", ps. 24-25.
(9) Véase su análisis en CORNA, Pablo María, ob.cit., ps. 20-24.

(10) SEGOVIA, Lisandro, "El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas", Buenos Aires, La Facultad, 1933, t. II, p. 657.
(11) SALVAT, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales", actualizado por Manuel J. Argañara, 4ª edición, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960, Nros., 2849/2851, ps. 650-653.
(12) Véase CORNA, Pablo María; FOSSACECA (h.), Carlos Alberto, "Negocios de rangos. Espacios", Revista de Derechos Reales, 16 de marzo de 2015, 13-LXXVII-224.

(13) CORNA, Pablo María, ob. cit., p.34.
(14) MOLINARIO, Alberto D., "Los privilegios en el derecho civil argentino. Buenos Aires", Valerio Abeledo, 1941, Nro. 109, p. 184.
(15) FERNÁNDEZ, Raymundo, "Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios", Buenos Aires, Talleres Gráficos de Luis Rubino, 1941.
(16) PALACIO, Lino S., "Derecho Procesal Civil", LexisNexis - Abeledo-Perrot online, 2009, t. IX, Lexis Nº9215/001423, captado el 8 de diciembre de 2009.

● VIENE DE PÁGINA 3

importe una vez enajenados aquellos o en los casos de consignación autorizados, y sobre el valor del seguro constituido, el acreedor de aquel goza de un privilegio superior con respecto a cualquier otro crédito, que no sean los derechos del depósito especial, las comisiones y gastos de venta y el impuesto establecido por el artículo 25^o.

c.- Debetures:

Artículo 327 de la ley 19.550: "La emisión de debentures con garantía flotante afecta a su pago todos los derechos, bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros o una parte de ellos, de la sociedad emisora, y otorga los privilegios que corresponden a la prelación, a la hipoteca o a la anticresis, según el caso. No está sometida a las disposiciones de forma que rigen esos derechos reales. La garantía se constituye por la manifestación que se inserte en el contrato de emisión y el cumplimiento del procedimiento e inscripciones de esta ley".

Antaño se observaba que había un error en la norma: el privilegio resultaba ajeno a la anticresis, de acuerdo al ordenamiento jurídico velseano. El Código Civil y Comercial le otorga operatividad.

Artículo 330 de la ley 19.550: "La sociedad que hubiese constituido una garantía flotante, no podrá vender o ceder la totalidad de su activo, ni tampoco parte de él, si así imposibilitare la continuación del giro de sus negocios, tampoco podrá fusionarse o escindirse con otra sociedad sin autorización de la asamblea de debenturistas".

Artículo 328 de la ley 19.550: "La sociedad conservará la disposición y administración de sus bienes como si no tuvieran gravamen, mientras no ocurra uno de los casos previstos en el artículo anterior. Estas facultades pueden excluirse o limitarse respecto de ciertos bienes en el contrato de emisión. En este supuesto debe inscribirse la limitación o exclusión en el registro correspondiente".

Artículo 332 de la ley 19.550: "Las debentures con garantía común cobrarán sus créditos par passu con los acreedores quirografarios, sin perjuicio de las demás disposiciones de esta Sección".

Artículo 333 de la ley 19.550: "La emisión de debentures con garantía especial afecta a su pago bienes determinados de la sociedad susceptibles de hipoteca. La garantía especial debe especificarse en el acta de emisión con todos los requisitos exigidos para la constitución de hipoteca y se tomará razón de ella en el registro correspondiente. Serán aplicables todas las disposiciones que se refieren a la hipoteca, con la excepción de que esta garantía puede constituirse por el término de cuarenta (40) años. La inscripción que se haga en el registro pertinente surte sus efectos por igual término".

d.- Obligaciones negociables

Artículo 3 de la ley 23.575: "Pueden emitirse con garantía flotante, especial o común. La emisión cuyo privilegio no se limite a bienes inmuebles determinados se considerará realizada con garantía flotante. Será de aplicación lo dispuesto en los artículos 327 a 333 de la ley 19.550 (texto ordenado en 1984). Las garantías se constituyen por las manifestaciones que el emisor realice en las resoluciones que dispongan la emisión y deben inscribirse, cuando corresponda según su tipo, en los registros pertinentes. La inscripción en dichos registros deberá ser acreditada ante el organismo de control con anterioridad al comienzo del período de colocación. La hipoteca se constituirá y cancelará por declaración unilateral de la emisora, cuando no concurre un fiduciario en los términos del artículo 13, y no requiere de la aceptación por los acreedores. La cancelación

sólo procederá, si media certificación contable acerca de la amortización o rescate total de las obligaciones negociables garantizadas o conformidad unánime de las obligacionistas. En el caso de obligaciones negociables con oferta pública, se requiere además la conformidad de la Comisión Nacional de Valores. Pueden ser igualmente avaladas o garantizar por cualquier otro medio. Pueden también ser garantizadas por entidades financieras comprendidas en la ley respectiva" (Artículo sustituido por art. 1^o de la ley 23.962 B.O. 06/08/1991).

XV.E.4.- Nuestra opinión

Deberá tratarse de armonizar las normas generales del Código Civil y Comercial de la Nación con las leyes especiales individualizadas *ut supra*.

Es posible observar que muchas de las preferencias que indican estas últimas sobre el capital se adecuan al concepto de reservas de gastos (de conservación, custodia, administración y realización), que prevé el artículo 2585 del Código Civil y Comercial de la Nación.

XV.F.- Privilegios de regímenes especiales (inciso f))

Son aquellos que se encuentran disciplinados por una normativa particular. En consecuencia, el Código en el artículo 2583, inciso d), remite a los respectivos ordenamientos para establecer la extensión de tales preferencias.

Por lo que es menester considerar:

XV.F.1.- Ley de Navegación

Hay que tener en cuenta el Capítulo IV del Libro Tercero. Se destaca en su articulado:

a) Disposiciones Generales (artículos 471-475); b) Privilegios sobre el buque, el artefacto naval y el flete (artículos 476 a 489); c) Privilegios sobre el buque y el artefacto naval en construcción (artículos 490-493); d) Privilegios sobre las cosas cargadas (artículos 494-498), e.-) Hipoteca naval (artículos 499 a 514).

XV.F.2.- Código Aeronáutico

Se aplican en el ámbito en ponderación los artículos 68 a 64 del Capítulo VII del Título IV. Por otro lado, la extensión de la hipoteca se encuentra señalada en el artículo 54 del citado cuerpo legal.

XV.F.3.- Código de Minería

Hacen referencia a las preferencias sus artículos 269 y 278.

XV.F.4.- Ley de Entidades Financieras (ley 21.526 o ley 11.1094)

Operan al respecto los artículos 85, 35bis, 49 y 53.

XV.F.5.- Ley de Seguros (ley 17.418)

En este sentido, el artículo 118 en su parte pertinente dispone: "El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra o de concurso civil".

XVI. Extensión de los privilegios especiales

Como se ha dicho anteriormente, se encuentra a cargo de la propia ley indicar qué rubros se aspira a satisfacer a través del privilegio. El tópico se encuentra disciplinado por el artículo 2583 del Código Civil y Comercial de la Nación.

XVII.A.- Principio general

El privilegio comprende en principio al capital, salvo disposición contraria. Obedece al mismo orden de ideas recogidos en el artículo 2576.

XVII.B.- Intereses (incisos a) y b) del artículo 2583)

Con respecto:

— a los créditos laborales previstos en el artículo 2582, inciso b), se computan dos años contados a partir de la mora. Coincide con el artículo 242, inciso 1), de la ley 24.522.

— a los créditos mudidos de las garantías reales, inciso e) del artículo 2582, abarcan los que se originen dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio. La ley 24.522, en su artículo 242, inciso 2), por su parte, ha establecido el siguiente orden de prelación para los mismos supuestos, precisando qué tipo de accesorios abarca después del dictado de la sentencia falencial: "Las costas, todos los intereses por dos años anteriores a la quiebra y los compensatorios posteriores a ella hasta el efectivo pago con la limitación establecida en el Artículo 126, cuando se trate de los créditos enumerados en el inciso 4 del Artículo 241. En este caso se percibirán las costas, los intereses anteriores a la quiebra, el capital y los intereses compensatorios posteriores a la quiebra, en ese orden".

XVII.C.- Costas

Los mismos acreedores mencionados en el punto anterior gozan de preferencia en este rubro.

XVII.D.- Créditos sin privilegio en cuanto a los intereses y costas

Se aplica la regla general del Punto a): El privilegio solamente puede ser destinado para cancelar el capital. Trata sobre los acreedores de gastos hecho por construcción, mejora o conservación de una casa, expensas (inciso a) del artículo 2582), impuestos y tasas y contribuciones (inciso c) del artículo 2582) y de la retención de la cosa (inciso e) del artículo 2582).

XVII.E.- Privilegios que gozan de normativa especial (inciso d)): resultan reglados por sus propios ordenamientos jurídicos. La misma solución es acogida en el artículo 242, *in fine*, de la ley 24.522.

XVII. Orden de preferencia

El artículo 2586 trata el siempre difícil problema del grado de cobro de los créditos con privilegios especiales. Asienta como principio que la preferencia está dada por "la prelación que resulta de los incisos del artículo 2582".

Aunque la estructura empleada resulta defectuosa, por no expresar con claridad su significado, quiere decir que los privilegios especiales tienen la prelación que resulta del orden de sus incisos. Así lo expresa de manera específica el artículo 243 de la ley 24.522.

Sin perjuicio de ello, no resulta posible desconocer que las soluciones que brindan los incisos b) al f) del artículo 2586 obedecen a la idea de la preeminencia del privilegio anterior sobre el posterior. Regla contraria a las normas de la Ley de Navegación y del Código Aeronáutico, en donde ocurre lo contrario.

Se podría aseverar que dada la cantidad de las excepciones instauradas, el principio complementario radicaría en *qui prior est tempore, potior est iure* —quien es primero en el tiempo, lo es también en el derecho—.

Se torna necesario indagar las hipótesis previstas:

XVII.A.- Hipótesis del artículo 2582, inciso f) (inciso a))

El grado de prelación de los privilegios establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería, se encuentran regulados por los mismos ordenamientos que los crean.

XVII.B.- Retenedor (inciso b))

Cobra antes que los demás acreedores que gocen de privilegio especial. Si fue ejercido antes que estos últimos nazcan. Itege la tesitura del actual 3946, segundo párrafo, del crédito civil.

XVII.C.- Garantías reales (incisos c) y e))

Tiene preeminencia sobre los créditos fiscales y de conservación, incluidos las expensas comunes, es decir, los casos disciplinados en el artículo 2582, incisos c) y a), respectivamente, si su nacimiento resulta anterior a ellos. Igual solución se predica para el conflicto de los créditos laborales (inciso b) del citado artículo 2582), si éstos se devengaron posteriormente.

XVII.D.- Créditos fiscales y de construcciones (inciso d))

Gozan de preferencia sobre los laborales que surjan después.

XVII.E.- Privilegios de un mismo rango que afectan idénticos bienes (inciso f))

Aquellos que comparten el grado de prelación y versan sobre el mismo bien se liquidan a prorrata.

XVII.F.- Normativa falencial

El artículo 243 de la ley 24.522 comparte el mismo orden de ideas, ofreciendo una mayor técnica legislativa.

Además de remitir a los ordenamientos especiales para las hipótesis similares del artículo 2582, inciso f), reenvía en cuanto al tema de las garantías reales a su propia disciplina. Una vez que entre en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, este último tema será reglado por las normas de derecho común ya analizadas.

El referido artículo del plexo falencial dispone: "Orden de los privilegios especiales. Los privilegios especiales tienen la prelación que resulta del orden de sus incisos, salvo: 1) en el caso de los incisos 4 y 6 del Artículo 241, en que rigen los respectivos ordenamientos; 2) el crédito de quien ejerció derecho de retención prevalece sobre los créditos con privilegio especial si la retención comenzó a ejercerse antes de hacer los créditos privilegiados. Si concurren créditos comprendidos en un mismo inciso y sobre idénticos bienes, se liquidan a prorrata".

XVIII. Créditos quirografarios

Son aquellos, a contrario sensu del artículo 2573 del Código Civil y Comercial, que no gozan de privilegio para ser pagados antes que otro. En este sentido el artículo 743, segundo párrafo, del citado cuerpo, determina que todos los acreedores pueden ejecutar los bienes que constituyen la garantía de sus créditos en posición igualitaria, salvo "que exista una causa legal de preferencia".

Tales titulares, de acuerdo al artículo 2581 del Código Civil y Comercial, cobrarían a prorrata entre sí.

XVIII.1.- Cuestiones acerca del pago a prorrata

Tal regla se explica perfectamente en el ámbito falencial que se caracteriza por la liquidación de un patrimonio y la cristalización de las deudas que constituye su pasivo.

Pablo María Corna (17), con mucha sagacidad, ha sugerido muchas preguntas en cuanto

[NOTAS]

(17) CORNA, Pablo María, "Los privilegios en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial", *Revista de*

Derechos Reales, 14 de noviembre de 2012, LJ-LXVI-638, Punt17

tos, al estilo de la normativa falencial, todo lo referente a la disciplina de los privilegios en tal ámbito.

La última parte "exista o no cesación de pagos" del referido artículo se explica, pues en la actualidad rige el principio de recuperación de la empresa ante las crisis económicas, no requiriéndose aquel presupuesto objetivo clásico de la quiebra. Tal orientación inspiró la figura de la "administración controlada" de la *lege fallimentare*, la Ordenanza francesa sobre suspensión provisoria de las ejecuciones y plan de refluotamiento de la empresa del 28 de septiembre de 1967, la ley gala del 25 de enero de 1985 sobre reencuzamiento y liquidación judicial de empresas y la ley francesa sobre salvaguarda de la empresa del 26 de julio de 2005, que modifica sensiblemente el Código de Comercio de su país, la ley española del 9 de julio de 2003, modificada el 27 de marzo de 2009, la reglamentación de la insolvencia "Insolvenzordnung" disciplinada en la ley alemana del 5 de octubre de 1994, el "sobreendeudamiento" ("Überschuldung") por la de 1999, la ley holandesa de 1976, la ley portuguesa de 2004, "Informe Sudreau", los del "Rapport Chevrier", el decreto legislativo 35 del 14 de marzo de 2005 ratificado por ley 80 del 14 de mayo de 2006 y el decreto 5 del 9 de enero de 2006 que introdujo una reforma orgánica en los procedimientos falenciales.

XIII. Categorías de privilegios

Se discriminan en generales y especiales.

Los *generales* son aquellos que afectan a la totalidad de los bienes. Los *especiales* versan sobre determinados objetos, muebles o inmuebles.

XIV. Privilegios generales

Dado que se encuentra involucrado un conjunto de bienes, es lógico que solamente pueda ser aplicado en los procesos universales, como la hipótesis de la quiebra.

El artículo 2580 del Código Civil y Comercial resulta un gran avance, pues se elimina el sistema complicado y confuso que había creado Vélez Sarsfield.

En este sentido el artículo 246 de la ley 24.522 enumera como créditos de tal especie a: 1) *Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones de accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de dos años contados a partir de la mora y las costas judiciales en su caso;* 2) *El capital por prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas nacional, provincial o municipal de seguridad social, de subsidios familiares y fondos de desempleo;* 3) *Si el concursado es persona física: a) los gastos funerarios según el uso; b) los gastos de enfermedad durante los últimos seis meses de vida; c) los gastos de necesidad en alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia durante los seis meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebras;* 4) *El capital por impuestos y tasas adeudados al fisco nacional, provincial o municipal;* 5) *El capital por facturas de crédito aceptadas por hasta veinte mil pesos (\$ 20.000) por cada vendedor o locador. A los fines del ejercicio de este derecho, sólo lo podrá ejercitar el librero de las mismas incluso por reembolso a terceros, o cesionario de ese derecho del librero. (Inciso incorporado por art. 7º de la Ley Nº 24.760 B.O. 13/1/97).*

XV. Privilegios especiales

El artículo 2582 del Código Civil y Comercial de la Nación contiene un listado de los supuestos de créditos que gozan de la preferencia del crédito. No debe ser considerado cerrado, pues en el inciso f) se producen re-

misiones a otros sectores del ordenamiento jurídico.

Veamos a continuación el análisis de los incisos que componen el citado artículo:

XV.A.- Gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa (inciso a))

Se ha copiado la primera parte del inciso del artículo 241 inc. a) de la LCC, el cual dispone: "Los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta, mientras exista en poder del concursado por cuyo cuenta se hicieron los gastos".

Se ha suprimido del original, de manera lógica, la parte que dice "mientras exista en poder del concursado por cuyo cuenta se hicieron los gastos".

El asiento lo constituye la cosa sobre la cual se hayan hecho tales erogaciones.

Se ha incluido en este rubro a las expensas, opción que la doctrina y jurisprudencia había sugerido desde hacía tiempo.

XV.B.- Créditos laborales (inciso b))

Los créditos seleccionados resultan ser las remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo.

Por su parte, el asiento se encuentra constituido por las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentren en el establecimiento donde presta sus servicios o que sirven para su explotación.

Se indica expresamente que para la hipótesis de edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, los operarios contratados por el propietario gozan de preferencia en el cobro sobre el inmueble en el cual han prestado sus tareas.

En el ámbito falencial, el artículo 241 inciso 2) de la ley 24.522 regula que: "Tienen privilegio especial sobre el producto de los bienes que en cada caso se indica: ... 2º Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación".

Como se observa, el plexo falencial no contiene referencia sobre los operarios contratados por el dueño del inmueble para la construcción o reparación del edificio recae sobre estos bienes.

XV.B.1.- (Subsisten los privilegios regulados en la ley de contrato de trabajo?)

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación no implicó la supresión directa de los artículos 261-274 de la ley 20.744. Dado el carácter del microsistema del Título en estudio, es menester interrogarse si no han sido derogados tácitamente.

El intérprete deberá tratar de conciliar los textos. Verbigracia, el artículo 269 LCT le otorga un *ius persequendi* al trabajador que no ha sido replicado en el inciso b) del artículo en ponderación.

A fin de evitar cualquier tipo de incertidumbre, se torna conveniente unificar los criterios a emplearse por ambos ordenamientos. Se recomienda de *lege ferenda* que sea el Código Civil y Comercial el encargado de definir su alcance.

XV.C.- Créditos fiscales (inciso c))

Siempre el Fisco ha gozado de privilegio en el cobro de sus créditos. Múltiples razones se

han aducido, pero, en definitiva, el Estado, ya sea la Nación, las Provincias o los Municipios, debe gozar de recursos para administrar, a fin de emplearlos para el bien común; concepto, siempre tan difícil de definir.

XV.C.1.- Inclusión de contribuciones

Si se realiza un parangón con el modelo de la ley 24.522, la estructura del Código Civil y Comercial de la Nación se torna más amplia. Se observa una diferencia, pues en la hipótesis de falencia las contribuciones serán quirografarias.

XV.D.- Derecho de retención (inciso d))

Vélez Sarsfield no había otorgado ninguna preferencia al derecho de retención; cedía ante los créditos generales y especiales. La reforma del mentado cuerpo a través de la ley 17.711 modificó sensiblemente el panorama descripto. Dando un giro copernicano lo hizo prevalecer frente a los demás privilegios, siempre que se ejerciera ante de la constitución de éstos.

El asiento se encuentra constituido por la cosa retenida o por las sumas depositadas o seguridades constituidas de acuerdo a la posibilidad que le ofrece al deudor el artículo 2589 del Código Civil y Comercial.

Siguiendo el imperativo del artículo 8048, la ley 24.522 previó la situación en su artículo 241, inciso 5). Disciplinó la temporalidad del derecho de retención frente al resto de los privilegios.

De acuerdo al art. 131 del plexo falencial, su titular debe entregar al síndico la cosa retenida. Tal proceder obedece al desapoderamiento decretado por la sentencia falencial.

Tal acreedor conserva la titularidad de su derecho; sólo que su ejercicio se encuentra suspendido. El legislador lo ha considerado equitativo, dado que ha devuelto el asiento tangible de su preferencia, al calificar a su crédito como privilegio especial.

Si se decreta la conclusión de la quiebra, el bien debe serle restituido.

XV.D.1.- Régimen

Se encuentra regulado el derecho de retención a continuación de los privilegios, en el Título III del Libro Sexto (artículos 2587-2598).

Resta sólo indicar aquí los presupuestos exigidos por el artículo 2587 del citado cuerpo para la operatividad del instituto en cuestión:

a) Tenencia de la cosa en poder del retenedor y haberlo adquirido por medios lícitos: el artículo 2587 recurre al vocablo "detentación".

b) Existencia de un crédito exigible en cabeza del titular: no es necesario que sea líquido. La norma indica la existencia de una obligación cierta y exigible" a diferencia del Proyecto de Código Civil de 1998 que lo circunscribía a obligaciones dinerarias (artículo 2526).

c) Relación directa entre el crédito y la cosa: es decir, el pago de lo que éste le adeude en razón de la cosa.

XV.E.- Derechos reales (inciso e))

Versa sobre figuras que afianzan el cumplimiento de obligaciones: hipoteca, anticresis, prenda, *warrant* y *debeturas* y obligaciones negociables, estados últimos con garantía especial y flotante.

Este inciso reúne en uno solo diversas situaciones previstas en varios artículos de los anteriores códigos Civil y de Comercio: por ejemplo, artículos 3889 (prenda civil) y 3986 (hipoteca) del primero y artículo 582 (prenda comercial) del segundo.

XV.E.1.- Anticresis

Se torna el aspecto más novedoso acerca de los derechos reales mencionados en este inciso. A partir de la vigencia del nuevo Código, la anticresis goza de privilegio.

Es de esperar que ocurra una modificación en la ley 24.522, pues el crédito de la anticresis resulta quirografario, al no constar su mención en el inciso 4) del artículo 241.

XV.E.2.- Asiento

Presenta la particularidad de no especificar los bienes que abarca el privilegio.

En un primer orden de ideas, cabe afirmar que el asiento se encuentra constituido por el objeto de la garantía real. En la hipótesis de los *debeturas* y obligaciones negociables flotantes, abarcará todo la masa involucrada.

Sin embargo, resulta posible encontrarse con ciertas disposiciones especiales:

1.- Derechos Reales de Garantía (Título XII Del Libro Cuarto): Artículo 2192 del Código Civil y Comercial: "Extensión en cuanto al objeto. En la garantía quedan comprendidos todos los accesorios físicamente unidos a la cosa, las mejoras y las rentas debidas. Sin embargo, no están comprendidos en la garantía: a) los bienes físicamente unidos a la cosa que están gravados con prenda constituida antes que la hipoteca o son de propiedad de terceros, aunque su utilización por el deudor esté autorizada por un vínculo contractual; b) los bienes que posteriormente se unen físicamente a la cosa, si al tiempo de esa unión están gravados con prenda o son de propiedad de terceros, aun en las condiciones antes indicadas".

XV.E.3.- Disposiciones especiales

El artículo 2583, incisos b) y c), brindan la solución respecto a la extensión a los intereses y costas de este privilegio. Por otra parte, la ley 26.994 no ha derogado ciertas normas de leyes especiales que contienen normas al respecto:

a.- Prenda con desplazamiento

Artículo 43 del decreto-ley 15.348/46, ratificado por la ley 12.962, ordenado por el decreto 897/96 (ley F-0282): "En el caso de venta de los bienes afectados, sea por mutuo convenio o ejecución judicial, su producto será liquidado en el orden y con las preferencias siguientes: 1) Pago de los gastos de justicia y conservación de los bienes prendados, incluso sueldos y salarios, de acuerdo con el Código Civil. Inclúyese en los gastos de conservación el precio de locación necesario para la producción y mantenimiento del objeto prendado durante la vigencia de la prenda; 2) Pago de los impuestos fiscales que gravan los bienes dados en prenda; 3) Pago del arrendamiento del predio, si el deudor no fuese propietario del mismo, en los términos del artículo 42. Si el arrendamiento se hubiese estipulado en especie, el locador tendrá derecho a que le sea entregado en esa forma; 4) Pago del capital e intereses adeudados del préstamo garantizado; 5) Pago de los salarios, sueldos y gastos de recolección, trilla y desgranado que se adeuden con anterioridad al contrato, siempre que el Código Civil le reconozca privilegios. Los créditos del inciso 1) gozan de igual privilegio y serán prorrateados en caso de insuficiencia del producto de la venta. Será nula cualquier estipulación incorporada al contrato prendario con la finalidad de establecer que la cosa prendada pueda liquidarse en forma distinta a la establecida en este decreto, sin perjuicio de que, después de vencida la obligación prendaria, los partes acuerden la forma de liquidación que más les convenga, salvo lo dispuesto en el artículo 89".

b.- Warrant

Artículo 22 de la ley 9643 (ley F-0183): "Sobre los efectos comprendidos en el "warrant", sobre su

VIENE DE PÁGINA 5

so no afectó el buen nombre y honor del que hubieren gozado con anterioridad -ver auto de fs. 56/61, puntos I y II-.

Contra dicha decisión, E. O., querrelante, con el patrocinio letrado del Dr. L.E.D.S., interpuso recurso de apelación a fs. 70/72.

Realizada la audiencia prevista en el artículo 454 del código de rito, estuvieron presentes el Dr. L. E. D. S., por la querrela; los Dres. R. A. A. y S. H. L., en representación de M., P., G., R. y P.; y el Dr. R. S. por C. y C.

Por otra parte, el Ministerio Público Fiscal no concurrió.

Luego de la deliberación pertinente, nos encontramos en condiciones de resolver.

II. El análisis de las presentes actuaciones nos conduce a desechar la hipótesis denun-

ciada, por no encontrar asidero en prueba alguna.

Al respecto, de las constancias reunidas en la causa nro./2014 del Juzgado Nacional de Instrucción nro. ..., no se advierte que el personal policial imputado en autos haya obrado en forma antirreglamentaria.

Por el contrario, en el desempeño de sus tareas aplicaron el protocolo de actuación previsto para "Situación de crisis con rehenes o atrincheramiento de personas armadas que generen situaciones de peligro contra la seguridad pública" que rige en supuestos como el que está en estudio -ver fs. 60/69 del expediente/2014-.

En esta dirección, pese a los esfuerzos llevados a cabo por los encausados para que O. deponga el accionar que desplegaba respecto de R., surge de las pruebas del sumario donde se investigó ese hecho -nº/2014- que en el instante en que se produjo su muerte, él

se hallaba detrás de su rehén y con un arma apuntándola. Esa situación, que se trahce de la filmación del episodio y los relatos de los policías, da sustento a la versión de la damnificada, en cuanto a que temió por su vida hasta último momento -ver fs. 3/6, 32/34, 35/37 y 71/72 vta. del legajo nº/2014-.

S.R.R., fue clara en cuanto a que el imputado le dijo que la mataría y después se suicidaría. Sus dichos encuentran correlato en las diversas conductas que éste habría desarrollado, éstas son, rociarla con alcohol, llamar a sus propias hermanas y expresarles el deseo de no continuar con su vida, obligar a R., a contactarse por teléfono con su madre, mantenerla bajo amenaza hasta el final -ver fs. 38/40, 153/157 vta., 158/161 y 198/199 del sumario nº/2014-.

Dentro de este contexto, la intención de entregarse de parte de O., que postula el querrelante, presuntamente impedido por el personal que actuó en el caso, no tiene respaldo probatorio. Ello, más allá de lo expuesto por

la víctima en cuanto a que su ex pareja no se habría expresado en tal sentido e, independientemente que, luego de su fallecimiento, se hubiere verificado que el arma estaba descargada -ver fs. 244/245 y 316/386 del expediente de referencia-.

Por otro lado, en puño al impedimento que alega el recurrente sobre los familiares de O., a quienes no se les habría permitido tomar contacto con él, corresponde atenderse a que, pese a la negativa policial, los propios denunciantes refirieron que se habrían llevado adelante comunicaciones con O. A su vez, S.R.R., agregó que aquéllas no fueron favorables para el ánimo del captor. Lo expuesto, más allá de que el propio protocolo mencionado lo desaconseja en determinados casos -ver fs. 60/69 y 153/157 vta.-.

Frente a este escenario, consideramos que el temperamento propugnado por la Sra. Fiscal, con favorable acogida de la juzgadora, se ajusta a una correcta valoración de los elementos reunidos de conformidad con la sana críti-

NOTA A FALLO

Crisis con rehenes y defensa de terceros

SUMARIO: I. Introducción. — II. La legítima defensa de terceros. — III. El caso y su resolución. — IV. Análisis del fallo. — V. Reflexiones finales.

Alejandro H. Ferro

I. Introducción

Los hechos del fallo objeto de esta nota invitan a reflexionar sobre la actuación policial en materia de crisis con rehenes desde la dogmática penal(1). Con esa perspectiva, repasaremos brevemente las nociones principales del permiso justificante que se juzgó de aplicación al caso (legítima defensa de terceros) para luego examinar sus alcances a la luz de las alternativas fácticas que presentó. Los fundamentos sobre los que descansó la decisión serán igualmente tratados, para acercarnos a su turno, nuestras consideraciones finales.

II. La legítima defensa de terceros

El precepto que recoge el art. 34, inc. 7 del Cód. Penal se inscribe en la dialéctica por la que discurre la antinormatividad y el ejercicio de derechos. En efecto, en la estructura dogmática del delito, el filtro selectivo de la tipicidad expresa la antinormatividad de la acción, esto es, la contradicción de la conducta con lo prohibido por la norma que se deduce del tipo, tras una interpretación conglobada con el orden jurídico vigente. Sin embargo, ante determinadas situaciones, la realización de la acción antinormativa traduce el ejercicio de un derecho (por encontrarse al amparo de un permiso legal) que neutraliza la pretensión punitiva, al erigirse como "fruto de la inevitable necesidad de reconocer que la injerencia del poder punitivo es irracional cuando el agente realiza la acción antinormativa como parte de su ejercicio de libertad"(2).

De esta manera, la acción sólo podrá alcanzar el *status* de injusto penal siempre

que se compruebe su antinormatividad (pragma conflictivo) y carácter antijurídico, a partir de un doble juicio que permita verificar tanto la contradicción en que la ubica la ley cuanto la inexistencia de causas que justifiquen la prohibición.

El instituto de la legítima defensa, al que, en definitiva, remite la de terceros, reporta su esencia, justamente, a un derecho en ejercicio, pero limitado por la *racionalidad* y la *necesidad*. El primero de estos conceptos ha sido entendido como "la ausencia de una desproporción insólita y grosera, casi indignante, entre el mal que se evita y el que se causa"(3). No se trata, pues, de una mera ponderación de males sino de evitar una marcada disparidad entre ellos. La necesidad, en línea con el imperativo anterior, reclama la imposibilidad de adoptar una conducta menos lesiva o dañosa frente al ataque que se desea repeler. Stratenwerth lo explica en la idea de que "si hay varias posibilidades de defensa, se tendrá que elegir aquella que genere la menor lesión o puesta en peligro posible del agresor"(4).

Con esta misma lectura, concluye Donna que el baremo de la necesidad racional del medio empleado al que la ley argentina alude como parámetro de defensa equivale a la posibilidad de hacerlo con el medio menos dañoso, aunque siempre orientado a sostener la eficacia de la defensa. En síntesis, asume que una conducta será necesaria cuando se erija como el único camino eficaz para neutralizar la agresión antijurídica y, al propio tiempo, racional, cuando exista proporcionalidad entre el mal evitado y el finalmente causado(5).

Este estudio, sobre la necesidad racional de la defensa, deberá ser efectuado *ex ante*, es decir, "desde el punto de vista del sujeto en el momento en que se defiende"(6) y no *ex post* o cuando el hecho sucedió y se conocieran nuevas circunstancias sobre las alternativas de su desarrollo.

Otro límite a su ejercicio viene dado por la exigencia de una *agresión ilegítima*, que provenga de una conducta humana, que resulte agresiva (con voluntad lesiva) y, a su vez, antijurídica o con capacidad de afectar (sin derecho a hacerlo) bienes merecedores de tutela. Según Hirsch, la agresión será antijurídica "cuando jurídicamente no deba ser soportada en forma obligatoria por el afectado"(7). Y por el contrario, no lo será en aquellos supuestos en que "por parte del afectado exista un deber de soportar la agresión"(8).

Si bien la unidad textual del art. 34 no la requiere expresamente, gran parte de la doctrina se convence de que la agresión debe presentarse como una amenaza manifiesta e inminente, susceptible de generar un peligro inmediato para el bien jurídico. Mir Puig destaca, en este sentido, que la actualidad en la agresión opera como "un requisito puente" entre la agresión y la defensa, por lo que será necesario que "ya haya o todavía haya, posibilidad de defensa, o lo que es lo mismo, que sea posible evitar la lesión del bien jurídico amenazado. Ello exige que la agresión suponga ya un peligro próximo y que dicho peligro no haya desaparecido al convertirse en lesión consumada y agotada"(9).

Finalmente y aun cuando la defensa de terceros no la establece como requisito para su aplicación (sólo demanda su no interven-

ción), la acción defensiva tendrá virtualidad justificante en la medida en que *no se hubiere provocado suficientemente la agresión*, es decir, a través de un comportamiento que la hubiere motivado de manera previsible y determinante y que constituya, al decir de Bacigalupo, un "estímulo de una agresión antijurídica"(10).

En suma, el acto de defensa, dotado de las cualidades que la ley penal le exige y ejercido dentro de ciertos límites temporales (comprensivos de la secuencia que se inicia con la aparición de una amenaza manifiesta de lesión o pérdida de un bien jurídico y que se mantiene hasta su cese o subsiste) justifica su eventual antinormatividad (tipicidad) y excluye entonces su antijuridicidad, para convertirla, finalmente, en no punible.

III. El caso y su resolución

Días pasados, la sala V de la Excmra. Cámara del Fuero resolvió confirmar el auto que sobreesayó a miembros del Grupo Especial de Operaciones Federales de la Policía Federal Argentina (GEOF) a resultados de la intervención que les tocó en el hecho que devino en la muerte de un sujeto que, mediante el uso de un arma de fuego (que a la postre se determinó se encontraba descargada), mantuvo cautiva a la víctima —por espacio de siete horas— en un local comercial con asiento en esta ciudad. Concretamente, la había tomado por rehén y cuando la tenía asegurada por la espalda, rodeaba su cuello con uno de sus brazos y colocaba un arma de fuego contra su cabeza de manera intimidante, recibió un disparo (ejecutado por un francotirador del grupo especial) que le provocó la muerte.

El reproche que formuló la querrela discurre en derredor del hecho de no haber agotado la negociación previa para evitar el desenlace y en la circunstancia de haberles

[NOTAS]

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.728)

(1) En el ámbito internacional, la República Argentina aprobó por ley 23.956 la "Convención Internacional contra la toma de rehenes", adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1979 y se comprometió a adoptar todas las medidas apropiadas para aliviar la situa-

ción del rehén y, en particular, para asegurar su liberación.

(2) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, en "Derecho Penal, Parte General", 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2005, p.689.

(3) Ídem, p.693.

(4) STRATENWERTH, Günter, "Derecho Penal. Par-

te General I. El hecho punible", 4ª ed., Hammurabi, José Luis Dupalma editor, Buenos Aires, 2005, p.235.

(5) DONNA, Edgardo A., "Derecho Penal. Parte General", t. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p.205.

(6) ZAFFARONI; ALAGIA y SLOKAR, ob. cit., p.616.

(7) HIRSCH, Hans, "Derecho Penal. Obras Completas", Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 2008, p.206.

(8) Ídem, p.207.

(9) MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal. Parte General", 7ª edición, Julio César Faira editor, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p.433.

(10) BACIGALUPO, Enrque, "Derecho Penal. Parte General", 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p.370.

se quiere trasladar tal regla a la esfera de la ejecución individual.

a. ¿Desaparecen las preferencias del primer "embargante" de los Códigos procesales? La respuesta adecuada resultaría afirmativa, dado lo categórico de la disposición del Código. Sin embargo, indica que ello no concide con la regla del artículo 745 del Código Civil y Comercial que establece la prioridad del primer embargante. Armonizar tales normas no será sencillo, pues se observa su contrariedad entre sí.

b. Ante diversos embargos, ¿Qué Tribunal va a efectuar el cálculo de la prorrata? ¿Será el primero que previno? ¿Tendrá que hacerse un pequeño incidente liquidatorio a ese efecto?

c. ¿A través de qué instituto procesal se va a reclamar la aplicación de la prorrata? ¿Será a través de la tercería de mejor derecho?

d. ¿Qué pasa con los embargos registrados y no registrados de cosas muebles no registrables que son de conocimiento reducido?

e. ¿Qué pasa con los acreedores que aún no iniciaron juicio?

f. ¿Habrá que publicar edictos para conocimiento de los demás acreedores?

De lege ferenda, este sabio profesor, que ha enseñado por más de treinta años en su amada Universidad Nacional de La Plata y a quien se ha seguido en este punto de la exposición, propicia su eliminación y su cambio por un artículo que determine la preferencia de los embargantes de acuerdo al orden que se realizara, sin perjuicio de la operatividad de los privilegios especiales cuando haya colisión.

VIII.2.- Ejemplos de preferencia entre acreedores

a) Hipótesis del primer embargante (artículo 745 del Código Civil)

"Prioridad del primer embargante. El acreedor que obtuvo el embargo de bienes de su deudor tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores. Esta prioridad sólo es oponible a los acreedores quirografarios en los procesos individuales. Si varios acreedores embargan el mismo bien del deudor, el rango entre ellos se determina por la fecha de la traba de la medida. Los embargos posteriores deben afectar únicamente el sobrante que quede después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores".

Se ha incorporado al derecho común situaciones previstas en los Códigos Procesales, en legislaciones de forma.

El acreedor que obtenga la traba del embargo sobre el bien de su deudor gozará de preferencia en el cobro ante el resto del elenco de los sujetos activos quirografarios que hayan concertado relaciones obligacionales con la misma persona.

En la hipótesis de pluralidad de embargo el orden de preferencia resultará de la fecha de su traba.

Rige sólo para el ámbito de las ejecuciones individuales.

b) Colisión entre los acreedores del causante y los del heredero (artículo 2316 del Código Civil y Comercial de la Nación):

"Preferencia. Los acreedores por deudas del causante y por cargos de la sucesión, y los legatarios tienen derecho al cobro de sus créditos y legados sobre los bienes de la herencia, con preferencia sobre los acreedores de los herederos".

Consagra la regla transcrita la preeminencia para cancelar su crédito que gozan los acreedores del de cuius y por cargos de la sucesión sobre los de los herederos. También tienen mayor rango que los legatarios, a instancia de la doctrina del artículo 2319 del Código Civil y Comercial. Sin embargo, en este último caso, es menester señalar que los primeros tienen un plazo de caducidad de un año para reclamarlos a los segundos hasta el valor del bien recibido.

VIII.3.- Ámbito falencial

Los créditos quirografarios concurren a prorrata entre sí, tal como lo dispone el artículo 249 de la ley 24.522.

XIX. Reserva de gastos

Se refiere a aquellas erogaciones que su origen no se encuentran en el propio deudor, sino en el desenvolvimiento del juicio.

La normativa falencial contiene una norma que comparte el mismo orden de ideas. El artículo 240 del referido piezo reza: "Gastos de conservación y de justicia. Los créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso, son pagados con preferencia a los créditos contra el deudor salvo que éstos tengan privilegio especial. El pago de estos créditos debe hacerse cuando resulten exigibles y sin necesidad de verificación. No alcanzando los fondos para satisfacer estos créditos, la distribución se hace a prorrata entre ellos".

No han sido unánimes las opiniones de los autores, vertidas respecto a su naturaleza jurídica:

LLANIBAS(18) sostenía que debían ser calificados de privilegio. Una segunda corriente, que cuenta con el respaldo de Mariani de Vidal y Allen-de(19), postulaba su encuadre como preferencia.

La Corte Suprema de la Nación ha aseverado respecto al ámbito falencial: "Estos créditos no constituyen privilegios, sino más bien una categoría ajena y extraconcursal; más aún, su régimen de satisfacción no sigue la secuencia y marcha del proceso colectivo, atendiéndose los respectivos reclamos inmediatamente y, en caso de insuficiencia de fondos, está previsto el prorrateo y no la preferencia de los débitos respecto de otros(20)".

XX. Extinción de los privilegios

Aunque el Código Civil y Comercial no contiene ninguna norma sobre el tema del acápite, es posible señalar diversas causas.

Para mayor precisión, se torna menester distinguir:

XX.A.- Causas propias

Añade a la propia estructura de los privilegios. Pertenecen a este elenco:

XX.A.1.- Renuncia

Como principio general, no exige formalidad alguna, salvo casos especiales. Por ejemplo, para extinguir la hipoteca, resultaría necesario labrar una escritura pública (doctrina del artículo 1017, inciso a), del Código Civil y Comercial).

Puede ser expresa o tácita.

El nuevo cuerpo de derecho común niega que haya una presunción de tal acto jurídico. Al contrario, de acuerdo al artículo 948, los actos que permitan inducirlos son restrictivos.

La renuncia de la preferencia no implica necesariamente la de la acreencia.

Una hipótesis particular finca en el artículo 2593, inciso c), del Código Civil y Comercial de la Nación que disciplina las modalidades de extinción del derecho de retención.

XX.A.2.- Destrucción o pérdida de la cosa asiente del privilegio

Ante las situaciones descriptas, pierde razón de ser el instituto en ponderación.

Si ocurre parcialmente, subsiste en la parte que se conservo.

XX.A.3.- Salida del bien del patrimonio del deudor

El bien deja de desempeñar la función de garantía, de indemnidad en el cumplimiento de

las obligaciones pactadas. En consecuencia, queda substraído al privilegio.

Excepcionalmente la ley puede brindar el *ius persequendi*; tal era el embargo que permitía el artículo 3885 del Código Civil vellozano, que no fue reproducido en el flamante cuerpo de derecho común.

XX.A.4.- Confusión

Se tornaría ilógico aplicar esta cualidad en el crédito, que exige el binomio acreedor-deudor, en una cosa propia.

XX.B. Causa indirecta

Comprende las hipótesis de extinción del crédito. Conlleva una virtualidad refleja; si se cancela la deuda, verbigracia, a través del pago, se extingue el privilegio por su carácter accesorio.

XXI. Conclusiones

Cabe colegir, a través de las líneas expuestas *ut supra*, que el Código Civil y Comercial de la Nación ha producido un alentador cambio, tantas veces sugerido por la doctrina especializada, en materia de privilegios. Constituye una primera etapa en la búsqueda de la unificación del régimen del instituto ponderado, dotándolo de reglas claras y precisas.

Resulta laudatorio haber reducido el sistema vellozano de 64 artículos, muy casuístico, a un esquema de 14 artículos.

Los dos pilares básicos para comprender el orden de prelación de los privilegios especiales fincan en el orden de los incisos del artículo 2582 del nuevo cuerpo de derecho común y en el tiempo de su constitución.

Ha sido correcto delegar la reglamentación de los privilegios generales a la ley de los concursos, sin restringirlos al ámbito falencial.

Es de esperar que se produzca una reforma en la ley 24.522 en aras de armonizar la arquitectura legal del tópico analizado. Verbigracia, la anticresis no gozaría de preferencia en el actual régimen de la quiebra. ●

Cita on line: AR/DOC/575/2015

MÁS INFORMACIÓN

- Iturbide, Gabriela A., "Los privilegios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial, 2014 (noviembre), 181.
- Marcos, Fernando Javier, "Límites al poder de agresión del acreedor en el Proyecto de Código", LA LEY, 2013-E, 1205.
- Padilla, Rodrigo, "El régimen de los privilegios en el Proyecto de Código unificado 2012. Antecedentes jurisprudenciales de Tucumán", L.MQA, 2013 (mayo), 355.

[NOTAS]

(18) LLANIBAS, Jorge J., ob.cit., t.1, nº497, p.652.
 (19) ALLENDE, Guillermo; MARIANI DE VIDAL, Marina, "Los privilegios en la Ley de Concursos y en

el Código Civil", Buenos Aires, Zavala, 1974, Nro., 59, p.60.
 (20) C8, "Maquillan S.A. Cla. Financiera a/quiebra,

incidente de verificación de crédito promovido por Lipo-race S.", 6 de abril de 1992, ED 154-678.

JURISPRUDENCIA

Homicidio

Policia que mató a un hombre que tenía de rehén a su pareja. Homicidio. Sobresesamiento.

Véase en página 5, Nota a Fallo

Hochos: Policias fueron juzgados por homicidio al haber matado a un hombre, quien, luego de rociar con alcohol a su pareja, retuvo durante siete horas como rehén

apuntándole con un arma y un cuchillo, bajo amenaza de muerte. El juez, por entender que el accionar de aquéllos se encontraba justificado, dictó su sobresesamiento. Apelado el decisorio por el querellante, la Cámara lo confirmó.

Los policías imputados por el delito de homicidio al haber matado a un hombre, quien, luego de rociar con alcohol a su pareja, retuvo durante siete horas como rehén apuntándole con un arma y un cuchillo, bajo amenaza de muer-

te, deben ser sobresesados, pues, si bien el acusador particular invocó la irrazonabilidad del medio empleado, no se advirtió al momento de la agresión la existencia de otro mecanismo menos lesivo para proteger la vida de la víctima.

110.523 - CNCrim. y Correc., sala V, 06/03/15. - C., (1, y otros s/homicidio.

Cita on line: AR/JUR/4782/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 6 de 2015.

Considerando: I. La jueza de la instancia anterior dictó el sobresesamiento de P. D. M., J. M. P., P. J. G., R. A. R., J. P. P. (arts. 34, inc. 7º en función de los puntos a) y b) del inc. 6º del Cód. Penal y 336, inc. 5º del Cód. Procesal Penal de la Nación), G. C. y R. C. (art. 336, inc. 4º del CPPN) en orden al hecho investigado, con la expresa mención de que el presente proce-