

TRANSFERIBILIDAD DEL DERECHO AL VOTO EN CONCURSO PREVENTIVO.

Efraín Hugo RICHARD

Comunicación a las XV JORNADAS DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA :CONFLICTOS SOCIETARIOS: Impugnación de actos societarios (San Nicolás, 17 y 18 de octubre de 2008), en Libro del Congreso pág. 311.

A la fecha ya no se podrá usar del arbitrio de la cesión de créditos para entender legitimado a votar al cesionario. La doctrina se ha expedido sobre que sólo los convocados pueden expresar su voluntad, y otra parte de ella en el sentido que sólo los verificados pueden hacerlo.

Aún en la hipótesis de la absoluta autonomía de la voluntad, incompatible con el sistema concursal preventivo, la cesión de créditos a los terceros no convocados o no verificados no podría perjudicar a terceros, por lo que no podrían con su voto generar la mayoría que imponga a los que no adhieren o no pueden expresar su voluntad, acuerdos que afectaren sus derechos –arg. Art. 1195 C.C.-, particularmente imponiéndoles quitas o esperas. Se altera así la causa de la relación vincular al concurso y el esfuerzo compartido..

Los derechos deben ser ejercidos regularmente, dentro del contexto del concurso, sin afectar los derechos de los restantes acreedores. El apartado inicial sobre “sospechas” complementa esta cuestión.

I – SOSPECHAS.

Hay sospechas del indebido uso del *jus votandi*¹, también trasuntadas en dos recientes fallos que introducen duros juicios de valor sobre la conducta desplegada por las concursadas. Así el Juez de Mendoza Dr. José E.A. Arcaná expresa “si se tiene en cuenta la excesiva litigiosidad deliberada y dilatoria que caracteriza últimamente a todos estos procesos concursales”², considerando abusiva una propuesta ab initio. A ello se suman las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers³ “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los “verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para

¹ De Truffat, Vaiser, Granados, Porcelli en RICHARD, Efraín Hugo *Voto o aceptación de propuestas concursales írritas. Legitimación e interés contrario* en “El voto en las sociedades y los concursos” AAVV Instituto Argentino de Derecho Comercial, Ed. Lexis, Buenos Aires 2007, pág. 207.

² Exp. 69170 “Villafañe, Juan Agustín p. Conc. Preventivo”, resolución del 10 de julio de 2008.

³ En la Resolución del 22 de abril de 2008 en la causa “Southern Winds S.A. s/ concurso preventivo” fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A, en La Ley del 15.08.2008 pág. 8 con nota de Claudio Alfredo Casadio Martínez.

dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”.

Duro ¿no?

II – LEGITIMACIÓN.

1. La aceptación del criterio mayoritario para imponer una decisión a los disidentes y ausentes exige, además de un cierto procedimiento, la existencia de un interés común u homogeneidad de intereses en quiénes vayan a formalizar esa declaración de voluntad. En el caso del concurso esa “legitimación” corresponde a los acreedores concurrentes para asumir la comunidad de pérdida ante la insolvencia del deudor común. No es un derecho del crédito sino del titular del patrimonio al que se le limita el ejercicio del derecho creditorio que afecta a su patrimonio.

“Para que un concurso preventivo sea una herramienta sana para que empresas viables superen situaciones de crisis económico financieras, más procurando mantener un adecuado equilibrio de intereses de manera tal que no constituya una trampa para acreedores, es clave que quienes vayan a integrar las mayorías computables sean todos los que deban ser y no otros; sin ausencias que peden ser evitadas y sin presencias de acreedores falsos”⁴.

Tema central de un acto vinculante por mayoría -colegial para Otaegui, Kölliker Frers, Moro y nosotros, aunque la cuestión es menor-, es quiénes pueden formalizar su manifestación –que manteniendo su identidad (colectividad)- determina la voluntad colegial. En una asamblea societaria los accionistas que se inscribieron (art. 238 LS). ¿Y en el concurso? Este es el tema clave. La ley concursal autoriza a votar a los acreedores convocados verificados o declarados admisibles (arts. 32 y 41 LCQ)⁵ y no a los “créditos”. Ello se vincula indisolublemente al aspecto del “interés contrario” o al “interés concurrente”. Otro tema es el de la categorización.

La visión sobre la cuestión suele ser limitada por aplicación del método de las “relaciones de cambio”, y no de las de organización. Se apunta al sistema concursal, o al orden público concursal, o al sistema de concursabilidad que implica un sistema de

⁴ AQUINO, Mariano J. *Algunas notas sobre los acuerdos preventivos para acreedores privilegiados* en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires 2005, año 38 tomo 2005-B pág. 554 y ss., específicamente pág. 562 “2. El pasivo que integra las mayorías. La importancia de la etapa informativa”, si bien tratando de acreedores privilegiados introduce las condiciones de “legitimidad”.

⁵ RICHARD, Efraín Hugo *LEGITIMACIÓN PARA VOTAR EL ACUERDO CONCURSAL (¿NEGOCIO COLEGIAL COLECTIVO?)* en La Ley del 13 de marzo de 2006 y particularmente en *¿SANTIFIQUEMOS LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN LOS CONCURSOS PREVENTIVOS?*, Publicada en JURISCONCURSAL n° 5, Mayo 2007 San Miguel de Tucumán. Año II Publicación de Sindicaturas y Derecho Concursal pág. 95 contestando la polémica sobre el punto de E. Daniel Truffat en la misma publicación pág. 85 *La cesión de créditos en los concursos preventivos*

“relaciones de organización”, que impone la legitimación de ciertos acreedores (no de terceros que lo sustituyen). Se configura así el negocio colegial, como un negocio colectivo de participación necesaria de exclusivos legitimados para tratar una propuesta del deudor común, en un marco temporal normativa y judicialmente delimitado.

La legitimación concursal excluye la cesión o subrogación posterior a la apertura del concurso, imponiendo la verificación del acreedor concurrente que pretenda estar legitimado para votar, lo que resulta de las previsiones de los arts. 31 y 41 LCQ. Justamente en relación a ciertos créditos (45 3ª parte LCQ), se amplía el período de incesibilidad a un año antes de la presentación, por la suposición de planificación de la insolvencia⁶.

Los efectos entre partes derivados de la subrogación y cesión de créditos han sido estudiados⁷ desde el Código Civil, pero a nuestro entender no se ha agotado el análisis desde la particular naturaleza del acuerdo y de su aprobación como acto colegial colectivo.

2. La aplicación del Código Civil generó un caso paradigmático resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, el 23 de agosto de 2001 en los autos “Kosseovich, 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 relaciones de organización, 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 e incluso al acreedor original al que sólo se satisface el monto necesario para lograr la mayoría⁸. En efecto, 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.

Se trata de abuso de derecho –cuando no de un acto delictual- por “acreedores” nacidos con posterioridad, generando daños a los acreedores convocados. Nada obsta al negocio de subrogación o de cesión, con sus efectos típicos entre partes, pero con exclusión del voto en interés contrario a los que concurren al acto colegial colectivo, además de por falta de legitimación.

II – ALTERACIÓN DE LA CONCURSALIDAD Y DE LA CAUSA.

⁶ DWORKIN, Ronald *Los derechos en serio*, Ed. 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”.

⁷ STUPNIK, Andrés A.; STUPNIK, Sergio A.J. y STUPNIK, Martín G. *El pago con subrogación y la cesión de créditos. Su aplicación en los procesos concursales* en *Doctrina Societaria y Concursal* Diciembre 2005, año XIX tomo XVII nº 217, p. 1551.

⁸ 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 *Il voto divergente nella società per azioni* Casa Editrice Giuffrè, 5 Quaderni di Giurisprudenza Commerciali, Milán 1976.

Existiría 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 convocado, anterior a la presentación y verificado o declarado admisible, limitando el efecto de la cesión en el concurso, existe en esos actos una alteración de las consecuencias naturales del negocio⁹, en ese negocio de transmisión existe una deficiencia en la causa, cuando no su ausencia, o su ilicitud, contraria al sistema concursal e incluso una “ilicitud moral”¹⁰ en cuanto se intenta afectar a la minoría. La “adquisición” por cualquier medio de un crédito ya verificado, particularmente seguido por renunciaciones a derechos reales o privilegios¹¹, y la aceptación de un acuerdo írrito de quita y espera contiene una desviación causal del negocio, jurídica y moralmente ilícita, en cuanto intenta perjudicar a los acreedores concursales reconocidos y enriquecer al concursado o a los socios de la sociedad concursada.

Desde la axiología 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. Aceptar la participación de subrogantes, cesionarios o adquirentes de créditos sería desnaturalizar el principio, máxime cuando –escandalosa y abusivamente- se lo hace al único fin de obtener la mayoría, “adquiriendo” la porción necesaria a tal fin de un crédito mayor. Ello se corresponde al contenido del informe general (art. 39 inc. 3º LCQ) y en la categorización “fundada en agrupamiento y clasificación en categorías de los acreedores verificados y declarados admisibles” (art. 41ª parte LCQ) y no de otros.

El interés contrario está ligado a la causa de la obligación y consecuente ejercicio regular de los derechos que está condicionado a la existencia de “una causa, una justificación económico social del acto de la autonomía contractual”¹², donde el juez

⁹ BETTI, Emilio *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado 2ª edición Madrid 1959, pág. 187

¹⁰ BETTI, ob. cit. pág. 278.

¹¹ Ha señalado la Dra. Villanueva refiriéndose a los acreedores que renuncian a su privilegio, “... la participación de estos acreedores en la formación del acuerdo se supedita a que los presupuestos de su legitimación –reconocimiento y categorización- logren ser reunidos a tiempo ...” -VILLANUEVA, Julia, Concurso Preventivo, págs. 392-. E indica, “... quien decide renunciar a su privilegio para adherir o rechazar la propuesta, debe hacerlo antes del inicio del trámite tendiente a la categorización, el que, como hemos visto, comienza con la propuesta del deudor prevista en el artículo cuarenta y uno. Admitir la posibilidad de dicho acreedor de renunciar en tiempo ulterior, es –a nuestro juicio- inadmisibles a estos efectos. Primero, porque importaría soslayar el derecho del deudor a diseñar las categorías del modo que mas convenga – siempre dentro de los límites que le marca la ley- a su interés, derecho que reconoce un presupuesto obvio: que la agrupación efectuada por él al presentar su propuesta, no sea alterada por la posterior incorporación de quienes no fueron considerados en esa ocasión por causa sólo a ellos imputable. Y segundo, porque el trámite de dicha categorización exhibe, desde cierta perspectiva, un matiz típicamente concursal, dado por la posibilidad de participar que la ley otorga a todos los interesados. En ese marco, quien renuncia con posterioridad a la oportunidad prevista en el citado artículo 41, se coloca al margen de ese trámite, privando –sin ninguna razón que justifique ese obrar- a sus coacreedores de la posibilidad de opinar acerca de la categoría que a él corresponda asignar ...”. Concluyendo señalando que, “... cuanto llevamos dicho importa sostener que, a nuestro juicio, la renuncia al privilegio no puede ser posterior a la categorización a los efectos de votar ...”. Los derechos deben de ser ejercidos en forma regular, siendo que el mismo no puede ir en contra del orden público, la moral y las buenas costumbres, expresándose: “... la finalidad de la norma en análisis es encauzar el ejercicio del derecho a voto en un marco de regularidad evitando abusos y distorsiones. En este sentido, considero que si bien es un derecho esencial del acreedor prestar su conformidad o no, este derecho debe ser ejercido de modo regular. Cabe recordar que el instituto del concurso preventivo tiene por finalidad alcanzar una solución consensuada entre el deudor y sus acreedores, contemplando, asimismo, el interés general. Y en este contexto, es deber del juez concursal velar por el cumplimiento de esa finalidad evitando que se incurra en abusos en el ejercicio de los derechos respectivos, tanto por la concursada como por los respectivos acreedores. En efecto, es deber del juez la protección de todos los intereses en juego en el proceso colectivo ...” - Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial, Nº 17, Secretaría Nº 34, 23/08/07, UNION ARGENTINA DE RUGBY CONCURSO PREVENTIVO-

¹² GALGANO, Francesco *El negocio jurídico*, edición tirant lo blanch, Valencia 1992, traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa, pág. 107.

deberá verificar si “están dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico... el juicio sobre la aptitud de los intereses para ser merecedores de tutela jurídica... desempeña de este modo la función de criba respecto de la admisión de esquemas contractuales atípicos en el ordenamiento jurídico”¹³.

La causa no puede ser alterada para perjudicar a ciertos acreedores, enriqueciendo a los socios, particularmente en cuanto existen formas de acuerdos que compatibilizan ambos intereses. Alterar la causa del crédito para beneficiar al deudor importa un acto ilícito, o por lo menos abusivo. Así ingresamos dentro de la teoría del abuso de derecho, pues para ello basta que se ocasione a otra parte un perjuicio anormal y excesivo –violando así el principio de no perjudicar a terceros determinado en el art. 1195 C.C.-, cuando no un fraude a la ley caracterizando una situación en la cual para evitar la aplicación de una norma jurídica que no le favorece o no le interesa, una persona se ampara en otra u otras, llamadas normas de cobertura, y busca dar un rodeo que le permita sortear la prohibición o las obligaciones que le imponía la norma vulnerada, en el caso excluir a un legitimado, reemplazándolo por quién votará a favor.

Estas apreciaciones sobre la “causa” permiten acentuar el criterio concursalista de admitir a votar sólo a los acreedores verificados o declarados admisibles que tienen una causa evidenciada y coherente con las vinculaciones patrimoniales generadas por el concursado. Los acreedores cuyos votos estamos cuestionando, no verificados, que advienen al concurso con una “causa” de liberalidad para renunciar a privilegios y/o al derecho propio de un acreedor de hacer efectivo su crédito, tiene interés contrario por la propia causa del negocio por el que intenta intervenir en el “negocio colegial”. “Un interés extraño, y generalmente opuesto, al meramente patrimonial derivado del crédito que tiene contra la sociedad”¹⁴.

Interpretado el sistema en su conjunto, en el análisis de una relación colegial colectiva, y no de mero contrato entre acreedor y deudor, o entre acreedores individualmente, la obtención de la mayoría implica generarles a los acreedores que votaron en contra, los que se abstuvieron, y los que están en trámite de ser reconocidos, una donación expropiatoria a favor de los socios. Un acreedor no originario, por causa o título anterior al concurso, no puede alterar el estado de cosas, rompería la *pars conditio creditorum*, particularmente el sistema de la concursalidad.

En cuanto se advierta que la intervención posterior a la apertura del concurso de un tercero (“agradecido”?) empobrece a los acreedores disidentes, abstenidos o en trámite de reconocimiento, y enriquece a los socios de la sociedad concursada –o al propio concursado-, la apreciación de ese enriquecimiento complejifica la situación y califica por lo menos el abuso.

Llamó la atención que la jurisprudencia sobre exclusiones no hiciera referencia a tratados, particularmente en orden a legitimación. Consultamos a Rivera, Roitman y Vitolo¹⁵ y a Junyent Bas y Molina Sandoval¹⁶, sin encontrar referencias. En Cámara encontramos opinión concreta¹⁷. Si bien referido a la Junta de acreedores, donde se

¹³ GALGANO ob. cit. pág. 108, donde en cita agrega que “tal juicio debe ser aplicado al esquema contractual abstractamente considerado y que el mismo asume la función de criba indicado en el texto”, y que “la causa prevista directamente por la norma respecto de cada uno de los contratos típicos, debe estar presente también en el contrato típico creado, el cual debe tener una función concreta que corresponda con una de las funciones típicas y abstractamente considerados”.

¹⁴ Del Dictamen fiscal de Alejandra Gils Carbó aceptado por la CNCom. Sala A 8.10.2004 “Productos Mainumbi S.A. s/ Concurso preventivo” en libro *Conflictos en la Insolvencia* Directores Nissen, Vitolo, Editorial Ad Hoc, Bs. Aires 2005 pág. 352 y ss. .

¹⁵ *Ley de concursos y quiebras*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2000, tomo I pág. 313 y ss..

¹⁶ *Ley de concursos y quiebras comentada*, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires 2003, tomo I pág. 271 y ss..

¹⁷ CÁMARA, Héctor *El concurso preventivo y la quiebra – Comentario de la ley 19551*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1979, tomo II pág. 933 y ss “acreedores que pueden asistir”, específicamente pág. 933.

expresaba la dirección del voto, ante el título “Acreedores que pueden asistir”, se preguntaba “¿Qué acreedores comprende? Los verificados y declarados admisibles”, al ser reemplazado el anterior sistema de verificación. Posteriormente al referirse a los “acreedores votantes”¹⁸ señala enfáticamente un juicio totalmente aplicable en la legislación vigente: “a) El derecho de voto se atribuye al acreedor, y no a los créditos... En consecuencia, si el acreedor tiene varios créditos dispone de un solo voto personal – principio de indivisibilidad-, por el importe de todos ellos con derecho de voto: único en su contenido que no puede fraccionarse ni por mandatario...d) El acreedor de un acreedor del concursado, ¿puede votar usando la acción subrogatoria? No corresponde, porque el derecho de voto es inherente a la persona del acreedor (art. 1196 C.C.)... Tienen derecho de voto: a) En primer lugar, los acreedores quirografarios verificados o declarados admisibles... Ellos son los principales destinatarios del acuerdo preventivo, porque soportan las consecuencias de la insolvencia del deudor”. Es el interés común que justifica, conforme el orden público concursal, el acuerdo por mayoría de las personas unidas homogéneamente¹⁹.

Lo que es aceptable en las relaciones bilaterales, y autorizado por el Código Civil, como relación de acuerdo o contractual, no puede afectar a terceros, basados en el art. 1195 C.C..

A su vez la participación de terceros no convocados impondría el análisis de las conductas a la luz del art. 180 Código Penal.

¹⁸ CÁMARA ob. cit. en nota anterior pág. 965 y ss., específicamente pág. 966. A pág. 968 refiere “puede votar usando la acción subrogatoria? No corresponde, porque el derecho de voto es inherente a la persona del acreedor (art. 1196, Cód. Civil”, que se repite a pág. 223 tomo II de la Segunda Edición Actualizada bajo la dirección de Ernesto E. Martorell, Buenos Aires 2006 Lexis Nexis..

¹⁹ 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”.