

## EFFECTO DE LA SENTENCIA DE VERIFICACIÓN EN RELACIÓN A LA CONFORMACIÓN DEL ACUERDO

*Darío J. Graziabile y Efrain Hugo Richard*

**Publicado en *Verificación Concursal de Créditos*, AAVV dirección de Darío J. Graziabile, Ed. Erreius, Buenos Aires, junio 2015, página 162 a 185.**

En el concurso preventivo, la resolución que se dicte con carácter de verificado o admisible, respecto de un crédito, resulta definitiva a los efectos del cómputo de las mayorías del acuerdo preventivo (art. 45, LCQ). Es decir que los acreedores que han quedado admitidos, definitiva o provisoriamente, en el pasivo concursal, son los que van a participar en la conformación del acuerdo.

Los acreedores verificados y declarados admisibles son los que participarán en la conformación del acuerdo, siendo los primeros impugnables sólo por la acción de dolo y los segundos a través del incidente de revisión, por lo que en el supuesto de estos últimos la posibilidad de actuación se concreta a través de una sentencia con menor fuerza y mucho más provisoria que la que declara verificado un crédito, salvo la preclusión del plazo para revisionar, quedando sólo la posibilidad de impugnación por dolo, supuesto que las iguala. Tal provisoriedad no altera el acuerdo conformado, por lo que la suerte ulterior del crédito que permitió al acreedor participar del acuerdo, no modifica el negocio concursal aprobado y homologado.

También los créditos incorporados al pasivo concursal en forma provisoria y por ende impugnables, son cobrables en el cumplimiento del acuerdo, pero en tal supuesto, el acreedor debe prestar caución suficiente para la hipótesis de que su crédito concluya como inadmisibile por la procedencia de la impugnación del crédito declarado admisible.

De la misma manera se da una peculiar situación cuando se declara inadmisibile un privilegio, siendo el crédito admitido como quirografario, pues allí el acreedor titular de dicha acreencia participará de un acuerdo que no le interesa ya que su principal energía estará puesta en revisionar aquella declaración de inadmisibilidat de su preferencia para participar del concurso con su pretendido crédito privilegiado. En todo caso si esto ocurre, es decir que definitivamente el crédito es incorporado al pasivo concursal como privilegiado, el acreedor participó de un acuerdo que no lo alcanzará, es similar situación al acreedor cuyo crédito declarado admisible el cual definitivamente revisionado es excluido del concurso.

Luego encontramos el método por el que se intenta lograr esa mayoría, a través de la cesión o subrogación de créditos. Un punto de la estrategia son las pretensiones de exclusión de acreedores para que no puedan expresar su

voluntad, excluyéndolos a su vez del cómputo de la mayoría. Y otros puntos periféricos es sobre la relación con los acreedores para evaluar que propuesta formalizar, o el tanteo que resulta de cómo debe estar integrada la propuesta, y la inexistencia de oportunidad procesal del juez para expedirse sobre la misma.

En la conformación del acuerdo que luego se le impondrá, el acreedor queda sujeto a las decisiones del deudor respecto de su crédito: como documentar la relación, inscribirla en sus libros –si es que no los hace desaparecer- y como se preocupa de enredar la transparencia de la relación para evitar su verificación o admisibilidad, generando un largo juicio.

### **1.1. Colegio creditorio o decisión por mayoría (tesis de Richard)**

Si bien entendemos que existe “colegio” en los concursos<sup>1</sup>, conteniendo a los acreedores convocados y legitimados para expresar su voluntad respecto de la propuesta de la deudora, en nada cambia que no lo haya, usemos la terminología “comunidad”, clase, colegio, colegiados o “legitimados”, los efectos no se alteran. Apuntamos ello en cuanto a las afirmaciones del jurista Ariel Ángel DASSO<sup>2</sup>- en torno a que la probada inexistencia de colegio –según él- desvirtúa la “supuesta tesis”. Polémica meramente terminológica que puede distraer la atención sobre la verdadera cuestión que dejamos puntualizada en los primeros párrafos, y que permitiría favorecer la intromisión de adhesiones –votos- favorables a propuestas irrazonables, como la exclusión de aquellos que tuvieran un “interés contrario”<sup>3</sup>.

El centro de la cuestión –como señalamos- es la incorporación de “nuevos” actores para lograr mayorías o alterar ese cómputo. Y dentro de esto marcamos un nuevo tema sobre el que hasta ahora sólo se ha ingresado tangencial y permisivamente: la exclusión del voto del cesionario altera o no las mayorías, o sea si ese crédito, además de su titular no poder expresar voluntad debe ser eliminado del cómputo, que es lo que en el caso “ICS” buscaba la concursada para imponer su propuesta. DASSO concluye que “la exclusión del voto, debe conceptuarse en dogma y praxis como exclusión de la base de cómputo para determinar la mayoría y el ejercicio del derecho de voto, está identificado como ejercicio del derecho a prestar conformidad o denegarla, diferenciando del de expresar opinión en el colegio, inexistente en la fórmula del derecho actual concursal argentino”.

---

<sup>1</sup> RICHARD, Efraín H. “Sobre exclusión de voto en concurso” RDCO, 248-605.

<sup>2</sup> En el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México, Septiembre 2010 en Rosario, República Argentina.

<sup>3</sup> DASSO, Ariel Á. “Un *leading case* en materia de exclusión del voto mayoritario en el concurso” LL, 1/9/2010.

Normalmente las decisiones de mayoría permiten el receso o retiro cuando se altera fundamentalmente la relación original. Ello no existe en la aprobación de la propuesta de acuerdo por los acreedores legitimados a expresar adhesión, pero se equilibra la cuestión por la facultad homologatoria del juez que debe excluir todo abuso de derecho o fraude a la ley (art. 52 ap. 4 LCQ)<sup>4</sup>. Nos preguntábamos sobre los intereses en juego, pues las maniobras para “asegurar” la mayoría son infinitas. Ahora dudamos de algo que parecía razonable: que en todos los casos que exista exclusión de voto se deba excluir del cómputo para determinar la mayoría. Esta puede ser una nueva puerta abierta para futuras maniobras ante la acotación que han sufrido las desarrolladas hasta ahora, particularmente por la cesión de créditos. Ello nos motiva a formalizar comentarios para el análisis colectivo –más que a la polémica-, siempre tan fecundo en la interpretación de las normas jurídicas y del reequilibrio de las relaciones alteradas por el incumplimiento generalizado.

En los últimos años<sup>5</sup>, se está profundizando en nuestro país la cuestión dogmática tratando de volver al permisismo de la intrusión de cesionarios de créditos verificados por acreedores convocados, que parecería haber coincidido en su ilegalidad. Debe tenerse cuidado de no enredarse en cuestiones menores –aunque aparezcan como mayores- para legitimar lo ilegítimo. Una de ellas es sobre la existencia o no de colegio para la aprobación por mayoría de la propuesta, del abandono de la noción de colegio por parte de la nueva ley de concursos y quiebras, de la inexistencia de deliberación y voto, de la mera acumulación de “aceptaciones” a la propuesta.

En primer lugar debemos apuntar que la “propuesta” es una declaración unilateral recepticia. Que como tal impone que, tratándose de sociedades u otros entes, sea formalizada por el órgano de gobierno disponiendo la unidad de la propuesta y evitando su impugnabilidad por no estar integrada, formalizada en término y no sujeta a condición ni a plazos inciertos, y que esa unidad lo sea con los tres elementos que requiere la ley: la propuesta en sí, el régimen de administración y disposición de bienes – plan de negocios- que permita a los acreedores motivar su decisión, y la integración del comité de control de cumplimiento con conformidades de acreedores, lo que sin duda impone un tanteo de opiniones y deliberación con esos conformadores. La no presentación en término, presentación incompleta o no imputable autoriza que terceros puedan formular propuestas recepticias en nuevos plazos (art. 48 LCQ). Es que se trata de una propuesta necesaria e irrevocable de carácter recepticio para continuar el procedimiento.

---

<sup>4</sup> RICHARD, Efraín H. “La llamada tercera vía en concurso de sociedades: ¿salvavidas o cobertura de abuso de derecho? En *Revista de Las Sociedades y Concursos*”, Legis Buenos Aires 2014–1-3.

<sup>5</sup> RICHARD, Efraín H. “Legitimación para votar el acuerdo concursal (¿negocio colegial colectivo?)” LL, 13/3/2006.

No tenemos dudas de que el acuerdo homologable es básicamente un acuerdo “de mayorías” o negocio de mayorías. El tema es de que mayorías. De allí viene el tema del “colegio” o mejor aún –como hemos sostenido- de “legitimados”. Caracteriza el contrato el principio consensualista del cual se generó un concepto general que se asienta sobre la existencia del acuerdo o consentimiento<sup>6</sup>. La autonomía de la voluntad es la regla y la coincidencia de las voluntades para dar exigibilidad al contrato, 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 CCiv.), pero 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. El nudo es que el contrato tiene como base no afectar a terceros. El acuerdo, en cambio, se obtiene por mayorías dentro de los que están legitimados 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 Bas –en el mismo sentido que lo venimos sosteniendo- 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>7</sup>. Ese concepto de acuerdo no excluye al “acuerdo colegial”. Dentro de ese género incluimos al “acuerdo concursal” –con las modalidades absolutamente diferentes a una asamblea- que, obviamente, no es un “contrato biplurilateral”. Al reflexionar en torno a una sistematización de las relaciones de organización no podemos soslayar una visión liminar del acto colegial colectivo –apreciada en forma genérica-, 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.

---

<sup>6</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 escribana Beatriz A. Maury*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2008, Coordinador Fernando Pérez Hualde, págs. 31 a 74 (concebido a mediados de 2006).

<sup>7</sup> JUNYENT “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* Legis, Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires 2007, p. 15.

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>8</sup>. En el caso, homologado se impone una regla o norma a todos los acreedores concursales. 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. El acuerdo colectivo alcanza su reconocimiento por ciertas formalidades que se cumplen (colegialidad). El colegio es un término de raíces históricas, que puede acarrear cierta confusión. La generalización permite aplicarla a otros supuestos como el consorcio de propietarios, los contratos de colaboración, sean o no persona jurídica, a la decisión de bonistas y debenturistas y a los acuerdos concursales.

El acuerdo colegial no deja de ser una decisión mayoritaria. Citamos a GALGANO<sup>9</sup> cuando apunta que se “habla de acuerdos en materia de...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”, que justamente refiere DASSO al apuntar que no hay deliberación ni diálogo. “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”. 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>10</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.

El nombre es lo de menos. Acuerdo, acuerdo colegial, acuerdo de mayoría, la expresión de la mayoría genera la receptividad de la propuesta unilateral de acuerdo de la deudora. Sobre acuerdos de mayoría es

---

<sup>8</sup> MESSINEO, FRANCESCO *Manual de Derecho Civil y Comercial*, EJEA Buenos Aires 1971, traducción de Santiago Sentis Melendo, tomo II p. 346/7.

<sup>9</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>10</sup> JUNYENT BAS, FRANCISCO “La figura del concordato...” cit. p. 166.

premonitorio lo que escribió GALGANO en su “Historia del Derecho Comercial”<sup>11</sup>, que serviría para calificar los “acuerdos” concursales, pues la receptividad de la propuesta la sale a buscar la concursada. No se ven rechazos, sólo aprobaciones. Y si advierte que no alcanza, hay que echar mano a las cesiones, y si esto no alcanza también a las exclusiones. En este punto resulta importante que los acreedores recuperen su rol y formulen observaciones o su disconformidad fundada, que en forma alguna puede generarle costas y cumpliría el rol que un “acuerdo” tiene en la formulación de normas para una comunidad determinada, particularmente serviría para el juicio de valor que debe hacer el juez sobre la razonabilidad o abusividad de la propuesta apoyada, para homologarla como acuerdo. Resulta cierto que la ley 24.522 ha debilitado la “Junta”, pero no ha alterado la colegialidad o sea la legitimación de los acreedores concurrentes verificados o declarados admisibles, lo que se reforzaría con esa participación de los disconformes con la propuesta.

Por otra parte, la categorización genera varios “colegios”, que a su vez integran una decisión única integrada, que sólo el juez puede separar (acto colectivo).

## **1.2. Acuerdo concursal y legitimados. Sobre cesión y subrogación de créditos**

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..

El problema se suscita a partir de admitir la participación en el período de exclusividad del concurso preventivo de acreedores no originarios, es decir diversos a los verificados y declarados admisibles. Es un supuesto de sustitución subjetiva de los créditos.

Concretamente la cuestión de la sustitución concursal se traduce en la posibilidad de que acreedores derivados (no los declarados verificados y admisibles) puedan o no expresar su conformidad a la propuesta de acuerdo a través del pago por subrogación o la cesión de créditos. Luego de la apertura del concurso preventivo y después de la sentencia de verificación del art. 36 LCQ, haciendo uso de estos institutos del derecho común, pueden verse trastocados los titulares de los créditos, modificándose

---

<sup>11</sup> GALGANO, Francesco “Historia del Derecho Mercantil” Laia, Barcelona, 1984, p. 134.

aquellos nominados en la verificación de créditos con respecto a los que expresarán conformidad para el acuerdo. Dicha situación podrá presentarse en forma voluntaria por parte del acreedor a través de la cesión de su crédito (art. 1434 CCiv.) o en forma involuntaria e incluso contra su propia voluntad cuando el acreedor es desinteresado a través del pago de su crédito por parte de un tercero (art. 767 CCiv.).

En el concurso se han utilizado estos institutos del derecho común, no sólo a los fines de que un sujeto distinto del declarado verificado o admisible perciba la cuota concordataria, sino para que éste participe en el período de exclusividad y en la conformación del acuerdo. De un lado, puede usarse de manera abusiva por el deudor para liberarse de un acreedor incómodo y lograr las mayorías o por parte de acreedores para conseguir una posición dominante frente al acuerdo. El problema de la sustitución concursal se presenta cuando la misma se produce luego de la apertura del concurso preventivo y después de procedimiento verificadorio tempestivo donde la sentencia se constituye en definitiva a los fines del acuerdo. Como explica RIBICHINI<sup>12</sup> “la cuestión estriba en determinar si la ulterior modificación que hubiera en la titularidad de esos créditos, declarados verificados o admisibles, conlleva también la traslación de la legitimación para votar, e incluso para ejercer actos procesales inescindiblemente vinculados a esa aptitud, como deducir una impugnación al acuerdo o desistir de ella”. Adelantamos que no porque no existe previsión legal al respecto.

En cambio, la antigua ley italiana de 1942, estipulaba la exclusión de voto del cesionario posconcurso para el acuerdo resolutorio, aunque la norma no fue prevista para el concurso preventivo, igualmente en la actualidad la ley italiana regula el llamado “mercado del voto”, asignándole consecuencias penales. En el derecho concursal norteamericano la transferencia de créditos concursales no sólo no está prohibida sino que viene expresamente regulada por el *Bankruptcy Code*, limitándose incluso sus efectos a partir de la exclusión de voto o la traba de cautelares durante el proceso de negociación. Más recientemente, ley española de 2003 contiene una norma que expresamente prohíbe el derecho a voto de aquellos que hubieren adquirido el crédito luego de la apertura del concurso, salvo que lo sea a título universal o como resultado de una ejecución forzosa. También, en la misma orientación, la ley uruguaya, excluyendo el derecho a voto a los acreedores que lo fueron como sucesores individuales por actos entre vivos luego de la apertura del concurso.

### **1.2.1. Tesis negatoria (Richard-Otaegui-Villanueva)**

---

<sup>12</sup> RIBICHINI, *Acuerdo...* cit. p. 63.

Existen autores que niegan la posibilidad de que se produzca la sustitución concursal luego de la sentencia verificatoria.

Es la tesis desarrollada por RICHARD<sup>13</sup>, quien se erige como el paladín de la negación de la sustitución concursal, a través de su tesis del actor colegial, no considera a los subrogantes o cesionarios como acreedores convocados a la conformación del acuerdo, es decir que no forman parte del “colegio creditorio”, los únicos acreedores habilitados o legitimados para prestar conformidad al acuerdo son los convocados al concurso, es decir los verificados y declarados admisibles. Por lo que para el profesor cordobés la subrogación o cesión no puede producir efectos concursales, por cuanto la atribución del voto es personal y la intromisión de terceros es contraria a los efectos naturales de la posición del acreedor, lo que afectaría el derecho a voto del tercero por interés contrario, abuso del derecho o fraude. De esta manera disgrega el derecho del crédito del derecho de voto. La cesión o subrogación implican negocios jurídicos que no pueden afectar a terceros. Cuando se practican en un concurso y luego votan lesionan intereses y afectan derechos de terceros –aquellos que no expresaron opinión o no pudieron expresarla por el estado de su reconocimiento-. Se observa en la práctica, una maniobra ilícita común por la cual acreedores profesionales aceptan mejorar la cobrabilidad íntegra de su crédito, colaborando dolosamente con la aprobación de acuerdos que imponen quitas inconstitucionales a acreedores que no pueden votar o que no aceptan la conducta predatoria<sup>14</sup>. Se vota así en virtud del contrato con tercero y por tanto deben ser excluidos. Para RICHARD, los efectos de la sentencia de verificación sobre este punto son absolutos. Sostiene que no se podrá usar del arbitrio de la introducción de terceros no convocados para entenderlos legitimados, sólo los convocados pueden expresar su voluntad y ellos son sólo los verificados o declarados admisibles en la sentencia de verificación tempestiva.

**Sostiene, en tesis compartida con Julia Villanueva, la imposibilidad sustancial de que cesionarios y subrogados puedan expresar su voluntad en torno a la propuesta, atendiendo al efecto relativo de los contratos respecto de terceros (arg. Arts. 1195 y concordantes del Código Civil.**

**Carlos Moro también ha apoyado esa tesis negatoria<sup>15</sup>, agregando su visión procesal que desarrollaremos.**

---

<sup>13</sup> RICHARD, Efraín H. “Legitimación para votar el acuerdo concursal. ¿Negocio colegial colectivo?” LL, 13/3/2006.

<sup>14</sup> RICHARD, Efraín H. “Perspectivas del derecho de la insolvencia” Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, 2010.

<sup>15</sup> Moro, Carlos Emilio – Richard, Efraín Hugo “LA PROPUESTA CONCORDATARIA LA ACEPTAN O RECHAZAN LOS ACREEDORES CONCURRENTES QUE VERIFICARON...NADIE MAS”, en RDCO n° 223 Marzo Abril 2007, pág. 387.

Por otro lado pero también por la negativa se encuentra OTAEGUI<sup>16</sup>, quien al analizar el pago por subrogación, distingue el efectuado por tercero no interesado con consentimiento tácito o expreso del deudor, donde entiende que se está ante un mandatario del deudor (art. 1869 CCiv.) por lo que afecta la igualdad entre los acreedores y no puede admitirse el ejercicio del *ius votandi* por parte del tercero pagador, sin perjuicio de cobrar lo que luego surja del acuerdo<sup>17</sup>. Concluye que en el caso de ignorancia del deudor, el tercero no autorizado actuaría como gestor de negocios (art. 2288 CCiv.) por lo que el pago no se le imputa al deudor y el es ajeno a él y a sus acreedores por lo que no podrá invocarse contra ellos y participar del colegio creditorio por lo que el pago carecería de causa fuente o en su caso se entendería al pago oponible a los acreedores, por ser contrario a la paridad entre ellos o por carecer de causa fuente. Respecto a la cesión de créditos, distingue la onerosa de la gratuita, en el primer supuesto estaríamos ante una “compra de voto”, supuesto ilícito desde el punto de vista civil (953 CCiv.) y del penal (art. 180 CPen) y en el segundo, al haber una renuncia táctica del “jus votandi” el cesionario no podría prestar conformidad al acuerdo.

Importante en este punto es el derrotero de la sala C de la Cámara Nacional de Comercio. En un primer antecedente<sup>18</sup> se entendió que si bien es verdad que la prohibición –la de utilizar esos negocios en el concurso– no aparece expresa, sí se encuentra implícita en los fundamentos mismos de las normas concursales. Por lo pronto, esa afirmación –la de que esas figuras pueden ser utilizadas sin más en este ámbito– ignora las realidades específicas que el concurso presenta, realidades que se prestan, como nadie lo niega, a que lo primero sucede cuando, como ha podido ser comprobado en innumerables supuestos, el deudor “compra” esos créditos –efectuando pagos al margen del sistema concursal– a efectos de sustituir (bien que enmascarado bajo la personalidad de un tercero) a los originales acreedores en el ejercicio del “voto”. Lo segundo ocurre, en cambio, cuando, según temperamento claramente dissociado de la finalidad que el legislador tuvo en mira al consagrarlo, ese “voto” obtenido por esta vía es usado, no para la obtención del mejor concordato posible, sino para los fines propios de ese tercero que irrumpe en el escenario concursal para gestionar dichos intereses personales –que “ayudan” o “entorpecen” la situación del deudor, según sea el caso– que nada tienen que ver con los que guían a los demás acreedores. Toda la doctrina –aun la de aquellos autores que propician la utilización indiscriminada de estos institutos en el ámbito concursal

---

<sup>16</sup> OTAEGUI, Julio C. “Voto concordatario: desplazamiento, vía y oportunidad procesal” en *El voto en las sociedades y los concursos* Legis, 2007 p. 187, quien sigue a Pirovano, Pablo “La subrogación legal en el ámbito concursal” LL, 2005-E-755.

<sup>17</sup> Conf. Cám. Civ. Com Azul, sala I, 7/7/2005, “Abrán”, LLBA, 2005-962, Dictamen Fiscal de Cámara (Dra. GILS GARBÓ) 14/12/2005, “Cablevisión”.

<sup>18</sup> CNCom, sala C, 3/7/2012 “Ausilio”.

coincide en lo señalado, es decir, en que esas figuras son propicias para la consumación de maniobras fraudulentas, o para negocios del cesionario que se practican a expensas de los intereses de los acreedores –e incluso del deudor- por los que debe velarse en el concurso. Luego, por el mismo Tribunal se desarrolló otro caso<sup>19</sup> donde se recurre a la cautela y prudencia para resolver el caso por lo que se entendió que “teniendo en cuenta que ante la duda sobre el origen de los fondos hay que optar por la desestimación de la pretensión subrogatoria, a los efectos precisamente de aventar el mínimo riesgo de un “tráfico de votos”, descalificado por razones obvias ... Es más...aun para quienes admiten la validez legal de la sustitución del acreedor por cesión o subrogación, ella está supeditada a que medie buena fe y no se oculte una maniobra distorsiva del acuerdo”. Es por ello que, a fin de asegurar que el concurso preventivo cumpla la finalidad que establece la ley, se deniega la subrogación intentada en el caso, pues la misma realizada por un tercero fue realizada pocos días antes de la expiración del período de exclusividad, dándose en pago una suma destinada a cancelar un crédito verificado por otro acreedor.

**En ese último fallo, Julia Villanueva amplía su posición negatoria desde el punto de vista sustancial y procesal, siendo aconsejable su lectura, de la que entresacamos aspectos relevantes: “Y no podrá, porque, lo que él pretende mediante su intervención, no es sólo gestionar un derecho propio, sino también incidir en el derecho ajeno, como se incide cuando se aprueba un concordato. Quien pretende tener esa incidencia, lo menos que debe hacer es cumplir con la elemental regla de exteriorizar transparencia, siendo esa tercero (art. 1195 del código civil) (RICHARD, Efraín H., El efecto de los contratos respecto de terceros y la cesión de créditos en concursos, AAVV Libro en Homenaje al Dr. Moisset de Espanés, Advocatus, 2010, p. 515 y ss.). Si, por hipótesis, se aceptara que tal contrato pudiera ser opuesto aquí tras la aplicación de las reglas procesales que rigen la sustitución en juicio, debería procederse al cumplimiento de tales reglas, no sólo con el deudor, sino también con los demás acreedores, dado que son todos ellos –no sólo el deudor- quienes cuentan con título para contradecir tal sustitución. Y es claro que esto no es posible, dado que, como se reitera más abajo, la demora –eventualmente importante- que ello acarrearía no es compatible con el trámite del concurso, tal como ese trámite ha sido diseñado”.**

### **1.2.2. Tesis intermedia (Vítolo-Moro)**

En cambio otro sector de la doctrina concursal, encabezada por VÍTOLO<sup>20</sup>, reconoce el derecho o facultad de cualquier tercero o de cualquier acreedor, de quedar subrogado en los derechos del acreedor primitivo en el primer caso y de ceder su crédito en el segundo, pudiéndose

---

<sup>19</sup> CNCom, sala C, 25/2/2014, “Mandalunis”.

<sup>20</sup> Vítolo, Daniel R. “El pago por subrogación y la cesión de créditos no necesariamente habilitan la sustitución concursal” en *Problemas y cuestiones sobre los concursos Ad-Hoc*, 2006 p. 53.

realizarse aún en contra de la voluntad del acreedor y del deudor.

Sostiene que en el ámbito del concurso tales institutos de derecho común no deben ser aplicados en forma automática sin consideraciones concursales. Además si el pago por subrogación o la cesión de créditos se hacen luego de la demanda de verificación, ni el acreedor originario ni el tercero pagador o el cesionario, serán tenidos en cuenta para el cómputo de las mayorías, sólo se subrogan los derechos de percepción del reembolso. El titular del crédito que lo adquiere por subrogación por subrogación no recibe con el crédito el derecho a voto, porque los derechos que reciben son únicamente los referidos al reembolso, siendo el derecho a participar del acuerdo extinguido al pagar al acreedor originario. En la cesión de créditos para que se reserve el cesionario el derecho a voto es necesario que se cumpla exitosamente con el art. 44 CPCCN, es decir que no exista oposición del concursado, del síndico y de los demás acreedores. VÍTOLO, concuerda con la tesis negatoria en la distinción entre el derecho a cobrar el dividendo concursal y el derecho a prestar o no conformidad a la propuesta de acuerdo presentada por el concursado. Puede darse el caso de un acreedor votante que fracasada su verificación en una revisión no cobraría y en contrapartida aquél que no quedó tempestivamente incorporado al pasivo concursal, el cual no participa del acuerdo pero cobra las cuotas concordatarias que le corresponden.

Para MORO<sup>21</sup>-**a cuya posición sustancial ya hemos referido**- existe ilicitud causal porque el derecho de voto es atribuido al acreedor y no al crédito, siendo improcedente admitir la conformidad para formar las mayorías para la existencia del acuerdo de los terceros pagadores o cesionarios que compraron la investidura de acreedor concurrente, pero para participar del concurso y prestar conformidad deben efectuar la sustitución procesal prevista por el art. 44 CPCC, única forma de convertirse en parte procesal ante el negocio sobre un crédito litigioso<sup>22</sup>.

### **1.2.3. Tesis permisiva (Kemelmajer de Carlucci-Lorente-Graziabile)**

Finalmente, la tesis positiva, que surge desde el ámbito jurisprudencial del voto de KEMELMAJER DE CARLUCCI<sup>23</sup> quien afirma que no se encuentran impedimentos normativos para que la cesión de créditos y el pago por subrogación se operen concursalmente con todos sus efectos jurídicos. Concretamente para el supuesto de pago por subrogación resuelve que el acreedor originario pierde legitimación en el concurso y el

---

<sup>21</sup> Moro, Carlos E. “El derecho de voto se atribuye al acreedor y no a los créditos” en *Problemas y cuestiones sobre los concursos Ad-Hoc*, 2006 p. 45.

<sup>22</sup> Sup. Trib. Entre Rios 28/3/1998 “Telenta”.

<sup>23</sup> Corte Sup. Just. Mendoza, sala I, LL, 1/6/2006.

tercero asume todos sus derechos en la cantidad por la cual éste podía votar y sería computado para las mayorías. No menos claro es LORENTE<sup>24</sup> cuando afirma que ninguna norma excluye la posibilidad de ejercer los derechos que surgen de la cesión de un crédito concursal, ni del pago por subrogación de un crédito sometido a concurso. Igualmente reconoce que la modalidad permite que el concursado logre imponer el acuerdo cuya propuesta presente o logre neutralizar a ciertos acreedores disidentes, aunque frente a ello, no puede presumirse la mala fe. Además es una herramienta para bloquear al acreedor hostil, la única forma de contarrestarlo es por el juez al momento de resolver sobre la homologación del acuerdo (art. 52 inc. 4º LCQ).

GRAZIABILE se enrola en esta postura. Por nuestra parte <sup>25</sup>, entendemos que de *lege lata* no puede arribarse a una solución distinta a la que sustentada por la tesis afirmativa, las demás resultan meras soluciones dogmáticas, además el art. 19 segunda parte CN, hace aplicable al concurso las normas del Código Civil respecto al pago por subrogación. No existe ilicitud.

Es claro que en cualquiera de los supuestos que se susciten, no podrán modificarse las mayorías para el acuerdo, ni respecto al número de personas, cuando la cesión se haga a más de un sujeto o más de un sujeto pague por subrogación, incluso cuando dichos actos sean parciales; tampoco podrá modificarse el cómputo de capital, ni aumentándolo ni disminuyéndolo a través de la utilización de los referidos institutos. Para ser operativo, el pago por subrogación debe ser íntegro y como tal incluir capital e intereses verificados o declarados admisibles. En dicho orden continúa activa la norma del art. 19 LCQ, por lo que no tiene derecho el acreedor de oponerse al pago cuando el mismo no incluyese los intereses suspendidos, salvo claro el supuesto que el crédito esté garantizado con hipoteca o prenda. Lo contrario afectaría la *par condicio*. En el supuesto en que el concurso preventivo desencadenase en quiebra, como el derecho del tercero subrogante lo es hasta el monto desembolsado, el acreedor tendrá derecho a reclamar en dicho proceso falencial, el eventual pago que se haga respecto de los intereses suspendidos en el supuesto del art. 228 párr. 2º LCQ y ante la existencia de remanente luego de liquidados los bienes y pagados los créditos verificados, declarados inadmisibles y los pendientes de resolución judicial. Pareciera imponerse la misma solución cuando en el acuerdo homologado se pactase el pago de los intereses suspendidos. En la hipótesis de que el crédito pagado por subrogación estuviese garantizado a través de una fianza o se originase a través de una obligación solidaria, el

---

<sup>24</sup> Lorente, Javier A. “La cesión de créditos concursales (o en su versión política: la ‘compra de votos’): ¿es contraria a derecho? Más aún ¿es inmoral?” en *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, Lux, 2006 t. I p. 415.

<sup>25</sup> Graziabile, Darío J. Marrón, Cristian A., Ramos, Santiago “Pago por subrogación en los concursos”, LL, Supl. CyQ, 29/8/2008.

acreedor concursal tendrá derecho a reclamar los intereses suspendidos de aquellos codeudores.

Estos institutos aplicados al concurso, no parecen tener *ab initio* visos de ilicitud o abuso, lo cual únicamente puede considerarse a la sombra de la propuesta hecha por el deudor, quedando en manos del juez, al momento de su homologación, analizar la conformación de las mayorías que hicieron lograr el acuerdo, aplicando los cánones previstos en el inc. 4º del art. 52 LCQ.

### **1.3. Exclusión atípica**

La ley determina ciertas exclusiones para el cómputo de las mayorías. La exclusión del cómputo para las mayorías no implica que no les será aplicable el acuerdo que devenga homologado.

#### **1.3.1. Posición de Graziabile**

Entendemos que, como estamos ante una situación de excepción, la ley, en la previsión del art. 45 LCQ, debe interpretarse como taxativa en este punto y con un criterio de restricción que debe imperar; no podrá extenderse la prohibición legal a otros supuestos no previstos legalmente. Ésa es la interpretación ineludible que surge *de lege lata*, pero atendiendo a la historia jurisprudencial que fue admitiendo otros casos de exclusiones no contemplados legalmente, los que dieron lugar a que las posteriores reformas concursales los incluyeran dentro de las prohibiciones, y atendiendo a que la ley actual también falla al respecto<sup>26</sup>, sería conveniente *de lege ferenda* que se deje un margen discrecional al juez para resolver al respecto cuando la participación en el cómputo de las mayorías se vea afectada, ya sea por la conveniencia personal del acreedor en que el deudor logre el acuerdo, o por la renuencia de aquél a prestar conformidad en virtud del ejercicio desleal de la competencia<sup>27</sup>, a fin de lograr siempre la imparcialidad.

Cerrada la legitimación para participar en la conformación del acuerdo por la sentencia del art. 36 LCQ, lo que el juez concursal podrá ponderar, al momento de decidir sobre la homologación del acuerdo (art. 52 inc. 4º LCQ), es la existencia de “voto complaciente” y no homologar el acuerdo en resguardo del derecho de los acreedores por existir lo que la norma denomina como fraude a la ley. Pero también preocupa el tema del llamado “acreedor hostil” o el acreedor con interés contrario al concurso<sup>28</sup>,

---

<sup>26</sup> MAFFÍA, Osvaldo J., "El no logrado régimen de exclusiones sobre votación de la propuesta de acuerdo preventivo", LL 1996-E-745.

<sup>27</sup> V. C. Nac. Com., sala C, LL, Suplemento de Concursos y Quiebras, 20/5/2003, con nota de CABANELLAS (h.), "Efectos...", cit.

<sup>28</sup> V. TRUFFAT, E. Daniel "El mito del 'interés contrario' de los acreedores al manifestar su voluntad

donde en protección del concursado debiera evitarse el abuso del derecho (art. 1071) o un acto de arbitrariedad, aunque dicha evaluación judicial debe ser muy no sólo muy estricta sino excepcional para no convertirse en una decisión *contra legem*.

Es más que claro que el *numerus clausus* legal defecciona frente a la realidad fáctica. El fundamento de la exclusión no prevista legalmente, cuando se la admite excepcionalmente como lo viene haciendo cierta jurisprudencia, debe encontrarse en el interés del concurso en su conjunto, independientemente del interés personal del deudor y del acreedor involucrado, lo contrario desvirtúa el sistema e impone ajustarse a la taxatividad legal.

En concreto, el efecto de la exclusión es que al acreedor se le aplica el acuerdo homologado sin poder participar de su gestación; pero además este excluido no podrá impugnar el acuerdo que se homologue por carecer de “derecho a voto” (art. 50 LCQ). Lo que LORENTE<sup>29</sup> ha denominado el “doble castigo”, la exclusión y la imposibilidad de impugnar. No nos convencen los argumentos que expone, referidos al interés del acreedor en impugnar, pues sino tuviera interés innecesaria sería la previsión legal, lo mismo ocurre para aquellos acreedores que quedarán comprendidos en el acuerdo pero que se encuentran también excluidos por el art. 50 LCQ. Creemos que no podemos apartarnos de la literalidad de la norma.

Frente al problema práctico que puede plantearse ante un supuesto de exclusión no previsto legalmente, conviene que el planteo se haga en el momento de resolverse sobre la verificación tempestiva de los créditos del acreedor cuestionado. La verificación es la piedra basal de la categorización y de la determinación de la base para el cómputo de las mayorías. La introducción de la cuestión no excluye que el tema sea resuelto por el juez al momento de dictar la sentencia del art. 42 LCQ, pareciera antifuncional que el planteo y la solución lleguen luego de iniciado el período de exclusividad porque ello ostensiblemente modificaría intempestivamente la forma de negociación del acuerdo y la recopilación de adhesiones por el deudor o las consideración del acreedor al decidir sobre la conformidad o no a la propuesta<sup>30</sup>. Pero nada quita que se resuelva luego de estas etapa cuando la causal de exclusión es conocida posteriormente, pudiéndose incluir procesalmente por cualquier interesado

---

respecto de una propuesta concordataria ED, 224-747, BARREIRO, Marcelo G. “¿Están todos los que son o son todos los que están? (Sobre la exclusión de voto)” DSC, 210-503 y “La exclusión del voto en interés contrario (o de cómo intentar perfilar un concepto de interés concursal y no morir en el intento)” en TRUFFAT, E. Daniel – BARREIRO, Marcelo G. - ANTONI PIOSSEK, Carlos R.- NICASTRO, Ramón V. (coords.) *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía*, Lerner, Córdoba, 2008 p. 381, RICHARD, *Insolvencia* cit. ps. 272 y ss.

<sup>29</sup> LORENTE, Javier A. “Dos cuestiones radicales derivadas de la tendencia actual ampliatoria de las causales de exclusión de voto” en *El voto en las sociedades y los concursos* Legis, 2007 p. 169.

<sup>30</sup> CHOMER, Héctor O. “La exclusión de voto y el procedimiento concursal”, LL, 2007-F-1057.

al momento de impugnar el acuerdo o resolverse *ex officio* por el juez al decidir sobre la homologación del acuerdo.

La orientación actual busca dejar de lado la taxatividad de la ley, aplicando normas de derecho común y excluir del cómputo de las mayorías, otros supuestos abusivos del deudor a través de los acreedores complacientes, y fundamentalmente los casos de abusividad del acreedor hostil, los cuales no se encuentran previstos expresamente por la ley en ningún supuesto.

### 1.3.2. Posición de Richard

Respecto a la exclusión de decisiones de acreedores verificados, la preocupación de la doctrina debería dirigirse al origen de la obligación del acreedor “hostil”, o “competidor desleal” respecto a la concursada. Y esa preocupación debería apuntar a no estimular el incumplimiento: en primer lugar de las normas de derecho societario que prevén adecuadamente las crisis económicas<sup>31</sup>, y en segundo lugar al incumplimiento generalizado de sus obligaciones. Esos incumplimientos revisten ilegalidad que se viene intentando cubrir con una interpretación permisiva de la ley concursal, intentando que no se apliquen normas de mayor o igual graduación. Para hablar de legitimación debe formalizarse una referencia a la existencia de un vínculo entre quiénes 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, **es un tema de legitimación.**

La exclusión de voto de acreedores legitimados a ejercer su decisión en torno a la propuesta es tema bien distinto. No se trata de los que tienen prohibido el voto (art. 45 LCQ), o las prohibiciones análogas. Se trata de pedidos de la deudora concursada para excluir a acreedores legitimados no alcanzados por norma concursal impeditiva. Esa 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 resguardarse dentro del sistema de orden 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

---

<sup>31</sup> Richard, Efraín Hugo *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho, Córdoba, 2010.

que no puede ejercitar su voto, pues carece del derecho e interés original que aquél 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 sistema concursal.

La cuestión se vincula siempre al “interés”. Ello aunque la razón legal es la “legitimación”, que depende de elementos objetivos de la existencia de una obligación imputable pasivamente a la concursada, contraída antes de la apertura del concurso. En la cuestión en desarrollo los acreedores convocados y verificados –o declarados admisibles-. Y respecto de terceros el probable perjuicio a estos legitimados previsto en normas del Código Civil. El fundamento de la decisión por mayoría es el interés común de los legitimados integrantes del grupo, si es que se puede hablar de interés, tema subjetivo que puede objetivarse a derecho. No puede pensarse en relaciones contractuales entre deudor y cada acreedor, pues éste sólo puede expresar su voluntad en orden a la propuesta pública recepticia y formalmente presentada, eventualmente formalizando las renunciaciones que expresamente le autorice la ley, pues toda otra negociación 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 y a la declaración judicial de no abusividad.

La exclusión del cómputo de votos de un acreedor declarado verificado o admisible, que no se registra en el elenco del art. 45 LCQ, en solicitud que expresan los administradores societarios por ser de “interés contrario”. En estos casos se intenta excluir del ejercicio de un derecho al titular propietario de un crédito indubitable, legítimo, generado normalmente por una relación contractual asumida libremente por los representantes legales de la sociedad concursada cuando la misma no se encontraba en concurso. Parece así que –en la normalidad de los casos- el crédito nació por una relación voluntaria entablada por los representantes legales de la sociedad concursada casi siempre con otra sociedad a la que luego, en el concurso y verificado su crédito, se le atribuye interés contrario al social o concursal. Como en la verificación se ha analizado la causa de la obligación, se supone que el crédito y la legitimidad del acreedor concurrente se basa en la legalidad de aquella relación causal y en el incumplimiento de la concursada de satisfacerla oportunamente, presentándose en concurso e imponiendo a todos “sus” acreedores la concurrencia.

### **1.3.3. Voto complaciente**

Se han excluido jurisprudencialmente supuestos de control indirecto entendiéndose que el controlante indirecto es virtualmente el mismo concursado desnaturalizando el acuerdo convirtiéndose en un voto conniviente<sup>32</sup>, pudiendo ser, complaciente, aunque en otros casos en que pudiese existir conflicto de intereses contrarios puede tratarse de un acreedor hostil. Puede tratarse del voto de acreedores que no se encuentran en libertad de prestar adhesión a la propuesta de acuerdo, o cuya conformidad está predeterminada, o que se ha dispuesto institucionalmente que no votaran<sup>33</sup>. El límite legal impone a la exclusión de voto de los accionistas que controlen a la sociedad concursada se refiere al control emergente de la aptitud de voto del acreedor en el seno de la asamblea deudora, el vocablo accionista no comprende a los supuestos de participación dominante en el capital social diferente de la vía accionaria, ni contempla el caso de control indirecto entre varios otros<sup>34</sup>.

La ley alemana permite considerar otorgada la aceptación del acreedor disidente que exteriorice una conducta obstructiva<sup>35</sup>. El Anteproyecto de 1997 incluye expresamente en la exclusión de voto a las controlantes, ya sea control interno o externo.

En el acuerdo preventivo extrajudicial de Cablevisión<sup>36</sup> se solicita la exclusión de un accionista controlante indirecto, y se resuelve que el control societario que constituye la excepción prevista en el art. 45 LCQ respecto a la exclusión de acreedores accionistas se refiere única y necesariamente al supuesto de control directo, por lo que la prohibición de prestar conformidad no alcanza al controlante indirecto o por interpósita persona. Las condiciones del texto legal son que el acreedor sea accionista y a la vez controlante y ese contexto únicamente se da en el caso de control interno, en donde la relación de control es ejercida, sin intermediarios, por el accionista y no en el control indirecto donde el controlante no es accionista de la controlada. Concluyen sosteniendo que para excluir al acreedor controlante indirecto, habría que leer el art. 45 LCQ eliminando la palabra “accionista”. En este punto somos contestes con la solución propiciada. Respecto a la forma en que debe interpretarse el art. 45 LCQ con referencia a la exclusión del cómputo de las mayorías de los acreedores allí referenciados entendemos que la ley determina ciertas exclusiones para el cómputo de las mayorías que entendemos que como estamos ante una situación de excepción, la norma debe interpretarse como taxativa en este

---

<sup>32</sup> RIVERA – CASADÍO MARTÍNEZ - DI TULLIO – GRAZIABILE – RIBERA, *Derecho...*, cit., t. II, p. 355.

<sup>33</sup> RICHARD, Efraín H. “Legitimación para votar el acuerdo concursal” LL, 2006-B-894.

<sup>34</sup> CNCom, sala E, 29/4/2005 “Alpargatas”

<sup>35</sup> DASSO, Ariel A. “La prueba concursal del mejor interés de los acreedores y la exclusión de voto del disidente” LL, 20/12/2007.

<sup>36</sup> CNCom, sala D, LL, 28/4/2008 con nota de GRAZIABILE, Darío J. “El APE de Cablevisión. Cómputo de las mayorías y exclusión de voto”.

punto y debe imperar un criterio de restricción, por lo que no podrá extenderse la prohibición legal a otros supuestos no previstos legalmente.

Es claro que la situación planteada en el *sub examine* fue prevista por el legislador. Es principio dispuesto expresamente por la ley que los accionistas pueden prestar conformidad al acuerdo y serán computados para las mayorías. La excepción a dicho principio está dada para el accionista controlante, por lo que como bien lo expresa el fallo, debe ser un control directo único que se condice con la calidad de accionista, en caso de que el legislador hubiese querido extender la exclusión al control indirecto debió ampliar la excepción de la misma manera que lo hace con los acreedores parientes de los socios o administradores y respecto a los cesionarios del cónyuge y parientes. El control directo del accionista, es necesariamente interno, siendo el que se desarrolla en el seno de la sociedad. Tal control interno, se dará cuando un accionista o socio, en atención a la magnitud o importancia de su participación en el capital social se encuentra en condiciones de formar la voluntad social.

En la práctica, y en relación de la concursada controlante, la cuestión se resolvió entendiéndose que “en cuanto atañe a los acreedores accionistas, controlados o vinculados, es evidente la ausencia de emplazamiento legal dentro del marco de aprehensión conceptual del art. 45 LC, que excluyó explícitamente de voto a la controlante y no así a la controlada. Sin embargo, no se advierten razones para el trato diferenciado para ello porque la relación es recíproca y tanto en uno como en otro caso, priva al titular del voto de su libre elección en sentido de aceptación o rechazo. La controlada como acreedor verificado en el concurso de su controlante actuará siguiendo las directivas de esta última en tanto que la controlante acreedora verificado en el concurso de su controlada actuará según una identificación de intereses con la concursada deudora en el polo opuesto al interés de los acreedores externos...”<sup>37</sup>. A nuestro criterio una acertada solución que no se aparta del régimen taxativo legal, sino que solamente aplica el texto positivo de la ley a una relación recíproca que habilita que sea entendida como comprendida en la norma. No se trata de un supuesto no previsto sino que es la contrapartida de uno visualizado por el legislador, que con los mismos fundamentos que aquel expresamente determinado permite tratarlo como legalmente prescripto para excluir el cómputo de las mayorías a la controlada en el concurso de la controlante.

Aunque la solución no es la adecuada, los casos de control externo no se encuentran excluidos en nuestra ley del cómputo de las mayorías. En una interpretación forzada se entiende que todo supuesto de control produce la exclusión del voto porque en el caso del accionista el atributo obstativo es el control<sup>38</sup>. El razonamiento, si bien de una clara justicia, lleva a una

---

<sup>37</sup> CNCom, sala B, 13/7/2006 "IEBA"

<sup>38</sup> RIBICHINI, *Acuerdo...* cit. p. 44.

conclusión errónea por un par de razones, la primera es que la elemento principal de la exclusión no es el control sino la relación del acreedor (socios y administradores) con la sociedad concursada, y la segunda, es que la propiedad particular de la exclusión del accionista, si bien es el control, dicha cualidad no puede verse en forma aislada, abarcando todo tipo de control, porque sólo es relevante cuando exista aquel primer elemento que impone la exclusión y ese es, la relación entre sociedad y acreedor, lo que únicamente se da cuando el control sea interno.

Todas las exclusiones previstas expresamente por la ley llevan una estrecha vinculación palpable, ostensible y manifiesta entre deudor y acreedor, ya sea por cuestiones personales o por cuestiones societarias.

#### **1.3.4. Competidor desleal**

El primer antecedente sobre el tema de la competencia data del año 2002<sup>39</sup>, donde se revocó la sentencia de primera instancia que negó derecho a voto a acreedores que resultaban competidores de la concursada en ejercicio de una competencia desleal. En dicho fallo, en disidencia, el Dr. Monti sostuvo que únicamente podría restringirse al acreedor ser computado en la medida que el ejercicio de su derecho se percibiera como infraccionante a principios indisponibles, imperativos y vinculantes por ser inescindibles del orden público, la moral y las buenas costumbres (arts. 18, 21, 502, 953, 1071, 1050 etc. CCiv.). Las cuestiones en defensa de la competencia, que se dieran en los concursos, no pueden ser aplicadas *per se*, ya que están reservadas a otra competencia, más precisamente a la administrativa, conalzada en el fuero federal. Al juez concursal sólo le queda, advertida la cuestión, dar intervención al tribunal administrativo competente (Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia).

Luego, en un fallo de primera instancia de la justicia mercantil de la ciudad de Buenos Aires<sup>40</sup>, se sostuvo que “es común que como consecuencia de las complejidades del comercio un competidor se convierta en acreedor de otro en operaciones empresariales normales, mas esa sola circunstancia no aparece suficiente para impedirle ejercer sus derechos creditorios, que en el caso, se traducen en la votación de la propuesta. A distinta solución se podría haber arribado si se hubiera determinado que tal acreedor pretendía aprovechar el marco del proceso concursal y su consiguiente derecho a voto con el propósito y efecto de perjudicar al competidor, configuran así una conducta depredatoria, anticompetitiva y antijurídica”. Así se desechó la exclusión de voto de un competidor de la concursada.

---

<sup>39</sup> CNCom Sala C 27/12/2002 “Equipos y Controles”.

<sup>40</sup> Juzg. Com. N° 10, 27/4/2010 “ICS Comercial SA s/ concurso preventivo” (juez Chomer).

La solución adoptada tuvo comentario laudatorio de DASSO<sup>41</sup> y JUNYENT BAS<sup>42</sup>. Este último reconoce que la decisión judicial se desarrolló en torno al equilibrio entre la conducta de la concursada y de los acreedores a los fines de evitar el abuso del derecho y la hostilidad de los acreedores computables. Sobre el punto se sostuvo que la ley 25.156, es inaplicable en el concurso para fundar la exclusión de voto del competidor porque ninguna de las conductas previstas en aquél cuerpo normativo son antijurídicas si no afectan el interés general por lo que no se constituirían en causal de exclusión del cómputo de las mayorías del competidor del concursado<sup>43</sup>. El antecedente, aunque de primera instancia, deja abierta la posibilidad de que amén de la taxatividad legal de exclusiones típicas, en el supuesto de que exista verdadera colisión entre competidor y concursado por hostilidad abusiva, concretamente cuando se exteriorice una “reticencia inexplicable del acreedor que no acepta una propuesta netamente favorable”, pueda excluirse del cómputo de las mayorías, concretándose una atípica exclusión.

**Los administradores de la sociedad concursada, si ahora requieren la exclusión del cómputo determinante de la mayoría, de un acreedor legitimado, por “competencia desleal”, crédito nacido voluntariamente, debieron haberse asegurado de satisfacer su cumplimiento en tiempo oportuno. Claro que la competencia desleal de un cesionario o subrogado servirá para negarle el voto a un competidor, en la tesis afirmativa (Graziabile).**

## **2. PERIFERIA.**

Toda conceptualización, y a ello no escapa lo que hemos expuesto precedentemente, se vinculan a una visión global de la temática concursal, tales como la legalidad de la propuesta, particularmente en el caso de sociedades ante posiciones que consideran que la quita es en fraude a la ley societaria<sup>44</sup>, la integración de la propuesta<sup>45</sup>, que implica un previo tanteo de la voluntad de los acreedores sobre la misma al convenir sobre el comité de control. Todos temas que hacen a una sistematización integral del problema de la crisis, particularmente de las sociedades.

---

<sup>41</sup> Dasso, Ariel A. “Un leading case en materia de exclusión del voto mayoritario en el concurso” LL, 1/9/2010.

<sup>42</sup> Junyent Bas, Francisco “¿Existe el acreedor hostil?. A propósito del abuso del derecho en la negativa de voto” LL, DCCyE, 2-25.

<sup>43</sup> Frick, Pablo D. “Exclusión de voto del competidor en el procedimiento concursal” en Piaggi, Ana (dir) *Cuestiones complejas de Derecho Mercantil moderno* Lexis Nexis, 2007, t. I p. 208.

<sup>44</sup> VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo “EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO” en *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I* pág. 161.

<sup>45</sup> RICHARD, Efraín Huño “Integración de propuesta en concurso societario (sobre la empresa, lo concursal y lo societario”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas*, Nueva Serie, Año 2, N° 3, Editorial Dunken, Corrientes 2008, pág. 137 a 160.