

## CESION DE CRÉDITOS Y DERECHOS EN EL CONCURSO PREVENTIVO

Efraín Hugo RICHARD

**Comunicación al IV Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil, Buenos Aires 5 y 6 de junio de 2008, publicada a pág. 107 y ss. del libro colectivo “Situaciones de crisis en las sociedades comerciales”, Directores José Miguel Embid Irujo y Daniel Roque Vitolo. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires octubre 2010.**

### *Abstract:*

*Partimos de la diferencia de los conceptos de contrato y acuerdo, para tratar la propuesta concursal, En el análisis de la praxis concursal se advierte que la aprobación de propuestas predatorias de quitas y esperas esta unida al voto de ciertos terceros que sustituyen a acreedores concurrentes y verificados, renunciando a privilegios y actuando en forma contraria a la posición jurídica de acreedor, asumiéndose que no sólo actuarían con abuso de derecho y fraude a la ley. Afrontamos la tesis que el acuerdo concursal configuraría un negocio de mayorías con limitación de legitimados para votar.*

### I – INTRODUCCIÓN.

1. 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.
2. Hemos expuesto nuestro criterio desde la legislación argentina que 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)..
3. 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+ 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-.
4. 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.
5. 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.
6. Con mucha timidez la jurisprudencia ha acercado algunos elementos como extensión de la prohibición del art. 45 LCQ.

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.).

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.).

7. Pero nuestra posición va más allá, intenta generar una regla para los acuerdos, en el sistema del derecho privado y del derecho concursal<sup>1</sup>.

## 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>2</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 C.C.), 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, y b) el acuerdo es creador de normas jurídicas generales, que obligan a todos los que en el futuro estén encuadrados en sus previsiones, y distingue del contrato que crea una norma jurídica individual<sup>3</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, y aquel concepto no excluye al “acuerdo colegial”, dentro del que incluimos al “acuerdo concursal” 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>4</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.

Lo abordamos al referirnos a la asamblea de las sociedades anónimas<sup>5</sup>, que es donde mejor aparecía normado ese acto o acuerdo colegial colectivo. Pensamos también que la cuestión debía normarse 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.

Nos volvimos a interesar primero en la naturaleza de la asamblea unánime<sup>6</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>7</sup>. Y, últimamente, ante la espuria realidad de la votación de acuerdos predatorios.

<sup>1</sup> RICHARD, Efraín Hugo *¿SANTIFIQUEMOS LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN LOS CONCURSOS PREVENTIVOS?* (Dotorcito... y eso pa q' é? 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 n° 5, en San Miguel de Tucuman, mayo de 2007.

<sup>2</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>3</sup> LORENZETTI ob. cit. pág. 177 a 178 a quién hemos casi transcripto.

<sup>4</sup> En *Sociedades y contratos asociativos*, Zavallia Editori, Buenos Aires 1987.

<sup>5</sup> En *Derecho Societario* con Orlando Manuel MUIÑO, Editorial Astrea 2ª reimpresión Buenos Aires 1999, pág. 26 y ss..

<sup>6</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>7</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 Héctor Guillermo Vélez. Tomo II pág. 415.

Con este último objetivo intentamos una teorización sobre la cuestión, afrontándolo desde los principios.

#### 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>8</sup>. El acuerdo se aparta conceptualmente del contrato al legitimar las decisiones logrables por mayoría por imperio de norma jurídica o contractual, siendo susceptible de formación sucesiva y progresiva, expresándose siempre como un acto unilateral. Claro que allí el acuerdo colectivo alcanza su reconocimiento por ciertas formalidades que se cumplen (colegialidad).

Sobre el punto expresa Lorenzetti<sup>9</sup> “El acto colegial es la declaración de varios sujetos que concurren para formar una declaración de voluntad imputable a un sujeto distinto de los que lo forman y está dirigido a tutelar el interés de ese sujeto diferente. Es un acto colectivo en el sentido de que hay varias declaraciones de voluntad, pero a diferencia del caso anterior, sirven para formar la voluntad de un sujeto distinto. El interés en juego es el de este último sujeto, y no es común como en el colectivo.

El colegio es un término de raíces históricas, que acarrea una cierta confusión. En realidad se trata de un órgano de decisión y el “acto colegial es el procedimiento interno para tomar esa decisión”. El distinguido jurista se está refiriendo fundamentalmente a las asambleas o reuniones de socios o asociados de sociedades, asociaciones o fundaciones por lo que atiende a la existencia de otro sujeto, pero la generalización permite aplicarla a otros supuestos como el consorcio de propietarios, sea o no persona jurídica, a los contratos de colaboración y a los acuerdos concursales. En el punto lo que es fundamental como recoge el autor citado es la aplicación del “principio mayoritario”, y la tutela de un interés no necesariamente idéntico al de los intervinientes.

El acuerdo doctrinariamente se aparta del contrato al legitimar las decisiones logrables por mayoría por imperio de norma jurídica o contractual, siendo susceptible de formación sucesiva y progresiva, expresándose siempre como un 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, sea 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>10</sup> quién apunta que se “habla de acuerdos en materia de ... y también la Ley de quiebras habla de voto y de acuerdo en tema de convenios... de convenio preventivo... A las decisiones adoptadas por mayoría... de acuerdo a la mayoría... “hablar del acuerdo como voluntad autónoma del grupo, como voluntad que el grupo mismo, cual entidad distinta de los miembros que lo componen, ... no es más que una metáfora, una imagen del hablar figurado... el acuerdo se presenta como el resultado de una pluralidad de declaraciones individuales: no es la voluntad de la asamblea... consiste en una pluralidad de declaraciones unilaterales, cuya eficacia se subordina a la condición de que el contenido de cada una de ellas se corresponda con el contenido de tantas otras declaraciones”... y “sólo si han sido tomados de conformidad con la ley”,... Finalmente refiere que “Otras variedades del método rigen para los acuerdos de los acreedores concursales acerca

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

<sup>9</sup> LORENZETTI ob. cit. pág. 181/182.

<sup>10</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.

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.” 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\*

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. Aclarado esto pasa ser un punto de menor importancia el uso de expresiones como “colegial” o “voto”.+

La pregunta que hay que hacerse es: mayoría de quiénes para aprobar una propuesta.

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 –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 pueo 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 protexto de conservar la empresa apuntan a burlar a los acreedores”<sup>11</sup>.

Incluso Otaegui discrepa con Vitolo que con criterio más amplio expresa “cuando el acreedor originario ya ha sido declaradcoverificado o admisible, su cesionario podrá ejercer el derecho de voto esi el juez resuelve tal sustitución”. Otaegui así mantiene un criterio restrictivo y afirma la existencia del “colegio”.

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>12</sup>.

---

<sup>11</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.

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.

Refiriéndose al acuerdo concursal, pero dentro de la concepción genérica que ensayamos, Gils Carbó<sup>13</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.

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>14</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>15</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>16</sup>. Describe así Gils Carbó el acuerdo o negocio colegial colectivo.

Apunta luego el conflicto de intereses entre los acreedores de un mismo deudor, para señalar “La ley concursal ordena este conflicto agrupándolos en una comunidad o masa, bajo el postulado de la *pars conditio creditorum* y les impone un sacrificio igualitario que deriva de un criterio ético de justicia distributiva. Sobre la base de esta homogeneidad de intereses –que la ley presupone- se admite la posibilidad de arribar a una solución concursal preventiva... Desde la óptica del paradigma contractual, los efectos de esta convención *erga omnes*, son una anomalía.... Este régimen exorbitante del orden contractual, que subordina el ejercicio de los derechos creditorios a las exigencias colectivas, sólo se explica por la prevalencia de un interés público”, que la autora identifica con “la conservación del equilibrio económico”, señalando “El proceso concursal se erige ante la necesidad de impedir que un fenómeno económico, la cesación de pagos, pueda repercutir negativamente, dando lugar a una reacción en cadena, sobre la situación patrimonial de otras empresas y por ende, sobre la economía toda<sup>17</sup>”. Claro esta: es el principio de tempestividad en la asunción de la crisis, sobre la que tanto se ha trabajado, para evitar la caída de la empresa en dificultades y evitar el contagio<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> JUNYENT BAS, Francisco A. *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 Lexis Nexis del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires 2007, 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 por Moro y nosotros, “Abran, José F. s/ Concurso Preventivo Cam. C.y C. de Azul, Sala 1, 7.07.2005.

<sup>13</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., que sirvió de base del Seminario realizado en Mar del Plata en noviembre de 2005.

<sup>14</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>15</sup> IGLESIAS, José Antonio *Concursos y quiebras. Ley 24522* Editorial Depalma, Buenos Aires 1995, pág. 96.

<sup>16</sup> Gils Carbó cita aquí a Sacchi, ob. cit. pág. 43.

<sup>17</sup> La autora que venimos siguiendo cita aquí a LA MONICA, Mario *I reati fallimentari*, IPSOA, Milán 1999, págs. 200-1.

Se apunta que, dentro de ese orden público concursal, “Se establece un control de la categorización de los acreedores (art. 42 LCQ.) y de la homogeneidad en la votación, dado que la adopción del principio mayoritario exige para su legitimidad que los votantes estén agrupados en virtud de un interés común” (el subrayado es nuestro). “Por ello –sigue- el art. 45 LCQ determina la exclusión del voto de quienes cabe presumir que obrarán en interés del deudor por razones de parentesco o vínculo societario”.

La idea de “acto o negocio colegial” debe vincularse a toda declaración bi plurilateral de voluntad que pueda implicar una declaración imputable a un centro de interés, no necesariamente unánime, a expedirse en un marco temporal, o jurídico, o espacial.

En alguna ocasión nos hemos entretenido en aspectos societarios\*, pero ahora apuntaremos exclusivamente a lo concursal.

## V – EL ACUERDO CONCURSAL

Nos acercamos a esta problemática por los perjuicios que se generaban al crédito desde los concursos societarios<sup>19</sup>, pero también en la idea que es nuestra obligación afrontar temas conflictivos, donde la práctica lleva –a veces- a apartarse de principios de justicia distributiva, asunción equitativa de las pérdidas y justicia de los repartos. Una realidad generada por un economicismo financiero aético. Empezamos a advertir que en el derecho argentino el que cumple es la parte débil, que el sistema no protege ni asegura el cumplimiento implicando formas que no hacen a la seguridad jurídica sino a un hipergarantismo formalista casi cómplice. La justicia lenta no es justicia<sup>20</sup>.

Dejamos de lado aspectos colegiales en cuanto a la “mayoría simple” para otorgar autorizaciones para promover ciertas acciones de responsabilidad o inoponibilidad<sup>21</sup>.

## VI – LEGITIMACIÓN.

### 1.1. Derecho personal de los acreedores.

Retomamos las apreciaciones genéricas sobre acuerdo de mayorías calificadas o “colegial”. Si se quiere cuestionar este término el problema es intrascendente. Lo importante es el marco del concurso, los intereses comunes y quiénes puede expresar su adhesión.

La aceptación del criterio mayoritario para imponer una decisión así adoptada 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. Así lo reafirmamos, 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

<sup>18</sup> Sobre la tempestividad de actuar como deber de los administradores societarios, contradiciendo la opinión mayoritaria de que se ha eliminado toda sanción por no actuar oportunamente, pueden verse nro. *Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!* (En torno a la insolvencia societaria) en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532, y anteriores, y las tendencias modernas que apuntan que las soluciones deben producirse en el campo del derecho societario, cfme. SCHMIDT, K. *Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán. La ley alemana de insolvencia de 1994* en “Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal del 2001, Editorial Diles, Madrid 2002, págs. 34 y ss. y nro. *Esta lloviendo, se acabó la sequía* citado y en la *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* n° 203 –septiembre 2003- *Los administradores societarios y la insolvencia* pág. 553, en coincidencia sobre la responsabilidad de administradores en forma individual frente a los acreedores, y porque no ante los socios como sostiene Schmidt. Interesante sobre su apreciación en torno a la responsabilidad de los socios es el trabajo de MACAGNO, Ariel A. Germán *El fenómeno de la infracapitalización y la falencia social sobreviniente* en *Revista de las Sociedades y Concursos* n°3, Marzo Abril 2000, Buenos Aires, pág. 47 y ss.. Es el tema de la planificación que debe formalizar el administrador societario como buen hombre de negocios, resolviendo la crisis en el marco del derecho societario, tempestivamente.

<sup>19</sup> En libro colectivo *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005, nro. *Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria*, capítulo XLIX tomo I pág. 811.

<sup>20</sup> En Congreso de Academias de Derecho, Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999, *Justicia y Derecho* pág. 541.

<sup>21</sup> RIVERA, Julio César *Instituciones de derecho concursal*, Editorial Rubizal-Culzoni, Santa Fe, tomo II, p. 125.

acreedores, es clave que quienes vayan a integrar las mayorías computables sean todos los que deban ser y no otros; sin ausencias que pueden ser evitadas y sin presencias de acreedores falsos”<sup>22</sup>.

Tema central de un acto colegial es quiénes pueden formalizar su voto o manifestación unilateral (también aquí el léxico es indistinto) –que manteniendo su identidad (colectividad)- determina la voluntad colegial colectiva. En una asamblea de sociedad los accionistas que se inscribieron con no menos de tres días de anticipación a su realización (art. 238 LS). ¿Y en el concurso? ¿Cualquier persona? Esta es la clave, particularmente por un principio de conocimiento, vínculo causal, interés concurrente y carácter del concurso.

La ley concursal autoriza a votar a los acreedores verificados o declarados admisibles (arts. 32 y 41 LCQ) y no a los “créditos”. Ello se vincula indisolublemente al aspecto del “interés contrario” o al “interés concurrente”.

La visión sobre la cuestión suele ser limitada por aplicación del método de las “relaciones de cambio”, y no de las de organización. La Fiscal apunta muy bien al orden público concursal, sistema de concursabilidad que implica un sistema de “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. Así definido puede prescindirse de lo colegial.

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), 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>23</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 intenta perjudicar a los acreedores concursales reconocidos y enriquecer al concursado o a los socios de la sociedad concursada.

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>24</sup>. 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 a la categorización “fundada en agrupamiento y clasificación en categorías de los *acreedores verificados y declarados admisibles*” (art. 41ª parte LCQ) y no de otros.

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

<sup>22</sup> 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 pasvivo que integra las mayorías. La importancia de la etapa informativa”, si bien tratando de acreedores privilegiados introduce las condiciones de “legitimidad”.

<sup>23</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”.

<sup>24</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.

cesión es sospechosa y ajena al “interés” de un acreedor real. Aparecería el conflicto de intereses.

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*.

### 1.2. Exclusiones.

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. No puede votar si no es acreedor concurrente originario, que es lo que asegura “el interés común” al decir de Gils Carbó. “El art. 36 de la ley 24522 dispone que la decisión sobre el estado pasivo que el juez fija en esa oportunidad es definitiva a los fines del cómputo de las mayorías y base del acuerdo, de modo tal que es a esos acreedores, declarados verificados o admisibles, a quienes el convocatario debe pedirles su conformidad, o al menos sobre ese piso desarrollar el juego de negociaciones propias del concurso... Ninguna regla ni práctica viabiliza la exclusión del acreedor... Una interpretación diferente configura una virtual abrogación de la ley, al condicionar la participación del acreedor a la exclusiva voluntad del convocatario”<sup>25</sup>, eventualmente usando de un supuesto tercero agradecido o comedido.

### 1.3. Terceros no legitimados.

Así aparece burda la maniobra de intervención de terceros no verificados como acreedores en el concurso, para aprobar un acuerdo casi expropiatorio enriqueciendo a los socios. “Comprar” a través de la subrogación, cesión e incluso por la apariencia de voto por el acreedor verificado, las mayorías necesarias que se suman a los créditos con privilegio adquiridos por terceros que sorpresivamente renuncian a la garantía o privilegio y aceptan diferir el cobro por decenas de años de un porcentaje irrisorio.

Se nos dirá que ello no está prohibido. No hace falta la prohibición, sólo debe revisarse quiénes pueden votar. El Código Civil queda aquí limitado por el sistema concursal. Claro que limitadamente pues el principio general del art. 1195 C.C. argentino si bien acepta el contrato como ley entre las partes, limita sus efectos en cuanto perjudiciales a terceros, y esto es lo que justamente ocurre: a través de la cesión del “voto” se intenta obtener la mayoría justa para imponer propuestas predatorias a los que no pueden votar o expresan su voluntad en contra de la propuesta. Sólo quiénes verificaron o fueron declarados admisibles, sometiéndose al triple control del síndico, de los otros acreedores y del juez pueden hacerlo.

El sistema de orden público concursal impone que sólo los verificados puedan hacerlo, y que ellos no puedan lucrar en la transferencia del voto o del crédito para que un tercero –en interés de la sociedad deudora- vote imponiendo a los restantes quitas y esperas despojatorias –e inconstitucionales<sup>26</sup>–.

<sup>25</sup> CNCom. Sala A 27.6.2005 en la causa “Instituto Médico Modelo S.A. s/ concurso preventivo” que puede verse en el Libro Colectivo “Conflictos en la insolvencia” citado, pág. 392.

<sup>26</sup> En esta ocasión no volveremos sobre este aspecto que lo hemos analizado en nuestro artículo citado en libro colectivo “Conflictos en la insolvencia” cit..



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”.

Esta es la línea interpretativa que consideramos indubitable como inteligencia del sistema concursal. Bajo otras se intenta justificar el abuso de derecho y el despojo a los acreedores legítimos. El beneficio a los acreedores que “cedieron” sus créditos, excluyéndose del sistema concursal de orden público a que estaban sometidos no puede afectar a los restantes.

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 ello enriquece a los socios de la sociedad concursada –o al propio concursado-, se complejificará la situación y el juez no podrá admitirlo a votar.

En efecto, este tercero no verificó su crédito sino que sustituye a un acreedor legítimo, preconcursal, con causa y legitimidad acreditada jurisdiccionalmente, y bajo ese escenario ese tercero renuncia privilegios o derechos reales y/o a cobrar el crédito en su integridad, agrega su voto complaciente para rendir la resistencia de legítimos acreedores, aprobando un acuerdo de quita y espera predatorio, afecta patrimonialmente a aquellos acreedores legítimos y enriquece al o a los propietarios del patrimonio en concurso.

Nos llamó la atención que la jurisprudencia sobre exclusiones no hiciera referencia a la doctrina de los tratados, particularmente en orden a la legitimación. Y dentro de nuestro limitado tiempo consultamos a RIVERA, ROITMAN y VITOLO<sup>27</sup> y a JUNYENT BAS, MOLINA SANDOVAL<sup>28</sup>, sin encontrar referencias específicas sobre el punto.

Por eso buceamos en la pluma de CÁMARA y encontramos opinión concreta<sup>29</sup>. Si bien referido a la Junta de acreedores, donde se 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”<sup>30</sup> 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 homogéneamente.

<sup>27</sup> *Ley de concursos y quiebras*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2000, tomo I pág. 313 y ss..

<sup>28</sup> *Ley de concursos y quiebras comentada*, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires 2003, tomo I pág. 271 y ss..

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> CÁMARA ob. cit. en nota anterior pág. 965 y ss., específicamente pág. 966.

## 2. En torno a la subrogación.

Los efectos entre partes derivados de la subrogación y cesión de créditos han sido estudiados<sup>31</sup> 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, y el acceso a un informe de la Fiscal de Cámara Dra. Alejandra Gils Carbó ha corroborado esa apreciación.

Marcando las particularidades de la subrogación, de connivencias penales y de las desventuras de los acreedores concursales, recurrimos a ese Dictamen de la Fiscal de Cámara, en relación al expediente que tramitara en el Juz. 11 - Sec. 22, ahora en la C.N. Com.Sala D 58.226/05, in re "Cablevisión SA s/ acuerdo preventivo s/ inc. de subrogación", del que ...Con respecto a la naturaleza jurídica del pago por subrogación, la doctrina ha destacado que existe (i) un mandato entre el deudor y el tercero cuando el tercero actúa con consentimiento expreso o tácito del deudor o (ii) una gestión de negocios cuando no existe consentimiento del deudor (Llambías, "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", ps- 954, nº 1631). Salvat entiende que cuando el pago es realizado por un tercero con consentimiento expreso o tácito del deudor, el tercero actúa como mandatario del deudor (arg. arts. 1869, 1873, 1875 y 1876) (ob. cit., p. 202). Entre los argumentos que apoyan esta tesis se encuentra las notas al art. 727 del Código Civil, donde el codificador remite a las reglas del mandato de la Ley del Digesto y dice textualmente que "Cuando el pago se hace con consentimiento del deudor, hay contra él la acción del mandato." Esta posición también ha sido adoptada por Colmo, quien afirma que cuando el tercero no interesado paga con consentimiento expreso o tácito del deudor hay un mandato expreso o tácito del deudor que ha querido librarse de un acreedor incómodo y colocar en su lugar al tercer pagador (Colmo, Alfredo, "Obligaciones", p. 466, nº 668). De las consideraciones expuestas, extraigo las siguientes conclusiones: (i) en el ámbito del derecho civil cualquier tercero puede pagar y desinteresar a un acreedor, aun en contra de su voluntad. (ii) Cuando el deudor consiente el pago con subrogación – como en el caso de autos-, existe una relación de mandante- mandatario entre el deudor y el tercero pagador. Teniendo en cuenta estas conclusiones veremos a. que en el contexto del acuerdo preventivo extrajudicial existen razones que impiden la aplicación mecánica del pago con subrogación a ese contexto. Éstas son: los particulares no pueden en virtud de sus convenciones obstar a la aplicación de normas en que está interesado el orden público (art. 21 del Cciv), como las que establecen en el proceso concursal un sistema de controles sobre la legalidad del acuerdo y la regla de la *pars conditio creditorum* ; b. Si los acreedores aceptan un pago del deudor –por sí o por interpósita persona- cometen el delito previsto en el art. 180 del Código Penal. ... y de los delitos de quiebra fraudulenta (art. 176, CP) y connivencia dolosa receptados en el Código Penal (art. 180, CP). ...La aplicación mecánica del pago con subrogación previsto en la ley civil al contexto concursal pondría en riesgo la existencia misma del régimen concursal, que se asienta en el principio de que todos los acreedores son sometidos al mismo sistema colectivo. Esta consideración exige un análisis caso por caso para determinar cuándo procede el pago con subrogación en el ámbito concursal y cuándo no. Si el pago es realizado por el propio deudor, mediante interpósita persona, existen diversas razones para no permitirlo: (i) En primer lugar, ello generaría incentivos a los acreedores para tratar de lograr satisfacer su crédito al margen del sistema colectivo. De este modo, se vulnerarían las prohibiciones concursales y penales que prohíben al deudor en crisis otorgar ventajas especiales a algunos de sus acreedores. Estas prohibiciones se fundan en el dilema del prisionero esbozado en el punto anterior. (ii) En segundo lugar, si el deudor es el que, en aras de lograr un acuerdo concursal, desinteresa a los acreedores oponentes, no existen garantías de que los acreedores consideren que el acuerdo preventivo es la mejor solución a la crisis del deudor. En este caso, parecería que el deudor considera que es la mejor solución, pero esa decisión debe recaer en

<sup>31</sup> 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.

los acreedores, a quienes el régimen concursal busca proteger. (iii) En tercer lugar, en el régimen concursal la solución concursal (liquidación o conservación de la empresa) es impuesta a todos los acreedores, pero es decidida por mayorías de éstos. Esto implica una anomalía con respecto al ámbito del derecho privado donde rige el principio de la autonomía de la voluntad, que implica las partes pueden libremente pactar las condiciones contractuales, que son ley para las partes, y que esas condiciones no son oponibles a terceros (conf. arts. 1137, 1197 y 1199, Código Civil). - La primacía del interés colectivo que gobierna el régimen concursal explica la adopción del régimen de la mayoría y la limitación a la autonomía de la voluntad. Se supone que la mayoría sólo aprobará una solución concursal que sea beneficiosa para todos los acreedores. Sin embargo, si el deudor puede desinteresar a algunos acreedores oponentes, entonces no existe una mayoría real que considere la solución concursal más beneficiosa, dado que algunos acreedores que no compartían esa decisión fueron dejados al margen por el deudor. En este caso, se somete a la minoría –esto es, a los acreedores disidentes y ausentes- no ya a la voluntad de la mayoría, sino a la voluntad del deudor. ... Ella implicaría, evidentemente, quebrar la rigurosa igualdad de tratamiento que supone el concordato. Al respecto no cabe discusión, porque los acreedores a quienes se procura desinteresar obtendrían obviamente ventajas sobre todos los demás...y se acordaría eficacia a un mandato cuyo objeto no era lícito, contrariamente lo dispuesto por el art. 1889 y concordantes del cód. civil" (CNCom., Sala A, expte. 9.622, ED 18-612, 14.04.67). (v) Si el tercero pagador actúa con el consentimiento del deudor, actúa como su mandatario y en ese carácter no puede hacer un pago que el mandante tiene prohibido realizar (v. infra 3.1). (vi) Cuando el pago con subrogación es promovido por el propio deudor a través de interpósita persona, nos podríamos encontrar ante los hechos tipificantes del delito de connivencia dolosa. El art. 180 del Código Penal reprime con prisión al acreedor que consienta un concordato, convenio o transacción judicial en virtud de una connivencia dolosa con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato. En sentido concordante, el art. 176 castiga al fallido que conceda ventajas indebidas a cualquier acreedor”.

\*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.

Particularmente expresa Otaegui sobre el punto\*

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>32</sup>. En el precedente, gracias al artificio, 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 un claro abuso de derecho por “acreedores” nacidos con posterioridad que generan daños a los acreedores originarios. Consideramos que nada obsta al negocio de

<sup>32</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.

subrogación o de cesión, con sus efectos típicos entre partes, pero entendemos que debe excluirse el voto en interés contrario a los que concurren al acto colegial colectivo, y esa inteligencia sólo puede devenir de limitar la intervención a los acreedores que pueden participar en el mismo.

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 en el concurso, existe en la cesión o subrogación una alteración de las consecuencias naturales del negocio<sup>33</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>34</sup> en cuanto se intenta afectar a la minoría.

El art. 1195 C.C. lo excluye.

### 3. Interés contrario . Causa.

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.

Sin ingresar en estudios de derecho comparado<sup>35</sup> –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”.

No es ajena una determinación sobre los valores que rigen el sistema concursal las referencias a las intervenciones de los acreedores en los procesos de reestructuración. Ello aún cuando aparezca diluidas o no las nociones de “colegio” vinculadas a las decisiones mayoritarias que delimitan la conformidad en un acuerdo. Porque la noción mayoritaria implica referirse a quiénes están legitimados para generar esa decisión mayoritaria o no, y

<sup>33</sup> BETTI, Emilio *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado 2ª edición Madrid 1959, pág. 187

<sup>34</sup> BETTI, ob. cit. pág. 278.

<sup>35</sup> Ante una consulta que hicimos en la Asociación Hispanoamericana de Derecho concursal, recibimos del jurista amigo Israel Creimer la siguiente respuesta QUITAS Y ESPERAS EN LA LEGISLACIÓN URUGUAYA I.- 1.1) Respecto de las quitas y esperas en Uruguay tenemos diversos regímenes legales. 1.2) En materia de sociedades comerciales para aprobar un convenio concordatario se necesita la aquiescencia de acreedores que representen por lo menos el 75% del pasivo. No hay límites para el monto de la quita ni para el plazo que se otorga para el pago. 1.3) En los concordatos preventivos de sociedades no anónimas y comerciantes individuales hay dobles mayorías. El convenio debe ser aprobado a) por la mayoría de los acreedores civiles o comerciales que representen a lo menos la ¾ partes del pasivo total del deudor y b) por la mayoría de personas que representen ¾ partes de la suma de los créditos de entre los acreedores comerciantes cuyos créditos comerciales provengan originariamente de operaciones comprendidas en el giro regular de sus negocios y estén asentados en los respectivos libros llevados por ellos en forma. La quita máxima es de 50% pero debe pagarse necesariamente en 18 meses. 1.4) Para los concursos civiles las mayorías necesarias para llegar a un arreglo resolutorio con los acreedores es la mayoría de acreedores que representen más de la mitad de los créditos. No hay límites en materia de plazo y monto material de la quita. 1.5) Hay también otras mayorías para otros casos puntuales. II.- Maniobras de diversa índole para conseguir las mayorías existen. A veces dan lugar a oposiciones. III.- No hemos visto planteadas oposiciones a concursos preventivos en que se homologuen acuerdos abusivos en contra de los acreedores disidentes. IV.- Pequeño comentario: 1) es absurdo que haya distintas mayorías y distintos sistemas en el régimen uruguayo. 2) debería existir mayor cantidad de oposiciones ante maniobras de los deudores y en caso de fórmulas abusivas. Sobre este segundo aspecto parece que los acreedores están tan desanimados por los magros ingresos que pueden recuperar de un deudor concursal y no quieren gastar dinero y energías en esa tarea.

eventualmente quiénes deben ser “excluidos” (por la ley o por resolución judicial) o que son “extraños” (no legitimados por la norma).

#### **4. Voto complaciente e interés contrario.**

**Relacionamos alguna jurisprudencia sobre estos aspectos.**

**Quién esta en conflicto de intereses no puede votar en la asamblea de la sociedad anónima (art. 248 LS). Este es un principio que se corresponde con los negocios colectivos colegiales.**

**Adviértase que el “interés contrario” ha sido usado para excluir del derecho de votar a competidores –en supuesto de interés contrario con el deudor y no con los integrantes del “colegio”<sup>36</sup>- o a la AFIP<sup>37</sup> u otras entidades fiscales. Paradójicamente la idea del “interés contrario” lo ha sido en la relación contractual “deudor-determinado acreedor”, y no en la relación “negocial colegial” entre “acreedor-acreedor connivente”.**

##### **4.1. División jurisprudencial.**

**En torno a la subrogación y cesión de créditos aparece una división jurisprudencial de criterios, en torno a lo que eufemísticamente llaman el “voto complaciente”, pero que en realidad implica el voto connivente, en conflicto de intereses con el grupo, situación incompatible con el acuerdo o negocio colegial como venimos remarcando.**

**En este ensayo sólo señalaremos la jurisprudencia que apoya esta posición<sup>38</sup>.**

**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 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.**

##### **4.2. El rechazo del voto en interés contrario.**

**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**

<sup>36</sup> CNCom. Sala C 10.9.2004 “Sancayet S.A. s/ incidente de investigación en : OSMATA s/ concurso preventivo” del voto del Dr. Monti “otro supuesto de exclusión no establecido expresamente, cuyo fundamento radica en evitar la acción concertada de ciertos acreedores con miras a obstaculizar un acuerdo, procurando de ese modo desplazar a un competidor”. Si se acepta el interés contrario con el proponente del acuerdo –en cabeza de un acreedor legitimado-, con más razón debe excluirse por interés contrario al acreedor devenido con posterioridad al concurso que actuó a través del negocio indirecto contradiciendo los efectos propios de las obligaciones y en claro interés contrario de los acreedores legitimados por el orden público concursal para votar. Claro que la mayoría no aceptó la exclusión del voto del competidor.

<sup>37</sup> CNCom. Sala D 5.3.2002 “Inflight S.A. s/ concurso preventivo” LL 2002-E p. 649. Exclusión que no siempre ha sido aceptada (Dictamen fiscal de Cámara 108.916 “Fundación para el Estudio y Tratamiento de la Psicosis s/ Concurso preventivo” 4.11.2005 citado por Gils Carbó en nota 18 de su trabajo citado. Claro que la realidad ahora lleva a aceptar que cuando el concursado acredita haberse adherido al régimen de facilidades para el pago de la deuda, se excluye por ello el voto, dándose otros supuestos para el tratamiento de los créditos fiscales. EN igual sentido CNCom. Sala B del 13.5.2005 en la causa “Kalei S.A. s/ Concurso preventivo” en libro colectivo citado “Conflictos en la insolvencia” pág. 389 y la misma Sala con fecha 29.10.2004 en la causa “Pol Sudamericana S.A. s/ Concurso preventivo” que puede verse en el mismo libro colectivo pág. 395 y ss..

<sup>38</sup> Un más completo examen jurisprudencial puede verse en nuestro artículo en prensa en La Ley titulado *Legitimación para votar el acuerdo concursal (¿Negocio colegial colectivo?)*

pretendida resultaba violatoria de la *pars conditio creditorum*<sup>39</sup>. La posición de un acreedor también fue motivo de considerar abusiva la propuesta en el caso DOINA S.A.<sup>40</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>41</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”.

Así como se acepta que oscuramente operen en nuestro país sociedades constituídas en el extranjero con toda la apariencia de hacerlo en interés de insolventados fraudulentamente, contagiando el mercado y afectando la operatoria de las sociedades extranjeras que vienen a desarrollar actividad económica lícita en nuestro país. Sobre el punto expresa Gils Carbó “En otras actuaciones, a estudio del tribunal, la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial señaló que la cesión de varios créditos *in extremis* a favor de sociedades *off shore*, genera la fuerte presunción de que el concursado ha actuado por interpósita persona acordando ventajas especiales (al) verdadero acreedor; lo que se encuentra proscripto por el art. 180 del C.P.”, punto sobre el que ya hemos hecho referencia, violando así también el principio de “legitimación concursal”, con claro abuso de derecho y fraude a la ley.

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.4° 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

<sup>39</sup> En Lexis Nexis, entrega electrónica Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones del lunes 25 de julio de 2005, Jurisprudencia.

<sup>40</sup> En libro colectivo citado “Conflictos en la insolvencia”, pág. 481.

<sup>41</sup> En el mismo libro colectivo “Reestructuración de deudas y facultades judiciales, Daniel Roque Vítolo Director, Ed. Ad Hoc., Buenos Aires noviembre 2004, págs. 277 a 296.

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 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 ...”.

#### 5. Último obstáculo para el voto complaciente: abuso de derecho y/o fraude.

Volvemos a los enjundiosos criterios de Gils Carbó que habíamos abandonado transitoriamente –y que sigue a pág. 346 de su fundado artículo que venimos citando–.

En general la jurisprudencia no trata, para decidir sobre el punto, la falta de legitimación de los subrogados o de los cesionarios, ni el conflicto de intereses, sino que lo reduce a una cuestión de falta de prohibición y, eventualmente, de un abuso de derecho o fraude.

Si bien legítimo este análisis, parece reducido a una cuestión extraconcursal, propia de las relaciones de cambio y no de las relaciones de organización<sup>42</sup>.

El abuso de derecho esta señalado aquí en relación al ejercicio del derecho de voto, y no al ejercicio de la subrogación o cesión –o por lo menos no aparece claramente diferenciada–. Creemos que en primer lugar –de no aceptarse nuestra tesis inicial sobre la legitimación–, la teoría del abuso del derecho debe aplicarse al negocio substitutivo en primer lugar, y luego en caso de ser superado, debe aplicarse al ejercicio del derecho de voto. Ello por cuanto el tercero no es un acreedor concurrente, integrante de la masa pasiva que generó la decisión de presentarse en concurso.

En este último supuesto se ha sostenido “Puesto que el art. 45 de la LCQ sólo es aplicable con relación a aquellas exclusiones dirigidas a los casos de voto connivente, cabe concluir que aquellas posibles exclusiones que pudieron fundarse en un interés contrario frente a la solución concordataria deberán ser analizadas a la ley de. Art. 1071 CC que da letra a la llamada teoría del abuso del derecho, o en el fraude a la ley, según las probanzas del caso”<sup>43</sup>.

Gils Carbó también se refiere al fraude, que “consiste en hacer que opere una norma jurídica con el fin o propósito de eludir, evitar, la aplicación de otra, citando que un acto jurídico es fraudulento cuando si bien sus otorgantes obran legitimados “formalmente” por una norma legal, en realidad eluden otra u otras que les impedirían obtener el resultado o fin

<sup>42</sup> Nto. *Las relaciones de organización. El sistema jurídico del Derecho Privado*, 2ª edición Advocatus, Córdoba 2002, págs. 17 y 441, y en Libro Colectivo “Derecho Privado – Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados”, Coordinador Jorge ADAME GODDARD, Edición de la Universidad Nacional Autónoma de México, marzo 2005, en Parte V “Procesos de unificación y armonización del derecho privado”, nto. *Relaciones de organización. Economía del derecho y armonización del derecho privado* págs. 621 a 634..

<sup>43</sup> Verónica F. Martínez de Petrazzini en su ilustrado fallodel 24.2.2005 desde su Juzgado Civil yComercial de 39ª Nom. de Córdoba y Juzgado de Concursos y Sociedades n° 7 de Córdoba en el caso “Banco Suquia S.A. s/ concurso preventivo”, en el mismo libro colectivo citado precedentemente pág. 364 y ss.. En este caso rechazó la pretensión de la concursada de excluir el voto de acreedor que había rechazado diversas propuestas de acuerdo.

práctico que se proponen<sup>44</sup>. De seguido registra jurisprudencia sobre ambos supuestos descalificatorios de abuso de derecho y fraude:

“De advertir el tribunal que se ha utilizado la renuncia como un medio para emplear el derecho de voto, con el fin de desnaturalizar el recto sentido de la votación, se adopten las medidas del caso” (CNCom. Sala E 11.5.88 “La Tregua S.A. LL 1988-E p. 484).

La enumeración “...en principio, taxativa y sólo se admite la extensión de la prohibición a aquellos supuestos en que, como consecuencia de su voto complaciente, favorecerían al deudor afectando el interés de los acreedores minoritarios” (CNCom. Sala A. 19.3.2004 “Seidner, Hanna s/ concurso preventivo” LL 2.8.2004).

Se recepta así el interés contrario –no la mera apreciación contraria- como exclusión del voto en el acuerdo colegial; falta del ejercicio regular de los derechos de un acreedor, constituyendo la “adquisición” de un crédito para votar en forma complaciente no sólo un abuso de derecho sino también un fraude a la ley. Obviamente nosotros opinamos que un tercero no está legitimado para votar a través de un negocio postconcurso de cesión o subrogación.

#### V - CONCLUYENDO.

Si está 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. 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, teorías que dejamos expuestas a las críticas y aportes.

Hemos puesto el dedo sobre la llaga, sobre un tema del que se habla poco y de una práctica que se usa mucho para perjudicar a los acreedores y enriquecer a los concursados o a los socios en el caso de una sociedad concursada. Despertaremos críticas y pocas adhesiones. Y eso que todavía no hemos hablado demasiado sobre la inconstitucionalidad de los “acuerdos”. Beneficiados se sonreirán con picardía, pues ya consiguieron su propósito al homologarse el acuerdo –pese a darse todas las características de ilegalidad que hemos puesto de resalto-. Claro que podrían intranquilizarse si revisaran algunos trabajos en torno a la responsabilidad individual de administradores societarios<sup>45</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.

¿La verdad? ¡No es un panorama –ni un ejemplo- muy alentador sobre la seguridad jurídica y judicial en nuestro país! Rumores sobre una investigación judicial de participación de acreedores falsos en APE para asegurar la mayoría para imponer el acuerdo lesivo agravaría nuestras conclusiones.

++ A Doctrina

#### SEGUNDA PARTE - LA NUEVA POLÉMICA

Truffat, joven y capacitado jurista continuamente nos invita a polemizar, lo ha hecho sobre estos aspectos. Y la discrepancia respetuosa –como las que mantenemos- es siempre

<sup>44</sup> GILS CARBÓ ob. cit. p. 347, con cita a BELLUSCIO-ZANONI *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* tomo I, editorial Astrea, Buenos Aires p. 428.

<sup>45</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.. Nto. *ESTA LLOVIENDO ¡SE ACABO LA SEQUÍA!* (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.



constructiva. Así instalo la polémica 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 artículo en La Ley<sup>46</sup>. Se ha pronunciado la doctrina con respuestas restrictivas similares. Algunos compartiendo nuestra tesis, otros –más moderados como Daniel Vitolo<sup>47</sup>, Walter Rubén Ton<sup>48</sup>, Marisol Martínez y Francisco Junyent Bas<sup>49</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, y con otros argumentos conforme nuestra tesis Julio César Otaegui y Carlos Moro.

## 2. LA MOTIVACIÓN QUE NOS SUPONEN.

**Supone Daniel sobre nuestra motivación** *“largamente impactado por múltiples abusos en la aplicación de ley de concursos, y la expresión de su ostensible preocupación por escarbar los entresijos del sistema legal hoy vigente para poner coto a los susodichos abusos. ... Tiene como causa mediata, y telón de fondo, la catarata de abusos y deslealtades que la ley 24.522 facilitó y fomentó ...Pero al calor de los desarrollos de este destacadísimo jurista, se suben los intolerantes de siempre. Los que creen que pueden expropiar la noción de "moral pública". Las acciones privadas de los hombres que no perjudiquen a terceros ni ofendan a la moral pública están exentas de la autoridad de los magistrados y sólo reservadas a Dios”* (el resaltado nos corresponde)..

Esa es su presunción, pero nuestra preocupación es muy anterior y de carácter sistémico, como reiteraremos.

Fundamental es que Truffat reconoce es que el límite es el perjuicio a terceros. Tenemos para nosotros que se acentúa el criterio contractualista del pensamiento de Truffat aplicando a las relaciones de cambio, ley de los intervinientes, a los concursos que tienen otras reglas y afectan a terceros claramente.

Y a ello le da respuesta el art. 1195 C.C.

**En una jurisprudencia que Truffat señala triunfalmente como obiter dictum favorable a su posición+, encontramos algún análisis de la doctrina y no la conclusión que señala nuestro distinguido amigo, pues no abre juicio, aunque a nuestro entender la respuesta en el caso concreto será obviamente restrictiva:** Pero lo más importante es la referencia y conclusiones obiter dictum que formula 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, donde aceptando el efecto creditorio de la cesión para adoptar una resolución que excede el marco de este comentario, la vocal de primer voto Prof. Chiapero de Bas dijo 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. Vitolo, 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

<sup>46</sup> Nto. *LEGITIMACIÓN PARA VOTAR EL ACUERDO CONCURSAL ¿NEGOCIO COLEGIAL COLECTIVO?* Publicado en La Ley, diario del 13 de marzo de 2006, República Argentina.

<sup>47</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>48</sup> *CESION PARA VOTAR EN CONCURSO FUTURO*, en boletín informativo del Estudio Jurídico Ton & Asoc. de Walter Rubén Jesús Ton.

<sup>49</sup> JUNYENT BAS, Francisco A. ob. cit. específicamente 159 “La sustitución subjetiva de acreedores.

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 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 irrita 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.

**Junyent (el Fiscal referido en la jurisprudencia relatada) que ha abordado la cuestión, aunque no fija un juicio definitivo, anticipa que después de mis trabajos –y de otros adherentes, aún con matices- la solución ya no será la misma de la que se venía repitiendo para obtener la “mayoría” en la aprobación de las propuestas predatorias+.**

### **3. EL TUFILLO DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS PARA HACER MAYORÍA**

**Nunca se nos ha ocurrido pensar en el dolo o en el fraude en torno al tema en polémica, sólo la estructuración del sistema concursal.**

**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 dádivosamente 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>50</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.**

**Truffat reconoce el uso nefasto que ha tenido la supuesta libertad irrestricta de que supuestos terceros (todos sabemos que no son terceros, pero como probarlo ante los jueces...) puedan ser cesionarios de créditos cuyos titulares son acreedores verificados o admitidos. Justamente en el Congreso Iberoamericano de la Insolvencia (Rosario 2006) expresábamos “Viene a cuento un pensamiento de Truffat<sup>51</sup>: “*La labor doctrina y jurisprudencial, por un fenómeno endogámico que muchas veces afecta a todo 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 ... en los que se pierde el norte a perseguir –la consecución de la justicia- ... lo cierto es 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***

<sup>50</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>51</sup> En un estudio no publicado.

*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”.*

**Granados<sup>52</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<sup>53</sup>.**

<sup>52</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>53</sup> El 19 de junio de 2003, intelectuales, personalidades y juristas de todo el mundo -Entre los firmantes de la declaración de París se encuentran la jurista Nina Berg, el italiano Antonio De Pietro, los premio Nobel el nigeriano Wole Soyinka y el argentino A. Pérez Esquivel, el chileno Juan Guzmán y el juez español Baltasar Garzón-, firmaron la “Declaración de París” la que propicia la aprobación de un documento contra la corrupción a “gran escala”. En dicha declaración se establecía que “*La gran corrupción se beneficia de la complicidad de los bancos occidentales, utilizando el circuito de entidades y compañías radicadas en paraísos fiscales, aprovechándose de unos 60 territorios de Estados que les sirven de refugio seguro. La gran corrupción es una injusticia que provoca una pérdida de riqueza en los países del Sur y del Este, favorece la constitución de bolsas de dinero negro y de remuneraciones paralelas para los responsables de las grandes empresas, destruyendo con ello la confianza necesaria para la vida económica, puesto que llega a alcanzar muchas veces el corazón del poder. Con ello, la gran corrupción por un lado mina los principios democráticos occidentales y por otro impide el desarrollo de los países pobres y de su libertad política. Ante el hecho de que la globalización ha permitido la libre circulación de capitales, las administraciones de justicia relacionadas con asuntos financieros quedan limitadas a las fronteras de los Estados, que en cambio no existen para los delincuentes. Las soberanías de ciertos estados bancarios protegen, de manera deliberada la opacidad de los flujos delictivos. Para facilitar las investigaciones en este sentido se propuso: “...c) Prohibición a los bancos de abrir filiales o aceptar fondos provenientes de compañías instaladas en países o territorios que rechazan o aplican de manera solo virtual, la cooperación jurídica internacional. d) La obligación de todos los sistemas de transferencias de fondos o valores financieros, así como de las cámaras de compensación internacional de organizar un seguimiento total de los flujos financieros, lo que supone la identificación precisa de los beneficiarios y de los responsables de las órdenes correspondientes, de tal forma que en caso de investigación penal las autoridades judiciales puedan reconstruir el conjunto de operaciones sospechosas...”*”.

Por su parte, las Naciones Unidas finalizaron en ese mismo año y dejó abierta a la firma de los Países Miembros la “Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción” - A principios del año 2005, 113 Países habían firmado la Convención y 12 la habían ratificado (se necesitan 30 ratificaciones para que el tratado entre en vigor). Información extraída de la página Web de las Naciones Unidas: [www.un.org](http://www.un.org), la que en su artículo 14 sostiene como medidas para prevenir el blanqueo de dinero que: “1. Cada Estado Parte: a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas; b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación del artículo 46 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información en los ámbitos nacional e internacional, de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero. 2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes. 3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas apropiadas y viables para exigir a las instituciones financieras, incluidas las que remiten dinero, que: a) Incluyan en los formularios de transferencia electrónica de fondos y mensajes conexos información exacta y válida sobre el remitente; b) Mantengan esa información durante todo el ciclo de pagos; y c) Examinen de manera más minuciosa las transferencias de fondos que no contengan información completa sobre el remitente.

4. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas

**Vaiser expresa**<sup>54</sup> *“Entiendo asimismo que la búsqueda efectuada por el juzgador surge explícita del decisorio y destaco para terminar, que no sólo se reivindica la facultad del juez para indagar y meritar 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”.*

**Pero rara vez se ingresa**<sup>55</sup> **en el análisis substancial sobre la legitimación de los terceros no convocados que construyen la mayoría estricta de capital para imponer la propuesta írrita**<sup>56</sup>.

**Impulsó nuestra curiosidad –como anticipamos- los acuerdos írritos que se homologaban, confiscatorios para los acreedores que no podían votar, y al revisar las causas advertir las extrañas costumbres de ciertos terceros que venían a “perder plata” afectando a terceros: ¿pueden votar los terceros cesionarios de créditos quirografarios, 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.**

---

*pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero. 5. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero”.*

<sup>54</sup> En *Un juez en pugna* El Derecho: 13.12.2005..

<sup>55</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, 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”.

<sup>56</sup> Sobre ello entresacamos del relato contenido en el fallo de la CSJN del 15 de marzo de 2007 rechazando el recurso directo interpuesto por la concursada en la causa Arcángel Massio 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 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 referencía 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 satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva...”...”la irrazonabilidad y absurdidad de la oferta desde el punto de vista del ordenamiento general. En tal sentido, se observa que sólo una comprensión disociada y fragmentaria de esos distintos elementos de juicio –tal como la que se hace en el recurso extraordinario- es la que permite a la apelante postular sus críticas, las cuales, por consiguiente, no sirven para descalificar un fallo que, por el contrario, realizó una ponderación unitaria, conjunta y no separada de dichos elementos, mostrando con ello un correcto ejercicio de la función judicial...”. Señala luego la Corte que “el juez puede ejercer un control sustancial de la propuesta”. En el voto de las Dras. Highton y Argibay luce como causa descalificante adicional que “la cámara de apelaciones ha considerado incurso a la concursada en la hipótesis de fraude, contemplada por el art. 52 inc. 4º de la ley 24.522, con apoyo en el dictamen fiscal –a cuyos términos remite- y a un desarrollo argumental propio, que refiere a concretas constancias de la causa” irrevisable por la vía extraordinaria.

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>57</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 así, como un objetivo de una reforma de la legislación concursal, la transferencia del 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 en ello su capital de riesgo<sup>58</sup>. En función de ello los acreedores 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>59</sup>, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

#### 4. EL ABUSO.

**Lo fundamental es el reconocimiento que formaliza Truffat de los abusos, que es lo que le lleva a él mismo –y quizá a otros a quienes él se refiere y no individualiza- a pensar en la presunción de dolo.**

#### 5. AL MARGEN DEL ABUSO: LA CUESTIÓN JURÍDICA.

**Al tratar de atender a esas cesiones o subrogaciones desde el Código Civil, Daniel juega con elementos de relaciones de cambio, con los que también se desarrolló el pensamiento del Maestro Cámara, con respuesta también negativa como la nuestra. Lo que logramos es poner la cuestión entre las relaciones de organización, en el marco de la concursalidad, concurrencialidad y admisibilidad, logrando un importante cambio en la forma de enfrentar la cuestión en el último año, generando un pensamiento sistemático en orden a esas relaciones de organización donde se insertan los concursos.**

#### 6. EL SISTEMA JURÍDICO.

**El sistema jurídico es una unidad y no puede ser interpretado fraccionadamente.**

**La sociedad es un instrumento jurídico maravilloso para generar centros de imputación y afrontar negocios con limitación de responsabilidad, pero debe ser usado funcionalmente. Algunas cosas contrarias a ello han acaecido en los últimos tiempos generando doctrinas sobre imputación, descorrimiento del velo, responsabilidad, etc.**

**La legislación concursal viene, frente a crisis, a suplantarse el derecho común, suponiendo que se han agotado las vías del mismo, alterando los derechos de los acreedores anteriores a la apertura del concurso e imponiendo la concursalidad, la concurrencia y la verificación de créditos en un proceso que integra las relaciones de organización. Esa ruptura del sistema de las relaciones de cambio, interindividuales, tiene ciertas reglas nacidas en el derecho común e integradas por el sistema concursal de relaciones de organización o de empresa.**

**El problema deviene de pensar que los administradores societarios pueden seguir operando en cesación de pagos, olvidando su obligatoria conducta de actuar con la lealtad y**

<sup>57</sup> STANGHELLINI, Lonzo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* en "Rivista delle Società" settembre-ottobre 2004 pág. 1041, específicamente pág. 1072.

<sup>58</sup> Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* Rivista delle Società anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, 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>59</sup> STANGUELLINI ob. cit. pág. 1079

diligencia de un buen hombre de negocios, ante la crisis económico financiera de una sociedad, y lejos de adoptar medidas planificadoras para salir de la crisis, convocando a los socios –como bien requieren Truffat y Lorente desde la doctrina-, siguen operando ocultando ese estado, afectando al mercado y terceros, durante muchos años agravando la crisis –más no el bolsillo-, para presentarse luego sin contabilidad, habiéndose extraviado los libros, sosteniendo que para “salvar la empresa” los acreedores deben hacer un sacrificio similar a perder su crédito –que no fue atendido a tiempo, es más fue contraído a sabiendas que no podía ser satisfecho-, con larguísimos plazos, quitas y esperas que enriquecen directamente a los socios.

Y extrañamente para aprobar esas írritas –el término no es nuestro- propuestas, aparecen terceros “adquiriendo” créditos con garantías reales o privilegios, renunciando a ellos, y si es necesario también comprando créditos quirografarios para luego renunciar a su monto y sus posibilidades de cobro –como resulta de alguna jurisprudencia que anotamos..

## 7. DESDE EL CÓDIGO CIVIL.

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>60</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.

Y 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 concursabilidad, 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 caerán en calificar de abusivo el procedimiento para obtener la mayoría y el acuerdo mismo.

## 8. DESDE EL CONCURSO.

Retieramos que hay que mirar la unidad del sistema. Truffat 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+.

Detenerse en lo primero –lo haremos en un párrafo- sería trivial y entrar en la polémica que aleja del centro de la cuestión: los legitimados a expresar la voluntad adhesiva (voto). No hemos personificado la masa, es más: no nos hemos introducido en el escabroso y etéreo problema de la “naturaleza jurídica” del acuerdo, sino en el carácter de “negocio” de la aceptación de la propuesta –que la legislación más moderna sigue determinando como voto, aunque el sistema es de recolección de voluntades-.

### 8.1. VOTO.

La expresión voto la mantiene Colombia en su reciente ley<sup>61</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. Conforme la Real Academia es “expresión pública de una preferencia ante una

<sup>60</sup> Como refiere la Corte en el caso Arcángel Maggio S.A. en la resolución comentada.

<sup>61</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.

opción". O sea que voto y manifestación de aceptación de la propuesta son expresiones ambas correctas.

## **8.2. ACUERDO DE LOS CONVOCADOS (CON O SIN COLEGIO NO ES CONTRATO SINO NEGOCIO DE MAYORÍA.**

Hemos sostenido: "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."

Otaegui se expresa en tal sentido+

++++

La integración de la propuesta de acuerdo con la mayoría para apoyar la propuesta del Comité de acreedores controlareador de la propuesta si fuere homologada, que integra la propuesta es otro elemento de juicio sobre la concertación previa, positiva+

No hay duda que se trata de un acuerdo y no de un contrato el negocio de aceptación (el negocio de acuerdo homologado es otra cosa: es un negocio concursal). En cuanto al colegio aunque diluído, puede aceptarse que se corresponde no a reunión sino a una "comunidad de personas", "comprendidas legalmente en un mismo grupo para ejercer su derecho conforme a las leyes" (de entresacar de la Real Academia). Lo importante es que se trata de los acreedores convocados o legitimados para expresar su declaración de voluntad de aceptar o no la propuesta.

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 opinión (votar?) y donde se afectan derechos de los que no adhieren o de los que no pueden adherir por el estado de su causa.

Todos lo sabemos, pero a los abogados nos gusta enredarnos en preciosísimos. Particularmente frente a "votos" (o apariciones) de utilería.

## **8.3. EL DERECHO COMPARADO.**

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.

Algo más incursionamos en un artículo conjunto con Carlos Moro a publicar en RDCO en un dossier de derecho concursal. Dicho jurista ya se pronunció en similar sentido en el reciente Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal con argumentos independientes.

Daniel Vitolo mejora esa incursión en el derecho comparado+ La Ley,

Hoy, por razones de espacio omitimos la cuestión penal+

++++



## 6. EL INTERÉS CONTRARIO. LEGITIMACION PARA ADHERIR A LA PROPUESTA.

Como señalamos aparecen acreedores con “animus donandi”, que renuncian a privilegios, derechos reales, etc. aceptando cobrar sólo un porcentaje irrisorio y en plazos atemporales el crédito que acaban de comprar. La donación la admito pero no imponer el acuerdo a los otros acreedores que participan de este “acuerdo colegial mayoritario”, donde ya no en relación al deudor, sino en relación a los acreedores debe excluirse el voto en “interés contrario” al de los otros acreedores concurrentes al acto colegial (acto colectivo dentro del sistema legal).

Los jueces ante la votación formal por esa mayoría espúrea de acuerdos donde se impone todo el sacrificio a los acreedores, sin aliciente alguno sobre las posibles ganancias, tímidamente han ejercitado poderes jurisdiccionales, a través de lo que ha dado en llamarse la “tercera vía”, morigerando los acuerdos, pero sin alterar la unilateralidad del esfuerzo. Sólo en pocos fallos se ha cuestionado el voto de acreedores nacidos con posterioridad a la presentación, donde se advierte el interés contrario o el conflicto de intereses con los restantes acreedores<sup>62</sup>.

Cito aquí palabras de Truffat en una investigación inédita a la que pude acceder y que vienen a cuento: “La labor doctrina y jurisprudencial, por un fenómeno endogámico que muchas veces afecta a todo 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 trascendentes 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”

+Repetido? 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), 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>63</sup>.

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<sup>64</sup>. 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

<sup>62</sup> Como lo sostuvimos en los trabajos y conferencias citadas en notas 14 y 16\*.

<sup>63</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”.

<sup>64</sup> Se acaba de publicar una investigación en ocho APEs, en las 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.

contenido del informe general (art. 39 inc. 3º LCQ) y a la categorización “fundada en agrupamiento y clasificación en categorías de los *acreedores verificados y declarados admisibles*” (art. 41ª parte LCQ) y no de otros. 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).

Ello lleva a una interpretación congruente. La ley concursal sólo permitiría votar a los acreedores verificados. No se refiere a los acreedores que han devenido como tales, después de la verificación. Ello sería congruente 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.

El sistema de orden público concursal impone que sólo los verificados puedan hacerlo, y que ellos no puedan lucrar en la transferencia del voto o del crédito para que un tercero –en interés de la sociedad deudora- vote imponiendo a los restantes quitas y esperas despojatorias –e inconstitucionales<sup>65</sup>–.

+++ Esta es la línea interpretativa que consideramos indubitable como inteligencia del sistema concursal. Bajo otras se intenta justificar el abuso de derecho y el despojo a los acreedores legítimos. El beneficio a los acreedores que “cedieron” sus créditos, excluyéndose del sistema concursal de orden público a que estaban sometidos no puede afectar a los restantes.

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 voto (excluyendo a todo “insider”<sup>66</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>67</sup>.

No es el caso de legislaciones que autorizan y generan un mercado público de transacciones de créditos contra sociedades concursadas –como Perú-, pues en los mismos se adquiere el mismo 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.

Así como se acepta que oscuramente operen en nuestro país sociedades constituídas en el extranjero con toda la apariencia de hacerlo en interés de insolventados fraudulentamente, contagiando el mercado y afectando la operatoria de las sociedades extranjeras que vienen a desarrollar actividad económica lícita en nuestro país. Sobre el punto expresa Gils Carbó “En otras actuaciones, a estudio del tribunal, la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial señaló que la cesión de varios créditos *in extremis* a favor de sociedades *off shore*, genera la fuerte presunción de que el concursado ha actuado por interpósita persona acordando ventajas especiales (al) verdadero acreedor; lo que se encuentra proscripto por el art. 180 del C.P.”, punto sobre el que ya hemos hecho referencia, violando así también el principio de “legitimación concursal”, con claro abuso de derecho y fraude a la ley, como veremos.

<sup>65</sup> En esta ocasión no volveremos sobre este aspecto que lo hemos analizado en nuestro artículo citado en libro colectivo “Conflictos en la insolvencia” cit..

<sup>66</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>67</sup> RICHARD, Efraín Hugo *Crisis de sociedades: acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada* en RDCO julio 2006.

En el caso "Sanatorio Quintana SA s/ acuerdo preventivo extrajudicial" (FG n° 93.663) Asimismo, cabe advertir que no hay preclusión cuando se trata del cumplimiento de requisitos que hacen al orden público (que no son disponibles para las partes –art. 21, CC- y cuya afectación es causal de nulidad absoluta) y al debido proceso: no se pueden afectar los derechos de terceros (ausentes y disidentes) sin un debido proceso previo donde hayan tenido oportunidad e información suficiente para poder defenderse.

**Del dictamen de la Fiscal de Cámara.**

La observancia de estas exigencias no puede ser suprimida por las partes, ni por los jueces, que tienen el deber de declarar, aún de oficio, las nulidades que se funden en vicios que lesionen el orden público (arts. 21, 1044, 1047 y conc. Cód. Civil). Ello es así, porque está en juego la protección de la propiedad privada y la autonomía negocial, sobre los que se funda el mercado.

La Constitución Nacional establece la inviolabilidad de la propiedad y del derecho de defensa en juicio. A nadie se le puede sustraer su propiedad *sino en virtud de sentencia fundada en ley* (arts. 14, 17 y 18 Constitución Nacional). *Nadie puede ser privado arbitrariamente de su propiedad*, según la fórmula del artículo 17.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, incorporada por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria. Esa integral aplicación de las normas debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas e impedir la transferencia de los daños a los terceros.

Se trata de un problema metodológico que puede ser afrontado desde una ley de concursos, o bien desde la legislación que regula esos patrimonios, impidiendo que un instrumento de organización se constituya en una fuente de destrucción de la economía y la producción.

#### V - CONCLUYENDO.

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. 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, teorías que dejamos expuestas a las críticas y aportes.

Hemos puesto el dedo sobre la llaga, sobre un tema del que se habla poco y de una práctica que se usa mucho para perjudicar a los acreedores y enriquecer a los concursados o a los socios en el caso de una sociedad concursada. Despertaremos críticas y pocas adhesiones. Y eso que todavía no hemos hablado demasiado sobre la inconstitucionalidad de los "acuerdos". Beneficiados se sonreirán con picardía, pues ya consiguieron su propósito al homologarse el acuerdo –pese a darse todas las características de ilegalidad que hemos puesto de resalto-. Claro que podrían intranquilizarse si revisaran algunos trabajos en torno a la responsabilidad individual de administradores societarios<sup>68</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.

<sup>68</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.. Nto. *ESTA LLOVIENDO ¡SE ACABO LA SEQUÍA!* (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.

**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>69</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.

Es claro que el “colegio” como asamblea ha desaparecido, no obstante mantenerse como instituto al determinar los legitimados para generar la mayoría. Mayoría que sólo conoce el concursado –y sus asesores-, al estilo de lo que ocurre en un popular programa televisivo, donde es evidente al momento de determinar a los excluidos que el conductor conoce los votos “secretos”, y que no existe ningún control de los “votos” telefónicos. Los votos de utilería –rectius aunque la ley mantenga el vocablo: las manifestaciones de voluntad positiva de aceptar un acuerdo predatorio que empobrece a los acreedores (particularmente a los que no pueden votar o los que votan negativamente) y enriquece a los titulares del patrimonio concursado, alcanzan exactamente para lograr los mínimos personales y de capital que la ley impone. Insistimos que esos votos de utilería, si el juez los acepta en clara contradicción del precepto del art. 1195 C.C. deben ser cuidadosamente sopesados –no ya para pensar en fraude a la ley, que va- sino a pensar en la abusividad de la propuesta y de cómo se logró la conformidad de los “legitimados” a votarla. Señores llamen durante cinco minutos más... atropellen los que quieran ser cesionarios o subrogantes de créditos que conseguirán cobrar algo así como 20% dentro de veinte años (nada). Claro que quizá sea tan malo a criterio del mercado el sistema judicial y jurídico argentino que piensen que por otras vías nada cobrarán...

Nuestra misión es hacer ver las cosas que pasan a los jueces que sólo miran lo que esta en el expediente. Creo que hay que conocer que hoy importantes empresarios financian sus ventas sin documentación alguna, a ninguno de sus clientes se les ocurre pensar en concursarse, o por lo menos concursarse y no pagarles a esos empresarios en la fecha exacta del vencimiento, quizá porque tengan la presunción que su incumplimiento no se registrará en la página de los concursos comerciales sino en la crónica policial. Por suerte para ellos, la seguridad del sistema informal les lleva a ni siquiera pensar en incumplir esos compromisos.

Córdoba, agosto de 2008.

+++++

### 3. La cuestión desde el punto de vista penal.

Pero en la realidad argentina el dislate es mayúsculo: se pretende que la libertad para decidir la oportunidad de presentar una sociedad en concurso, pese arrastrase en cesación de pagos, no acarrea ninguna responsabilidad a los administradores. Y acabamos de hacer una aproximación al punto que ahora profundizamos.

Un penalista<sup>70</sup> refiere a las sociedades que operan con patrimonio inadecuado o se generan sin capital suficiente, “con capitales de humo...”, los vencimientos del pasivo se van postergando y

<sup>69</sup> C.Nac. Com. Sala B 16.12.2005 inre PELTZ, Silvia E. s/ quiebra J.A. 2007.IV-síntesis.

<sup>70</sup> PALACIO LAJE, Carlos *Delisots de vaciamiento de empresa*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002.

se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un *gran patrimonio*, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería”, con una descripción que se corresponde a los Informes Generales que los Síndicos formalizan en la mayoría de los Concursos Preventivos (no Quiebra) de Sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que califica como “ardid”, tipificando así el obrar del que “maliciosamente afecta el normal desenvolvimiento” de una “empresa”, cometido a través de un plan, que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores<sup>71</sup>. Ese obrar es considerado delictual a tenor de la ley 25602, que suprimió el delito de subversión económica.

En general se trata de evitar los delitos que imponen la existencia de quiebra declarada, tales como el del 176.6 CP de trasvasamiento de empresa o de insolvencia fraudulenta del 179.2 CP.

Dicha ley impuso una figura más plástica, aplicable a supuestos donde se ha trabajado sobre una “insolvencia prolongada” o un “plan de insolvencia”, a través de la figura descrita en la nueva norma del art. 174.6 primera parte CP puniendo a “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de un servicio”, como afectación al patrimonio como prenda común de los acreedores<sup>72</sup>.

El conocimiento de esta figura disuadirá a muchos administradores de continuar el giro de la sociedad administrada en insolvencia, facilitando su recuperación con una actuación temprana, por aplicación de las técnicas societarias o/y concursales.

**EL CENTRO DE ECONOMÍA Y DELITO , fijo ciertas Conclusiones de la reunión del 20/5/08 celebrada en la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA sobre "La adquisición de créditos por el deudor para obtener las conformidades en el concurso preventivo frente al derecho penal (arts.180, 172 y 292 del CP )" , donde fueron Expositores Dres . Daniel Truffat, Javier Lorente , Eduardo Favier Dubois (h) y Carlos María Negri**

**Conclusiones** :Luego del pertinente debate las conclusiones, que extractamos en el punto de nuestro interés, son las siguientes:

**b)** Esta asincronía, la falta de comprensión de prácticas delictivas llevadas a cabo por delinquentes económicos , las cortas penas conque se sancionan conductas tales como las previstas en los artículos 180 del CP ( colusión) o 300 inc. 3 del CP (balance e informes falsos e incompletos) - las que las tornan fácilmente prescriptibles o sujetas a la mal llamada *probation* - hacen que la Argentina se convierta en receptáculo de modalidades defraudatorias impunes , severamente sancionadas en otros países .

El Derecho Penal Económico pasa a ser, en estos casos, un mero *Derecho Penal Simbólico*

**d)** Respecto al **delito de colusión** previsto y penado por el art. 180 del CP , resulta claro que no puede ser considerado delito la compra o cesión lícita de créditos concursales.

Sí constituye delito todo acuerdo doloso celebrado por uno o más acreedores con el deudor concursado tendiente a violar

d.1.El derecho de propiedad de la masa de acreedores y

d.2. Las normas concursales (en particular la *pars conditio creditorum* con el alcance que a tal concepto le da la actual ley 24 522.

La posibilidad de categorización de acreedores y lo normado en el art. 49 de la ley 24 522 delimita el concepto de *ventajas especiales* del art. 180 del CP a aquellos supuestos dentro de cada categoría (*igualdad entre iguales*)ya sea que se trate de acreedores quirografarios o privilegiados .Cualquier beneficio otorgado en forma oculta de darse el resto de los elementos del tipo puede tipificar la conducta

<sup>71</sup> PALACIO LAJE, ob. cit.especialmente pág. 59. Se refiere al delito previsto recientemente en el art. 174 inc. 6° CP.

<sup>72</sup> PALACIO LAJE ob. cit. pág. 85 y ss..

El tipo sanciona los *acuerdos dolosos celebrados entre el deudor y uno o varios acreedores mediante la infracción de normas concursales que lesionan los derechos de la masa*

La figura pena al acreedor que en un proceso concursal a) *celebrare* con el deudor o un tercero *un convenio* en el que se estipulen "*ventajas especiales* " b) votare favorablemente la propuesta concordataria. (No basta la celebración de un convenio. Es necesario para la consumación del delito que el acreedor emita el voto)

Para que sea sancionable el acreedor en los términos del art. 180 primera parte del CP se requiere

- \* La existencia de perjuicio pues se trata de un delito de resultado ( admite la tentativa )
- \* La existencia de varios acreedores .
- \* Que el acreedor sea real .
- \* Que medie acuerdo doloso entre el acreedor y el deudor ("*compra de voto* ")
- \* Que el voto se emita

\* Coincidimos con la postura de aquellos autores que consideran necesario, además , que el concordato o el convenio sea aprobado judicialmente para tener por consumado el delito (La figura utiliza el término "*aceptación* " del concordato vocablo que según el diccionario de la Real Academia significa "*aprobación*")

La segunda parte de la norma sanciona al deudor que *concluyere un convenio de esta género* .

No es necesario en este caso para tener por configurado el tipo penal que se haya votado la propuesta .Basta ,en el caso del deudor ,*la celebración del convenio* violatorio de la *pars conditio creditorum* independientemente de la emisión posterior del voto o la aceptación o no por parte de la mayoría de los acreedores de la propuesta

A diferencia de lo normado en el art. 176 del CP (quiebra fraudulenta) no se requiere en el caso del delito de colusión una sentencia de quiebra firme. Basta la presentación en concurso o una quiebra no firme .

Por otra parte

\* En el delito de quiebra fraudulenta se sanciona como autor al comerciante .En el delito de colusión se sanciona a acreedores y deudores, comerciantes y no comerciantes

\* Las "*ventajas indebidas* " mencionadas en el art.176 inc. 3 del CP deben ser analizadas teniendo en cuenta la situación general de la masa de acreedores y el perjuicio ocasionado a la misma. En el delito de colusión sólo se evalúa el hecho puntual

Se trata pues de conductas distintas

e) La **estafa procesal** o "*estafa del triángulo*" está sancionada con pena de hasta seis años de prisión. (art. 172 del CP) .

Recibe el nombre de "*estafa del triángulo* " porque en la misma encontramos por un lado al *autor* ,por otro a la víctima del error (*el juez*) - al que según parte de la doctrina sería *autor mediato* del ilícito - y finalmente por otro, a la víctima del delito

Se configura cuando en un juicio una parte induce en error al juez , y éste bajo la influencia de ese error perjudica a la otra parte o a un tercero .Se produce un desdoblamiento entre la víctima del error y la víctima del delito.

En nuestra legislación no aparece como una figura autónoma (a diferencia de lo que sucede con el art. 250 inc.2 del Código Español) .Se encuentra subsumida en el tipo general de la estafa (art. 172 del CP) .

Desde el punto de vista de la víctima *la estafa importa una disposición patrimonial viciada por ardid o engaño*.

El bien jurídico protegido es la propiedad en sentido amplio ( *concepción funcionalizada del*

*patrimonio* ).

Son elementos de la estafa :

\* *El ardid*: Se trata de maniobras idóneas tendientes a hacer incurrir en error a la víctima. Artificio sistematizado.Excede la simple mentira

\* *La existencia de un acto de disposición*

\* *Dicho acto de disposición ha sido tomado por error*

\* *Requiere el perjuicio.Es un delito de resultado*

\* *Dolo* .

En la estafa procesal se agrega que

\* *La estafa se produce en el curso de un proceso* (dentro del marco de un proceso dispositivo)

\* *El inducido a engaño debe ser un juez* ..El engaño se dirige a los jueces habilitados a concretar actos de disposición a favor de un tercero causando un perjuicio ilegítimo (tribunal competente para determinar la pertenencia de bienes o derechos motivo de la relación procesal) .

El medio comisivo para inducir a error puede estar constituido por el uso de prueba documental falsificada , (violación del art. 292 del CP ) , falsos testimonios ( art. 275 del CP ) ,sustitución ocultamiento o mutilación de expediente , documento o instrumento - art. 173 inc.8 del CP ), etc.Dichas figuras concurren habitualmente con el tipo sub exámine

La utilización de medios probatorios falsos configura el engaño .Presupone actos procesales ideológicamente falsos entre los confabulados En la estafa procesal el ardid se genera en base al ejercicio de una apariencia

Sin perjuicio de ser una figura controvertida (parte de la doctrina ha señalado que se trata de una interpretación extensiva del derecho penal toda vez que el juez no hace actos de disposición alguno sino que dicta resoluciones) la misma ha sido receptada jurisprudencialmente al extremo que la Excma Corte Suprema ha dicho que en estos casos cede la cosa juzgada (C.S. 16/5/97 "Scilingo".Campbell Davidson 19/2/71)

La colusión de las partes en un proceso pueden constituir un medio ardidoso que induzca al juez a decidir en forma pecuniariamente perjudicial para un tercero.

**f) La cesión a un tercero de un crédito verificado o admisible ocurrida antes del vencimiento del período de exclusividad por un precio superior al valor presente de la propuesta efectuada por el deudor crea una presunción iuris tantum de que fue realizada a favor de la concursada y, por ende, impone la privación del cómputo del voto de ese crédito a menos que se acredite legítima extraneidad del adquirente.**

El hecho que un aparente "tercero" adquiera un crédito concursal pagando un monto superior al que recibirá como consecuencia del acuerdo ofrecido por la deudora, se aparta del curso normal del desarrollo de los negocios comerciales, que presuponen onerosidad y no pérdida a sabiendas.

Ello autoriza a presumir que, en rigor, se trata de una simulación respecto de la persona adquirente y que quien compra por persona interpuesta es el propio deudor en conducta prohibida por cuanto beneficia al acreedor cedente que va a cobrar más que el resto (art. 16 LCQ).

A su vez, tal prohibición lleva a la imposibilidad de computar ese voto para formar mayorías, no sólo por efecto de la ineficacia del art. 16 LCQ, sino porque siendo la concursada deudora y acreedora al mismo tiempo, el crédito se extingue por confusión.

Entendemos que se trata de una presunción *iuris tantum* ,que el adquirente puede desvirtuar acreditando, no sólo su capacidad económica sino también un interés propio en la solución concordataria que exceda la percepción de su crédito (vgr. Un proveedor exclusivo de insumos interesado en mantener su propio negocio).

Si el cesionario hubiera igualmente prestado conformidad con la propuesta formando la mayoría necesaria para que el acuerdo fuera homologado, la situación configura una causal de impugnación o nulidad del acuerdo (arts. 50 incs. 1.º y 3.º y 60 de la LC).

Siendo el acuerdo impugnabile en caso de "error en el cómputo de las mayorías" o de "exageración fraudulenta del pasivo" (incisos 1.º y 3.º del art. 50 LC), entendemos que el voto de quien no podía votar (la propia concursada) sólo puede haberse computado por "error" o por "fraude".

Tal extremo autoriza la impugnación o la nulidad (art. 60 LC).

Corresponderá abrir las impugnaciones a prueba siendo carga del cesionario o de la concursada desvirtuar la presunción.

En el supuesto que la concursada compre un crédito por medio de un testaferro a fin de votar su propia propuesta, el voto del cesionario debe imputarse al cedente ( art. 45, tercer párrafo de la ley 24.522.)

A su vez, la doctrina es conteste en entender que cuando un tercero paga una deuda ajena con consentimiento del deudor lo está haciendo como mandatario de éste.

Por otra parte atento lo normado en el art. 171 de la ley 24 522 los que dolosamente participen en actos tendientes a la disminución del activo "*.... antes o después de la declaración de quiebra deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados , no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso "*

Paralelamente tales hechos deberían ,asimismo, ser analizados a la luz de las figuras descriptas ( art. 180 del CP -colusión-, 172 del CP -estafa procesal- y de darse los supuestos fácticos , art. 292 del CP - falsificación de documentos - , art. 275 del CP - falso testimonio - , art. 173 inc. 8 del CP -sustitución , ocultación o mutilación de expedientes .

**g)** Los APE se encuentran incluidos en el delito de colusión previsto y penado por el art. 180 del CP

### **Salvedades:**

Son importantes dentro de la polémica en el derecho privado y concursal las salvedades que en esas conclusiones expresaron los Dres. **Daniel Truffat y Javier Lorente, que se vincula con aquella apreciación del primero que ya hemos transcripto al referirnos a la sospecha que introduce la doctrina:**

a)-No hay que presumir el fraude para descalificar el voto del cesionario, en un marco que en general propugna postular la buena fe, pero es cierto que el tribunal no puede permanecer indiferente a supuestos de alarma o escándalo (que permiten detectar "algo raro", "algo sospechoso" que habilita, si es preciso y concordante, a prescindir cautelarmente del voto cuestionado);

b)-Corresponde hacer una lectura "muy ortodoxa" del art. 180 C.Penal, en la línea del fallo "Comfer": el tipo exige que el cómplice "reciba beneficios especiales" y, a la vez, "vote" o "adhiera" o "apruebe". Por ello, la teoría de haber mandato al cesionario, o de hacerlo a través del cesionario, o de ubicarse en la tesis del "autor mediato" no convence; Ello no quita -claro está- que bien podría tratarse de una figura estafatoria (ardidosa) y, por ende, igualmente reprimible, pero no con fundamento en el art. 180 del cod.penal.

++++++

### **\* LA JURISPRUDENCIA EN LA POLÉMICA.**

Desde que introducimos la cuestión en marzo de 2006\*, momento hasta el cual la cesión y subrogación gozaban de buena salud, se han alzado muchas voces en la doctrina a favor de excluir el voto del cesionario o subrogado que no verificó su crédito cuanto más. En tal sentido Vitolo, Otaegui, Junyent, Moro, y otros que hemos citado.



Pero lo más importante es la referencia y conclusiones obtenidas que formula 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, donde aceptando el efecto creditorio de la cesión para adoptar una resolución que excede el marco de este comentario, la vocal de primer voto Prof. Chiapero de Bas dijo 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". Más adelante en relación a la cuestión que nos ocupa expresa textualmente "La diferencia reside en que los hechos nuevos en sentido estricto deben guardar relación con los hechos integrativos de la litis, en tanto que los sobrevinientes deben ser absolutamente novedosos respecto del sustrato fáctico, alterando aquella situación a tal punto que pueden dar lugar incluso a un trastocamiento de la causa petendi (conf. Vénica, Oscar H., "Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba", t. III, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, p. 223).- Tal lo que acontece con el pago por subrogación alegado, el que tiene por efecto desplazar del elenco de acreedores con derecho a decidir la suerte de la propuesta ofrecida por el deudor a un acreedor (Fondo Fiduciario), cuyo voto negativo ha provocado la declaración quebratoria que constituye el agravio central que alienta el recurso de la concursada.... Dicho en otros términos, si la definición de la exclusión de voto del Fondo Fiduciario fue dirimente para conformar las mayorías requeridas y determinar si hubo acuerdo (art. 49 , LCQ.), resta definir si la pérdida de condición de acreedor por parte del Fondo Fiduciario sumado a la ausencia de derecho a voto por parte del acreedor subrogante (Crédit Agricole S.A.; art. 45 , LCQ.) torna estéril la decisión de esta Cámara acerca de la procedencia o no de dicha exclusión de voto, en razón de que dicha cuestión habría dejado de constituir un conflicto actual o colusión efectiva de derechos. ...Es que, habiéndose producido la alegación del pago por subrogación de un acreedor que conformaba el elenco de acreedores concurrentes recién en alzada, no resulta posible concluir acerca de su virtualidad para tornar abstracto el recurso, sin analizar previamente la pertinencia de la sustitución subjetiva de acreedores (pago por subrogación) en el ámbito de un proceso concursal, como asimismo la pertinencia de modificar la conformación del pasivo con posterioridad al vencimiento del período de exclusividad y a la declaración de la quiebra, aunque antes de que esta última adquiera firmeza. - Ello obedece a que si bien la ponderación de la alegación de hechos sobrevinientes debe hacerse a la luz del ordenamiento procesal local por expresa remisión de la norma concursal (art. 278 , LCQ.), no es posible hacerlo en desmedro de valoraciones acordes con las particulares características que insuflan un proceso concursal, habida cuenta de que las normas procesales devienen aplicables al concurso pero con limitaciones expresas e implícitas. Las primeras contenidas en el art. 278 , LCQ., que consisten en la inexistencia de una disposición en contrario en el estatuto concursal y de su compatibilidad con la rapidez y economía del trámite concursal. Las segundas, en tanto no se presenten en pugna con otros principios concursales (universalidad, igualdad, oficiosidad, verdad real), cuya coherencia y armonización es imprescindible (conf. Junyent Bas y Molina Sandoval, "Ley de Concursos y Quiebras", Ed. LexisNexis - Depalma, comentario al art. 278 , LCQ., p. 607 y ss.). 5.5. Tocante a la sustitución subjetiva de acreedores configurada en la especie por el pago por subrogación por parte de Crédit Agricole S.A. del crédito que el Fondo Fiduciario tenía verificado en el pasivo de la concursada, 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 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 indubitablemente 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.

De tal modo, resultaría a todas luces exorbitado de la competencia funcional de esta alzada y contrario al tratamiento igualitario de los acreedores adoptar un temperamento contrario sin existir cuestionamiento al respecto.

5.6. Despejada la validez de la transferencia, resta considerar la pertinencia de la oportunidad en que la sustitución subjetiva fue acreditada (recién en alzada y después de decretada la falencia).

Conforme al diseño legal (art. 46 , LCQ.) no bastaría con que el deudor hubiera obtenido las conformidades al vencimiento del período de exclusividad, sino que es preciso que las haya presentado al juzgado, lo que se justifica a fin de dar certeza al trámite y evitar adhesiones posteriores a dicho vencimiento pero que se presenten como logradas con anterioridad.

Empero, existen precedentes jurisprudenciales que admiten la posibilidad de valorar las conformidades presentados en un momento posterior al vencimiento del referido período a condición de que la Sindicatura no formule objeción, y aun otros que hasta admitieron la agregación de las conformidades faltantes en ocasión de articularse recurso de apelación contra la sentencia que declaró la quiebra (conf. C. Nac. Com., sala C, 18712796, "Cañoflex S.A. s/concurso preventivo"; C. Nac. Com., sala D, 13/2/1997, "Daly y Cía. S.A. s/quiebra s/incidente de apelación promovido por la fallida", Rev. de Impuestos LVI-B-121, citados por Heredia, Pablo, "Tratado exegético de Derecho Concursal", t. II, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, comentario al art. 46 , LCQ., p. 120).

Si bien tales precedentes están referidos a la acreditación tardía de la conformidad de algún acreedor (ya vencido el período de exclusividad o incluso declarada la quiebra por falta de mayorías), supuesto diferente al que plantea este recurso, mutatis mutandi cabe extender sus razones al supuesto en que la quiebra se declaró sobre la base de la negativa de exclusión de voto de un acreedor que -con posterioridad al vencimiento del período de exclusividad y declaración de quiebra- aceptó ser desinteresado por un tercero.

Si a ello sumamos la ausencia de objeción por parte de los intervinientes en esta alzada, la suerte queda sellada. En efecto el Comité de Acreedores -representando el interés de la comunidad de acreedores- reclama que no se deje de lado esta realidad y se excluya el crédito del Fondo Fiduciario de la base de cómputo y, en consecuencia, se proceda a homologar el acuerdo "por resultar más beneficioso para los acreedores", en tanto que la Sindicatura pide se revoque la sentencia porque el Fondo Fiduciario ya no reviste el carácter de acreedor.

De ello se desprende que la procedencia de exclusión de voto del BNA ha dejado de constituir un caso contencioso en razón de que circunstancias posteriores a la interposición de la vía impugnativa, le han restado incidencia en la suerte de esta contienda. De tal modo, siguiendo los lineamientos de nuestro máximo tribunal en el sentido de que corresponde al propio tribunal, aun de oficio, expedirse sobre la subsistencia de la cuestión traída a su resolución (Corte Sup., 3/3/1992, LL 1992-C-186), corresponde revocar la sentencia apelada y en su lugar declarar la existencia de acuerdo (art. 49 , LCQ.).

6. Sin perjuicio de la conclusión precedente, el estado poco pacífico de la doctrina y la jurisprudencia nacionales en torno a la validez de la sustitución subjetiva de acreedores en el proceso concursal, como asimismo la excepcionalidad de permitir -frente a la perentoriedad de los plazos concursales (art. 46 , LCQ.)- que a través de tal mecanismo una tercera (controlante indirecta de la concursada) modifique la base de cómputo de las mayorías requeridas para obtener la aprobación de la propuesta de acuerdo ofrecido por la concursada con posterioridad al vencimiento del período de exclusividad e incluso de la declaración quebratoria, me persuaden de la necesidad de colocarme -aun a mayor abundamiento- en el escenario más desfavorable a la concursada, para, desde ese lugar, dar respuesta a los agravios que le provocara la declaración falencial decidida en la sentencia anatematizada.

En esa senda, analizaré si, de no admitirse la transferencia del crédito del Fondo Fiduciario, es decir si subsistiera inmodificada la plataforma fáctica tenida en miras por la primera jueza, hubiera correspondido mantener la decisión apelada.”. Sigue el enjundioso fallo refiriéndose a la exclusión de voto de un acreedor verificado por hostil reclamado por la apelante: “La aceptación del pago por subrogación de manos de la controlante indirecta de la concursada ratifica lo que -en la primera instancia- no era más que una sospecha, cual es que el derecho a votar negativamente había sido usado por el Fondo Fiduciario de manera desentendida de la justicia, desviado del fin para el cual ha sido reconocido en el estatuto concursal y utilizado con violación flagrante a la palabra empeñada ocasionando grave daño a la deudora y a la comunidad de acreedores que en abrumadora mayoría prestaron su conformidad a la propuesta”.