

## ¿ES LÍCITA LA CESIÓN DEL DERECHO DE VOTO EN EL CONCURSO PREVENTIVO?

Efraín Hugo RICHARD<sup>1</sup>

**Abstract:** *En el análisis de la praxis concursal se advierte que la aprobación de propuestas predatorias de quitas y esperas esta unida al voto (adhesión) de ciertos terceros que sustituyen a acreedores originales y verificados, renunciando a privilegios y actuando en forma contraria a la posición jurídica de acreedor. La tesis es que el acuerdo concursal configura un negocio de mayorías con limitación de legitimados para votar.*

**Abstract:** *When analysing the practice of meeting of creditors, it is observed than the approval of predatory proposals of reductions and deadlines is linked to a vote of certain third parties who substitute original and verified creditors; this resigning to privileges and acting in a way contrary to that of their expected behavior. In this way, the thesis holds that this agreement to a meeting of creditors is a deal for the majorities, with limitations to those who can legitimately vote.*

**PALABRAS CLAVES:** ACUERDO CONCURSAL – CESIÓN DE CRÉDITO - CESIÓN DE VOTO – JUS VOTANDI -

### I – INTRODUCCIÓN.

Desde hace más de una década dedicamos parte de nuestras investigaciones a fustigar prácticas concursales predatorias, particularmente en caso de crisis de sociedades donde administradores y socios intentan traspasar el problema a los acreedores, sin asumir las obligaciones que les corresponden conforme la legislación societaria.

Tratamos de mirar la cuestión desde las relaciones de organización, que integra el derecho concursal, sin abandonar principios generales del derecho y el sistema de valores<sup>2</sup>.

1. El interés en referirse a la “cesión de créditos y derechos en el concurso preventivo” esta unido fundamentalmente al “jus votandi” con el que se alcanzan las mayorías para imponer acuerdos predatorios.

De la indagación resulta que es una práctica inveterada que las propuestas de acuerdos predatorias sean aprobadas por mayorías constituidas no sólo por los acreedores convocados y verificados, o por estos últimos, sino por otros advenidos al concurso a través de la cesión de créditos, particularmente créditos con garantía hipotecaria a la que se renuncia, al igual que respecto de la cesión de otros créditos con derecho real de garantía o privilegios, para lograr exactamente las mayorías requeridas.

Ello implica referirse a dos temas: uno quiénes están legitimados a expresar su voluntad en torno a la propuesta de acuerdo formalizada por la concursada, y otro si esos acreedores legitimados no

<sup>1</sup> Profesor Emérito por Universidad Nacional de Córdoba y Director de su Departamento de Derecho Comercial; Abogado y Doctor en Cs. Jurídicas y Sociales por Universidad Nacional del Litoral; Doctor Honoris Causa por Universidades Nacional de Tucumán, Católica de Salta y del Norte Santo Tomás de Aquino de Tucumán; Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa; Vicepresidente Académico de Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, en México. Publicista; [ehrichard@arnet.com.ar](mailto:ehrichard@arnet.com.ar); [www.acaderec.org.ar](http://www.acaderec.org.ar). Su penúltimo libro *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, B.As.2007

<sup>2</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO “Axiología del derecho Concursal” (Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008). RICHARD, EFRAÍN HUGO “El Plan de Empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía* Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

registran una prohibición de votar, que puede derivar de la ley o de una resolución judicial de exclusión de voto.

Para hablar de legitimación debe formalizarse una referencia a la existencia de un vínculo entre quienes pueden expresar su voluntad en el referido sentido, y así poder determinar si existe o no una mayoría que genera una vinculación no sólo para esos acreedores sino para todos los acreedores de la concursada comprendidos en el acuerdo. A ese vínculo lo podemos llamar “colegio”, instituto que no supone la existencia de una persona jurídica, como alguna doctrina ha entendido, pues el colegio aparece vinculado a las “relaciones de organización”, en los supuestos que ciertas personas pueden adoptar mayoritariamente resoluciones que vinculan a todos. Así por ejemplo la resolución mayoritaria en los contratos de colaboración no personificados, que adoptadas por mayoría vinculan a todos los partícipes en los casos que la ley o el contrato lo autoriza. Los sindicatos accionarios son otro ejemplo.

## 2. Consideraciones preliminares:

Si bien es posible la cesión de créditos contra una sociedad concursada, el tercero no puede expresar adhesión (votar según el Diccionario de la Real Academia).

2.1. A los argumentos dados originariamente por Cámara –no tratados por la doctrina ni la jurisprudencia- se han agregado desde que sostuviéramos nuestra original posición en marzo de 2006<sup>3</sup> donde afirmábamos que sólo los convocados y verificados podían expedirse sobre el acuerdo, voces en esa misma posición o –también restrictivamente- en que sólo podían hacerlo los verificados, aunque no hubieran sido originariamente convocados-.

2.2. A estas posiciones hemos agregado un argumento cual es que la validez de un contrato es total entre las partes, pero en forma alguna puede perjudicar a terceros (arg. Art. 1195 C.C. in fine.), norma universal, que sin duda impide que ese cesionario pueda imponer quitas y esperas a otros acreedores –terceros-. Obviamente ese crédito no debe computarse.

2.3. El poner en claro que tales cesiones no autorizan a ejercitar el derecho de voto se prevendrá la judicialización de la insolvencia, pues se optará por planificar estrategias societarias y no un plan de insolvencia para traspasar el problema a los acreedores en trámite concursal con altos costos de transacción.

Lo antedicho se refiere a la legitimación para votar (adherir) a la propuesta. Esos legitimados pueden afrontar prohibiciones normativas o exclusiones por resolución judicial.

Nuestra posición intenta generar una regla para los acuerdos, en el sistema del derecho privado y del derecho concursal<sup>4</sup>.

3. Distinguiendo entonces entre legitimación y prohibiciones o exclusiones, con mucha timidez la jurisprudencia ha acercado algunos elementos como extensión de la prohibición del art. 45 LCQ.

3.1. Debe excluirse del voto a la sociedad acreedora que adquirió a la controlante indirecta de la concursada el crédito verificado en el concurso un mes antes de la presentación del deudor en convocatoria, pues si bien el art. 45 LCQ sólo se refiere al caso de control directo, el art. 33 LSC permite extender la prohibición al caso de control indirecto (CNCom. Sala B 13.7.2006, Inversora Eléctrica Buenos Aires S.A. JA 2007-I-72.).

3.2. Debe impedirse el voto de la sociedad cuyo paquete accionario es casi totalmente de propiedad del deudor concursado pues no es lógicamente posible pensar que éste vote contra sus propios intereses, lo que hace que su voto carezca de la independencia o autonomía necesaria para asegurar la transparencia del acuerdo. (CNCom. Sala B 13.7.2006, Inversora Eléctrica Buenos Aires S.A. JA 2007-I-72.).

4. Citamos aquí palabras de Daniel Truffat en una investigación inédita y que vienen a cuento: “La labor doctrinal y jurisprudencial, por un fenómeno endogámico que muchas veces afecta a todo

<sup>3</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO “Legitimación para votar el acuerdo concursal ¿Negocio colegial colectivo?” Publicado en La Ley, diario del 13 de marzo de 2006, Rep. Argentina.

<sup>4</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO “¿Santifiquemos la cesión de créditos en los concursos preventivos? (Dotorcito... y eso pa q'è? Es un contrato maravilloso don Zoilo y no puede restringirse la libertad de usarlo... Ahh... entonces ... dotorcito hay que defenderlo como a la Patria... (versión limitada de un cuenta del Negro Alvarez)” en *Jurisconcursal* año II, nº 5, p. 85, San Miguel de Tucuman.

cenáculo o grupo más o menos cerrado, puede –en muchas ocasiones- no sólo desatender la meta de la justicia substancial (llevando a la futura desobediencia de la ley) sino, lo que es mucho peor, a construir sistemas fuertemente ritualistas. Sistemas en los que se pierde el norte a perseguir –la consecución de la justicia- y donde todo, al modo de elaborados ritos de cultos esotéricos, gira en derredor de las formas... lo ciertos que la “gran literatura” concursal se ha detenido más en cuestiones procesales, incluso: procedimentales, que en el análisis sustantivo de dispositivos transcendentales para el tratamiento del tópico concursal... La cómoda solución de hacer tabla rasa con principios de derecho civil o mercantil invocando “el espíritu” de la normativa falencial, o sus “principios” o escudándose en el orden público concursal, no puede tolerarse sin un severo análisis de cuando y cómo, en verdad, se produce una tensión entre las soluciones habituales y la normativa específica para un cesante. **En el plano de la formulación de una propuesta de acuerdo y en la recolección de conformidades, tales temas son habitualmente solventados “de un plumazo”, muchas veces pretendiéndose un alcance de la normativa concursal que esta no tiene, ni puede llegar a tener”**

En el derecho comercial hay que conocer la realidad, ello es fundamental. Esa realidad muestra la práctica que en todos los concursos donde hay quitas y esperas confiscatorias, hay terceros no convocados aceptando la propuesta, pues sería buena inversión desviar fondos para generar créditos quirografarios que puedan adherir a la propuesta e imponerla por mayoría. La práctica comienza con un “tercero” que se constituye en cesionario de todos los créditos con garantías reales –total hay que pagarlas en el concurso preventivo si se aprueba el acuerdo-, y dadivosamente no sólo renuncia a las garantías reales sino que acepta cobrar con quitas y esperas ajenas al mercado –obviamente sin intereses-. Si ello no alcanza se sigue con los laborales y con algún quirografario hasta alcanzar el límite legal<sup>5</sup>. No existe un mercado de créditos de insolventes para pagar más de lo que pudiera obtenerse en la liquidación. Y menos puede pensarse en un mercado de créditos con derecho real de garantía hipotecaria para pagar su valor real e inmediatamente renunciar al derecho real o privilegio y aceptar quitas y esperas predatorias.

Granados<sup>6</sup> nos impuso la duda “*Tampoco veo la mejoría del pequeño o mediado proveedor que ayudó a mantener la empresa y hoy es un quirografario que, o acepta la propuesta para seguir vendiendo o tiene que sufrir las mayorías obtenidas, vaya uno a saber como*”. Todos lo saben, es público y notorio. Tuvimos acceso a un expediente de cobro de honorarios del Estudio del comprador del paquete accionario de una sociedad en concurso, que manejó el mismo desde la presentación, con las tratativas de compra, cesión y subrogación de créditos, adquiridos por “terceros” con fondos de la concursada o de los compradores de las participaciones societarias, para obtener la mayoría. Ello aparece como el obrar de un tercero, al que no se le pedirá que cumpla con las leyes argentinas en cuanto a pagos mayores de \$ 1.000, o justificar el origen de los fondos. Este pensamiento se integra con la referencia del pensamiento de Truffat que hemos hecho con anterioridad.

Vaiser expresa<sup>7</sup> “*Entiendo asimismo que la búsqueda efectuada por el juzgador surge explícita del decisorio y destaca para terminar, que no sólo se reivindica la facultad del juez para indagar y merituar sobre la existencia de abuso en el ejercicio de los derechos, sino también en la existencia de fraude, en cuanto a la transparencia y verosimilitud de las mayorías obtenidas*”.

Rara vez se ingresa<sup>8</sup> en el análisis sobre la legitimación de los terceros no convocados que construyen la mayoría estricta de capital para imponer la propuesta írrita<sup>9</sup>, y en eso estamos.

<sup>5</sup> Extraemos de la aplicación ametódica del Código Civil un caso paradigmático resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, el 23 de agosto de 2001 en los autos “Kossevich, Julio”, revocando el fallo de primera instancia que no hizo lugar a la subrogación parcial respecto a un crédito de la Banca Nazionale del Lavoro. La Cámara siguió el criterio del entonces fiscal de Cámara Raúl A. Calle Guevara. En el caso un tercero depositó una cifra ínfima del crédito del Banco con la que se alcanzó, al votar favorablemente, las mayorías necesarias para aprobar un acuerdo predatorio.

<sup>6</sup> GRANADOS, ERNESTO “Apuntes para reflexionar sobre el Derecho Concursal” en libro colectivo *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización – Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, directores Atilio A. Alterini y Noemí L. Nicolau, Editorial La Ley, Buenos Aires 2005, pág. 355, específicamente pág. 366.

<sup>7</sup> En “Un juez en pugna” en *El Derecho*: 13.12.2005..

<sup>8</sup> En esa dirección se había expedido la CNCom. Sala A, por mayoría, en el caso “Arcángel Maggio” del 30.4.2004, referido, donde el Tribunal halló el acuerdo incongruente con los principios del orden público que comentaremos más adelante.

<sup>9</sup> Sobre ello entresacamos del relato contenido en el fallo de la CSJN del 15 de marzo de 2007 rechazando el recurso interpuesto por la concursada en Arcángel Maggio S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo: “3) extemporaneidad por parte de cesionarios de créditos privilegiados a la preferencia de los créditos cedidos con el objeto de formar la mayoría necesaria

Impulsó nuestra curiosidad –como anticipamos- los acuerdos írritos que se homologan, confiscatorios para los acreedores que no podían votar, y al revisar las causas advertir las extrañas costumbres de ciertos terceros que “perdían plata” y nos preguntamos: ¿pueden votar los cesionarios de créditos, conforme a negocios producidos con posterioridad a la verificación?

Para ello no hay ni que presumir dolo, ni ampliar restricciones, sino en mirar el sistema jurídico. Nuestra respuesta es: no se los excluye por presunción de dolo sino por falta de legitimación, o si se quiere por inoponibilidad a terceros de los efectos de los contratos para perjudicarlos. Nunca se nos ha ocurrido pensar en el dolo o en el fraude en torno al tema, sólo la estructuración del sistema. Por eso no ingresamos en el tema penal, que desde el año 2006 ha sido profusamente debatido.

Se ha sostenido que el accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores<sup>10</sup>. Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

Se plantea como un objetivo de una legislación concursal, la transferencia de control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido su capital de riesgo<sup>11</sup>. Para ello deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad.

La realidad es bien distinta en nuestro país, los accionistas desinteresados de invertir, apoyados por los administradores por ellos designados, actúan de otra manera: imponer a los acreedores quirografarios asumir la pérdida, enriqueciéndolos.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente. Pero los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho<sup>12</sup>, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

## II – CONTRATO Y ACUERDO.

Caracteriza el contrato el principio consensualista del cual se generó un concepto general que se asienta sobre la existencia del acuerdo o consentimiento<sup>13</sup>. La autonomía de la voluntad es la regla y la coincidencia de las voluntades para dar exigibilidad al contrato, y es su base.

Por eso una primera clasificación entre los negocios jurídicos lleva a distinguir de los contratos al acuerdo que conceptualmente, como categoría de negocio jurídico, se aparta de su concepción lingüística de coincidencia en la declaración de voluntades. En principio cabe apuntar que la terminología “acuerdo” es sinónima de consentimiento en el Derecho Argentino (art. 1137 C.C.), pero

---

para aprobar el acuerdo dirigido a los acreedores quirografarios, 4) existencia de acuerdos paralelos negociados por afuera del expediente a través de testaferros, que respondían a los intereses de la concursada, violatorios de la *pars conditio creditorum*” (sin duda falta en el punto 3 la referencia a la “renuncia” a la preferencia, subrayando que “... En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley...” (art. 52 inc. 4º de la ley concursal)... “remitió el tribunal a quo a las conclusiones brindadas por la fiscal ante la cámara con relación a la cesión de diversos créditos privilegiados y a la inmediata conducta de los cesionarios en cuanto a la renuncia de las preferencias respectivas para poder votar la propuesta dirigida a los quirografarios, actos que estimó demostrativo de la existencia de liberalidades que sólo tuvieron por objeto afectar los derechos de los acreedores comunes a fin de que quedaran sometidos a una propuesta irrisoria” (ajena al mercado agregamos)... la propuesta “se mostraba como abusiva y contraria a la moral y las buenas costumbres a la luz de lo establecido por los arts. 21, 502, 1071, 953 y 1198 del Código Civil...”. Afirma la Corte que “El reproche del a quo a la propuesta de acuerdo se asienta, pues, en la exigencia –que hace a la transparencia del proceso concursal y a la captación de buena fe del voto de los acreedores-...” ...”definir la medida del sacrificio de los acreedores... relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactoria del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva...”.

<sup>10</sup> STANGHELLINI, LORENZO *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* en “Rivista delle Società” settembre-ottobre 2004 pág.1041, específicamente pág. 1072.

<sup>11</sup> Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* citado pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que venimos desarrollando en torno a un derecho concursal societario, pero aplicando la legislación argentina vigente como veremos.

<sup>12</sup> STANGHELLINI ob. cit. pág. 1079

<sup>13</sup> LORENZETTI, RICARDO LUIS *Tratado de los Contratos. Parte General*. Editorial Rubizal Culzoni, Santa Fe 2004, págs. 41/42; RICHARD, EFRAÍN HUGO “Ensayo en torno a CONTRATO Y ACUERDO (aspectos societarios y concursales)” en libro colectivo *Derecho de los contratos (Técnica de la contratación actual. Libro en homenaje a la escritora Beatriz A. Maury*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2008, Coordinador Fernando Pérez Hualde, págs. 31 a 74 (concebido a mediados de 2006).

doctrinariamente puede distinguirse que: **a)** el acuerdo designa el encuentro de voluntades, sin referirse al modo en que éste se produce: acto colectivo, complejo, colegial o contractual, **b)** el acuerdo es creador de normas jurídicas generales, que **obligan a todos los que en el futuro estén encuadrados en sus previsiones**, y **c)** distingue del contrato que crea una norma jurídica individual<sup>14</sup>.

Cuando apuntamos a “relaciones de organización” lo hacemos en forma más amplia a “contrato de organización” o a un contrato constitutivo de sociedad, contrato plurilateral de organización asociativa, pues ello incluye no sólo la constitución, sino también la organización y funcionalidad de diversas figuras legales no necesariamente personificadas, y aquel concepto no excluye al “acuerdo colegial”, dentro del que incluimos al “acuerdo concursal” –con las modalidades absolutamente diferentes de una asamblea\*–que, obviamente, no es un “contrato biplurilateral”.

### III - DECISIÓN ADOPTABLE POR MAYORÍA.

Al reflexionar en torno a una sistematización de las relaciones de organización<sup>15</sup> no pudimos soslayar una visión liminar del acto colegial colectivo, como forma de expresarse los vinculados a una decisión adoptable por mayoría y que fuera imputable no ya a uno de los manifestantes de su voluntad, sino al grupo, y donde las manifestaciones quedan individualizadas.

Lo abordamos al referirnos a la asamblea de las sociedades anónimas<sup>16</sup>, que es donde mejor aparecía normado ese acto o acuerdo colegial colectivo. Pensamos también que la cuestión debía ser normada en la unificación de la legislación civil y comercial, pero al ser bien difícil algún acuerdo en torno a la personalidad y a la regulación de los contratos asociativos, más lo era intentar pensar grupalmente en torno al acto o negocio colegial colectivo, pero ya alejándolo de cualquier vinculación a una asamblea e incluso a una persona jurídica o sociedad...

Nos volvimos a interesar primero en la naturaleza de la asamblea unánime<sup>17</sup> y luego en la cuestión al referirnos a la mayoría necesaria para otorgar el asentimiento para la promoción de acciones de recomposición patrimonial o de responsabilidad en la quiebra<sup>18</sup>. Y, últimamente, ante la espuria realidad de la votación de acuerdos predatorios<sup>19</sup>.

Con este último objetivo intentamos una teorización sobre la cuestión, afrontándolo desde los principios, pues si bien no hay duda que se trata la aceptación de la propuesta de un “negocio de mayorías” cabe inmediatamente determinar a que “mayorías” nos estamos refiriendo..

### IV - ACUERDO. NEGOCIO COLEGIAL COLECTIVO.

El negocio plurilateral debe distinguirse de las formas afines de negocios jurídicos comúnmente denominados “actos”, y se caracterizan por el modo en que están dispuestas las declaraciones de voluntad. El negocio colectivo se evidencia en la declaración de voluntad de dos o más sujetos del mismo contenido dispuestas paralelamente que se unen entre sí permaneciendo distintas, y “tienden a un fin común y a un común efecto jurídico”<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> LORENZETTI ob. cit. pág. 177 a 178 a quién hemos casi transcripto.

<sup>15</sup> En *Sociedades y contratos asociativos*, Zavallia Editori, Buenos Aires 1987.

<sup>16</sup> RICHARD, EFRÁIN HUGO Y MUIÑO, ORLANDO MANUEL *Derecho Societario*, Editorial Astrea 2ª reimpresión Buenos Aires 1999, pág. 26 y ss..

<sup>17</sup> “En torno a la asamblea unánime comunicación” al *VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, publicación dirigida por Eduardo M. Favier Dubois h. y Ricardo A. Nissen, editorial Ad Hoc Buenos Aires octubre 1995, tomo I pág. 143

<sup>18</sup> En *DE LA INSOLVENCIA*, 3 tomos, libros In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, “La autorización de los acreedores para promover acciones revocatorias o de responsabilidad” con VÉLEZ, HÉCTOR GUILLERMO. Tomo II pág. 415.

<sup>19</sup> En el libro donde se genera un *Documento para consulta pública: la flexibilización del Derecho de Sociedades para el fomento de pequeñas y medianas iniciativas empresariales* generado por los equipos de trabajo de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino de Tucumán, y la Universidad Carlos III de Madrid, Editorial UNSTA septiembre 2008 se señala en el capítulo III.B. i) “Métodos para la prevención de crisis económico-financieras”, refiriéndose a acuerdos homologados se expresa “prevé el pago de las deudas a quince años (por tanto, con un aplazamiento excesivo y claramente incompatible con las posibilidades de recuperación y restablecimiento de la situación de crisis en un período razonable” –pág. 109–, sin referirse a las quitas que constituyen un factor predatorio aún más grave.

<sup>20</sup> MESSINEO, FRANCESCO *Manual de Derecho Civil y Comercial*, EJEA Buenos Aires 1971, traducción de Santiago Sentis Melendo, tomo II pág. 346/7.

El acuerdo doctrinariamente se aparta del contrato al legitimar las decisiones de mayoría por imperio de norma jurídica o contractual, siendo susceptible de formación sucesiva y progresiva, expresándose como acto unilateral. Claro que allí el acuerdo colectivo alcanza su reconocimiento por ciertas formalidades que se cumplen (colegialidad). - El colegio es un término de raíces históricas, que acarrea una cierta confusión... la generalización permite aplicarla a otros supuestos como el consorcio de propietarios, los contratos de colaboración, sean o no persona jurídica, y a los acuerdos concursales.

En el punto lo que es fundamental es la aplicación del “principio mayoritario”. Acuerdo colegial se confunde con una decisión mayoritaria. Generalizando la cuestión seguimos a Galgano<sup>21</sup> cuando apunta que se “*habla de acuerdos en materia de ... también la Ley de quiebras habla de voto y de acuerdo en tema de convenios... de convenio preventivo...*”. Finalmente refiere que “*Otras variedades del método rigen para los acuerdos de los acreedores concursales acerca de las propuestas de convenio de quiebra, de convenio preventivo*”, en alguno de los cuales “*está ausente cualquier resquicio del método colegial*”...Queda así como resumen –y al margen de la “colegialidad” o no del marco- que la voluntad mayoritaria sólo puede ser impuesta a los disidentes y ausentes cuando la ley ... determinando algunos requisitos básicos en cuanto a legitimación para ejercer el derecho de mayoría y los límites de temporalidad o localización para ejercer ese derecho, sin perjuicio de aplicar otros principios como el de interés contrario para excluir el voto de la formación del acuerdo, el ejercicio abusivo del derecho, el fraude a la ley, etc.. - “El marco normativo, la temporalidad para las declaraciones de voluntad, la legitimación exclusiva y excluyente, la identidad del acuerdo, el interés común, son lo que caracteriza la existencia del acuerdo por mayoría, y le otorga la calidad de “colegial” aunque se encuentre esfumada la noción física de “colegio” como reunión.”<sup>22</sup>. Si bien en la gestación del acuerdo concursal, en la ley argentina actual se genera un debilitamiento del acto colegial al haberse eliminado la Junta, no quita a ello la constatación de un acuerdo de tipo colegial, por el vínculo que genera, y de carácter colectivo al mantenerse individualizado cada voto<sup>23</sup>. La colegialidad esta vinculada a la concursabilidad, a ciertas personas que se vinculan al patrimonio del deudor común, y que deben hacer un trámite para legitimarse.

Y en el concurso el art. 1195 C.C. es parte del sistema.

La idea sobre que se trata de un contrato no nos entusiasma, particularmente si se refiere a cada opción (voto) afirmativo que se suma a las adhesiones. Ello porque cada adhesión (si es contractual) implicaría una deliberación y convenciones que afectarían la igualdad. Igualdad que, en el concurso, se manifiesta a través de la propuesta (aunque tenga alternativas a las que pueden adherir, sin perjuicio de la residual para todos los que son arrastrados por la supuesta libre mayoría). Y la deliberación esta prevista para la formulación de la propuesta<sup>24</sup>.

Esa limitación de lo colegial a aspectos formales genera la disidencia, que aparece así más que nada terminológica. Lo que no hay duda es que estamos hablando de acuerdos logrados por mayorías predeterminadas de personas legitimadas a expresar su opción por la conformidad o disconformidad con la propuesta. La expresión voto la mantiene Colombia en su reciente ley<sup>25</sup>, pese a que se trata de aceptación de la propuesta al igual que la ley argentina, que también la usa en el art. 45 bis LCQ.

<sup>21</sup> GALGANO, FRANCESCO *El negocio jurídico*, edición Tirant lo Blanch, Valencia 1992, traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa, pág. 237 y ss.: “El voto y el acuerdo”.

<sup>22</sup> La existencia de categorías de acreedores no excluye la idea de “colegio” con la amplitud que la hemos presentado, al igual que las “asambleas societarias de clases de acciones”, que imponen que la mayoría se obtenga dentro de un plazo determinado y emanando la declaración de voluntad de ciertos y limitados acreedores, separados en diversas categorías –o colegios- para determinar la existencia de la aceptación vinculante.

<sup>23</sup> JUNYENT BAS, FRANCISCO “La figura del concordato. Caracteriología del acuerdo entre el deudor y los acreedores en el proceso concursal preventivo” en *El voto en las sociedades y los concursos* AA. Edición Legis del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires 2007, en pág. 166 señala a la conformidad de los acreedores como “un régimen de mayoría, aspecto que no puede confundirse con una decisión asamblearia de carácter colegial, como la del órgano de gobierno de la sociedad comercial”, advirtiéndose que ya nos hemos alejando de ello y hemos remarcado que el carácter colegial no esta vinculado a la asamblea ni a una persona jurídica, sino a la referencia a los legitimados para tomar una decisión por mayoría.

<sup>24</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO “Integración de propuesta en concurso societario (sobre la empresa, lo concursal y lo societario)” en [www.acader.unc.edu](http://www.acader.unc.edu)

<sup>25</sup> Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006 que regirá desde mediados del 2007 en sus arts. 24 y ss. “derechos de voto”, pese a que no existe colegio en sentido estricto.

Conforme la Real Academia es "expresión pública de una preferencia ante una opción". O sea que voto y manifestación de aceptación de la propuesta son expresiones correctas que expresan la misma idea.

Junyent refiriéndose a la "sustitución subjetiva" de acreedores a través de cesiones de créditos o pagos, parece inclinarse por limitar la transferibilidad del voto, con cita doctrinaria y jurisprudencial<sup>26</sup>, y al referir a la tesis que acerca a la existencia de una relación colegial apunta en orden a la misma a un "interés concursal" y también a un "interés contrario al concursal". La verdad que en el artículo con el que iniciamos la polémica<sup>27</sup> no usamos ni adherimos al "interés concursal", pero si bien el de "interés contrario" pero con referencia totalmente diferente, pues lo señalábamos para individualizar a los acreedores cuyo voto se quería excluir por interés contrario a la concursada, lo que considerábamos absurdo. Siempre hemos cuestionado las referencias a "interés" por su vinculación subjetiva a la volición de una persona. Creemos que es mejor hablar de objetivos concursales<sup>28</sup>.

Aclarado esto pasa ser un punto de menor importancia el uso de expresiones como "colegio" o "voto". El nudo es que el contrato tiene como base no afectar a terceros. El acuerdo, en cambio, se obtiene por mayorías dentro de las que están legitimadas a expresar su opción y donde se afectan derechos de los que no adhieren o de los que no pueden adherir por el estadio de su causa. Es Junyent –en el mismo sentido que lo habíamos hecho nosotros- que apunta que al margen de esa naturaleza jurídica, "la verdadera cuestión a resolver y que subyace en esta temática es la relativa a la "sustitución subjetiva de los acreedores", es decir, dicho derechamente, quiénes son los que están legitimados para otorgar las respectivas conformidades a la propuesta del deudor"<sup>29</sup>.

## V – EL ACUERDO CONCURSAL.

La cuestión es: ¿mayoría de que acreedores para aprobar una propuesta?

Queda como resumen –y al margen de la "colegialidad" o no del marco- que la voluntad mayoritaria sólo puede ser impuesta a los disidentes y ausentes cuando la ley –o el contrato- lo autoriza, determinando algunos requisitos básicos en cuanto a legitimación para ejercer el derecho de mayoría y los límites de temporalidad o localización para ejercer ese derecho, sin perjuicio de aplicar otros principios como el de interés contrario para excluir el voto de la formación del acuerdo, el ejercicio abusivo del derecho, el fraude a la ley, etc.. Sobre el punto expresa Otaegui "la ley LCQ art. 36 faculta al juez para descartar el *jus cedendi* de un acreedor que a la postre puede resultar legítimo (LCQ 37 párr. 2do.) pero que no puede ejercer su *jus votandi*... Así entendida la opción por el LCQ art. 36 presenta la ventaja de impedir la promoción de incidentes (LCQ art. 280) sobre exclusión de voto, cesión de créditos y pago por subrogación que alteran el colegio creditorio y con las consiguientes apelaciones (LCQ art. 285) concedidas en ambos efectos demoran la formación de dicho colegio... La demora en la formación del colegio creditorio conlleva la consiguiente prolongación del trámite concursal... Sin crédito no hay comercio ni empresa comercial. **Ni hablar de las malas intenciones que so pretexto de conservar la empresa** apuntan a burlar a los acreedores"<sup>30</sup>.

Después de nuestro artículo<sup>31</sup> la doctrina se ha pronunciado. Truffat invito a polemizar<sup>32</sup>. La discrepancia respetuosa –como las que mantenemos- es siempre constructiva. Así instalo la polémica

<sup>26</sup> JUNYENT BAS "La figura del concordato. Caracteriología del acuerdo entre el deudor y los acreedores en el proceso concursal preventivo" cit. pág. 131 y ss., especialmente pág. 161, y a pág. 165 "Así se advierte, la trascendencia que el proceso de verificación tempestivo tiene en orden a la legitimación de los acreedores concurrentes integrando la base de cómputo de las mayorías legales". "Talenta, Horacio s/ quiebra – inc. de impugnación STJ de Entre Rios, 28.03.1998 citado en el trabajo conjunto Richard – Moro citado en RDCO, "Abran, José F. s/ Concurso Preventivo Cam. C.y C. de Azul, Sala 1, 7.07.2005.

<sup>27</sup> RICHARD, "Legitimación para votar el acuerdo concursal" citado.

<sup>28</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO "Axiología del Derecho Concursal" (Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008).

<sup>29</sup> JUNYENT "En torno al concordato..." citado pág. 15.

<sup>30</sup> OTAEGUI, JULIO "Voto concordatario desplazamiento, vía y oportunidad procesal" en *El voto en las sociedades y los concursos AA*. Edición Lexis Nexis del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires 2007, pág. 187 y ss., especialmente págs. 203/4, con una más amplia explicitación a pág. 193 sobre la cesión de créditos y a pág. 195 sobre el pago con subrogación legal.

<sup>31</sup> RICHARD, "Legitimación para votar el acuerdo concursal ¿Negocio colegial colectivo?" citado.

<sup>32</sup> TRUFFAT, E. DANIEL "La cesión de créditos en los concursos preventivos" en *JURISCONCURSAL*, año II, n.5 p. 85, San Miguel de Tucumán. Donde se entretiene en descartar la existencia de colegio, de voto, particularmente porque vincula a aquél al acuerdo concursal y a la imputación a un ente. O en que no existe restricción para usar de la cesión del crédito y del derecho a adherir a la propuesta de acuerdo. Otaegui rescata la existencia del colegio concursal en el artículo que ya hemos citado.

sobre la cesión de créditos (efectivizada al sólo efecto de votar –adherir- favorablemente a una propuesta de acuerdo irrita en concurso, sosteniendo el derecho irrestricto de cesión y subrogación en el concurso, frente a las posiciones expuestas a partir de nuestro dicho artículo. Otros lo han hecho con respuestas restrictivas similares a la nuestra. Algunos compartiendo nuestra tesis, otros –más moderados como Daniel Vitolo<sup>33</sup>, Walter Rubén Ton<sup>34</sup>, Marisol Martínez y Francisco Junyent Bas<sup>35</sup> sosteniendo que sólo los verificados y declarados admisibles pueden “votar”. En todos los supuestos se trata de un análisis de los legitimados a intervenir en la formación del acuerdo. Con otros argumentos, pero en línea con nuestra tesis Julio César Otaegui<sup>36</sup>, Carlos Moro y Eduardo Favier Dubois (h)<sup>37</sup>.

Fundamental es que Truffat reconoce que el límite es el perjuicio a terceros, propio de las relaciones de cambio. Tenemos para nosotros que se acentúa el criterio contractualista de su pensamiento, ley de los intervinientes, cuando los concursos tienen otras reglas –de organización- y afectan a terceros claramente. Y a ello le da respuesta el art. 1195 C.C.

La cesión o subrogación implican actos jurídicos que no pueden afectar a terceros. Cuando se practican en un concurso y luego votan sin duda lesionan intereses de terceros.

Pero justamente el perjuicio a terceros es lo que destierra el sistema del Código Civil, aún dentro de las relaciones de cambio. Así los arts. 1195 in fine “Los contratos no pueden perjudicar a terceros”, reforzado por el art. 1199 CC. “Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los arts. 1161 y 1162”, particularmente con la previsión impuesta por el art. 1198 C.C.<sup>38</sup>. No es tercero el deudor en el caso de la cesión o subrogación, por el anoticiamiento que se le da, pero si son terceros los acreedores convocados a un concurso.

En los concursos no puede aceptarse que la convocada, especialmente cuando se trata de una sociedad, enriquezca a sus socios a través de la transferencia de la propiedad de los acreedores por medio de quitas y esperas ilegales, además obtenidas por un sistema ajeno al de la concursalidad, a través de cesión o subrogación de créditos y el consiguiente uso del mismo por un tercero sin interés ni causa similar al de los demás convocados (concurrentes y admitidos), en perjuicio de los acreedores que no pueden votar o los que votaron en contra.

Así si se escapa de nuestra visión sobre la legitimación, esas propuestas y procedimientos llevarán a calificarlos de abusivos para obtener la mayoría y el acuerdo mismo.

Otaegui discrepa con Vitolo que con criterio más amplio expresa “cuando el acreedor originario ya ha sido declarado verificado o admisible, su cesionario podrá ejercer el derecho de voto si el juez resuelve tal sustitución”. Otaegui así mantiene un criterio restrictivo y afirma la existencia del “colegio”, entendiendo que la aprobación de la propuesta lo debe ser por la colectividad de acreedores organizados para ello en un colegio creditorio que decide según el principio mayoritario sobre la base de la conformidad o voto de cada acreedor integrado a dicho colegio<sup>39</sup>. En igual sentido Favier Dubois h.<sup>40</sup>.

Refiriéndose al acuerdo concursal, pero dentro de la concepción genérica que ensayamos, Gils Carbó<sup>41</sup> diferencia la disciplina contractual, donde “hay una exigencia de libertad e igualdad, de autodeterminación”, del sistema concursal para aprobar un acuerdo propuesto por la concursada. “La adopción de un sistema de mayorías para la toma de decisiones, importa el sometimiento de la minoría disidente o ausente a la voluntad de otros sujetos”, agregamos no sólo ausentes –y disidentes- sino de todos los otros acreedores aún no verificados o declarados admisibles. El pasivo real no se tiene en cuenta sino el verificado, plasmándose así una ventaja en beneficio de la concursada.

<sup>33</sup> VITOLO, DANIEL R. “Transferencia de créditos en el concurso y sustitución concursal” La Ley diario del 27.11.2006, pág. 1 y ss..

<sup>34</sup> “Cesión para votar en concurso futuro”, en boletín del Estudio Jurídico Ton & Asoc. de Walter Rubén Jesús Ton.

<sup>35</sup> JUNYENT BAS, FRANCISCO A. “En torno al concordato (a propósito de la sustitución subjetiva de los acreedores y la eventual validez de las cesiones de créditos y/o pagos por subrogación)” en *SEMANARIO JURÍDICO*, Córdoba 3 de enero de 2008, año XXX n° 1641 pág. 8 y ss., específicamente p. 14.

<sup>36</sup> OTAEGUI “Voto concordatario...” cit. p. 189 y ss..

<sup>37</sup> FAVIER DUBOIS H., EDUARDO “Exclusión de voto en los concursos: un camino en permanente construcción” en *La tutela de los acreedores en los procesos concursales* pág. 157 y ss..

<sup>38</sup> Como refiere la Corte en el caso Arcángel Maggio S.A. en la resolución comentada.

<sup>39</sup> OTAEGUI “Voto concordatario...” cit. p. 189 y ss..

<sup>40</sup> FAVIER DUBOIS H. “Exclusión de voto...” ob. y pág. citadas.

<sup>41</sup> GILS CARBÓ, ALEJANDRA *La exclusión del voto en el concurso preventivo* en libro colectivo “Conflictos en la Insolvencia”, dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2005, pág. 343 y ss..

Ingresando en lo colegial sostiene dicha autora “la legitimidad de un sistema de mayorías para la toma de decisiones está condicionada a que aquellas se adopten de acuerdo a un procedimiento, regulado por la ley.... Éste debe proveer una estructura formal que garantice en alguna medida el ejercicio de los derechos de las minorías y la homogeneidad o comunidad de intereses de los votantes<sup>42</sup>. La sujeción de la minoría a la decisión de la mayoría se justifica por la posibilidad que se confiere a aquélla de participar en un procedimiento predeterminado, que -aunque difuso- es con lo que cuenta el acreedor minoritario disidente con la propuesta para ser oído<sup>43</sup>. Así se garantiza el respeto a sus derechos y se compensa el sacrificio de la autonomía de la voluntad que está insito en la adopción del principio mayoritario”<sup>44</sup>. Describe así Gils Carbó el acuerdo o negocio colegial colectivo.

Por la tesis permisiva, se señalará que la cesión esta prevista en relación a los créditos que no pueden votar –art. 45 3ª párrafo LCQ-, pero ello debe tener una doble interpretación: en primer lugar se reitera la prohibición causal. El crédito esta contaminado en su origen. En segundo lugar debemos pensar que ello es aún cuando hayan sido verificados. La cesión y subrogación de créditos sería posible antes de la presentación en concurso. Después es inadmisibles: como pueden pensarse que un tercero pueda ser cesionario o subrogatario de un crédito que sabe que esta degradado por la falta de capacidad de pago del deudor? Pero si la cesión o subrogación se hubiera producido, ella deberá estar sometida a la verificación de créditos, determinando el origen causal del crédito –para poder votar originariamente- y también la corrección del negocio de transmisión. Después de la verificación podrá realizarse como un negocio que no afecta el acto negocial colectivo: no puede votar, aunque pueda adquirir el crédito para regalárselo a la sociedad deudora, por “agradecimiento”. En el caso de los expresamente excluidos acaece que se amplía el plazo donde se excluye la cesión y la posibilidad de verificación si acaeció dentro de ese período de “sospecha”.

En una jurisprudencia que Truffat señala como *obiter dictum* favorable a su posición<sup>45</sup> en la polémica que mantenemos al citarnos, pero en realidad lo es en orden a la no taxatividad de la exclusión de voto prevista en el art. 45 LCQ. En orden a la polémica encontramos algún análisis de la doctrina y ninguna conclusión, pues no abre juicio sobre la transferencia con la cesión patrimonial del derecho de voto, aunque a nuestro entender la respuesta en el caso concreto será obviamente restrictiva. Así la C. Civ. y Com. Córdoba, 2ª, 22/11/2007- Banco Suquía S.A. s/gran concurso preventivo, al revocar el fallo de primera instancia y aceptando el efecto patrimonial de la cesión para adoptar una resolución que excede el marco de este comentario sobre la cesión del derecho de voto , la vocal de primer voto Prof. Silvana Chiapero de Bas dice en la parte pertinente referida a un ““hecho nuevo” consistente en un acuerdo de pago con subrogación instrumentado entre Crédit Agricole S.A. y el Fondo Fiduciario de Asistencia a Entidades Financieras y Seguros (Banco Nación), mediante escritura n. 272, del 17/8/2006”:...comparto la calificación de tema espinoso que -parafraseando a un concursalista nacional- efectúa el fiscal de Cámara respecto de la eficacia concursal de este tipo de negocio jurídico que sustituye al acreedor concursal originario por un tercero que desinteresa al primero (arts. 726 , 728 y 729 , CCiv.) (conf. Vítolo, Daniel R., "Transferencia de créditos en el concurso y sustitución procesal", LL 2006-F-1375, p. 1 y ss., citado por el fiscal de Cámara a fs. 10276 vta.). - Ello así, pues si bien constituye un negocio perfectamente lícito en el ámbito civil, en la perspectiva concursal puede erigirse en herramienta de abuso, apta para alterar las bases de cálculo y el sistema de cómputo para la formación de las mayorías, tanto cuando se utiliza para "ayudar" al deudor a obtener su salida concursal, como cuando se lo hace para "obstruir" esa salida por interés hostil. - Tal realidad ha orientado a una parte de la doctrina y la jurisprudencia -con el objetivo de excluir prácticas defraudatorias- derechamente a prohibir la cesión de créditos concurrentes, o no atribuirles derecho a voto, o bien a validar esas transferencias sólo si hubieran tenido lugar antes de la verificación o en caso de contar con la conformidad del deudor, síndico y demás acreedores (conf. Vítolo, Daniel R., "Transferencia de créditos en el concurso y sustitución concursal" cit., p. 1 y ss.; ponencias presentadas al VI Congreso de Derecho Concursal: Moro, Carlos E., "El pago por subrogación no genera ope legis

<sup>42</sup> GILS CARBÓ cita aquí a SACCHI, R.: *Il principio di maggioranza nel concordato*, Ed. Giuffrè, Milán, 1984, pág. 41 y FARGOSI, HORACIO “Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales” en LL 2002-D-1074.

<sup>43</sup> IGLESIAS, JOSÉ ANTONIO *Concursos y quiebras. Ley 24522* Editorial Depalma, Buenos Aires 1995, pág. 96.

<sup>44</sup> GILS CARBÓ continúa con la cita a Sacchi, ob. cit. pág. 43.

<sup>45</sup> TRUFFAT, E. DANIEL *Un apabullante obiter dictum* en “Lexis Nexis Córdoba n° 6 2008 junio pág. 652 y ss..

el derecho a voto en quien lo efectúa"; Rosolén, Juan Pedro, "La exclusión del cómputo del voto del cesionario. El modelo español. La necesidad de una reforma a la ley 24522 "; Lorenzo, Iván, "Pago por subrogación en el concurso preventivo. Apunte sobre una valoración axiológica"; Richard, Efraín H., "Propuesta írrita aprobada con voto connivente"; Sup. Trib. Just. Entre Ríos, 28/3/1998, "Telenta Horacio s/quiebra inc. de impugnación"; Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 27/7/2005, "Torres, Luis O. y otros en `Abdala, Miguel E. s/concurso preventivo"; C. Civ. y Com Azul, "Abran, José F. s/concurso preventivo", 7/7/2005). - En la vereda opuesta se propugna la viabilidad sin cortapisas de la sustitución de créditos. Así se sostiene que "...no existe impedimento alguno para que un acreedor ceda su crédito declarado verificado o admisible durante el trámite del proceso concursal de su deudor, y como contrapartida, no existe impedimento alguno para que cualquier tercero, incluso otro acreedor, adquiera dicho crédito. Y ciertamente que como accesorio necesario a la adquisición del crédito concursal cedido, el accipiens pasa a estar indubitadamente dotado con el derecho de voto que tal crédito tenía por su calidad de verificado y/o declarado admisible", agregando: "Aunque no se nos escapa que el mecanismo de la cesión de créditos concursales es campo propicio para el abuso, tanto por parte del deudor, que por esta vía espuria podría comprar voluntades a favor de su propuesta de acuerdo, o bien por parte de un acreedor, que por este medio alcanza posición de bloqueo de la propuesta del deudor y con ello obtiene una posición de privilegio que le permite imponer condiciones al deudor en su exclusivo beneficio y en perjuicio no sólo del deudor sino, especialmente, del resto de los acreedores concursales, aun así, no existen fundamentos que permitan vedar de antemano las cesiones de créditos concursales, máxime cuando reafirmamos, como lo adelantamos supra, que todo obrar debe presumirse de buena fe hasta que se demuestre lo contrario". - La carta de ciudadanía de estas cesiones en el proceso concursal se refuerza señalando que, a tal punto es lícito negociar la cesión de créditos reconocidos en un proceso concursal, que la materia ha sido objeto de regulación específica, cual es la contemplada en la Regla Federal de Procedimiento Concursal 3001 del Bankruptcy Code, cuyo propósito es, esencialmente, asegurar que cedente y cesionario acuerden que se ha transferido el crédito y que el deudor concursal sepa a quién deberá pagar a partir de entonces. - Se destaca, asimismo, que, a diferencia de lo que ocurre en nuestra experiencia local, donde todos los reproches contra el mecanismo están centrados en el potencial abuso que puede hacer el deudor utilizando el tráfico de créditos o votos en su beneficio exclusivo y en perjuicio de la masa de acreedores que se verá alcanzada por el acuerdo preventivo homologado, en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas difícilmente es campo del abuso del deudor (conf. Lorente, Javier A., "Fundamentos para la exclusión de votos en el sistema concursal", RDC 2006-A, año 39, p. 641 y ss.). - De lo hasta aquí expuesto se sigue que, aun cuando nos enroláramos en la postura restrictiva que propicia como regla no validar la transferencia de créditos concretadas con posterioridad al pedido verificadorio, la validez del pago por subrogación acreditado en el caso concreto como hecho nuevo en esta causa estaría justificada por concurrir la circunstancia de excepción, cual es que la transferencia cuente con la conformidad del deudor, síndico y demás acreedores. Tal consentimiento -aun en opinión de los autores más restrictivos- autoriza a validar la sustitución subjetiva de créditos (conf. Vítolo, Daniel R., "Transferencia de créditos..." cit., p. 1 y ss.). - Desde otro ángulo, aun si analizáramos la cuestión siguiendo los lineamientos de la doctrina italiana que prohíbe admitir a estos acreedores que se convirtieron en tales durante el proceso concursal por considerar que alteran las mayorías mediante transferencias sospechosas, también deberíamos admitir este pago por subrogación, pues el efecto propiciado por dicha doctrina extranjera es privar de derecho a "votar" el concordato al acreedor que hubiera adquirido su crédito por acto entre vivos después de abierto el concurso, prohibición que en el caso bajo análisis ya pesa sobre el nuevo acreedor (CASA) por haber sido excluido en función de lo normado por el art. 45 , LCQ., por resolución que luce firme y consentida (conf. Bolaffio, obra citada por el fiscal de Cámara a fs. 10277). - Pero, además de ello y pese a que el tema no es pacífico, resultando de suma enjundia las disquisiciones doctrinarias y jurisprudenciales tejidas en su entorno, en el presente proceso la admisión de la sustitución subjetiva de acreedores no podría cercenarse por una razón aún más radical, cual es que ya ha sido resuelta favorablemente por la primera jueza -aunque con algunos cabildeos en orden al respeto de la regla de igualdad que impera el art. 16 , LCQ.- con relación a otros créditos que fueron cancelados mediante pago por subrogación por la misma acreedora

(Crédit Agricole S.A.) sin haber merecido objeción de ninguno de los interesados en cuestionar dicha sustitución subjetiva”.

Coincide Otaegui sobre el punto con su tradicional magisterio, cuestionando tanto la cesión como la subrogación con diferentes y contundentes argumentos<sup>46</sup> en cuanto al ejercicio del voto, aunque validando la transferencia del crédito como apunta el fallo que acabamos de transcribir..

Extraemos de la aplicación ametódica del Código Civil un caso paradigmático resuelto por la Cámara Nac. de Apel. Comercial, Sala A, el 23 de agosto de 2001 en los autos “Kossevich, Julio”, revocando el fallo de primera instancia que no hizo lugar a la subrogación parcial respecto a un crédito de la Banca Nazionale del Lavoro. La Cámara siguió el criterio del entonces fiscal de Cámara Raúl A. Calle Guevara. En el caso un tercero depositó una cifra ínfima del crédito del Banco con la que se alcanzó, al votar favorablemente, las mayorías necesarias para aprobar un acuerdo predatorio.

Los jueces actuando con visión formal y no con método de empresa, sino de relaciones de cambio, han aceptado subrogaciones, incluso parciales, de lo que es necesario para imponer el acuerdo por mayoría. Ello llevaría a autorizar el voto dividido, o sea que de una misma causa de la acreencia, se despachen dos votos, alterando así la situación original (art. 32 LCQ).

El caso supone que el mismo crédito verificado oportunamente, correspondiente a un acreedor verificado, y que por tanto era el único que podía votar, fuere dividido a los efectos de obtener la mayoría e imponer el acuerdo a los acreedores que votaron en contra, que no votaron o que están en trámite de verificación<sup>47</sup>. En el precedente, gracias al artilugio, se impone una grave pérdida al propio acreedor cuyo crédito parcialmente fue subrogado. Se generó en el caso una situación de voto dividido sólo autorizada en el art. 45 bis LCQ.

El negocio contractual permite aceptar que puedan generarse efectos entre el deudor y el “nuevo” acreedor, pero el acuerdo concursal excluye la posibilidad de extender los efectos respecto de terceros. En el caso existe una deficiencia en la causa del negocio donde se intenta la transmisión del crédito a los fines del voto. Además de la limitación en la legitimación de quienes pueden votar, otorgada por la legislación concursal en forma personal al acreedor anterior a la presentación y verificado o declarado admisible, lo que limita el efecto de la cesión del crédito o subrogación una alteración de las consecuencias naturales del negocio<sup>48</sup>, en el negocio de transmisión existe una deficiencia en la causa, cuando no una ausencia de causa, o una ilicitud en la misma, contraria al sistema concursal e incluso una “ilicitud moral”<sup>49</sup> en cuanto se intenta afectar a la minoría.

## VI – LEGITIMACIÓN.

Debe distinguirse entre acreedor legitimado del acreedor con prohibición de votar o excluido.

La ley concursal autoriza a votar a los acreedores verificados o declarados admisibles (arts. 32 y 41 LCQ) y no a los “créditos”.

La legitimación concursal excluye la cesión o subrogación posterior a la apertura, imponiendo la verificación del acreedor concurrente que pretenda legitimarse para votar, conforme las previsiones de los arts. 31 y 41 LCQ. Justamente en relación a ciertos créditos (45 3ª parte LCQ), ratificando la falta de legitimación de los acreedores no verificados o declarados admisibles, se amplía el período de incesibilidad a un año antes de la presentación, por la suposición de planificación de la insolvencia<sup>50</sup>.

La “adquisición” por cualquier medio de un crédito ya verificado, particularmente seguido por renunciaciones a derechos reales o privilegios, y la aceptación de un acuerdo predatorio de quita y espera contiene una desviación causal del negocio, jurídica y moralmente ilícita, en cuanto perjudica a acreedores concursales reconocidos y enriquece a los socios de la sociedad concursada.

<sup>46</sup> OTAEGUI, “Voto concordatario...” citado págs. 193 y 195.

<sup>47</sup> Contra la división CÁMARA en ob. y pág. citada, conforme al principio de indivisibilidad del voto, que no puede fraccionarse ni por mandatario. Dentro de la estructura general de las decisiones tomadas por mayoría, el principio de indivisibilidad puede verse en JAEGER, PIER GIUSTO *El voto divergente nella società per azioni* Casa Editrice Giuffrè, 5 Quaderni di Giurisprudenza Commerciali, Milán 1976.

<sup>48</sup> BETTI, EMILIO *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado 2ª edición Madrid 1959, pág.. 187

<sup>49</sup> BETTI, ob. cit. pág. 278.

<sup>50</sup> DWORKIN, RONALD *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona 1989, pág. 73 en orden a que “Todas las leyes, lo mismo que todos los contratos –y el negocio colegial, agregamos- pueden ser controlados en su operación y efectos por máximas generales y fundamentales del derecho”.

Desde la axiología y de la norma concursal sólo los “acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes” pueden intervenir conforme la previsión del art. 32 LCQ, donde se expresa la “causa” de la obligación, que tiende a excluir a acreedores complacientes o conniventes, que deben corresponder al giro negocial<sup>51</sup>.

Ello es congruente con el principio básico de los contratos: ley para las partes no pueden afectar derechos de terceros (art. 1195 C.C. argentino).

Se genera así una interpretación congruente. La ley concursal sólo permite votar a los acreedores verificados. No se refiere a los acreedores que han devenido como tales, después de la verificación. Ello sería incongruente con el sistema concursal, donde una subrogación y/o cesión es sospechosa y ajena al “interés” de un acreedor real. Aparecería el conflicto de intereses.

## VII – EXCLUSIONES.

Este es un tema bien distinto. Dentro de los acreedores legitimados a ejercer su decisión en torno a la propuesta, a algunos puede prohibírseles el voto (art. 45 LCQ), u otros ser excluidos impidiéndoles el ejercicio de ese derecho, por razones que deberá exponer la resolución respectiva.

La exclusión de voto debe interpretarse dentro de los acreedores concurrentes, o sea en relación a los acreedores verificados y declarados admisibles –eventualmente sus sucesores a título universal-, y esta legitimación es la que debe entenderse restrictivamente dentro del sistema de orden público concursal. No cualquier acreedor puede votar –así los postconcursoales y los excluidos, además de los no legitimados-, y el que intente sustituir a acreedores legitimados debe saber que no puede ejercitar el derecho, pues carece del interés original que él tenía: el ser afectado por la cesación de pagos de su deudor. El tercero que intenta intervenir no está en esa situación que impone un orden diferente, lo hace a sabiendas, contrariando la “causa” del negocio. La exclusión es así genérica, no goza de ese derecho ni puede hacerlo por un acto de voluntad.

El fundamento de la decisión por mayoría es el interés común de los legitimados integrantes del grupo. Lo hemos tratado en otra oportunidad.

No puede pensarse en relaciones contractuales entre deudor y cada acreedor, pues éste sólo puede estar a expresar su voluntad en orden a la propuesta pública y formalmente presentada, eventualmente formalizando las renunciaciones que expresamente le autorice la ley pues todo otro acuerdo caería en previsiones penales. En relación a este acuerdo, para que la voluntad mayoritaria pueda oponerse a los disidentes, ausentes o posteriores reconocidos, debe estarse estrictamente a las legitimaciones y actos que expresamente autorice la ley concursal.

En este ensayo sólo señalaremos alguna jurisprudencia que apoya esta posición<sup>52</sup>.

Sin ingresar en estudios de derecho comparado –nos hemos limitado a la sistemática concursal-, la legislación italiana en el art. 127 con referencias al “Voto en el concordato “in fine” disponía que “Las transferencias de los créditos producidas después de la declaración de quiebra no atribuyen derecho de voto”, y a su vez con referencia a la “exclusión” del voto del cónyuge, excluye a los cesionarios o adjudicatarios “desde menos de un año antes de la declaración de quiebra”. En la última reforma a la legislación concursal se ha generado una atenuación a la prohibición absoluta del ejercicio del derecho de voto por el cesionario del crédito cuando la transferencia sea generada después de la apertura del procedimiento, permitiendo ahora el voto cuando la transferencia fuera a favor de un banco o de un intermediario financiero<sup>53</sup>. La reciente legislación uruguaya en su art. 126.3 sólo permite el voto de los acreedores originarios y como causas de oposición a la homologación de acuerdo determina en el art. 152.1 que la mayoría se hubiere logrado por votos de acreedores o personas no legitimadas a votar.

La posición contraria -es una práctica abusiva que aconsejan asesores económicos y jurídicos especializados- se desarrolla para asegurar la aprobación, imponiéndosela a ciertos acreedores. Nuestra

<sup>51</sup> Se acaba de publicar una investigación en ocho APes, en los cuales los votantes afirmativos no pertenecerían al giro negocial y serían los mismos en todos los concursos, lo que implicaría una maniobra defraudatoria de acreditarse.

<sup>52</sup> Un más completo examen jurisprudencial puede verse en RICHARD *Legitimación para votar el acuerdo concursal (¿Negocio colegial colectivo?)* citado.

<sup>53</sup> BROGGIONE, CARLO autor del Cap. 5. *Il voto e L'approvazione del concordato*, pág. 123, en libro bajo la dirección de STEFANIA PACCHI “Il concordato fallimentare”, actualizado con el D.Legs. n. 169/2007 en vigor desde el 1.1.2008, n° 8 de la Collana Diretta da Luciano Panzani “La riforma fallimentare”, Edición Ipsosa, Italia 2008.

presunción de lo que estaba ocurriendo en la curiosa práctica de compra de créditos con derechos reales –que a la postre hay que pagar-, renuncia de preferencias y aceptación de quitas y esperas inconstitucionales, tuvo confirmación. Ello lo fue cuando accedimos a un expediente de regulación de honorarios de un abogado que asesoró a la concursada en tales aspectos, negociando para ella en esos aspectos y que trataba de cobrar sus servicios ajenos al expediente concursal, acercando documentada y minuciosa prueba de su gestión en beneficio de los socios de la sociedad concursada.

Desalentando esa curiosa costumbre de que terceros paguen a acreedores concursales y se subroguen en sus derechos, por supuesto para votar afirmativamente las propuestas, la C.Civil y Comercial de Azul, Sala 1º, en autos “Abran, José F. s/ concurso preventivo” con fecha 7 de julio de 2005 se expidió en el sentido de “no hacer lugar a la subrogación de terceros que si había sido aceptada en primera instancia, al considerar, que la subrogación pretendida resultaba violatoria de la *pars conditio creditorum*<sup>54</sup>. La posición de un acreedor también fue motivo de considerar abusiva la propuesta en el caso DOINA S.A.<sup>55</sup>.

En esta misma dirección se había expedido la CNCom. Sala A, por mayoría, en el caso “Arcángel Maggio” del 30.4.2004, referido, donde el Tribunal halló el acuerdo incongruente con los principios del orden público<sup>56</sup>, los fines del concurso y el interés general, argumentando: a) que la reunión de las mayorías legales es una condición necesaria pero no suficiente, b) que el diferimento excesivo del pago sin reconocer intereses implica una quita relevante, c) haber mediado manipulación de las mayorías legales mediante la cesión de créditos cuyo privilegio luego se renunció para participar en la aprobación de la propuesta, afectando el derecho de los restantes acreedores, y d) resultar receptable la doctrina sentada en el precedente Línea Vanguard. En dicho caso Arcangel Maggio, la mayoría Isabel Miguez y Carlos Viale consideró abusiva la propuesta, señalando: “Basta para arribar a la conclusión antes alcanzada remitirse entonces al pormenorizado detalle que hace la Sra. Fiscal con relación a los hechos que acaecieron respecto de la cesión del crédito privilegiado de dólares 544.966 de Citibank NA a favor de Ismael González, y la inmediata conducta posterior de éste de renunciar a dicho privilegio, que resultan demostrativos, en el contexto probatorio brindado por las propias declaraciones de aquél, de la existencia de una liberalidad que sólo puede tener como objeto afectar los derechos de terceros, es decir de los acreedores quirografarios, que quedaron sometidos de tal forma a una propuesta irrisoria. Circunstancia que se reitera respecto del crédito privilegiado de la Obra Social del Personal Gráfico; de la cesión del crédito también del Citibank NA por parte de María Eugenia Demasi y el caso de Compañía Papelera Sarandí”.

En una sentencia del Juzg. Com. N° 9, Sec. N° 18, en la causa 78852 "SERVICIOS Y CALIDAD S.A. S/ ACUERDO PRECONCURSAL, en Buenos Aires, 8 de Octubre de 2003, al peticionar la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial, en realista fallo, en torno al crédito a favor de una sociedad extranjera, que había votado a favor, expresa: A tal efecto se ha sostenido, además, que las facultades judiciales para apreciar el carácter "abusivo" o "fraudulento" de una propuesta (art.52 inc.4º LCQ) están presentes en el caso del APE (conf.Alegría, Héctor "Acuerdo Preventivo Extrajudicial...", Rev.D.Privado y Comunitario, 2002-3, pag. 168) y, también, que pueden ser ejercidas con mayor severidad (conf. Truffat, op. cit., pag. 102, anteuúltimo párrafo). También se ha señalado como desventaja del APE su potencialidad, dado el déficit informativo y de control apuntado, para ocultar situaciones mas graves que las expuestas (Segal, Rubén *Acuerdos preventivos extrajudiciales*, Bs.As., 1998, Ed. Abeledo Perrot, pag.70), y la necesidad de que el deudor lleve una contabilidad regular e intachable para que pueda acudir al instituto (Rouillon, Adolfo "Régimen de concursos y quiebras", pag.127).Como consecuencia de todo ello, cabe concluir que un APE será homologable con efectos hacia terceros no votantes siempre que exista una situación de total claridad y transparencia: a) con relación a la composición del activo y del pasivo de la deudora; b) con respecto a la efectiva configuración de las mayorías legales; y c) en lo relativo a su carácter no abusivo ni fraudulento, todo apreciado con la mayor rigurosidad. 3. SINTESIS DE LOS FUNDAMENTOS DE LA NO HOMOLOGACION. En el caso, juzgo que tal

<sup>54</sup> En Lexis Nexis, entrega electrónica Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones del lunes 25 de julio de 2005, Jurisprudencia.

<sup>55</sup> En libro colectivo citado “Conflictos en la insolvencia”, pág. 481.

<sup>56</sup> En libro colectivo “Reestructuración de deudas y facultades judiciales”, Daniel Roque Vítolo Director, Ed. Ad Hoc., Buenos Aires noviembre 2004, págs. 277 a 296.

estándar de claridad y transparencia no se ha configurado respecto del activo y del pasivo, lo que se corrobora con las impugnaciones y la denuncia presentadas y, además, que en el con texto de la información disponible la propuesta no ha alcanzado las mayorías legales y debe, también, reputarse "abusiva", todo lo que lleva a que no pueda ser homologada. Ello en orden a las siguientes consideraciones. e) PRESTAMO SIN TRANSFERENCIA. Aparece como acreedora por \$ 1.000.000, en monto significativo para alcanzar la mayoría de capital invocada por la deudora, una sociedad uruguaya no inscrita en el país en los términos del art. 118 ley 19.550, sin que conste en modo alguno su capacidad crediticia ya que solo se verificó la existencia de un contrato de mutuo pero no el comprobante de la debida transferencia internacional de los fondos ...”.

#### VIII – ALGO DE DERECHO COMPARADO.

Relata Junyent<sup>57</sup> “Este tema, de los acreedores que se han “convertido en tales” “durante el procedimiento concursal”, ha sido puntualmente tratado por Bolaffio, quien recuerda que la Unión de las Cámaras de Comercio había propuesto que durante el procedimiento de concordato se prohibiese la cesión de los créditos concurrentes, pues de este modo, se alteran las mayorías, mediante transferencias “sospechosas”.- En este aspecto, el autor italiano puntualiza que la legislación, si bien no prohíbe la cesión de créditos establece que las transferencias de créditos, posteriores a la resolución que convoca a los acreedores, no atribule el derecho de “votar el concordato”.- Esta vieja solución del derecho italiano, es seguida por la ley española 22/2003 en su art. 122, cuando regula los supuestos de exclusión de voto, en relación con los acreedores concursales, incluyendo a los que hubieren adquirido su crédito por acto entre vivos, después de la declaración en concurso”.

No se intente descalificar la posición por el derecho comparado, que es un tema de política legislativa. España e Italia por un lado, Perú y Colombia por otro, claro que estas legislaciones al afirmar expresamente que pueden cederse en el concurso aceptan que la falta de esa indicación traería como consecuencia la inoponibilidad a los terceros del contrato de cesión.

Lo cierto es que en nuestra República la cesión y subrogación se usan en forma contraria al sistema, o sea ilegalmente –si hay dolo o fraude se configuraría una figura penal, y no hay que presumir el dolo o el fraude para rechazar el alcance que quiere darse a esos contratos-. Por la causa, por la igualdad, por el interés tutelado... En países donde se autoriza la libre negociación se supone que, comprando créditos en default, quién dispone de dinero hace negocios, y otra es un tercero agradecido que paga por subrogarse –incluso parcialmente un crédito- que alcanza exactamente para obtener la mayoría e inmediatamente renuncia a derechos reales, privilegios y al crédito mismo votando acuerdos con quitas y esperas inconstitucionales. En nuestra República el tercero actúa sin duda con la “intención de perder” aunque sea en gratitud con el concursado, pero ello no puede llevar a violar las normas del Código Civil y el sistema concursal.

Incursionamos algo más en un artículo conjunto con Carlos Moro en un dossier de derecho concursal<sup>58</sup>. Dicho jurista ya se pronunció en similar sentido en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal (Rosario, 2006) con argumentos independientes.

Daniel Vitolo mejora esa incursión en el derecho comparado<sup>59</sup> refiriendo a lo que él llama “sustitución procesal subjetiva de acreedores”, sosteniendo la viabilidad incluso para ejercer el derecho de voto si es anterior a la petición de verificación de créditos, o sea si se presenta el cesionario. La posterior cesión y subrogación les quita a cedente y cesionario el derecho de votar la propuesta.

La legislación concursal esta estructurada en relación a los acreedores preconcursales.

Seguimos manteniendo nuestro criterio que las normas imperativas del derecho concursal (el orden público concursal) en cuanto genera un orden especial para los acreedores preconcursales, para imponer las soluciones mayoritarias descarta la introducción de extraños para ejercitar el derecho de

<sup>57</sup> JUNYENT BAS, “La figura del concordato. Caracteriología del acuerdo entre el deudor y los acreedores en el proceso concursal preventivo” citado, pág. 160.

<sup>58</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO “Cuestiones actuales de Derecho Concursal. Derecho concursal comparado: sobre cambios y cuestiones controvertidas. Apreciaciones preliminares. Dossier” en RDCO n° 223 Marzo Abril 2007, pág. 361, y RICHARD, EFRAÍN HUGO - MORO, CARLOS EMILIO “La propuesta concordataria la aceptan o rechazan los acreedores concurrentes que verificaron... Nadie más” pág. 387.

<sup>59</sup> VITOLLO, DANIEL R. “Transferencia de créditos en el concurso y sustitución concursal” en La Ley 27/11/06 citada, p. 1 y ss..

voto (excluyendo a todo “insider”<sup>60</sup>). Ello se agrava cuando a través de intervención de terceros –que no fueron convocados al concurso conforme las previsiones del sistema concursal- asegura la “aprobación” de un acuerdo que impone pérdidas a los acreedores quirografarios que no votaron a favor, pérdidas a través de las cuales se enriquece a los accionistas, violando una regla de equidad<sup>61</sup>.

No es el caso de legislaciones que autorizan un mercado público de transacciones de créditos contra concursadas –como Perú-, pues allí se adquiere a bajo precio y se intenta obtener una ganancia en la negociación con la concursada. En Argentina paradójicamente se adquiere a precio normal el crédito contra la sociedad insolvente y se renuncia a derechos reales o privilegios que le accedan para votar con los créditos quirografarios quitas y esperas desmesuradas, imponiéndoselas así a acreedores convocados que no las aceptaron o que aún no podían votar por estar en trámite de reconocimiento.

## IX – REFLEXIONES FINALES.

Si esta en claro el uso desviado y abusivo de las cesiones y subrogaciones en los concursos en la Argentina, no podemos entender que pueda darse una interpretación distinta a la que propiciamos.

La naturaleza de “acuerdo” de la solución concursal, en cualquiera de sus formulaciones, impone estar estrictamente a las exigencias de la ley para poder imponerlo a acreedores que no expresaron su decisión o lo hicieron en forma contraria o que no pueden expresarse porque no fueron declarados admisibles y están en proceso de revisión<sup>62</sup>. La legitimación y el interés contrario para expedir el voto cobran particular relevancia, sin perjuicio de la aplicación de la teoría del abuso del derecho y/o del fraude.

Hemos apuntado sobre un tema del que no se hablaba y de una práctica que se usaba –casi una constante- para afectar a los acreedores y enriquecer a la concursada o a sus socios en caso de sociedad. Creíamos que obtendríamos pocas adhesiones, pues los beneficiados se sonreirían con picardía, pues ya consiguieron su propósito al homologarse el acuerdo –pese a darse todas las características de ilegalidad-. Claro que podrían intranquilizarse si revisaran nuestros trabajos en torno a la responsabilidad individual de administradores societarios<sup>63</sup> y a las vías para hacer responsables a los socios –particularmente los de control-. Otros se reirán pues se transfirieron los paquetes accionarios a muy buen precio gracias a la “donación” de los acreedores, cuando no se reparten las ganancias en balances posteriores a la homologación.

Comprendemos la importancia de la cuestión: sin cesión ni subrogación a terceros no habrá más acuerdos de quitas y esperas extraños a las prácticas del mercado.

El juez debe ser extremadamente prudente en la evaluación sobre la procedencia del acuerdo considerando que está decidiendo sobre patrimonios ajenos, esto es, los acreedores<sup>64</sup>.

La cuestión se califica en el caso de APE, pues no existe la verificación de créditos, por lo que debe acentuarse la idea de acreedores concurrentes, y de la abusividad en el caso que intervengan acreedores que han adquirido por cesión o subrogación sus derechos. La abusividad para homologar el acuerdo preventivo debe ser también una regla rigurosa en la homologación del APE.

Estos votos de utilería imponen analizar cuando han pasado la barrera de su admisibilidad de si no contaminan por abusividad el acuerdo. Todos lo sabemos, pero a los abogados nos gusta enredarnos en preciosismos. Particularmente frente a “votos” (o apariciones) de utilería.

<sup>60</sup> ARAYA, TOMÁS M. La prioridad de los acreedores sobre los accionistas en el Chapter 11 del Bankruptcy Code y en la Ley Concursal Argentina”, en libro colectivo *Derecho Concursal – Homenaje a Guillermo Mosso*, director Adolfo Rouillon, Editorial La Ley , Avellaneda 2004, pág. 39 y ss., especialmente pág. 52.

<sup>61</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO “Crisis de sociedades: acuerdos concursales abusivos vs. Solucion privada” en RDCO julio 2006.

<sup>62</sup> Existe una actitud de la práctica de verificar títulos de crédito y derivar al incidente de revisión las cuestiones de aparente mayor dificultad, no entendiendo la labor de control que debe formalizar el síndico contador público, situación que ha sido agravada por la ley 26.086 conforme a la cual los acreedores reales llegarán varios años después de homologado el acuerdo, y créditos facilitados en su documentación por el deudor serán los que formarán la “voluntad de la mayoría”. Sobre la ilusión de una revolución procesal puede verse nuestra comunicación *Debe asegurarse la concurrencia en los concursos*, Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Concursal, Presidencia Roque Sáenz Peña, Provincia de Chaco, 1982, pág. 148, Edición de la Universidad Nacional del Nordeste.

<sup>63</sup> BARREIRO, MARCELO G. Y TRUFFAT, E. DANIEL “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Octubre 2005, tomo XVII p. 1205 y ss.. RICHARD, EFRAÍN HUGO “Esta lloviendo ¿Se acabó la seguía! (En torno la insolvencia societaria: el esfuerzo compartido entre socios y acreedores, y la responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal* de Ed. Errepar, diciembre 2005.

<sup>64</sup> C.Nac. Com. Sala B 16.12.2005 inre PELTZ, Silvia E. s/ quiebra J.A. 2007.IV-síntesis.

Nuestra misión es hacer ver a los jueces las cosas que pasan en la realidad. Y esta investigación –aún abierta-, a ello tiende.