UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS RECIENTES

TÍTULO: Exclusión de voto en el concurso preventivo

Apellido y Nombre/s del/la alumno/a: Giraudo Reinaudo Tiago, Mercado Hernán y Crespo Virginia

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: Derecho Comercial II

Encargado del curso Prof.: Dr. Claudio Casadio Martinez

Lugar: Santa Rosa

Año que se realiza el trabajo: 2020

Índice

1. Sumario. 3

2. Introducción. 3

3. Exclusión del voto. 5

3.1 Art45LCQ 5

3.2 La doctrina. 12

3.2.1 Tesis que sostiene su enunciatividad. 12

3.2.2 Tesis que sostiene su taxatividad. 14

3.2.3 Posiciones mixtas. 14

4. Principios del derecho. 15

4.1 La doctrina del abuso del derecho. 15

5. Jurisprudencia: tendencias actuales. 16

6. Conclusión. 33

1. Sumario.

El presente trabajo pretende hacer un análisis e interpretación del art. 45 de la Ley de Concursos y Quiebras Nº 24.522, en particular la posibilidad de excluir del voto a algunos acreedores del concurso preventivo.

No se pretende lograr un análisis acabado de la figura de exclusión de voto, debido a la extensión y complejidad que puede implicar dicho tema, pero sí formar una idea precisa orientada a la práctica en la actualidad, con abordaje jurisprudencial y fundamentos doctrinarios.

Palabras claves: **Concurso preventivo**, **homologación del acuerdo**, **exclusión del voto**, **abuso**, **acreedor hostil.**

2. Introducción.

En toda comunidad hay intereses que son diversos, algunos coincidentes, otros contrarios u opuestos, así es que en una sociedad está plasmado el juego de mayorías y minorías[1], en las que aquellas engloban a éstas, sometiéndolas a un resultado. En todo juego tiene que prevalecer la transparencia, la buena fe pero, como sabemos, aquel suele tener su conflicto, y esto no escapa del derecho concursal.

El sistema concursal entonces, se puede decir que es un "juego de mayorías", en que las minorías, sea que no se concurrieron o rechazaron lo propuesto, deben someterse a la voluntad de otros sujetos, que concurrieron y lo aceptaron.

La ley de Concursos y Quiebras Nº 24.522 – en adelante LCQ – regula, dentro del proceso concursal, el período de exclusividad, que es aquel fragmento del pleito donde el

[1] CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo. "Exclusión del voto en los concursos, númerus clauxus o listado meramente enunciativo?" Publicado en el libro "Protección Jurídica de las Personas". Ed. La Ley, pág. 1.

deudor tiene que intentar lograr las mayorías y captar los votos necesarios previstos por la mencionada ley para poder lograr la finalidad central de este tipo de proceso: arribar a un acuerdo y, por consiguiente, evitar la quiebra.

Los acreedores de la parte concursada cuentan con el poder de voto, que es la capacidad de influir "a favor" o en "contra" de la situación del deudor, ya sea aportando su voto afirmativo para lograr que se apruebe la propuesta concordataria, o utilizando ese poder de voto y manifestarse de manera negativa con la finalidad de procurar la quiebra indirecta.

En determinados casos vamos a encontrarnos con un acreedor, sea persona física o jurídica, cuyo crédito representa un tercio o más del capital verificado o declarado admisible, al que llamaremos "acreedor controlante" o "dominante"[2] , porque su conformidad es indispensable para reunir las mayorías necesarias y posteriormente homologar un acuerdo preventivo; y éste en ocasiones puede caer dentro del concepto pretoriano de "acreedor hostil" o, como también suele llamarse en doctrina: "acreedor con interés contrario".

Si bien en principio existe el derecho de todo acreedor verificado (o declarado admisible) para votar la propuesta, el mismo no es absoluto en tanto la ley reglamenta una serie de exclusiones.

Puntualmente el art.45 de la LCQ, prevé la exclusión del voto de ciertos acreedores, que más adelante desarrollaremos, ya sea por cuestiones de parentesco- en primer lugar en materia de personas físicas: cónyuges, parientes y cesionarios, en segundo término en materia de sociedades en general: socios, administradores y a sus cónyuges parientes y cesionarios- y/o por cuestiones de cuantía, como es el caso de sociedades por acciones. No se aplica la exclusión

[2] PISANI, Osvaldo E. y MARTINELLI PHILLIP, María Victoria, "Acreedor controlante o dominante: exclusión del cómputo por hostil", consultado en http://www.casi.com.ar/sites/default/files/Martinelli%20Philipp%20-%20Acreedor%20controlante%20o%20dominante%20Exclusi%C3%B3n%20del%20c%C3%B3mputo%20por%20hostil.-.pdf

a los acreedores accionistas pero sí a los controlantes - esto último ha sido un agregado de la LCQ-.

3. Exclusión del voto.

3.1 Art45LCQ

El artículo en análisis, textualmente dice:

ARTICULO 45.- "Plazo y mayorías para la obtención del acuerdo para acreedores quirografarios. Para obtener la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo, el deudor deberá acompañar al juzgado, hasta el día del vencimiento del período de exclusividad, el texto de la propuesta con la conformidad acreditada por declaración escrita con firma certificada por ante escribano público, autoridad judicial, o administrativa en el caso de entes públicos nacionales, provinciales o municipales, de la mayoría absoluta de los acreedores dentro de todas y cada una de las categorías, que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de cada categoría. Sólo resultarán válidas y computables las conformidades que lleven fecha posterior a la última propuesta o su última modificación presentada por el deudor en el expediente.

La mayoría de capital dentro de cada categoría se computa teniendo en consideración la suma total de los siguientes créditos:

a) Quirografarios verificados y declarados admisibles comprendidos en la categoría;

b) Privilegiados cuyos titulares hayan renunciado al privilegio y que se hayan incorporado a esa categoría de quirografarios;

c) El acreedor admitido como quirografario, por habérsele rechazado el privilegio invocado, será excluido de integrar la categoría, a los efectos del cómputo, si hubiese promovido incidente de revisión, en los términos del artículo 37.

Se excluye del cómputo al cónyuge, los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, y sus cesionarios dentro del año anterior a la presentación. Tratándose de sociedades no se computan los socios, administradores y acreedores que se encuentren respecto de ellos en la situación del párrafo anterior, la prohibición no se aplica a los acreedores que sean accionistas de la concursada, salvo que se trate de controlantes de la misma.

El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento, y la conformación de un comité de control que actuará como controlador del acuerdo, que sustituirá al comité constituido por el artículo 42, segundo párrafo. La integración del comité deberá estar conformada por acreedores que representen la mayoría del capital, y permanecerán en su cargo los representantes de los trabajadores de la concursada.

Con cinco (5) días de anticipación al vencimiento del plazo del período de exclusividad, se llevará a cabo la audiencia informativa con la presencia del juez, el secretario, el deudor, el comité provisorio de control y los acreedores que deseen concurrir. En dicha audiencia el deudor dará explicaciones respecto de la negociación que lleva a cabo con sus acreedores, y los asistentes podrán formular preguntas sobre las propuestas.

Si con anterioridad a la fecha señalada para la audiencia informativa, el deudor hubiera obtenido las conformidades previstas por el artículo 45, y hubiera comunicado dicha circunstancia al juzgado, acompañando las constancias, la audiencia no se llevará a cabo."[3]

El espíritu de la disposición legal es constituir la junta mediante votos cuyas voluntades traduzcan la expresión seria y cierta de intereses patrimoniales. De allí que la prohibición se

[3] Ley 24.522. Ley de Concursos y Quiebras. Artículo 45 (1995).

origine en la presunción de venir viciada la voluntad del acreedor que se halle en ciertas condiciones.

Es decir, en general la finalidad buscada por la ley al excluir del cómputo de las mayorías a determinadas personas (humanas o jurídicas) es que la voluntad no se encuentre viciada y sea libremente manifestada[4] al momento de otorgar o no el consentimiento para que el juez decida sobre la aprobación o rechazo del acuerdo.

Como podemos observar en el tercer párrafo del artículo citado, la ley excluye de plano a:

a) Acreedores por parentesco: La regla de la exclusión de acreedores está basada en el parentesco, y en la cesión de créditos de los sujetos alcanzados por la norma acaecida dentro del año anterior a la presentación en concurso (situación que se replica respecto de los administradores y representantes sociales, en caso del concurso de sociedades). La restricción alcanza al cónyuge del deudor y a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y adoptivos. Lo cual comprende a los ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado, regla que se aplica entre los parientes adoptivos.

En cuanto parentesco por afinidad, derivando del matrimonio, la exclusión se despliega solo hasta el segundo grado (p. ej., padres del cónyuge y hermanos de este).

Con respecto a los cesionarios, su conformidad no se computa cuando el cedente se sitúe en uno de los supuestos mencionados anteriormente, es claro que la razón de la exclusión no se asienta en el vínculo, sino a la calidad del cedente, tratándose de una presunción de fraude a la ley. En cuanto al plazo de la cesión el mismo se retrotrae a un año de la presentación del concurso, constituyendo un plazo razonable el establecido por la ley para poder detectar acto fraudulento. Otro aspecto a destacar es que la cesión de créditos produce la exclusión, en

[4] RIVERA, Julio César; ROITMAN, Horacio; VITOLO, Daniel Roque, “Ley de Concursos y Quiebras” RUBINZAL – CULZONI editores, año 2012, tomo I, página 314.

cualquier sentido que se haya formalizado. Tanto se hubiera verificado de un pariente al cesionario, como de un acreedor concurrente a un pariente del deudor.[5]

Según la doctrina y la jurisprudencia ampliamente mayoritaria, el fundamento para la exclusión del voto de estos acreedores se encuentra, en el caso del parentesco, en la presunción de que el acreedor intentara beneficiar al deudor sin priorizar el interés patrimonial propio y de los demás involucrados. O sea que se presume sin prueba en contrario, una intención de fraude, entendiéndose que de ese modo puede perjudicarse el derecho de los acreedores a ver satisfechos integra y legítimamente sus créditos en el marco concursal. El fundamento de esta prohibición radica además, en la falta de libertad que estos acreedores tienen para votar, pues naturalmente ellos han de favorecer la solución preventiva, de modo que su inclusión en el pasivo computable distorsionaría la evaluación de la real conformidad de los acreedores. Y la extensión a los cesionarios, tiene por función impedir que mediante una simple cesión de créditos se burle la disposición legal.

b) Caso de sociedades comerciales: La norma abarca varias categorías de acreedores, entre ellos socios, administradores, controlantes y cesionarios de ambos. La exclusión alcanza a los socios que tengan responsabilidad ilimitada (sociedad colectiva, comandita, etc.) o limitada (socios comanditarios en la comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada, etc.).

Algunos supuestos en los cuales no quedarían excluidos, por ende votan, son los socios ocultos en la sociedad accidental o en participación, ya que no son tales frente a terceros, excepto cuando el socio gestor hace conocer los nombres con su consentimiento, en cuyo supuesto quedan obligados ilimitadamente y solidariamente hacia terceros, por la misma razón

[5] VAISER, L. (2015). Exclusión de acreedores en el proceso concursal. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ASTREA.

expresada podría votar el socio del socio, dado que carece de su calidad de socio y de toda acción social, también el socio aparente, que prestare su nombre pero que no es reputado a tal respecto de los verdaderos socios, salvo cuando se acredite su carácter, por su responsabilidad solidaria e ilimitada.

Un párrafo aparte es la situación de los administradores de la sociedad (aquellos que tienen el manejo y la dirección de los negocios y que no hay mayor dificultad para su determinación). Serán los socios administradores de la sociedad colectiva (art. 127 y 128, LSC) aplicable a la sociedad en comandita simple (art. 134), como a la sociedad de capital e industria (art.143). En la sociedad de responsabilidad limitada serán el o los gerentes (art. 157 LSC), en las sociedades anónimas, el directorio (art.285 y siguientes, LSC). La norma omite a los liquidadores de la sociedad disuelta que si bien tienen unas funciones parecidas a los administradores no quedan excluidos. Asimismo el administrador designado judicialmente, co-administrador judicial, o el veedor no quedan excluidos del voto.

También se encuentran excluidos del cómputo de las mayorías los acreedores de la sociedad que estén, respecto de los socios y administradores, en la situación de parentesco previsto por la ley, o resulten cesionarios de sus créditos dentro del año anterior a la presentación en concurso; esto debido a que a través de un contrato como lo es la cesión de derechos, el cesionario voluntariamente se coloca en la condición de acreedor para de ese modo tratar de obstruir la aprobación de un acuerdo preventivo[6]. La exclusión alcanza tanto a las cesiones totales, como a las parciales.

Para este supuesto de las sociedades, el fundamento es similar al anterior, y consiste en la creencia de que al tiempo de votar, ciertos acreedores tendrán en consideración intereses extracrediticios y diferentes de los restantes.

[6] VAISER, L. (2015). Exclusión de acreedores en el proceso concursal. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ASTREA. Pág. 45.

En el caso del administrador social, debe tenerse en cuenta que se hallan alcanzados por la prohibición únicamente quienes ejercen aquella función al momento de votarse el acuerdo y no quienes la ejercieron con anterioridad. Desde luego si el administrador presentara su renuncia con el fin de poder hacer uso del derecho de voto, el juez concursal podrá arbitrar medidas tendientes a que ello no turbe la transparencia de la votación.[7]

Con el tiempo, se contempló al controlante de la concursada entre lo sujetos excluidos del cómputo (art. 45, párr. 3). Así, la norma se hizo cargo- aunque tardíamente- del fenómeno emergente del agrupamiento de las sociedades comerciales, salvo en cuanto a la situación de la sociedad controlada y de los accionistas de esta.

La exclusión alcanza, en este supuesto, al accionista de la concursada solo cuando fuere su controlante, aun cuando medie una cesión que ocasione la perdida de ese control social. La razón acá mantiene el mismo lineamiento que la que fundamenta la exclusión por especiales vínculos familiares o societarios, la ley presume iuris et de iure que la voluntad del excluido se identifica con la del deudor. La ley es abstracta en este caso, ya que no define quién es el acreedor controlante. Pero doctrina y jurisprudencia concuerdan en que se trata de aquel acreedor con poder de voto cuyo crédito supera el tercio del total del capital, y que por lo tanto su voto es imprescindible para lograr las mayorías necesarias. Respecto del control, abarca el control interno de hecho y derecho, no así el control externo.

En cuanto a sus efectos, excluir a un acreedor supone, por un lado, prohibirle de su derecho a ejercer el voto para con el acuerdo y, por el otro, su crédito no se incluye dentro de la base de cómputo de las mayorías necesarias para la homologación del acuerdo.

Cabe aclarar que la exclusión se limita a los acreedores concurrentes, es decir, aquellos cuyos créditos fueron verificados o declarados admisibles.

---

[7] FRICK, PABLO D. (2014). Exclusión de voto en el concurso preventivo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ASTREA. Pág. 43-44.

c) Grupos económicos: No resulta dudoso que en la ley de Sociedades, el eje central de los grupos legalmente contemplados se articula sobre la noción de control interno, pero en nuestro derecho positivo la mencionada ley reconoce a su vez diversos grados de control societario en el art. 33, en su primer punto se refiere al control interno participacional de derecho, es decir, la tenencia accionaria mayoritaria en cabeza de un socio o una sociedad controlante , lo que permite prevalecer en las asambleas ordinarias. Este tipo de control puede ser directo o indirecto, en este último caso, cuando el control se ejerce por una sociedad que a su vez es controlada por otra. Hasta aquí hemos explicado el control de derecho, pero este puede ser también de hecho, tal como lo refleja el art. 33 en su inc. 2 de la ley de Sociedades Comerciales, en este caso la norma expresa una situación en la cual se puede dar una mayoría de votos que dependen de otros factores, como por ejemplo el ausentismo en las asambleas o los mecanismos de bloqueo, como también podría ser por acuerdo entre los accionistas. A su vez habla de los "especiales vínculos y de la llamada "influencia dominante" que se refieren al control externo de las sociedades.

Por otra parte, es de destacar que el decreto nº 677/01, que establece un régimen de transparencia para las cotizantes, se ocupa del control con una amplitud que vale la pena tener en cuenta. Allí se identifica como "controlante", " grupo controlante" o " grupo de control " , a todas las personas físicas o jurídicas que posean en forma directa o indirecta, individual o conjuntamente, según el caso, una participación por cualquier título en el capital social o valores con derecho a voto que, de derecho o de hecho, en este caso si es en forma estable, les otorgue votos necesarios para formar la voluntad social en asambleas ordinarias o para elegir o revocar la mayoría de directores o consejeros de vigilancia.

Así también se presupone como "actuación concertada" a la actuación coordinada de dos o más personas, según un acuerdo o entendimiento formal o informal, para cooperar

activamente en la adquisición, tenencia o disposición de acciones u otros valores o derechos convertibles en oferta pública, sea actuando por intermedio de cualquiera de dichas personas, a través de cualquier sociedad u otra forma asociativa en general, o por medio de otras personas a ella relacionadas, vinculadas o bajo su control, o por personas que sean titulares de derechos de voto por cuenta de aquellas[8].

3.2 La doctrina.

Existen en la doctrina y jurisprudencia básicamente dos criterios respecto de la norma y su aplicación:

1. Aquellos que consideran que el grupo de personas que el art. 45 menciona es taxativo o de numerus clauxus, y no puede excluirse a personas distintas de las allí nombradas;
2. Y aquellos que consideran que, según y en miras a las circunstancias del caso concreto, y que se encuentre en peligro la finalidad del procedimiento concursal, puede disponerse, a efectos del cómputo de las mayorías necesarias para el acuerdo, la exclusión de un acreedor distinto a los legalmente establecidos.

3.2.1 Tesis que sostiene su enunciatividad.

Dentro de este segundo grupo se encuentran los que sostienen su enunciatividad, ésta postura[9] entiende que las causales de exclusión del voto de ciertos acreedores en el concurso no constituyen un numero clausus, y que ha dejado de reputarse como de interpretación restrictiva. La simple enumeración del artículo 45 no impide correlacionar esa regla con otras normas del ordenamiento jurídico, dentro o fuera del propio régimen concursal.

---

[8] VAISER, L. (2015). Exclusión de acreedores en el proceso concursal. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ASTREA. Pág. 41.

[9] ARIEL Y JAVIER DASSO citado por FRICK, PABLO D. (2014). Exclusión de voto en el concurso preventivo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ASTREA.

Como apoyo de esta postura, suelen citarse los casos de exclusión de voto de la AFIP, que tienen sus regímenes propios especiales, pues este organismo no suele aceptar quitas en el pago de acreencias verificadas o declaradas admisibles en concursos preventivos, lo que en definitiva impide obtener la conformidad del organismo recaudador en caso de propuestas que no se adapten a esas normas. Por lo que existe una notoria imposibilidad de ingresar en una negociación real como la que permite, o debiera permitir, el periodo de exclusividad; entonces sucede que en numerosas ocasiones, y a pedido del concursado, se haya excluido a la AFIP del cómputo de las mayorías, configurando así una causal de exclusión no escrita ni contemplada en el art. 45 de la LCQ. Este supuesto planteó la primera grieta por donde empezó a plantearse la posibilidad de exclusiones de voto más allá de la normativa del art.45.

Por otra parte, los argumentos que acompañan a esta postura de la enunciatividad, tiene que ver con que los jueces están facultados a extraer otras causales del resto del orden jurídico, con base en su interpretación sistemática, considerado como unidad.

La enumeración prevista en el art. 45 no es taxativa dado que solo prevé causales de exclusión para ciertos casos, guardando silencio respecto de otros supuestos en los cuales podrían violarse normas o principios generales del derecho de carácter imperativo, o podría existir un interés contrario al “interés concursal” entendiendo por tal al del concursado con el fin de superar el desequilibrio patrimonial para continuar con su empresa, el de los acreedores de cobrar su acreencia lo antes posible, el de los trabajadores en conversar la fuente laboral y el de la sociedad toda, o también podría tratarse de un acreedor sin libertad de votar por limitaciones estatutarias internas, como sería el caso del fisco.

Por lo tanto, hay quienes apuntan a la procedencia de una "interpretación finalista" de la norma, en el sentido de que la exclusión resulta viable incluso en casos no contemplados expresamente en la ley, pero que guarden directa relación con la finalidad de la prohibición.[10]

3.2.2 Tesis que sostiene su taxatividad.

El primer grupo que mencionamos ut supra, está conformado por quienes sostienen su taxatividad: esta postura[11] que en la actualidad es minoritaria, entiende que el art. 45 enumera taxativamente los créditos que deben ser excluidos del capital computable por corresponder a ciertos sujetos ligados con el deudor, ya sea por parentesco o vínculos societarios, casos en que se presume el sentido favorable del voto. Asimismo se trata de prohibiciones, e implica que no pueden ser deducidas otras hipótesis por interpretación extensiva o analógica, ya que ellas constituyen especiales supuestos de excepción- y de interpretación restrictiva- para el régimen general de concurrencia a la formación de voluntad que decida la suerte del concursado.

En sí, la exclusión se ha orientado a no generar una imposibilidad fáctica y jurídica de obtener un acuerdo exitoso.

3.2.3 Posiciones mixtas.

Como en toda contraposición de ideas, existen posiciones que son intermedias: en un tercer grupo podemos incluir quienes sostienen que la enumeración de los créditos que deben ser excluidos del capital computable por corresponder a ciertos sujetos ligados con el deudor, ya sea por parentesco o vinculo societario, se limita a aquellos casos en que cabe presumir el sentido favorable del voto, de modo que la enumeración es sólo, en principio, taxativa.[12] Por lo

---

[10] MAFIA, VITILO, HEQUERAY VILLOLDO-VAZQUEZ citados en FRICK, PABLO D. (2014). Exclusión de voto en el concurso preventivo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ASTREA.

[11] ARGERI, ZAVALA RODRIGUEZ, QUINTANA FERREYRA, GRISPO, HEREDIA citados por FRICK, PABLO D. (2014). Exclusión de voto en el concurso preventivo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ASTREA.

[12] FAVIER DUBOIS citado por FRICK, PABLO D. (2014). Exclusión de voto en el concurso preventivo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ASTREA. Pág. 78.

que existen situaciones, no contempladas por la noma, en las que un acreedor votará negativamente a la propuesta, por existir por ejemplo conflictos derivados del poder.

En esta línea de pensamiento existe jurisprudencia, como es el caso "Supercanal Holding SA s/ concurso preventivo" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el que se dictaminó siguiendo el criterio de que si el supuesto de prohibición del voto del art.45 se encuentra enderezado únicamente a censurar el voto "complaciente" ínsito en las relaciones de control, es viable aceptar que la prohibición se extienda a otros supuestos no expresamente incluidos en el norma, como es el caso de aquellos acreedores que actúan con abuso de derecho exteriorizando una voluntad carente de fundamentos y razonabilidad [13]

Hay autores como Barreiro que se enrolan en esta postura y afirman que una cosa es la prohibición especifica del art.45 y la posibilidad de su ampliación por vía analógica o extensiva, y otra distinta, es encontrar situaciones en las que la posibilidad de excluir del cómputo a un acreedor surge de realizar una integración de todo el ordenamiento jurídico. Además existen circunstancias de hecho en donde es facultad del juez impedir que un concurso se vea frustrado en su finalidad.

4. Principios del derecho.

4.1 La doctrina del abuso del derecho.

El acto abusivo es un acto ilícito, contrario a derecho y violatorio del ordenamiento jurídico, es el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo. En el caso particular del derecho de voto que acuerda el ordenamiento concursal a los acreedores, no es absoluto ni ilimitado como cualquier otra prerrogativa. Esta doctrina ha sido aplicada en diferentes causas judiciales.

[13] FRICK, PABLO D. (2014). Exclusión de voto en el concurso preventivo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ASTREA. Pág. 78-79.

El artículo 45 dispone que los votos de ciertos acreedores no son computables al momento de contabilizar las mayorías necesarias para la obtención de las conformidades y la posterior aprobación para de la propuesta, dejando en claro que el derecho de voto en el ámbito concursal no es absoluto, lo cual significa que existen casos en que puede ser ejercido en forma abusiva, o ilícitamente.

Existe el supuesto de acreedores excluidos en la creación pretoriana, como es el caso del acreedor hostil, de interés contrario, o abusivo. Casi a la totalidad de estos casos se los vincula a la doctrina del abuso del derecho. Esto nació por creación de la doctrina y jurisprudencia tendiente a avalar la prohibición del derecho a voto a quien se niega a dar su conformidad a una propuesta por razones que se estiman injustificadas.

5. Jurisprudencia: tendencias actuales.

Distintas soluciones en la jurisprudencia:

Los dos criterios básicos que existen respecto de la norma y su aplicación:

1. Aquellos que consideran que el grupo de personas que el art. 45 menciona es taxativo o de numerus clauxus, y no puede excluirse a personas distintas de las allí nombradas.

Esto se ve claramente reflejado en los argumentos expuestos en el fallo Willmor S.A. s/ concurso preventivo[14] en donde se confirmó la decisión que denegó la petición de la concursada de excluir a la AFIP y a ARBA del cómputo de las mayorías de acreedores, ya que los mismos no se encuentran dentro de las posibilidades que el art.45 menciona para excluir a los mismos del concurso preventivo. En este caso además otro de los argumentos utilizados para tomar dicha determinación fue que al producirse la exclusión no es que se le esté prohibiendo a ciertos acreedores expresar su conformidad o disconformidad con la propuesta sino que directamente se prescinde de su voluntad, por eliminarlo de la base de cómputo de las mayorías que determinan que resulte o no aprobada la propuesta. De esta manera lo que se está buscando más

[14] CNCom. A, 29-04-2014, Willmor S.A. s/ concurso preventivo, MJJ86470.

que una prohibición de voto es privar de sus efectos esenciales a la adhesión o a la negativa del acreedor a aceptar la propuesta por la vía de no computar los respectivos créditos dentro de las bases a considerar para la determinación de las mayorías. Es sumamente importante tener en cuenta que el derecho fundamental del que resultan titulares los acreedores involucrados en un proceso concursal como es la facultad de su titular de conformar la voluntad colectiva -y consecuentemente, decidir si acepta, o no, la propuesta concordataria-, debe ser interpretada necesariamente en forma restrictiva, ya que cualquier duda en este campo debe ser primordialmente resuelta en favor de la supervivencia del derecho y no en el de su supresión. Esto vale para cualquier acreedor que haya cumplido con la carga de verificar su crédito en el concurso y que, como consecuencia de ello, haya sido admitido para conformar la masa pasiva del deudor concursado. Si procediera dicha exclusión se estarían afectando la calidad y extensión de los derechos de los acreedores, con la consiguiente conculcación de garantías de raigambre constitucional, como lo son las de la propiedad y la de la defensa en juicio (C.N:17 y 18). Por eso el tribunal en este caso aplicando la posición doctrinaria explicada arriba denegó la propuesta de la actora de excluir a la AFIP y a ARBA del cómputo de las mayorías de acreedores y, en concordancia con ello, a los fines de zanjar la cuestión, dispuso aunar en una categoría particular a los acreedores de origen fiscal, teniendo por cumplida la manda contenida en el art. 45 LCQ con el acogimiento de los mentados planes de financiación de cada organismo.

Otro de los argumentos importantes para resaltar es que al fundamentar la improcedencia de excluir de todo cómputo a aquellos acreedores -esto es, obras sociales incluidas en la categoría con privilegios generales y quirografarios- que aceptasen planes de facilidades propios pues no podía soslayarse que la concursada podía formular distintas propuestas dentro de una misma categoría siendo inatendible excluirlos en razón de haber fijado planes para deudores en mora. Además al resultar indisponible el crédito fiscal, los organismos recaudadores no estaban habilitados a negociar en términos similares a los demás acreedores,

por lo que ello no puede obligar a la concursada a ofrecer a los restantes acreedores idénticas condiciones a las fijadas por el fisco, ni someter al acreedor fiscal a una forma de satisfacción que se encuentra impedido de aceptar o rechazar. Afirmo en esa línea que la determinación de una categoría de acreedores fiscales no resulta un recaudo de imposible cumplimiento.

En cuanto a las obras sociales nos dice que es improcedente dicha exclusión ya que la deudora puede formular distintas propuestas dentro de una misma categoría.

Queda claro que el tribunal no desconoce lo dificultoso que puede llegar a resultar conciliar el particular régimen que las Resoluciones para la adhesión de los organismos fiscales (en el caso AFIP, ARBA y obras sociales) a las propuestas concordatarias de sus deudores con las normas concursales que regulan la obtención de las conformidades de los acreedores en el marco temporal que suministra el período de exclusividad, pero esto no puede constituir un argumento para eludir el mecanismo de conformación de las mayorías legales previsto por el ordenamiento concursal.

Consideramos también analizar el fallo Tinas Del Sur S.A. s/ concurso preventivo s/incidente de apelación[15], ya que es un claro ejemplo de la aplicación de aquella doctrina que consideran que las figuras que el art. 45 menciona es taxativo o de numerus clauxus, y no puede excluirse a personas distintas de las allí nombradas.

En el presente caso la Asociación de Trabajadores de la Industria Lechera de la República Argentina (ATLRA), la Asociación Mutual del Personal de la Industria Láctea 10 de Setiembre (AMPIL) y la Obra Social del Personal de la Industria Lechera (OSPIL) apelaron la decisión que a instancias de la concursada denunció su carácter de acreedores "hostiles" y los excluyó del cómputo de las mayorías. Su memorial conjunto mereció respuesta de la sindicatura y de la concursada respectivamente. Ante dichos acontecimientos la fiscalía se expresó de la siguiente manera y deja en claro la postura restrictiva antes mencionada , "debe comenzar por

[15] CNCom. D, 25-04-2017, Tinas Del Sur S.A. s/ concurso preventivo s/incidente de apelación, MJJ108860.

señalarse, con relación a la apelación que recientemente se ha tenido ocasión de recordar que -según criterio de este Tribunal- los supuestos de exclusión contemplados en el art. 45 de la normativa en la materia integran un elenco taxativo que, además y como tal, debe interpretarse de manera restrictiva y a pesar de que una parte de la doctrina admite la exclusión del "acreedor hostil" a condición de que se verifiquen ciertas manifestaciones de voluntad que resultan encuadrables en esa categoría, lo cierto y jurídicamente relevante es que la exclusión del acreedor cuyo voto se presume contrario a la propuesta del deudor no se encuentra contemplada expresamente por la ley concursal, con lo cual no puede admitírsela sin más, generando -allí donde el legislador no lo estableció- nuevas prohibiciones no contemplas por el ordenamiento en la materia”.

De allí que, por las razones expuestas y destacando que, en definitiva, un temperamento diverso implicaría en la práctica privar a acreedores del derecho de emitir su voto, para concurrir o no a la formación de la voluntad de la masa, sin una norma positiva que lo prohíba expresamente habrá de receptarse el recurso del solicitado.

Por eso la fiscal general resuelve hacer lugar al recurso de y, en consecuencia, dejar sin efecto las exclusiones del cómputo de las mayorías dispuestas en la resolución apelada.

Es un caso claro donde la concursada apela la resolución que rechazó el pedido de exclusión del voto de un Banco acreedor, sustentado en su presunta hostilidad. Se considera inviable sostener el carácter no taxativo de dichos supuestos o efectuar aplicaciones analógicas de los mismos. Se remarca la imposibilidad de privar a acreedores cuyo voto no aparece prohibido expresamente, del derecho de emitirlo. Se puede observar que la autonomía de la voluntad en el campo contractual que es, ante todo, libertad de contratación. Nos remarca que la negativa a contratar que no puede, en principio, considerarse ilícita, sean cuales fueren los motivos de ella.

Pero lo más importante que podemos extraer de dicho fallo es la exclusión de quien niega su conformidad, implicaría privar a un acreedor de un derecho trascendental para el curso del proceso como es el de prestar o no la conformidad al acuerdo que le ofrece el deudor y la abrogación de un derecho fundando en ley sin norma positiva que lo establezca.

2. Por otro lado tenemos aquellos doctrinarios que consideran que, según y en miras a las circunstancias del caso concreto, puede disponerse la exclusión de un acreedor distinto a los legalmente establecidos.

Esta postura la podemos observar en el fallo Telearte SA Empresa de Radio y Televisión s/ concurso preventivo[16] donde se reconocen todos los aspectos mencionados en el fallo analizado anteriormente pero se ve con buenos ojos la aplicación del instituto de exclusión ya que si bien la prerrogativa de derecho a voto y a utilizar los mecanismos del trámite concursal para la prosecución de sus propios fines comerciales merecen ser protegidos, también los derechos de los restantes acreedores y de la comunidad en general, merecen el amparo judicial. A efectos de evitar el perjuicio más grave, sacrificando el primero de dichos intereses en beneficio del segundo, de indudable mayor rango que aquél. Es por eso que corresponde otorgar protección judicial a los intereses enunciados en último término, aunque ello implique restringir los de un acreedor o un grupo de ellos en aras de salvaguardar a los demás y a los intereses generales de la sociedad, por ser ésta la salida que más se adecua a los principios inspiradores de la solución preventiva, cuyo eje central es la conservación de la empresa como actividad útil para la comunidad.

[16] JNCom. Nº 16 Sec Nº 32, 07-03-2006, Telearte SA Empresa de Radio y Televisión s/ concurso preventivo, MJJ6684.

Por ende debe imponerse en el caso la exclusión de los créditos de los que son titulares las sociedades demandadas en el incidente, de la base de cómputo para el cálculo de las mayorías.

En dicho caso no sólo están en juego los intereses del negocio del acreedor, sino también los de los terceros, acreedores o no del deudor concursado, y los de la comunidad en general, que bien pueden verse afectados por las consecuencias de esa conducta. Por tanto, la decisión de frustrar la obtención del acuerdo preventivo como medio para obtener una ventaja particular en el plano comercial -que en principio puede ser considerada legítima-, puede pasar a ser ilegítima o irregular cuando causa daños a terceros ajenos a esa actividad, como son los restantes acreedores que conforman la masa pasiva el deudor, los trabajadores de la empresa y la comunidad en general que se vería privada de los beneficios generales que emanan de la existencia de una unidad económica productiva.

Se cuestiona aquí y se utiliza como fundamento de aplicación del instituto de exclusión, que la determinación que toma el acreedor no se basan en las bondades de la propuesta y al precio de la pérdida del crédito cuando podría cobrarlo parcialmente en los términos ofertados por el deudor y por ende se causa un perjuicio a terceros, al deudor, a los restantes acreedores y a la comunidad toda, imponiéndoles a todos las consecuencias derivadas de su propia estrategia comercial.

Con dicha estrategia no solo involucraría el sacrificio de sus propios créditos, sino también el de los que son titulares el resto de los acreedores quirografarios.

Con estas interpretaciones que se encuentran por reconocer en creaciones jurisprudenciales, casos no previstos expresamente en el ordenamiento legal dando lugar -atendiendo las circunstancias- a la figura del acreedor hostil, donde el acreedor hace un ejercicio abusivo de su derecho de voto. En este supuesto, el fundamento no se encuentra en los particulares vínculos de parentesco, subordinación o control societario, sino en la conducta

ilegítima o abusiva desplegada por el acreedor con miras a impedir la obtención de las mayorías necesarias para el acuerdo y con ello frustrar el éxito de la solución preventiva, si es que no se adopta el excepcional remedio de excluir al acreedor involucrado de la base de cómputo para el cálculo de las mayorías, que es lo que se pretende.

Pese a mantener aún hoy vigencia el criterio esencialmente restrictivo con que nació desde un inicio la figura de la llamada exclusión de voto", tanto la doctrina como la jurisprudencia parecen haber evolucionado claramente hacia una interpretación más amplia, según la cual, si bien se debe partir de una apreciación más bien estricta de los supuestos previstos en el ordenamiento legal, tal circunstancia no excluye la admisión de causales no contempladas en la ley, en la medida que mantengan una directa relación con la finalidad de la prohibición o que -por su naturaleza- guarden analogía, semejanza o equivalencia con los supuestos incluidos en la enumeración legal, o bien resulten del resto del orden jurídico, con base en una interpretación sistemática de ese orden, considerado en su integridad.

Por eso se debe dar una interpretación más bien amplia del catálogo de supuestos de exclusión de voto previstos en la legislación concursal y la consecuente admisión de hipótesis no contempladas expresamente por ésta, en la medida que guarden directa relación con la finalidad de la prohibición, presenten analogía con algunos de los supuestos previstos en el ordenamiento legal o resulten de principios o institutos provenientes del resto del orden jurídico general, considerado en forma global. Así, es estimable determinar que, las causales de excusión de voto, no se agotan en las que expresamente prevé el ordenamiento concursal, sino que, por no ser éste una isla o un compartimiento estanco, se encuentran facultados los jueces a extraer otras causales del resto del orden jurídico, con base en una interpretación sistemática de ese orden, considerado como unidad.

Si hablamos de exclusión de voto debemos detenernos en analizar el caso particular de los créditos del fisco (AFIP) aunque bien podría también extenderse al de los provinciales

(Rentas) los que por su volumen, generalmente desestabilizan los valores de cualquier concurso, chico, mediano o grande. En muchos casos queda claro que el crédito de los organismos de recaudación tanto nacional como provincial superan en mucho el del total de los acreedores verificados, y no sólo en el del capital privilegiado, sino principalmente en el de los intereses (quirografarios), estos últimos que son los que realmente importan a los fines de la homologación de acuerdos preventivos. También es sabido que el fisco es renuente en otorgar planes de facilidades o moratorias sólo para la parte privilegiada o sólo para la quirografaria, y con ello en realidad nos tiene atados de pies y manos.

Como mencionamos con anterioridad la doctrina judicial parecería que se está inclinando hacia la exclusión del acreedor fiscal en el cómputo de las mayorías.

Probablemente la concursada en estos casos deberá tomar recaudos en la etapa de la categorización, incluyendo al o a los organismos recaudadores estatales en una categoría separada, o sea “aislada” de las demás , haciendo mención en ese momento de la petición de exclusión, que deberá reiterar en la propuesta de acuerdo, pero aun así el tribunal interviniente tendría facultades para obrar en consecuencia ya que contaría con un acreedor a quién o bien no se lo categorizó o que habiéndoselo categorizado, no se le hace una propuesta de acuerdo especial a la AFIP , y sí acogiéndose a un plan de facilidades de pago instrumentado de antemano por el o los organismos para las empresas en crisis.

Lo manifestado en el párrafo precedente no es doctrina judicial firme, y principalmente la circunstancia en que si el deudor a priori, y en la etapa de la categorización no había categorizado de una manera particular a la AFIP o a otro organismo, y por ende la categorización había quedado firme tendría dificultades en el período de exclusividad. Por ello la importancia de dominar en tema en la etapa de categorización para no sufrir sobresaltos en el período de exclusividad, o sea en la “cuenta regresiva” hacia la homologación del acuerdo o la quiebra de la empresa, en el caso que las conformidades no se consiguieran.

Si bien es un tema interesante para ahondar, pero no es el principal objeto del presente trabajo, concluimos con que el fisco en ningún caso sufriría perjuicio alguno con la mentada exclusión, ya que de cualquier manera el acogimiento a un plan de facilidades de pago haría que el Fisco percibiría el total de su crédito conforme la resolución que rige a su respecto. Y que por otra parte, y en el mismo orden de cosas, como es sabido que el Fisco no acepta quitas en el pago, no excluir su voto obligaría a los demás acreedores a aceptar los mismos planes de pago que se encuentran implementados para el organismo recaudador, en abierta contradicción con el sistema concursal, ya que el deudor no tendría "otra" posibilidad que cumplir con las resoluciones que emitiera la AFIP para deudores en crisis , y por ende en todo concurso en que existieran créditos del fisco el texto del art. 43 L.C caería en letra muerta.

A continuación analizamos un caso donde se da una solución alternativa sin llegar a la exclusión del voto de la AFIP, el mismo es Forman Fueguina S.A. s/ concurso preventivo[17] de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

En este caso la concursada apeló la decisión que rechazó su pedido de excluir a la AFIP del cómputo de mayorías regulado por el art. 45 de la ley 24.522.

La Fiscal General ante la Cámara dictaminó propiciando la confirmación de lo resuelto. Sus argumentos fueron los siguientes:

"Debe comenzar por señalarse que, como principio, la normativa concursal reconoce a todos los acreedores quirografarios la facultad de expresar su conformidad o disconformidad con relación a una propuesta de acuerdo que, por otra parte, debe ser expresiva de condiciones económicas similares para todos aquéllos o, cuanto menos, para quienes integran una misma categoría (art. 43, segundo párrafo, LCQ).

Además, que aunque de manera excepcional se contemplan distintos supuestos de exclusión (art. 45, LCQ), ese elenco no tiene -como regla- carácter enunciativo sino taxativo.

[17] CNCom. D, 18-02-2016, Forman Fueguina S.A. s/ concurso preventivo, MJJ97378.

Ahora bien, con específica referencia a la situación de los organismos de recaudación, se tiene reiteradamente dicho que, como la normativa fiscal relativa a planes de facilidades de pago para contribuyentes concursados (Resolución General AFIP n° 970/01, texto actualizado por el Anexo II de la Resolución General AFIP n° 1705/04, o más actualmente la Resolución General n° 3587/2014) detalla la forma instrumental en que el deudor puede obtener la conformidad del ente durante el período de exclusividad, tales disposiciones no hacen más que presuponer la permanencia de dichos acreedores en el elenco de votantes .

En efecto, es que la exclusión implica una solución que, lejos de realizar una conciliación entre los textos legales implicados, dejándolos a todos con valor y efecto, y evitando darles un sentido que las ponga en pugna, tal como lo ordena la buena hermenéutica, ni siquiera tiene fundamento legal, porque no hay norma que la autorice.

Antes bien, como se dijo, la propia normativa en la materia se encarga expresamente de preservar el derecho de voto de la AFIP, lo que supone su necesaria incorporación al elenco de acreedores votantes; y aún más, lo hace sin contemplar como imperativo la aceptación, sino que sólo se refiere a los requisitos tendientes a que el Fisco pueda considerar la posibilidad de prestar conformidad.

En los términos indicados, ciertamente la cuestión no pasa por discutir si el art. 45, LCQ tiene o no carácter taxativo, pues -como se adelantara- es evidente que lo tiene más allá de que algunas de las exclusiones que determina pudieran admitir una cierta interpretación extensiva en tanto se respete su ratio legis (que lo es, pura y exclusivamente, la exclusión del denominado voto complaciente), como podría ser el caso del concubino, por su asimilación a la situación del cónyuge; y más allá de que, eventualmente, puedan ser admitidas otras exclusiones con fundamento normativo distinto.

Pero tratándose de la situación de la AFIP, su exclusión del voto significaría una abrogación de la ley, pues condicionaría la participación de dicho acreedor a la exclusiva

voluntad del concursado, quien lo eliminaría del elenco de los votantes con solo no categorizar especialmente al respectivo crédito fiscal.

A la vez, ello importaría incumplimiento de las previsiones del art.45, LCQ, que requiere considerar la suma "total" de los créditos verificados y declarados admisibles.

En definitiva, receptar la solicitud de exclusión de que se trata significaría en la práctica conculcar el derecho "más legítimo" reconocido en favor del acreedor concurrente, cual es, otorgar o no su conformidad a la propuesta de su, extremo que no puede convalidarse.

En tales condiciones, y tal como ha sido decidido en casos análogos, la mejor solución será entonces proceder a la categorización ex oficio del crédito fiscal quirografario de la AFIP, con la finalidad de posibilitar al deudor acordar libremente con el resto de sus acreedores quirografarios, y paralelamente permitirle cumplir las exigencias de dicho organismo fiscal sin poner en riesgo la solución preventiva.

En otras palabras, aunque por incuria del deudor en ocasión de la categorización el acreedor de que se trata ha quedado dentro de la categoría genérica de los acreedores comunes, lo que corresponde es sujetarlo unilateralmente a un esquema que permita aplicar la normativa fiscal.

Por cierto, no debe verse en la categorización ex oficio del Fisco un exceso por parte de los tribunales. Ello es así porque, de acuerdo a la doctrina del art. 42 de la ley 24.522, pueden los jueces, según su leal saber y entender, rechazar las categorías propiciadas por el deudor que sean irrazonables y reordenar los acreedores en otras categorías propuestas, o bien fijar categorías nuevas a los mismos fines, sin que la fijación por el juez de una nueva categoría constituya un exceso de sus facultades susceptibles de nulidad.

Por lo demás, la Sala A de esta Cámara de Apelaciones ha admitido expresamente la facultad que tienen los jueces de imponer al concursado una nueva clasificación, cuando ello es coherente con la posición previamente asumida por, situación que típicamente se presenta en

el caso de ausencia de categorización de la AFIP por haber anticipado el deudor su voluntad de acogerse al plan de pagos regulado por la normativa en la materia.

Debe observarse, a todo evento, que la situación del Fisco puede ser considerada como una categoría legal especial, no explicitada por la ley de fondo pero tipificada por una norma particular. Y, por lo demás, como también lo ha señalado esta Sala, la posición tabulada que, a partir de la dicha normativa, mantiene la AFIP en el concurso preventivo del contribuyente, justifica una categoría única para este acreedor, que carece de flexibilidad negocial para el arribo a un acuerdo que compatibilice las posibilidades financieras y económicas de la concursada, con el interés del acreedor en percibir el crédito.

Análogamente, se ha observado que la categorización ex post de la AFIP constituye una solución menos cruenta que la "exclusión de voto" en virtud de que esta última conculca un derecho esencial, cual es el de formar parte de la "voluntad" que acuerda o rechaza la solución concursal, mientras que la categorización tiende a preservar la solución concursal, pero permitiendo que el acreedor vote en categoría separada. Y si bien esta última opinión alude a una categorización ex post a pedido de parte, no se advierten razones para no disponerlo de oficio si, como ocurre en la especie, ello no coloca al deudor en situación de afrontar un compromiso económico que no ha elegido afrontar.

En fin, no puede juzgarse improcedente la existencia de categorías "unipersonales", siendo por el contrario fundado y razonable, aunque excepcional, crear una categoría de ese tipo para poder hacer valer en ella una propuesta de pago diferenciada, solución que especialmente ha sido propiciada respecto de la AFIP .

Luego de haber planteado esta dicotomía en el pensamiento doctrinario acerca de qué tipo de interpretación debe tener el art. 45 LCQ y de haber desarrollado el avance jurisprudencial del mismo analizando fallos emblemáticos en el tema, nos parece oportuno analizar un fallo que a nuestro criterio parece interesante y que nos sirve para profundizar sobre

la figura de “acreedor hostil” mencionado con anterioridad, el mismo es “Berardi José Oscar y Berardi José Eduardo s/Concurso preventivo[18].

En este caso la parte, decidió excluir a un acreedor que denomino de alguna manera “hostil” el que además, no sufriría perjuicio alguno por tal exclusión. Esto llevo al pedido te tal exclusión fue un error al iniciar el concurso por agrupamientos de garante del art.68 de la ley de concursos 24.522. Se trataba de un agrupamiento de padre e hijo y habían denunciado entre los acreedores, un mutuo hipotecario firmado por el padre, titular del dominio del inmueble afectado a la garantía real y el hijo quien a su vez firmo dicho mutuo como garante a título personal (aquí el principal error) ósea respondiendo por un posible faltante con el resto de sus bienes. Por lo expuesto resulto que, verificado el crédito, el mismo se declaró admisible por $72000, respecto de Berardi padre en calidad de privilegiado especial y por $72000, respecto de Berardi hijo en calidad de quirografario, lo cual hacia caer el concurso ya que el resto de los créditos admisibles y/o verificados del concurso en la parte quirografaria no llegaban a dicho monto, o sea que si no se conseguía el acuerdo de dicho acreedor hipotecario, el concurso terminaría en quiebra.

Ante ello se planteó el pedido de categorización de acreedores, la exclusión de dicho acreedor, en la parte quirografaria, del cómputo de las mayorías de acerdoles verificados y/o admisibles. Los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales fueron los siguientes: “Solicita exclusión de acreedor (Jose Oscar Berardi): Que en los términos del 3º párrafo del art. 45 LCQ y conforme a la doctrina judicial que “ut infra” citare y desarrollare , respecto del presente concursado y atento a que el presente concurso preventivo tramita por el agrupamiento de acreedores-garante (art. 68 , Capítulo VI LCQ) y la posibilidad que brinda la ley de realizar propuestas unificadas respecto de la totalidad de su pasivo (art. 67 5ºparrafo LCQ) solicito al

[18] Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 5 de Quilmes, Berardi José Oscar y Berardi José Eduardo s/Concurso preventivo.

respecto a los acreedores verificados Cassini Cesar Eduardo, Lorenzo Enrique Emilio, Errotaberea Susana Inés, Lorenzo Emilio Eladio, Lorenzo Diego Emilio y Lorenzo Pablo José, y respecto a la parte quirografaria de su crédito (garantía personal del crédito privilegiado – hipotecario-de José Eduardo Beraldi), se lo excluya del voto, en primer término en virtud del principio de la accesoriedad de dicho crédito, aplicándose el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal como lo establecía el Art. 2328 del viejo Código Civil.

Los fundamentos doctrinarios fueron los siguientes: "Según el principio romanista "accesio cedit principali", lo accesorio sigue la suerte de lo principal y nunca al revés. Pretender que el valor de la cosa constituida en garantía real de un crédito, esto es la prestación u obligación accesoria, condicione el valor de la obligación principal, resulta inviable jurídicamente. Podría perfectamente darse el caso de que lo accesorio no cubriera el monto de lo principal, al ser realizado en subasta. El único efecto de ello, sería la continuación del trámite de ejecución y el posible embargo sobre los otros bienes del deudor, pero ello no basta para detener la ejecución. El valor de la garantía no es el límite o la frontera de la obligación. De admitirse ello se trastocaría todo el esquema obligacional argentino y el principio general que especificaba el art. 2328 de viejo CC, por ende no podía convalidarse"

En este caso nos encontramos con el denominado "voto hostil" que concretamente es la exclusión de participar en el acuerdo al acreedor hipotecario quien, por su parte de garantía personal, tendría solo un interés, dar por tierra con el concurso, ya que igualmente en una quiebra su crédito estaría suficientemente garantizado con una garantía real. Uno de los primeros casos donde este principio fue aplicado fue en el mencionado caso Supercanal Holding S.A[19]. Allí se entendió que la exclusión de acreedores cuya voluntad estaría "condicionada" no afecta el orden público concursal. En el dictamen fiscal dictado en la causa se sostuvo que:

[19] CN. A, 31-10-2002, SuperCanal Holding SA s/ concurso preventivo s/ inc. de suspensión ejecución de prenda. , FA02130737.

"…sería una medida que, en todo caso, redundaría en la total transparencia del procedimiento de cómputo de las mayorías a efectos del acuerdo del caso, al excluir a acreedores cuya voluntad podrá considerarse condicionada". "Estos supuestos de exclusión tuvieron su ejemplo paradigmático en un fallo del Dr. Favier Dubois (h) que excluyó del voto al competidor, buscando con ello evitar la interferencia que habría de surgir del cómputo de cierto acreedor con su voluntad direccionada a evitar que el deudor alcance las mayorías, en un claro supuesto de lo que el magistrado consideró constituía "competencia desleal". Ese voto negativo (o negación de la conformidad), sumado a una serie de actos que entendió acreditados suficientemente convencieron al juzgador que se estaba vulnerando allí principios y normas tuteladas, por lo que en la disputa entre los dos valores en juego: derecho máximo dentro del proceso concursal (el voto), y el ejercicio irregular y abusivo del mismo, debía primar la defensa de este último. (Derecho de la competencia).

La Cámara de Apelaciones en resolución del 27 de diciembre de 2002, por mayoría revocó la Resolución de Primera Instancia, entendiendo que el a quo debió analizar la cuestión teniendo en Consideración exclusivamente la ley concursal…" "Y ciertamente, es dable destacar el voto del Dr. Monti en tanto el mismo sigue una tendencia de su autor expresada en "Linea Vanguard S.A. s/ concurso preventivo[20] acerca de la necesidad de analizar las cuestiones sometidas a consideración del juez concursal, no sólo bajo el prisma de la ley 24.522, sino integrando la misma a todo el plexo normativo."

En este fallo el mencionado camarista nos dice: "La inteligencia estricta que suele predicarse en punto a las causales de exclusión del voto de ciertos acreedores en el concurso, no puede conducir a hacer de ellas un "numerus clausus " que implica correlacionar esa regla con otras normas del ordenamiento jurídico , dentro o fuera del propio régimen concursal. En especial si se trata de normas cuya incidencia no podría postergarse en tanto reflejen principios

[20] CNCom., Sala C, 04/09/2001, Línea Vanguard S.A. s/ Concurso preventivo.

del orden público, la moral, la buena fe y las buenas costumbres que ellos deben resguardar (art21, 502, 530, 542, 872, 953, 1047, 1071, todos ellos del viejo CC). De modo que si en la emisión del voto se percibe una infracción a tales normas y principios, la consecuencia no puede ser otra que la ineficacia de dicho acto, como acto jurídico que es al amparo del art.18 del viejo CC, situación que conduce a la exclusión del cómputo de ese voto precisamente a su efecto propio (art.1050 viejo Código Civil) más allá de otras consecuencias que puedan derivarse de él, tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional (art.1056 viejo Código Civil).

Este fallo fue pronunciado en autos Equipos y Controles S.A. s/ concurso preventivo[21] del Juzgado nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 9, ante un planteo de exclusión hecho por la concursada basado en la ampliación del elenco del art.45 LCQ y la ley 25156 de Defensa de la Competencia.

Como mencionamos con anterioridad compartimos esta postura tanto doctrinaria como jurisprudencial ya que consideramos que debe ser entendida como una ampliación del conjunto de prohibiciones del art. 45 LCQ ya que existe la posibilidad de aplicar soluciones dentro del proceso concursal que no derivan, al menos de manera exclusiva, de la aplicación de su letra, remitiéndose para ello a normas y principios del derecho común.

Como quedo claro en los casos analizados con anterioridad la doctrina va receptando esta apertura hacia la exclusión del voto contrario u hostil, como para admitir tal hipótesis.

A falta de exposición de motivos de la ley 24.522, veamos de cuales normas se desprenden el o los intereses, cuya defensa propugna.

Por ello sintetizando las finalidades y pautas que persiguen los procesos concursales, y a los que el juez debe atender (preservar) son: la continuación de la actividad del concursado, la protección de los intereses de los acreedores, la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado del concurso, el interés general (debiendo

[21]JFed. C, Nº 9. 27/12/2002. Equipos y Controles S.A. s/conc. prev.

entender en éste último el de los afectados por el proceso concursal, así como el de la comunidad toda, involucrando inexorablemente en todo proceso de esta naturaleza en cuanto la afectación del crédito, el desvalor que importa para toda sociedad la crisis de cualquier emprendimiento productivo, la puesta en riesgo de puestos de trabajo).

En aras de estos principios la autora solicita que se excluya del cómputo para calcular las mayorías (o no se lo considere) aceptando con ello la categorización propuesta, al acreedor hipotecario mencionado, ello atento a que su crédito se encuentra suficientemente garantizado con el derecho real que ostenta, y que en todo caso en el marco de un concurso preventivo (por agrupamiento como el que nos ocupa), y la prosecución de la actividad productiva de los concursados –padre e hijo que fabrican sillas de metal- y con la continuación de la actividad, permitirá en un marco no liquidativo, afrontar conscientemente el pago de los créditos y en el caso de este crédito en cuestión.

En resumen el magistrado, con fecha 18 de abril de 2006, dictó la siguiente resolución, receptando positivamente el pedido formulado respecto al acreedor quirografario declarado admisible y cuya conformidad no sería posible obtener, ello a menos que se le abone íntegramente el importe: "Quilmes, 18 de abril de 2006 …En cuanto a la solicitud de exclusión de conformidades formuladas en el apartado 4), dadas las particularidades presentes en autos, compartiendo los fundamentos vertidos por los concursados, teniendo en cuenta la conformidad expresada por la Sindicatura en la oportunidad de presentación del informe General (v.ap. IX fs. 925 vta.). Corresponde EXCLUIR al sólo efecto del cálculo para la obtención de las mayorías necesarias a los fines de un eventual acuerdo, de la categoría de acreedores quirografarios precedentemente aprobada, a los acreedores declarados admisibles Cassini Cesar Eduardo, Lorenzo Enrique Emilio, Errotaberea Susana Inés, Lorenzo Emilio Eladio, Lorenzo Diego Emilio y Lorenzo Pablo José, respecto de la parte quirografaria – garantía personal otorgada por José Oscar Beraldi en el mutuo con garantía hipotecaria de José

Eduardo Eduardo Beraldi, reconocido como crédito privilegiado (art. 45 LCQ)". La mentada resolución no fue apelada o sea se encuentra firme y por ende, el concurso tiene todas las posibilidades de finalizar homologado.

Una vez más vemos como el magistrado en la resolución de este fallo hace lugar a la exclusión de voto del acreedor hostil argumentando que debemos aplicar todo el plexo normativo del derecho y no solo observar de manera restringida la LCQ.

6. Conclusión.

Para finalizar, plasmamos nuestras ideas en relación a lo desarrollado en los párrafos anteriores de manera concreta.

El derecho de voto en los procesos concursales no es absoluto. Por consiguiente, consideramos que el Juez, ante circunstancias excepcionales y mediante un uso prudente de esta posibilidad, puede excluir del cómputo a aquellos acreedores que no figuren dentro del limitado marco que refiere el art. 45 LCQ. Acudiendo para ello a una integración normativa y a los principios y fundamentos de la propia ley concursal.

En efecto no hay ampliación alguna de las prohibiciones de dicha norma, no son una extensión o ampliación de dicho elenco a sujetos en situación análoga, sino que lo que admitimos, como posibilidad excepcional, la de excluir del cómputo de voto a algunos acreedores en casos puntuales que, por alguna razón, al ejercer dicho "poder de voto", estarían ejerciéndolo en violación de los principios y finalidades propias que el ordenamiento concursal debe resguardar, principios y normas que, por una adecuada e imprescindible integración normativa, forman parte del mismo.

Basados en el texto legal vigente de la LCQ no existe otra posibilidad en nuestro criterio. Sería fructífero que una futura reforma definiera adecuadamente cuál es el marco dentro del que el derecho de voto de los acreedores puede afectarse.

Tal como desarrollamos, se viene manifestando a través de fallos, no obstante presentar sentencias contradictorias, la apertura al camino de la exclusión del voto del acreedor cuando es claramente contrario al “interés concursal”, entendido este como un criterio finalista con la necesidad de evitar abusos, basándose principalmente en la doctrina del abuso del derecho (art. 10 CCyC) y en la aplicación al proceso concursal de la totalidad de las normas que integran el plexo jurídico vigente (art.2 CCyC). Como misión pendiente aparece, junto con la delimitación de la casuística de los casos que admiten o no admiten la exclusión, la creación de conceptos generales a los que recurrir para permitir al juez supuestos de exclusión en casos gravísimos, como así también la construcción de principios procesales que compatibilicen los menesteres procesales de sustanciar y abrir a prueba las causales de exclusión con las finalidades nacidas de un proceso que, como el concursal, transcurre mientras la empresa continúa su marcha en el mercado.

El número clausus de la norma en cuestión, se circunscribe solamente a los sujetos que presumiblemente votaran de forma complaciente al deudor, distorsionando la formación del acuerdo preventivo. Pero la taxatividad no comprende a los acreedores “hostiles” o de interés contrario con abuso de derecho, y demás casos que son de aplicación por remisión a normas y principios del derecho, y que como vimos surgen cada vez más en la jurisprudencia actual; y es que no es cualquier interés contrario el relevante para excluir a un acreedor del cómputo de las mayorías.

Por último, la concursada o el deudor es quien debe persuadir a cada uno de sus acreedores con propuestas significativas. Y por otro lado, los jueces, están facultados a extraer otras causales del resto del orden jurídico, con base en una interpretación sistemática de ese orden, considerado como unidad, y son quienes deben ser garantes de la transparencia del proceso de obtención de mayorías.

Bibliografía

CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo. “Exclusión del voto en los concursos, númerus clauxus o listado meramente enunciativo?” Publicado en el libro: “Protección Jurídica de las Personas”. Editorial La Ley.

FRICK, PABLO D. (2014). “Exclusión de voto en el concurso preventivo”. Editorial ASTREA.

VAISER, LIDIA. (2015). “Exclusión de acreedores en el proceso concursal”. Editorial ASTREA.

PISANI, Osvaldo E. y MARTINELLI PHILLIP, María Victoria, (2017) “Acreedor controlante o dominante: exclusión del cómputo por hostil”. La publicación corresponde al *65º Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Prov. Buenos Aires.* Disponible en: http://www.casi.com.ar/sites/default/files/Martinelli%20Philipp%20-%20Acreedor%20controlante%20o%20dominante%20Exclusi%C3%B3n%20del%20c%C3%B3mputo%20por%20hostil.-.pdf

RIVERA, Julio César; ROITMAN, Horacio; VITOLO, Daniel Roque. (2012). “Ley de Concursos y Quiebras” RUBINZAL – CULZONI editores. Tomo I.