



EXCLUSION DE VOTO EN LOS CONCURSOS: UN CAMINO EN PERMANENTE CONSTRUCCION.

POR EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).

1.-El Concurso Preventivo y sus conflictos.

Como hemos señalado en alguna otra oportunidad, entendemos que el concurso preventivo implica, desde cierto punto de vista, un reparto legal de poderes entre el deudor, las diversas categorías de acreedores, los trabajadores y el propio Estado, en el momento de la insolvencia empresarial y a los efectos de determinar la suerte de la empresa y el grado de satisfacción de los diversos intereses en juego.

En razón de ello, si bien el proceso concursal aparece como un procedimiento “voluntario” y “universal”, encubre importantes conflictos de poder, principalmente entre deudores y acreedores, que se patentizan, inicialmente, frente a las pretensiones de éstos últimos de ser incluidos como acreedores concursales con los correspondientes derechos.

Dentro de estos conflictos aparece luego el relativo al “poder de voto”, esto es, a la mayor o menor posibilidad de cada acreedor admitido de influir “a favor” del deudor, o sea colaborando con su voto a la aprobación mayoritaria de una propuesta, o “en contra”, vale decir adquiriendo poder de voto y utilizándolo para no votar favorablemente la propuesta y procurar la quiebra indirecta o, eventualmente, para obtener del deudor condiciones más ventajosas mediante algún acuerdo para-concursal.



Si bien en principio existe el derecho de todo acreedor verificado (o declarado admisible) para votar la propuesta, el mismo no es absoluto en tanto la ley reglamenta una serie de exclusiones fundadas en evitar el voto "complaciente".

En el punto, el art. 45 de la ley 24.522, luego de enunciar las mayorías requeridas para obtener la aprobación del acuerdo, enumera a los sujetos excluidos.

Ellos son, en primer lugar y en materia de personas físicas: cónyuges, parientes y cesionarios.

En segundo término, en materia de sociedades en general, la ley excluye a socios, administradores y a sus cónyuges parientes y cesionarios.

Finalmente, en el caso de sociedades por acciones, no se aplica la exclusión a los acreedores accionistas pero sí a los controlantes.

2.-La seguridad jurídica vs. La prevención del abuso. El "interés concursal".

La redacción del art. 45 citado ha llevado a una polémica doctrinaria relativa a si la misma es taxativa o meramente enunciativa.

La primera postura se basa en el carácter restrictivo que cabe conferir a las normas que limitan derechos (como es el de voto) y en razones de seguridad jurídica. Se apoya en el texto expreso de la ley.

La segunda, se funda en un criterio finalista y en la necesidad de evitar abusos. Se basa, principalmente, en la doctrina del abuso de derecho (art. 1071 del código civil) y en la aplicación al proceso concursal de la totalidad de las normas que integran el plexo jurídico vigente.

No existe un consenso doctrinario sobre el particular pero puede señalarse una tendencia desde un criterio de "taxatividad" a un criterio de "amplitud relativa".

Y ello ha sido posible en tanto las irreductibles posturas por la taxatividad, sostenidas inicialmente por la doctrina "concursalista" y pro-deudor/empresa, fueron parcialmente abandonadas cuando aparecen exclusiones que no se refieren a acreedores "complacientes" sino a acreedores, en todo caso, hostiles, como el caso del Fisco y del "competidor salvaje".



En el punto se ha ido desarrollando la teoría del denominado “interés concursal” la que predica que, en forma análoga a lo que ocurre en materia societaria con el “interés social”, en materia concursal el derecho de voto se concede al acreedor a los efectos de que lo ejerza en función de las bondades concretas de la propuesta y no en base a otras motivaciones.

De tal suerte, deberían excluirse los votos (a favor o en contra) que no se ajusten a la satisfacción del “interés concursal”.

En su momento, y luego de un rico debate académico que tuvo lugar el 29 de abril de 2004 en la F.A.A.D.E. elaboramos las siguientes conclusiones sobre las tendencias de la doctrina y jurisprudencia entonces existentes:

- 1- El art. 45 de la ley 24.522 es “taxativo” en el sentido de que no pueden ampliarse las categorías de acreedores excluidos de voto allí previstas, o sea que no pueden excluirse del voto otras categorías de acreedores, pero ello no impide que cada una de ellas pueda interpretarse extensivamente (vgr. La prohibición de voto del cónyuge extenderla al concubino).
- 2- Sin perjuicio de su “taxatividad”, el art. 45 L.C.Q. debe ser integrado con el resto del ordenamiento jurídico, del que pueden derivar otras causales de exclusión de voto (nulidad del acto, abuso del derecho, etc.).
- 3- En la práctica, la no exclusión del voto de quienes van a votar necesariamente a favor del deudor puede ser corregida por el Juez, tanto al dictar la resolución de categorización, categorizándolos por separado lo que les quitará peso en el cómputo general, cuanto en la oportunidad de homologar el acuerdo, en uso de las atribuciones del art. 52 – inc. 4º L.C.Q., no computando tales votos o exigiendo una mejora compensatoria de la propuesta.
- 4- En cambio, en el caso de no excluirse a quienes necesariamente van a votar contra el deudor (o sea los que no van a prestar conformidad al acuerdo), tal situación no tendrá remedio judicial posterior ya que ante la inexistencia de un acuerdo votado no podrán ejercerse las facultades judiciales de control.



5- Las situaciones descritas en los dos puntos anteriores autorizan a aplicar un criterio más amplio en la exclusión de votos de los adversarios que en la exclusión de votos de los favorables al deudor y aconsejan tomar la decisión de exclusión antes del vencimiento del período de exclusividad.

Corresponde ahora analizar si dichas conclusiones mantienen o no vigencia al presente y, en su caso, determinar los desafíos pendientes para la doctrina en la materia a la luz de los pronunciamientos judiciales más relevantes.

Para ello resulta pertinente analizar las diversas fuentes que aparecen motivando los pedidos de exclusión de voto.

3.-El abuso del deudor: Los acreedores "complacientes".

En esta categoría pueden ubicarse dos situaciones.

Por un lado, la de acreedores propensos a favorecer al deudor con independencia de las bondades de la propuesta en razón de sus especiales vínculos con ellos.

Esta categoría reconoce, a su vez, dos vertientes: una familiar y otra societaria.

Se discute si cada vertiente es extensible por analogía (vgr. Si la prohibición al conyuge se extiende al concubino; Si la prohibición al controlante interno se extiende al controlante externo).

También se discute si, a su vez, las vertientes pueden combinarse entre sí y, en tal caso, si es aplicable el concepto de "partes relacionadas" del Dec. 677/01 para extender las exclusiones del voto complaciente.

En el punto, la jurisprudencia ha establecido que sí debe computarse el voto y, en consecuencia, no procede la exclusión de los siguientes acreedores:

- La sociedad cuya ex administradora era hija del administrador de la concursada (C.N.Com., Sala C, 10-9-04, "Sancayet S.A. en O.S.M.A.T.A. s/conc.prev." por mayoría).
- El acreedor que prestó servicios profesionales a la concursada (C.N.Com., Sala A, 19-3-04, "Seidner, Hanna s/conc.prev.).



- El controlante externo (C.N.Com., 29-4-05, "Alpargatas").

En cambio, se ha sostenido que no debe computarse el voto y, en su mérito, procede hacer lugar a la exclusión del voto de lo siguientes acreedores:

- El ex controlante de la concursada (C.N.Com., Sala A, 8-10-04, "Productos Mainumbi S.A. s/conc.prev."; Sala B, 13-7-06, "Inversora Eléctrica de Bs.As.").
- La cónyuge del presidente de la concursada (C.N.Com., Sala D, 14-9-05, "Crucitta").

Por su lado, respecto del acreedor que es sociedad "controlada" por la sociedad deudora, las soluciones no son pacíficas ya que en un caso se reconoció su derecho a votar (C.N.Com., 17-3-05, "Chacras del Oeste") y en otro se negó disponiéndose la exclusión del voto (C.N.Com., Sala B, 13-7-06, "Inversora Electrica Bs.As.").

La segunda situación se presenta cuando el acreedor que vota no es un acreedor originario sino derivado que ha adquirido su crédito por vía de cesión o de pago subrogatorio, y se sospecha que se trata del propio deudor que pretende auto-votarse la propuesta.

Al respecto, y con relación al tercero no interesado que se subroga, existe jurisprudencia a favor del cómputo de su voto (C.N.Com., Sala A, 23-8-01, "Kossevich"; S.C. Mendoza, Sala I, 27-7-05, "Torres en Abdala") y jurisprudencia en contra (C.C.Com.Azul, Sala I, 7-7-05, "Abran").

Por su lado, la doctrina discute si el cesionario y tercero subrogante puede o no votar (ver las ponencias presentadas en "VI Congreso Argentino de D.Concursal...", Rosario, Septiembre 2006, tomo I, Ed.UNR y UCA Rosario).

4.-El abuso del acreedor: Los acreedores "hostiles".

Nada dice la ley al respecto.



Sin embargo, como se señaló, se considera que existen situaciones que, por violar alguna ley en particular o por constituir abuso de derecho, impiden el voto por el acreedor.

Así se ha cuestionado el computo del no voto del acreedor cuando el mismo integra una maniobra de competencia desleal (J.C.9 Capital Federal, 20-7-01, "Equipos y Controles", y C.N.Com., Sala C, 27-12-02, que revocó la exclusión con una disidencia). Cabe aclarar que la postura por la exclusión no equivale a sostener que no pueda votar el mero competidor.

También se ha cuestionado el no voto del acreedor que se niega a aceptar una propuesta igual al 100% de la deuda. (J.C.Nro.6, Neuquen, 28-11-01, "Ramasco").

Finalmente, se ha excluído del voto al acreedor que se niega arbitrariamente a prestar conformidad produciendo un daño al resto de los acreedores ya que en la quiebra nada cobrarán estos al tratarse de una empresa cuyo principal activo (licencia de radiodifusión) se perderá en la falencia (J.C.Nro.16, Sec. 32, Capital Federal, "Telearte", 7-3-06).

5.-La falta del discernimiento: La AFIP y reparticiones con reglamentaciones análogas.

En materia de AFIP y demás reparticiones análogas, existe una disputa respecto del cómputo de su voto en atención a que carece reglamentariamente de discernimiento para valorar y decidir si vota o no una propuesta determinada dado lo establecido por la Resolución 970.

Así, dos Salas de la Cámara Comercial de la Capital Federal le reconocen el derecho al cómputo de su voto, aún cuando con algunas precisiones:

- La Sala A (ver 27-6-05 "Instituto Medico Modelo" entre otros). Sin embargo, sostuvo que no cabe pretender excluirla si antes se la categorizó pero cabe dar diez días para que la concursada presente la declaración jurada ("Doso", 13-6-06), o cinco días si ya hubo homologación (9-3-06, "Open Sports Business").



- Por su lado también la Sala E reconoce el cómputo del voto (9-3-06, "Soc.Española"), pero en algún caso dispuso que se proveyera en primera instancia la pretensión subsidiaria de considerar a la AFIP incluida en categoría aparte y eximirla de conformidad (3-11-05 "Kruszewski").

En cambio, las otras tres Salas entienden que cabe excluir a la AFIP por falta de discernimiento, pero también con algunas particularidades según los casos.

- La Sala B (19-4-04 "INTA", entre otros)
- En el mismo sentido la Sala D, (5-3-02, "Inflight", y con disidencia el 16-12-05, "Fund.P.E.T de la Psicosis"). Sin embargo, esta Sala ha sostenido que no corresponde la exclusión del computo de la AFIP si se la categorizó y pretende supeditarse el acogimiento al resultado de la revisión (9-3-06 "Arlon").
- También la Sala C excluye a la AFIP al sostener que no tiene agravio porque va a cobrar según su propio plan (15-4-03, "Imperiale"; id., 29-11-05, "Eco Design").

6.-Pedidos de "exclusión" en razón de la fecha o causa de sus créditos.

No se trata propiamente de exclusiones fundadas en las reglas precedentes (abuso o falta de "interés concursal") sino de situaciones donde el pedido de no computo se ha basado en particularidades del propio crédito.

Así, se ha pedido la exclusión:

- Del acreedor por cuotas de un leasing cuya continuación se decreto en el concurso preventivo, resolviéndose que no puede votar (J.C.C.Nro.2, San Martín, Mendoza, 18-7-03, "Fantelli e Hijos Soc.de Hecho y otros s/conc.prev.).
- Del acreedor por obligaciones negociables no vencidas al momento de la presentación en concurso, resolviéndose que no puede votar (C.N.Com., Sala B, 4-3-05, "Cia.de Alimentos Fargo S.A. s/conc.prev.").



- Del acreedor verificado luego de la resolución del art. 36 LCQ, resolviéndose que no puede votar (C.N.Com., Sala D, 13-12-04, "O.Social de Jaboneros").
- Del titular de un crédito subordinado, resolviéndose que sí puede votar (J.C.C. Nro.39, Cordoba, 24-2-05, "Banco Suquia S.A. s/conc.prev.).
- Del acreedor bancario cuya causa del crédito está cuestionada en una acción de reliquidación de cuenta corriente y de revisión, habiéndose negado tal exclusión (C.N.Com., Sala A, 4-5-06, "Encasa").

7.-Problemas procesales.

A esta altura resulta claro que decidir sobre la procedencia o no de una exclusión no agota la problemática del tema en tanto aparecen cuestiones procesales que es necesario atender.

Las mismas se circunscriben, principalmente, a los siguientes puntos:

- a) Oportunidad para introducir el planteo de exclusión (Al momento de "observar" la insinuación. Al momento de la resolución del art. 36. En cualquier oportunidad antes de la declaración de acuerdo. Por vía de impugnación al acuerdo?.)
- b) Posibilidad de que el mismo sea abierto a prueba.
- c) Suspensión o no del período de exclusividad hasta que se resuelva la exclusión. Al respecto se registran pronunciamientos contradictorios: Por un lado se ha sostenido que puede suspenderse el período de exclusividad para abrir a prueba el pedido de exclusión de voto (J.Com.16, 18-2-05, "Telearte S.A. s/conc.prev."), o hasta que quede firme la resolución que dispuso excluir a la AFIP (C.N.Com., Sala B, 5-4-06, "Hospital Privado Modelo"). Por el otro se ha declarado que no corresponde suspender el período de exclusividad para esperar el resulta de la revisión de créditos bancarios admitidos sobre los que se invoca falta de causa (C.N.Com., Sala A, 4-5-06, "Encasa").
- d) Apelabilidad de la resolución que acoge o rechaza una exclusión: se consideró apelable ("Soc.Española", cit.) cuando admite la exclusión. Cuando la rechaza se



entendió a veces apelable (“Arlon” y “Hospital Privado”, cit.) y a veces inapelable (“Kruszewski” cit).

8.-Los desafíos actuales de la doctrina.

De la breve reseña realizada se advierte que la tendencia señalada hace un par de años se continúa manifestando a través de fallos que, no obstante presentar sentidos contradictorios, van abriendo el camino de la exclusión del voto del acreedor cuando es claramente contrario al “interés concursal”.

Como tareas pendientes aparecen, junto con la delimitación de la casuística de los casos que admiten o no admiten la exclusión, la construcción de principios procesales que compatibilicen las necesidades procesales de sustanciar y abrir a prueba las causales de exclusión con los imperativos nacidos de un proceso que, como el concursal, transcurre en “tiempo real”, o sea mientras la empresa continúa su marcha en el mercado.

Hacemos votos para que el juego dialéctico entre casos concretos, jurisprudencia y doctrina, entendiendo por tal no solo las opiniones de los autores sino las conclusiones de los eventos científicos, permita continuar y terminar en un lapso razonable la construcción de una institución de fundamental importancia para la moralización y transparencia de los procesos concursales.