

SOBRE EXCLUSIÓN DE VOTO EN CONCURSO

Efraín Hugo RICHARD

En Jurisprudencia Argentina 2011-III- fascículo 2 del 13 de Julio de 2011, pág. 51, comentando el fallo que la niega “ICS COMERCIAL S.A S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INC. DE EXCLUSION, de Osvaldo Chomer, 27 de Abril de 2010, publicado en la misma Revista a pág. 43.

I – ACOTACIONES PRELIMINARES.

Diariamente la realidad señala que los representantes de sociedades concursadas solicitan al Juez del Concurso que excluya del cómputo del voto, el que ha emitido o no emitirá favorablemente un supuesto acreedor con interés contrario al de la concursada.

No queremos terciar ante ilustrada posición pendular (referida por importante doctrina¹ y fallo²), sino apuntar que el caso en que focalizaremos nuestra atención apunta a aspectos del desenvolvimiento empresario, naturalmente centrado en la organización societaria, que nos hizo sentir invitados a discurrir y profundizar sobre esa faceta, preconcursal, por la solución extrajudicial posible y de menores costes.

Ello, antes, nos llevó a algunas reflexiones³, en voz alta, para tratar de interpretar lo que esta sucediendo en el “derecho concursal” argentino, sin ingresar en el análisis de ninguna jurisprudencia en particular, por las características que puede tener cada caso frente a ciertos principios que señalamos. Ahora lo haremos en relación a ese fallo, que posibilitará otros análisis.

Nos referimos a lo que damos en llamar “Derecho concursal societario” o “Derecho de la crisis societaria”⁴. La prevención esta en el derecho societario, cuyas normas imperativas deben tener prioridad en el análisis de las crisis societarias. Así, recordando algo aparentemente olvidado por la jurisprudencia y doctrina nacional, se ha dicho “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por eta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez m’s preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. – Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistemajurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la

¹ VAISER, Lidia *SOBRE LA EXCLUSION DE VOTO DE LOS ACREEDORES CONCURSALES. UNA MIRADA EN BUSCA DE CONSENSO* en Via Cruxis Colombia, diario electrónico del 15 de mayo de 2006: “...la *exclusión de voto* de los acreedores concurrentes. Donde – por cierto – hay más disidencias que acuerdos. En punto al interrogante recién planteado, las posiciones doctrinarias se inclinan decididamente por considerar que los supuestos contemplados en el art. 45 LCQ. *son taxativos* Así, por ejemplo: Quintana Ferreyra: “*La doctrina es conteste en afirmar que la enumeración de los sujetos carentes de votos debe interpretarse taxativamente. Sin embargo, consideramos que por vía analógica a consecuencia de la reforma introducida sobre la extensión de la quiebra, abre un margen para reexaminar el tema*”. (“CONCURSOS”, pág. 576) Saul A. Argeri : *La mención legal, que lleva carácter taxativo...*” (en nota al art.51 L.19551 en: “ LA QUIEBRA Y DEMAS PROCESOS CONCURSALES”, pág.51) Pablo Heredia : “*Por tratarse de prohibiciones, la enumeración es taxativa*”. (“TRATADO EXEGÉTICO DE DERECHO CONCURSAL”, Tomo 2, pág. 109) Fassi – Gebhardt : “*La ley ha excluido del capital computable el crédito que puedan verificar ciertos sujetos vinculados por parentesco o por nexos societarios al deudor o, en su caso, a la sociedad deudora. Estas exclusiones no pueden extenderse analógicamente, pues los aludidos sujetos excluidos constituyen taxativos caso de excepción*”. (“CONCURSOS Y QUIEBRAS”, pág. 151) Grispo Jorge D.: “*Las exclusiones previstas por el legislador concursal deben ser interpretadas taxativamente, lo cual hace que el juzgado no pueda aplicar a otros individuos las disposiciones que prevén el apartamiento en el cómputo de las mayorías.*” Y para más agrega: “*Tampoco caben las exclusiones por analogía*” (“TRATADO...” Tomo II; Pág. 95) Sin embargo, la cuestión -desde mi punto de vista - no puede verse con el facilismo de una interpretación en “blanco y negro””..

tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”⁵.

En esta defensa a “las estructuras productivas”, donde se destaca la acción de “conservar conservación de la empresa”, enfatizamos que esa acción esta a cargo de alguien, y en las estructuras societarias sin duda a cargo de los administradores y de los controlantes⁶.

En el caso de la “exclusión de voto” o “exclusión del acreedor de los cómputos” las referencias al derecho societario tienen otros matices, al igual que al derecho contractual.

1. Apunta Lidia Vaiser⁷ a que la norma contenida en la ley sobre exclusión de voto intenta evitar la colusión, y que la pretensión que motiva los nuevos avances jurisprudenciales se asienta en el interés contrario del votante con la concursada. Interés contrario que no podemos sino vincularlo con la empresa, con la conservación de la

² En el caso “TELEARTE SA EMPRESA DE RADIO Y TELEVISION S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE EXCLUSION DE ACREEDORES INTEGRANTES DEL LLAMADO”, el Tribunal apuntó en el Considerando 3.2. “Ahora bien, se ha debatido arduamente en doctrina qué alcance es dable otorgar a esta enunciación legal, en el sentido de si se trata de una enumeración *taxativa*, o bien, si dicha enumeración es meramente *enunciativa*, es decir que no agota todos los supuestos posibles de exclusión que puedan provenir -o inferirse- del resto del ordenamiento jurídico general, pudiendo por ende llegar a aplicarse esa misma solución a supuestos no previstos por el legislador concursal. En forma *mayoritaria*, tanto la jurisprudencia como la doctrina prevaletentes, se han inclinado por el carácter *taxativo* de estas excepciones, con basamento en la concepción de que las hipótesis de “*exclusión*” sólo se encuentran limitadas a aquellos casos expresamente previstos en la norma, sin que puedan extenderse analógicamente a otros supuestos diferentes (cfr. *Zavala Rodríguez, Carlos*, “*Código de Comercio*”, T° VII, p. 527; *Argeri Saúl A.*, “*La Quiebra y demás procesos concursales*”, pág.51; *Cámara Héctor*, “*El Concurso Preventivo y la Quiebra*”, Vol. II, pág. ; *Quintana Ferreyra, Francisco*, “*Concursos*”, T° I, p.611; *Heredia, Pablo*, “*Tratado Exegético de Derecho Concursal*”, T° II, p. 109; *Grispo, Jorge Daniel*, “*Concursos y Quiebras. Ley 25.522. Comentada, Anotada y Concordada*”, p. 363; *Fassi-Gebhardt*, “*Concursos y Quiebras*”, p. 151; *Villanueva Julia*, “*Concurso Preventivo*”, pág.423; *Dasso Ariel A. y Dasso Javier A.* “*El novedoso debate sobre la exclusión de voto*”, Acciones de Recomposición Patrimonial y Conflictos Laborales en la Quiebra, pág. 487 y ss.; *CNCom, Sala A*, 14.3.02, *in re* “*Mercado de Materiales s. Concurso Preventivo*”; *id.* 18.3.02, *in re* “*Supercanal Holding S.A. s. Concurso Preventivo s. incidente de apelación art.250*”; *id.* 16.9.03, *in re* “*Librería Diagonal S.A. s. Concurso Preventivo*”; *id.* 17.3.05, *in re* “*Chacras del Oeste S.A. s. Concurso Preventivo*”; *id.* 27.06.05, *in re* “*Instituto Médico Modelo S.A. s. Conc. Prev.*”; *id.* 27.12.02, *Sala C*, “*Equipos y Controles S.A. s. Concurso Preventivo s. inc. de apelación*”; *id.* 09.10.04, *in re* “*Sancayet S.A. s. inc. de investigación en: O.S.M.A.T.A s. Concurso Preventivo.*”; *id.* *Sala D*, 18.9.92, *in re* “*Kenny María s. Concurso Preventivo s. inc. de impugnación por Guillermo Arnaude S.A.*”, *id.* 31.10.00, *in re* “*Dirección Asistida S.A. s. Concurso Preventivo s. incidente de apelación*”; *id.* *Sala E*, 11.5.88, “*La Tregua S.A. s. Concurso Preventivo*”; etcétera). Bueno es aclarar, sin embargo, que, en el caso de la jurisprudencia, si bien se partió -en líneas generales- de esa idea como regla o principio general, en muchos casos se terminaron reconociendo hipótesis no previstas expresamente por el ordenamiento legal (cfr. a este respecto, vgr. *JNCom. N°3*, “*23.3.79 “Del Atlántico”*”; *id.* *JNCom. N°12*, 23.11.87, “*La Razón S.A.*”; *id.* *JNCom. N°9*, 20.7.01, “*Equipos y Controles S.A.*”; *id.* *JNCom. N° 23*, 30 6.03, “*Seidner Hanna*”; entre otros). - No obstante ello, cierta parte de la *doctrina* se inclinó por una interpretación finalista de la norma, en el sentido de que la “*exclusión*” resulta procedente incluso en casos no contemplados expresamente por la ley, pero que guardan una directa relación con la finalidad de la prohibición, sin que ello implique -claro está- incurrir sin más en generalizaciones arbitrarias (v. en este sentido: *Alegria Héctor*, “*La relación Fisco-concurso (con especial referencia a la exclusión de voto del Fisco en el acuerdo preventivo*”, LL, Suplemento de Concursos y Quiebras, 09.09.02; *Maffia, Osvaldo J.*, “*Derecho Concursal*”, T°II, p.35; *Segal, Rubén*, “*La privación del derecho de voto en las juntas de acreedores*”, LL 1983-A-728; *Vaiser Lidia*, “*Sobre la exclusión de voto de los acreedores concursales. Una mirada en busca de consenso*”, Revista La Ley, boletín del 1.10.04; *Vitolo Daniel R.*, “*La no exclusión del voto del competidor en un concurso preventivo. Un fallo desafortunado.*”, Comentario al fallo “*Equipos y Controles*” publicado en la Revista Errepar, ejemplar N°189, agosto03; Hequera, Elena B., “*Sujetos excluidos del voto. Artículo 45 de la ley 24.522.*”; etcétera). - Algún autor -Alegria- propició, incluso, una interpretación de la norma del art.45 LCQ semejante o análoga a la que terminó imponiéndose en torno al carácter *taxativo* o meramente *enunciativo* de la enumeración referente a los actos de comercio contenida en el art. 8, Código Comercio (ver a este respecto, *Fontanarrosa Rodolfo*, “*Derecho Comercial Argentino*”, t. I, pág.102) en el sentido de que los supuestos enumerados no indican supuestos aislados sino “*categorías*” de casos o situaciones a los que puede extenderse la norma siempre que se verifiquen a su respecto caracteres de analogía, semejanza o equivalencia con los incluidos en la enumeración legal (v. en este mismo sentido también, precedente “*Seidner Hanna*” antes citado). Del fallo del Juez Dr. Alfredo A. Kölliker Frers.

³ Nto. *NOTAS EN TORNO A LA EXCLUSIÓN DE VOTO EN EL ACUERDO POR INTERÉS CONTRARIO CON LA CONCURSADA (Y MUCHO MÁS)* publicado en El Dial.com

⁴ Ntos. “*Insolvencia societaria*” Ed. Lexis Nexis Buenos Aires 2007, y “*Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2010.

empresa explotada por la concursada, alejándonos del interés del empresario que hoy poco debería contar con el mecanismo previsto en el art. 48 LCQ.

La petición se formaliza, sin duda, contra un acreedor concurrente, cuyo crédito ha sido verificado o declarado admisible, extraemos del fallo del título “Del mismo modo he expresado que la identificación universal de los acreedores es medular en la etapa del concursamiento, en tanto a partir de tal reconocimiento podrá establecerse la base de cálculo de las mayorías que aprobarán o rechazarán el acuerdo propuesto por el deudor; y es desde esa perspectiva cuando se advierte que en tal etapa rigen prioritariamente las reglas concursales, postergando a las generales propias de otras ramas del derecho argentino vigente (Chomer, Héctor Osvaldo, "La acción de dolo para la revocación de la cosa juzgada irrita en la verificación de créditos", La Ley 2006-E, 1042)”.

Se intenta excluir del ejercicio de un derecho al titular propietario de un crédito indubitable, legítimo, generado normalmente por una relación contractual⁸ asumida libremente por los representantes legales de la sociedad concursada cuando la misma no se encontraba en concurso. Parece así que –en la normalidad de los casos- el crédito nació por una relación voluntaria entablada por los representantes legales de la sociedad concursada normalmente con otra sociedad a la que luego, en el concurso y verificado su crédito, se reputa interés contrario al social o concursal (¿?).

Como en la verificación se ha analizado la causa de la obligación, se supone que el crédito y la legitimidad del acreedor concurrente se basa en la legalidad de aquella relación causal y en el incumplimiento de la concursada de satisfacerla oportunamente, presentándose en concurso e imponiendo a todos “sus” acreedores la concurrencia.

Por tanto, la presencia del supuesto competidor en el concurso responde normalmente a una actuación de los representantes legales de la concursada.

El acuerdo concursal corresponde al sistema de acuerdos colectivos colegiales, o sea adoptados por mayoría de los que estén legitimados a votar. Y en el derecho argentino sólo están legitimados a votar los “acreedores verificados o declarados admisibles”, es un derecho personal de los acreedores concurrentes, o sea que legitima a ciertos sujetos y no a otros conforme el orden público concursal⁹.

2. La incapacidad de pago de una sociedad esta sometida en primer lugar a su propio sistema: la legislación societaria. Los administradores como buenos hombres de negocios y los socios, particularmente si alguien ejerce el control de derecho, deben cumplir con previsiones expresas de la ley en torno al capital social, publicidad,

⁵ OLIVERA AMATO, Juan M. *Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales* AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

⁶ Nto. “Perspectiva del derecho de la insolvencia” cit. 4ª parte *Bases sustanciales para la conservación de la empresa* pág. 560 y ss., esp. VII. El quinto tema: a cargo de quién está afrontar la crisis, tratando de asegurar esa conservación, pág. 593.

⁷ VAISER, Lidia *SOBRE LA EXCLUSION DE VOTO DE LOS ACREEDORES CONCURSALES. UNA MIRADA EN BUSCA DE CONSENSO* cit..

⁸ No siempre sería contractual, por ejemplo derivado de un accidente, pero naturalmente los créditos concurrentes resultan del giro funcional de una sociedad.

⁹ Nto. *LEGITIMACIÓN PARA VOTAR EL ACUERDO CONCURSAL (¿NEGOCIO COLEGIAL COLECTIVO?)* en diario La Ley del 13 de marzo de 2006.

disolución, etc., y ante la imposibilidad patrimonial de continuar el giro comercial se imponen conductas: la liquidación o la capitalización¹⁰.

O sea que todo representante legal de una sociedad que contrata con competidores debe tener especial cuidado en cumplir el contrato, pues puede ser ejecutado en caso de incumplimiento. Si carece de capacidad patrimonial para cumplir deberán los socios reingresar o aumentar el capital social o capitalizar el pasivo¹¹, lo que llevaría a compartir con tales acreedores –competidores- el gobierno de la sociedad.

3. Ha pasado a ser una constante que los acuerdos sean de quita y espera¹², pese al amplio margen de soluciones que la ley concursal ofrece sin limitaciones. O sea que los representantes de la concursada, sus socios, pretenden incumplir las previsiones de la legislación societaria ante la pérdida del capital o a la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por causas patrimoniales y financieras¹³, y que sus acreedores sean despojados de casi la totalidad del crédito por quitas desmesuradas e inconstitucionales, y esperas ajenas a las prácticas de mercado¹⁴. Obviamente que tales quitas y esperas, de ser aprobado el acuerdo disminuye el pasivo y automáticamente se enriquecen los socios de la concursada¹⁵, devenida de la “habilidad” de sus representantes y de la “omisión” de las obligaciones de los socios¹⁶.

Ese enriquecimiento se obtiene a través de intentar que se verifiquen la menor cantidad de créditos –o se declaren admisibles- en tiempo útil, a fin que la menor cantidad de acreedores, y de los créditos de los que son propietarios, sean necesarios para

10 Cfme. MUIÑO-RICHARD *Organización societaria*, Ed. Astrea. EN Libro colectivo “Acciones de recomposición patrimonial y conflictos laborales en la quiebra” dirigido conjuntamente con Daniel R. Vitolo, Ad Hoc, Buenos Aires 2005: *La supuesta supresión de la pérdida de capital social como causal de disolución* conjuntamente con Graciela A. Haggi, pág. 229 del primero, y *La continuación de la empresa y la reorganización empresaria como un problema eminentemente societario*, conjuntamente con Laura Filippi, pág. 227 del segundo; en Libro colectivo 2ª edición del *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos Buenos Aires 2005, nuestro “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria”, constituyendo el capítulo XLIX del tomo I a pág. 811; *Hacia de la desjudicialización de la crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA*, comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali, Colombia; *Funcionalidad de sociedad y propuesta concursal abusiva* en Zeus Córdoba, tomo 7 página 505 a 515, 8 de noviembre de 2005; *Propuesta abusiva* en El Dial. Express; *Responsabilidad de administradores y socios por pagos en negro y trabajo clandestino* en El Dial.com 2005;; *Técnicas para lograr la eficiencia del sistema concursal* en *Anuario VII (2002-3) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Ed. Lerner, Córdoba 2005, págs. 153 y ss.; *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 n° 217, tomo XVII pág. 1532; En Libro colectivo en homenaje a Beatriz Mauri –en prensa- *Ensayo en torno a CONTRATO Y ACUERDO (aspectos societarios y concursales)*; *Nota al acuerdo concursal* en “Vía Crisis” Revista Electrónica de Derecho Concursal (Lima, Perú, año 2 n° 11 del 17 de marzo de 2006); *El que daña repara (en torno a un disuasivo fallo de un juez concursal de Córdoba)* en RDCO n° 216 Enero Febrero 2006.

11 Nto. *CRISIS DE SOCIEDADES: PROPUESTAS CONCURSALES ABUSIVAS Vs. SOLUCIÓN PRIVADA* en prensa RDCO y trabajos citados en nota anterior sobre propuesta abusiva.

12 Pese al catálogo que ofrece la ley 24.522, no limitativo. Claro que la quita y espera implica una apropiación de los créditos de los acreedores en beneficio de los socios de la sociedad concursada. Solución nada despreciable mientras sea tolerada.

13 Nto. *PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y CONCURSO (notas sobre la causal de disolución, la opción para no liquidar la sociedad: reintegro y aumento y posibilidad de concursarla)* Publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, setiembre 2010, n° 274, año XXIV tomo XXII pág. 1008.

14 Nto. “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia” cit. pág. 341.

15 Nto. *Otra vez sobre propuesta abusiva* en Libro Colectivo “Conflictos en la insolvencia” dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc Bs. As., noviembre 2005, pág. 409 y bibliografía allí citada.

aprobar el acuerdo, imponiéndolo así no sólo a los que votan en contra y a los que no votan, sino también a todos los que componen el pasivo real de la concursada.

Sospechosamente esa mayoría se logra por opinables medios, a nuestro criterio ilegales, como la adquisición de créditos con garantía real o privilegios renunciando luego a esos beneficios, subrogaciones y/o cesiones, y hasta a la subrogación parcial de ciertos créditos exclusivamente en relación al monto con el que se lograría la mayoría, incluso frente a la oposición del acreedor que, por el remanente resultará afectado. Señalamos que tal conducta es inaceptable por aplicación del Código Civil y sin advertir que el sistema concursal entronca un sistema propio de acuerdos colegiales, de un orden público concursal, que excluye a subrogados o cesionarios, pues importa un derecho del acreedor concurrente y no del crédito. Sobre el efecto de los contratos y los terceros nos hemos expedido¹⁷.

4. El clímax se alcanza cuando los representantes de la concursada, a través de las “maniobras” ilegales que apuntamos precedentemente, advierten que no alcanzan los porcentajes logrados para su propósito de despojar a los acreedores y enriquecer a los socios. Ante ello revisan los votos negativos o no emitidos y encuentran al “competidor”. Esto es lo que el Juez Chomer nomina “*exclusión atípica*” y en punto a ello señala en el Considerando 5 “*Y algo que resulta relevantísimo en el caso y me importa destacar, es que los dos acreedores cuya exclusión pretende la concursada, constituyen mayoría cuantitativa de créditos, en la base de cálculo resultante de la decisión de la LC 36, inimpugnable a los fines del cálculo de las mayorías. Proceder a la separación de tales acreedores -sin prueba suficientemente concluyente que demostrase su abuso- constituiría la desfiguración de las citadas mayorías, abrogando la lógica construcción concursal que supone que la mayoría aprobatoria impone un acuerdo sobre la minoría disidente o que, alternativamente, lo rechaza y sobreviene la quiebra*”.

Supuesto competidor cuya legitimación generaron causalmente los propios representantes, que debieron cumplir la obligación para evitar el conflicto, imaginársela y proceder a la capitalización, no sólo conforme las reglas societarias, sino también conforme a un principio concursal inexcusable que señala Lorente¹⁸, y que han recordado Barreiro y Truffat¹⁹ y nosotros²⁰.

¹⁶ Nto. *Los administradores societarios y la insolvencia* RDCO Doctrina n° 203 página 553 y ss., donde señalábamos en las líneas finales p. 585: “Sin duda nuestra posición levantará cuestionamientos, pero al mismo tiempo hará raepensar a los asesores jurídicos y contables los alcances de nuestra legislación. Ello llevará a que los administradores de sociedades –y a los socios controlantes- reciban el alerta correspondiente para permitirles gozar el principio societario de la irresponsabilidad”.

¹⁷ Ntos. *Legitimación para votar el acuerdo concursal ¿Negocio colegial colectivo?* Publicado en La Ley, diario del 13 de marzo de 2006, Rep. Argentina, y ahora *EL EFECTO DE LOS CONTRATOS RESPECTO DE TERCEROS Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN CONCURSOS* Publicado en libro colectivo “Liber Amicorum. En homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés”, Córdoba, noviembre 2010, 2 tomos Ed. Advocatus, en tomo I pág. 515 a 552.

¹⁸ LORENTE, Javier A. *El acuerdo preventivo extrajudicial (APE) argentino y el “prepackaged plan” (“PREPACK”): coparación sistemática y específica de ambos procedimientos concursales* en Doctrina Societaria y Concursal agosto 2004, tomo XVI pág. 893, especialmente pág. 902

5. Ha llegado el momento de pensar sistémicamente en el derecho de crisis de las sociedades para no estimular maniobras que claramente afectan el derecho de propiedad, la seguridad jurídica, y estimulan que las sociedades sean alejadas de su funcionalidad, trastrocando su calidad de herramienta maravillosa de la organización empresaria²¹.

Ello sin negar la posibilidad de reclamar daños contra ciertos acreedores, o más específicamente a los que por abusos contractuales han llevado a la insolvencia a la sociedad ahora concursada.

Se perfila la exclusión de voto por abuso de derecho, tal el muy particular del caso Suquía²², también por entidad oficial, argumento para excluir la AFIP, aunque ahora se han encontrado nuevas vías para neutralizar su “no” voto.

6. Un supuesto especial podría derivar de situaciones societarias internas que conllevará a que un grupo accionario perdiera presencia en la administración social y, habiendo generado créditos en su favor se supusiera un voto en contra para la continuidad de la gestión de la concursada. La situación de hecho y de derecho puede ser complejísima, pero se nos ocurre la necesidad de abordarla desde el derecho contractual y societario. En ningún supuesto puede intentarse que sean los acreedores los que soporten las pérdidas sociales y con ello enriquezcan a los socios..

Por otro lado, en todo supuesto que existió control abusivo existe responsabilidad –incluso imputabilidad- de actos y obligaciones contra el

¹⁹ *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?*, publicado en Revista “Doctrina Societaria y Concursal” de ese mes de Octubre 2005 -tomo XVII pág. 1205-

²⁰ *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.

²¹ Nto. En Libro colectivo sobre Concursos y Quiebras coordinado por Lidia Vaisier, en prensa, nto. *HACIA LA PRIVATIZACIÓN DE LAS CRISIS: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA*.

²² Tomamos lo referido en el fallo “Telearte S.A.” ya referido: “En el caso “*Banco del Suquía*”, en cambio, la cuestión giró en torno a si procedía excluir del cómputo de las mayorías a cierto acreedor –el Banco de la Nación Argentina- debido al carácter “*subordinado*” del crédito de que era titular en su carácter de Fiduciaria del Fondo Fiduciario de Asistencia a Entidades Financieras y de Seguros (la concursada fundó su pedido en que los créditos de esa naturaleza –o sea, los “*subordinados*”- no gozarían de derecho a voto y deben por ello ser excluidos del cómputo de las mayorías), como así también en función de la supuesta “hostilidad” hacia la deudora evidenciada por dicho acreedor habida cuenta su resistencia a votar favorablemente la propuesta pese a las sucesivas prórrogas del período de exclusividad obtenidas a ese fin y las numerosas pero infructuosas tratativas llevadas a cabo para obtener tal conformidad. Si bien la jueza interviniente se pronunció por una interpretación amplia de la normativa concursal en materia de “exclusión de voto”, desestimó el pedido en este caso con fundamento de un doble orden de razones: (a.) porque la mera existencia de un pacto de subordinación de un crédito no importa por sí restarle habilidad para prestar conformidad para el acuerdo, y (b.) por haberse considerado que el pedido de la deudora trasuntaba un conducta violatoria de la “*teoría de los actos propios*”, habida cuenta que había transitado todo el período informativo y el de exclusividad dando por sentada la habilidad de voto de los “subordinados” en la medida que los había categorizado separadamente del resto de los demás acreedores quirografarios, les había ofrecido propuestas diferenciadas con sucesivas mejoras que nunca fueron aceptadas, había solicitado en reiteradas ocasiones la prórroga del período de exclusividad con fundamento en esa negativa y recién pretendió la exclusión al vencerse dicho período sin haber obtenido la conformidad de ese acreedor”.

controlante. Y esta acción la pueden ejercitar todos los acreedores de la sociedad concursada en su beneficio, aunque exista homologación de acuerdo. También lo podría ejercitar la propia sociedad concursada por el control abusivo ejercido – aunque haya cesado- si el control abusivo la llevó a ese estado de cosas. La previsión del art. 54 in fine LS y las acciones individuales de responsabilidad contra administradores societarios son parte de las vías que deberían resolver el problema.

La exclusión de voto del controlante abusivo, o del ex controlante abusivo, para homologar un acuerdo de quita y espera que genera enriquecimiento de socios en detrimento de los acreedores sociales no es la solución “concurzal” lógica, pues afecta a otros acreedores. Y este es otro tema: ¿ el interés contrario que excluye el voto de acreedores concurrentes debe ser por interés contrario al colegio o a quién contrata con el colegio ? Parecería que la legitimación para votar el acuerdo se basa en el interés común o legitimación para formar el acuerdo colegial, que excluye a su vez a quienes tengan interés connivente con la concursada. Se supone un interés contrapuesto entre acreedores concurrentes y concursada, que intenta ser compuesto a través del acuerdo, que no puede ser impuesto por concurrencias conniventes.

II – MOTIVACIONES DEL CASO.

Recorremos con esos criterios el fallo en el caso ICS COMERCIAL S.A S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE EXCLUSION DE VOTO, del juez Osvaldo Chomer, titular del Juzgado N° 10 - Secretaría N° 20, resuelto en Buenos Aires, el 27 de Abril de 2010, pieza judicial donde el Dr. Chomer expresa “ *La concursada atribuyó a la acreedora Hewlett Packard Argentina SRL, incurrir en abuso de posición dominante, competencia desleal y evidencia de voto hostil debido a conductas asumidas por tal acreedora tales como la ruptura de la prestación de servicios de consultoría, implementación y reparación de productos HP primero y luego, la reducción del crédito para la compra de productos, que habrían llevado a la deudora a un descalabro económico y financiero y a un detrimento irreparable en su imagen. De tal forma, señaló la concursada que a Hewlett Packard le resultaba conveniente la quiebra de ICS pues podía vender directamente y sin su intervención (con el ahorro de comisiones que ello importaría) a importantes clientes (fs. 4/8). 2. En cuanto a Microglobal SA señaló que se trataba de un acreedor irremediabilmente disidente que incurría en competencia desleal y evidencia de voto hostil, en cuanto obtendría suculentos beneficios con la quiebra de ICS, pues se habría quedado con una parte importantísima de su clientela. Además, dijo que su voto estaba enteramente condicionado por Hewlett Packard, en tanto su facturación dependía 100% de dicha empresa (fs. 9/11). Desde esa perspectiva, la concursada sostuvo que debía excluir a los mentados acreedores (y a sus créditos) de la base de cálculo en orden a la conformación de las mayorías para alcanzar la homologación del acuerdo”.*

Los acreedores que se intentaban excluir negaron las situaciones aducidas. A ello se sumó el síndico “tras el análisis de la prueba, postuló el rechazo del planteo, pues dijo que las probanzas producidas en el expediente no llevaban a inferir la condición de voto hostil a que refería la concursada. Agregó que, si bien podría reconocerse el carácter de posibles competidores de las empresas involucradas respecto de algún producto o de algún modo de comercialización desde que incluían distintas

variantes en sus canales y medios de distribución y comercialización de productos, que podrían hacer que en algún punto del mercado colisionaran los intereses de unas y otras, tal antecedente era insuficiente para evidenciar la "hostilidad de voto"".

El Juez con un juicioso análisis metológico y jurídico, con jugosos argumentos centró la cuestión *“sobre la llamada "exclusión de voto" reside en la tensión que se presenta entre el derecho a la libre expresión de voluntad del acreedor (voto) y el derecho correlativo del deudor en orden a superar la crisis que lo afecta por medio del amparo concursal”. Después de apuntar la legitimación de los acreedores verificados señala “no descarto de plano que pudieran presentarse situaciones excepcionales en las que correspondiera, por lo menos y frente a un serio planteo, sustanciar el pedido y decidir sobre tal”, centra el tema que hemos planteado sobre los intereses en juego: “sólo podría descartarse de la base de cálculo de las mayorías en orden a la aprobación del acuerdo, en tanto fuera inequívocamente comprobado el ejercicio abusivo o desviado de su derecho a expresarse libremente en el campo concursal en claro perjuicio a los intereses concursales. Esta fórmula supone que podría excluirse tanto a quien con su "voto" pudiera procurar favorecer indebidamente al deudor o, alternativamente, intentase perjudicarlo con fines extraconcursoales. ...3. Tal criterio no es otro que el que consagra el CCiv.: 1071 remedio al que podrá acudir excepcionalmente en la medida que aparezca manifiesto el antifuncionalismo... Se trata de evitar de ese modo lo que ha dado en llamarse "abuso del abuso del derecho" (Belluscio-Zannoni, "Código Civil, Comentado, Anotado y Concordado", Astrea, pag. 54)...De modo que, sólo podría restringirse al acreedor admitido en la medida que el ejercicio de su derecho se percibiera como una infracción a principios indisponibles, imperativos y vinculantes por ser inescindibles del orden público, la moral y las buenas costumbres (CNCom, C, 27/12/2002, "Equipos y Controles", disidencia del Dr. Monti)... no es esa la situación de autos, en que se ha atribuido a los acreedores cierta hostilidad fundada en la competencia desleal o, por mejor decirlo, el interés extraconcursoal que ellos tendrían en descartar a la concursada del mercado en su propio beneficio. En rigor, en esta incidencia se ha atribuido al acreedor Hewlett Packard Argentina SRL, el aprovechamiento de la situación de crisis de la deudora y hasta de haberla provocado en su propio interés...”.*

Analiza muy cuidadosamente la prueba recibida, cuantificando clientela de la concursada y de los acreedores cuestionados, y montos operacionales, afirmando: *“Nótase al respecto que la coincidencia de clientes representa en el caso de Microglobal el 1, 99 % de su clientela, mientras que en el caso de Hewlett Packard Argentina SRL el 25, 18 %. Del mismo modo y desde el punto de vista de la concursada, la coincidencia representa el 6,02% y el 6, 50% de su clientela. Pero, además y esto es trascendental para descartar la alegación de la deudora, no fue demostrado que los clientes fueran incorporados por esas empresas tras concluir sus relaciones comerciales con la concursada, pues también podría haber ocurrido que se trataran de clientes que compraran desde antaño y alternativa o conjuntamente a la deudora y a sus competidoras. Nada evidencia en autos que el desplazamiento de la clientela hubiera ocurrido temporalmente recién y solo al finiquitarse el vínculo que unía a la concursada y a HP. Lo cual lleva a que no se haya probado el supuesto aprovechamiento que atribuye la deudora ni, menos, el perjuicio derivado de la actuación endilgada a HP. Esto es, no se ha demostrado que la captación de clientela haya sido efecto o consecuencia de*

un actuar abusivo orientado a aprovecharse de la crisis de la deudora, ni que aquella hubiera sucedido temporalmente cuando ésta arreciaba. Por el contrario, en el contexto que se presenta tras la prueba y en tanto aquello no se aprecia, bien podría atribuirse el flujo de clientes no ya a un actuar desleal, sino a una mayor efectividad competitiva en el mercado, lo cual no necesariamente lleva a concluir en la existencia de abuso del competidor. 2. 1. La venta de productos HP a Microglobal no aparece de significancia tal como para determinar la situación de dominio que pretendiera demostrar la concursada, extremo que se corrobora con lo expuesto por la perito contadora en fs. 921 (ver acápite (v) de la presente). En tal sentido, es de notar que en el año 2004 los productos HP representaban el 23, 56 % de la venta total de Microglobal y que el ascenso de las mismas en los años subsiguientes hasta el 2008 fue de un 16,11%.- 2. 2. Vale decir que aún cuando ICS Comercial SA se encontraba en plena actividad, Microglobal actuaba en el mercado vendiendo productos Hewlett Packard, por lo que no puede endilgársele un incremento en sus ventas que sea consecuencia directa de la debacle económica de la concursada. 3. Tampoco fue probada la captación de personal de ICS por parte de las acreedoras. Vale reiterar en este punto lo concluyente del dictamen de la experta en tal sentido (ver punto V.I.2. <i.i.>”.

Así el cuidadoso fallo señala conclusivamente: *“Es común que como consecuencia de las complejidades del comercio un competidor se convierta en acreedor de otro en operaciones empresariales normales, mas esa sola circunstancia no aparece suficiente para impedirle ejercer sus derechos creditorios, que en el caso, se traducen en la votación de la propuesta. A distinta solución se podría haber arribado si se hubiera determinado que tal acreedor pretendía aprovechar el marco del proceso concursal y su consiguiente derecho a "voto", con el propósito y efecto de perjudicar al competidor, configurando así una conducta depredatoria, anticompetitiva y antijurídica. Pero tal como se ha visto, ello no fue probado. Al respecto, no puedo dejar de señalar que uno de los fundamentos en que basó la concursada su pedido de exclusión fue la posición dominante de Hewlett Packard Argentina y las prácticas abusivas que habría llevado a cabo para provocar la crisis financiera de la deudora, las que consistieron en la intempestiva ruptura del contrato, la falta de pago de comisiones en término y la disminución arbitraria de las comisiones. Conforme surge de la pericia contable, el 92, 06% de la facturación total de ICS estaba conformada por la venta de productos Hewlett Packard. Ahora bien, en lo que aquí interesa, tal dato no aparece determinante para decidir la exclusión, pues si bien no desconozco que desde su presentación liminar (pedido de conversión de la quiebra al concurso), la deudora atribuyó tales conductas a la acreedora, lo cierto es que no fue demostrada la intempestividad en el rompimiento del contrato. Aunque existe un procedimiento ordinario de daños y perjuicios contra Hewlett Packard Argentina SRL, éste recién habría comenzado (ver fs. 962/1108) -pese a que la deudora lo viene anunciando desde su primigenia presentación en la que solicitó la conversión de su quiebra al concurso preventivo (ver fs. 189, vta, tercer párrafo del concurso)-; por lo que no existe certeza sobre la suerte que tendrá ese reclamo y, por ende, si la alegada crisis terminal de ICS sobrevino a raíz de esa intempestiva e indebida ruptura contractual. Y lo dudoso en derecho, equivale a lo no probado. 2. Agrégase a lo anterior un dato dirimente que, a mi modo de ver corrobora mi visión del asunto: el síndico en oportunidad de presentar el informe general (el que cabe destacar aparece observado por la concursada y no cabría decidir ahora sobre ello), atribuyó el*

desequilibrio económico de la sociedad a varios factores y no a un hecho en particular, entre los cuales enumeró la insuficiencia de capital²³ y la imposibilidad de atender sus compromisos²⁴, la antigüedad de las deudas, que, en diversos casos, databan de varios años anteriores a la presentación en concurso y los conflictos societarios internos, revelados en la Asamblea del 19/04/07 (fs. 788/9 del proceso principal). 3. Todos esos datos, reflejan ahora y por lo menos periféricamente en este estadio del proceso concursal, que la causa del desequilibrio o crisis empresaria, no sería únicamente atribuible a los motivos mencionados por la deudora y, por ende, no aparece probado suficientemente que la conducta de los acreedores hubiera constituido un abuso encaminado a descartar del mercado o perjudicar a la concursada. No necesariamente la desaparición de la concursada del mercado, es atribuible a la acreedora Hewlett Packard (pues ello no fue probado); y la circunstancia de que tal pérdida redunde en su correlativo beneficio no implica ineludible configuración de actitud reprochable. 4. Corolario de lo anterior es que no fue demostrado en el sub-lite la "hostilidad de voto" (rectius: abuso del derecho de voto), pues que los acreedores desarrollen igual actividad que la deudora es del todo insuficiente para excluirlas de la votación. Admitir una solución en contrario podría llevar al ridículo de pensar que cualquier acreedor que desarrollara similar actividad comercial que la concursada, debería ser excluido de la base de cómputo de las mayorías. 5. Y algo que resulta relevantísimo en el caso y me importa destacar, es que los dos acreedores cuya exclusión pretende la concursada, constituyen mayoría cuantitativa de créditos, en la base de cálculo resultante de la decisión de la LC 36, inimpugnable a los fines del cálculo de las mayorías. Proceder a la separación de tales acreedores -sin prueba suficientemente concluyente que demostrase su abuso- constituiría la desfiguración de las citadas mayorías, abrogando la lógica construcción concursal que supone que la mayoría aprobatoria impone un acuerdo sobre la minoría disidente o que, alternativamente, lo rechaza y sobreviene la quiebra. Esto, que de por sí hace muy opinable que por atípicas circunstancias sean descartables créditos (ya reconocidos) en tal cómputo, hace que se aprecie muy restrictivamente la petición de "prohibición de voto", en la medida de que se trata de acreedores (o créditos) que influyen decisivamente en la aprobación de la propuesta y se los privaría de su libre derecho de expresión sobre sus derechos patrimoniales. Pero, además y por sobre todo eso, traigo un ejemplo de cómo la exclusión atípica (que debe ser probada y apreciada muy restrictivamente), puede desquiciar el procedimiento concursal, no solo dilatándolo en perjuicio de acreedores y de la seguridad y estabilidad del comercio en general, sino que desconoce la facultad jurisdiccional posterior de imponer un acuerdo desaprobado, siempre que se reúnan ciertas condiciones. Porque, para el caso de que no se alcanzaran las mayorías necesarias para la homologación, los intereses y objetivos concursales aparecen resguardados por la ley 24.522: 52, b, en cuanto se permite al juez imponer

23 Apuntamos nosotros: presuntamente con pérdida del capital social, configurando así una causal de disolución de la sociedad que no aparece atendida.

24 Esto no sólo aparece configurando la insolvencia como presupuesto objetivo de una presentación concursal, sino otra causal de disolución "La imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social", obviamente por cuestiones patrimoniales, que como la causal de pérdida del capital social no aparecen referidas expresamente ni atendidas como imperativamente exige la ley societaria (arts. 94 incs. 4 y 5, 96 y 99 ley societaria argentina).

igualmente el acuerdo a pesar del fracaso en la negociación del deudor con sus acreedores. Lo que procuró el legislador con esta previsión, fue establecer un paraguas protectorio de los intereses concursales por sobre los particulares de cada acreedor y posibilitar que, en caso de que se advirtieran ciertas condiciones, se impusiera un acuerdo solo aprobado por minoría. Es por ello que, si bien este puede no ser ahora el caso, dado el modo vigente de construcción de la propuesta ya formulada por la deudora (la cual bien podría ser reformulada), la adopción del supuesto anterior como mera hipótesis de trabajo, revela que admitir que no se considere a los créditos de los dos acreedores mayoritarios, podría suponer, además de la ya referida desfiguración, también la abrogación de aquella prerrogativa jurisdiccional que corresponde a un estadio posterior al presente. Si bien se trata de una objeción que hasta podría tildarse de puramente procedimental (esto es la oportunidad en que el juez puede considerar si las mayorías prevalecen o se impone cierta minoría), esa anticipación en la apreciación de la posibilidad de aprobar o imponer un acuerdo en base a una eventual minoría que adhiriere a la propuesta (aspecto sobre lo cual no existe hoy certeza), no solo burlaría la secuencia procesal-concursal ya referida, sino que podría llegar a imponer un acuerdo en infracción al mínimo o piso de condiciones previsto por el citado artículo 52²⁵. En definitiva: la única posibilidad de que se imponga un acuerdo desaprobado o, por mejor decir, que mayoritariamente pudiera ser rechazado por los acreedores, es la que fija la LC 52, b (bajo ciertas condiciones), por lo que descartar ahora (esto es a priori) a dos acreedores, válidamente reconocidos para conformar la base de cálculo, constituye una consideración que no es propia de este estadio; lo cual corrobora mi parecer desestimatorio del planteo de la concursada”.

De todo ello resulta que el juez “desestima el pedido de exclusión de las acreedoras Hewlett Packard Argentina SRL y Microglobal SA del cómputo de las mayorías en orden a determinar la eventual aprobación del acuerdo”, con prudencia distribuye “las costas de esta incidencia en el orden causado, porque si bien mi visión es restrictiva en punto a las exclusiones atípicas, lo cierto es que a la luz de los más recientes pronunciamientos judiciales²⁶ y de la opinión de prestigiosa doctrina, se trata de materia opinable, que pudo convencer a la deudora aquí vencida que la asistía derecho a proponer el planteo del modo en que lo ha hecho”.

III – LA COMPETENCIA DESLEAL.

Como se ha advertido en el equilibrado fallo –cuya lectura completa recomendamos–, se analiza el tema de la competencia desleal, tema en el que no entraremos en esta oportunidad, salvo para agregar alguna referencia doctrina y jurisprudencial, para concluir con alguna apostilla.

²⁵ Piso al que hemos cuestionado para casos societarios, pues no se condice con normas imperativas de la ley que, de incumplirse, generan la responsabilidad de administradores y socios (art. 99 LSA), imponiendo la reintegración del capital social o la liquidación cuando el pasivo absorbe el monto del capital e iguala al activo.

²⁶ Juzgado Nacional Comercial N 16 - Secretaría N° 32 Buenos Aires, marzo 7 (siete) de 2006.- Y VISTOS: Estos autos caratulados: "Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión s. incidente de exclusión de acreedores integrantes del llamado Grupo Telefónica" (Expte. n° 51.519).

Lidia Vaiser, a quién ya hemos citado en el artículo “SOBRE LA EXCLUSIÓN DE VOTO DE LOS ACREEDORES CONCURSALES.- UNA MIRADA EN BUSCA DE CONSENSO” apunta incisivas referencias al método, para centrar la cuestión de la competencia desleal: “VI.- Esto no significa que los demás supuestos habitualmente contemplados por la jurisprudencia, por cierto que muchas veces dentro de un cono de sombras, queden lisa y llanamente exentos de todo condicionamiento. Me refiero en este caso al voto negativo tendiente a frustrar el acuerdo. Así por ejemplo, las actividades en competencia que pueden desplegar los acreedores en relación al deudor. Me ocupé también del tema en el ensayo citado supra^{27[4]} Fue a propósito del resonado fallo “Equipos y Controles S/Concurso Preventivo”, resuelto el 27.12.02 por la CNCom; Sala C, con el voto en disidencia del Dr. José Luis Monti.- (Errepar, Doctrina Societaria y Concursal; Nro.189 de Agosto 2003) En el caso, el juez de Primera Instancia había resuelto excluir de la base de cómputo de las mayorías a un acreedor concurrente, por entender - frente al planteo de la concursada -, que el acreedor en cuestión, había evidenciado conductas que encuadraban en la noción de “competencia desleal”, conforme los términos de la ley 25156 de Defensa de la Competencia. El voto de la mayoría desconoció la facultad del magistrado, para aplicar un régimen legal que queda en principio bajo la órbita del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Disentimos con esa opinión, por cuanto importa tanto como negar la potestad del juez del concurso para aplicar una norma de derecho positivo porque existe un tribunal –llamemosle “natural” - para el juzgamiento de las cuestiones que contempla. El planteo podría ser llevado, por vía del absurdo, a las relaciones de trabajo, a las emergentes del derecho de marcas y patentes, o de las leyes que regulan la navegación y la actividad minera.- Resulta de interés destacar que frente al mismo presupuesto de hecho (competencia desleal con inclinación monopólica) el fundado dictámen de la Fiscalía de Cámara en “Supercanal Holding s/Concurso Preventivo”, (Febrero 14 de 2001) , apartándose de la óptica de la ley 25516, se inclinó por la exclusión de los “competidores”, con sustento en la notoria contraposición de intereses entre esos acreedores y el deudor, lo cual configura una situación tal como para justificar la exclusión de dichos sujetos del cómputo de las mayorías. Y que dicha medida no vulneraría el orden público concursal ya que –por el contrario- apunta a la total transparencia del cómputo de las mayorías, al existir acreedores cuya voluntad podría considerarse condicionada. Sin embargo el Tribunal interviniente (CNCom Sala A) no siguió en este caso los lineamientos así esbozados. Los extensos e ilustrados votos en disidencia del Dr. Monti, tanto en “Línea Vanguard” como en “Equipos y Controles” (a los que remito en aras de la brevedad), constituye – entre otros aciertos - un acabado ensayo sobre la integración del derecho positivo y su interpretación finalista, , un tema a mi juicio tan trascendente como a menudo ignorado. - En síntesis: Frente al acreedor con “intereses contrarios” al concurso o al concursado, habrá que verse si su conducta merece reproche en el plano del derecho general o especial, comprobación que podrá traer aparejada su exclusión de la base de cómputo de las mayorías.”.

27^[4] Vaiser, L. “El abuso de derecho en los concursos” JA Suplemento especial de Derecho Concursal; 3.12.2003

En el caso "JUAN C. GUZMAN Y CIA. S.A. S/ Concurso preventivo", la Cámara fijo un criterio amplio a favor de la exclusión por "defensa de la competencia", señalando que el apelante –acreedor excluido- parece basar su recurso en que la mera competencia o concurrencia en plaza no importa de por sí una competencia desleal, es decir, parece condicionar la viabilidad de una separación del voto a la demostración de alguna de las conductas sancionadas por la ley de defensa de la competencia, en especial a través de su art. 2.

De todos modos, los hechos en concurrencia fueron probados tal como explicó la juez, cuya conclusión fue, precisamente, que esa firma del acreedor había incurrido en una de las situaciones previstas por el art. 2 de la ley 25.156. Esta última norma enumera hipótesis sancionadas por el régimen jurídico de defensa de la competencia equiparables a una competencia desleal, o como la califica la propia ley: "prácticas restrictivas de la competencia", y lo que las pruebas del caso permiten vislumbrar es que la conducta del acreedor se dirigió a "impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlo de éste" (inc. f, art. 2, cit.). Específicamente, el Sr. Guzmán, tal como quedó diseñado el agrupamiento de acreedores y hallándose situado su voto como decisivo en la clase de quirografarios (v. fs. 518), puede condicionar el resultado de la votación. El capital verificado a favor de aquel acreedor supera por sí solo los dos tercios del total de capital verificado en su categoría. El efecto de ello sería la muy probable consecuencia de que la concursada sea excluida del mercado, quedando a merced de una competidora suya, la que tendría la facultad potestativa de decidir la suerte de la propuesta de acuerdo y provocar indirectamente la quiebra, determinando finalmente su exclusión del mercado mediante un mecanismo reprobado por la ley 25.156 en su art. 2, inc. f. Esto último desvirtúa lo sostenido por el apelante al relativizar lo observado por la juez en punto a la existencia de competencia desleal. De todas maneras, aparece como un hecho que no requiere mayores explicaciones que la conducta exteriorizada por el acreedor-competidor encuadra en esa peculiar colisión de intereses que justificó en casos antecedentes la exclusión de voto, precisamente por infringir las reglas de orden público contenidas en la ley 25.156. En la especie, la exclusión del mercado, bajo una modalidad reprobada por la ley, puede ser evitada mediante la exclusión del voto, consagrándose así un mecanismo de aseguramiento de la competencia en el mercado cuya raíz finca no sólo en la aplicación de normas legales léase, leyes 25.156 y 24.522-sino también de disposiciones constitucionales que mandan proteger la competencia a los fines de asegurar los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios (art. 42, Constitución Nacional)". Suscribieron ese fallo los Dres. José Luis Monti, Bindo B. Caviglione Fraga, Juan Manuel Ojea Quintana.

IV - MEDITANDO:

Lo hacemos en estas cuestiones, denominadas prudentemente por Chomer como "*materia opinable*".

Resulta iluminadora la apreciación de la Corte en el caso Comercial del Plata en obiter dictum, donde afirma "***El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores***". Desde ese punto la cuestión de exclusión de voto en caso de competencia desleal impone revisar la

causa desde las previsiones de la organización societaria, de la planificación de administradores y socios ante la circunstancia de generarse un problema en el funcionalismo de esa sociedad que luego lleva a calificar a uno o varios acreedores de “competencia desleal”.

Apuntamos a la corrección del fallo de primera instancia, firme, que hemos referido. Sus considerandos aparecen congruentes frente a la selva de pronunciamientos generados por sociedades concursadas al advertir que no tienen mayoría para imponer un acuerdo, recurriendo a veces sin justificativo alguno al argumento de la “competencia desleal”, particularmente cuando no habían asumido desde su competencia orgánica la solución que imperativamente impone la ley de sociedades..

Por eso, al pasar arrojamos argumentos basados en el sistema societario como preconcursal, como venimos sosteniendo desde hace años.

1. La exclusión de voto en interés contrario a la sociedad no puede estar unida a una propuesta de quita y espera que beneficia a los socios. Ello es incongruente e irrazonable. La interpretación que sostiene la exclusión de voto en interés contrario, unida a una propuesta de quita y espera es la de ser contraria al interés de los socios, a los que no interesa la empresa, que quizá quieran vender, sino a su patrimonialización a costa de una inconstitucional quita de los créditos de los acreedores sociales.

La exclusión de voto por interés contrario, en el mejor de los casos, debe serlo por interés contrario al de la empresa.

Pero congruente con ello, se ha actuado en interés contrario a la empresa cuando los administradores y los socios no han transitado por las normas de crisis de la ley de sociedades y han permitido que un acreedor con supuesto interés contrario no sea atendido.

En congruencia podría excluirse por interés contrario a la empresa cuyo voto se presume llevará al cierre de la empresa, pero al mismo tiempo los socios no pueden por ello beneficiarse. Como bien señala el fallo ese voto puede ser neutralizado, pero no lo podrá ser si de ello resulta un claro perjuicio a la masa de acreedores en beneficio de los socios.

2. Gravísimo es entender las exclusiones que se formalizan por ser contrarias al interés de la concursada. Es lógico que los acreedores tengan interés contrario con la concursada, al no ser atendidas las legítimas obligaciones, impidiendo las acciones individuales o intentando imponer soluciones predatorias del derecho de los acreedores. La concursada es la que debe convencerlos con propuestas significativas, p.ej. no la de quita y espera predatoria sino la capitalización del pasivo en igualdad de condiciones con los socios (esfuerzo compartido).

3. Hay supuestos que deberían ser afrontados a través del régimen de responsabilidad por daño a la sociedad o a los socios. ¿Como llegaron a ser acreedores? El voto negativo determinó la quiebra? Demostrar que lo hicieron con propósito de dañar y entrar en esquemas de responsabilidad.

4. La competencia desleal impone otras reflexiones. En el caso de concesionarias o licenciatarias, no hay duda que la actitud del concesionario o licenciante puede producir daños, y que los mismos pueden generar una pretensión indemnizatoria.

Pero ocurrida la decisión, la misma es irreversible, no conocemos acciones que hayan tendido –y logrado- que se mantenga la concesión o licencia. Ante ello no hay duda que se produce una causal de disolución que es la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto, salvo que rápidamente cambien objeto, obtengan otra concesión, etc. –antes de caer en otra causal de inmediata y ostensible manifestación que es la pérdida del capital social acaezca- y luego la insolvencia.

No aparece en los casos en análisis que la sociedad en dificultades haya analizado el caso: obtener otra concesión o licencia similar. Ante ello no cabe otra solución que el cambio de objeto o la disolución. Tampoco ello se advierte. No existe interés alguno en la continuidad de esa sociedad si no tiene un plan de negocios sustitutivo. Los accionistas o socios obtendrán lo que consideren legítimo en la liquidación de la sociedad, promoviendo una acción por daños y perjuicios contra el concesionario o licenciante abusivo.

5. La conservación de la empresa deben iniciarla los administradores ante la pérdida de la concesión o la licencia. No basta el concurso con un acuerdo homologado que equilibre el pasivo si no existe un plan de negocios. Y esto debe ser juzgado severamente por el juez al que se requiera la exclusión de voto por “competencia desleal”, no bastando la exhibición de ese plan sino las conductas objetivas y el desarrollo actual de la actividad societaria como posible.

De no, en todos estos casos, además de la acción por daños, el concesionario o licenciante se encontraría ante la exclusión de voto y la pérdida por quita predatoria del crédito legítimo. ¿Con que objeto? ¿Para que la sociedad continúe? Imposible, salvo el referido cambio de objeto u obtención de otra licencia o concesión. Si estos propósitos no se hubieran alcanzado no existe empresa alguna a conservar, conservación que – obviamente- esta a cargo de los administradores y socios- no de los acreedores, ni siquiera de los abusivos-.

6. Las bases del pronunciamiento que hemos puesto en resalto se enrolan en esta línea, aún manteniendo la exclusiva perspectiva concursal con gran prudencia y equilibrio, pero mirando la realidad: *“Es común que como consecuencia de las complejidades del comercio un competidor se convierta en acreedor de otro en operaciones empresariales normales, mas esa sola circunstancia no aparece suficiente para impedirle ejercer sus derechos creditorios, que en el caso, se traducen en la votación de la propuesta. A distinta solución se podría haber arribado si se hubiera determinado que tal acreedor pretendía aprovechar el marco del proceso concursal y su consiguiente derecho a "voto", con el propósito y efecto de perjudicar al competidor, configurando así una conducta depredatoria, anticompetitiva y antijurídica. Pero tal como se ha visto, ello no fue probado...4. Corolario de lo anterior es que no fue demostrado en el sub-lite la "hostilidad de voto" (rectius: abuso del derecho de voto), pues que los acreedores desarrollen igual actividad que la deudora es del todo insuficiente para excluirlas de la votación. Admitir una solución en contrario podría llevar al ridículo de pensar que cualquier acreedor que desarrollara similar actividad*

comercial que la concursada, debería ser excluido de la base de cómputo de las mayorías”.

¿Como terminará la práctica de abusos del sistema concusal?