

LA EXCLUSION DE ACREEDORES EN EL DERECHO ARGENTINO E IBEROAMERICANO

Lidia Vaiser

Síntesis: La ley de concursos argentina establece un reducido elenco de acreedores vinculados por lazos especiales con el deudor, excluidos de ser computados dentro de las mayorías necesarias para aprobar un acuerdo preventivo.

Sin embargo en una interpretación armónica y axiológica, la jurisprudencia ha ido ampliando la restricción a diversos sujetos, especialmente en el contexto del concurso de grupos económicos y grupos de sociedades

Las directivas en materia de interpretación de la ley contenidas en el art.2 del nuevo Código Civil y Comercial, constituyen un aporte extremadamente eficiente para resolver los problemas que presenta la praxis respecto de ciertos sujetos con intereses heterogéneos respecto de la colectividad de acreedores. Especialmente en lo que concierne a la situación del controlante del concursado, en las distintas variantes que su figura puede adoptar.

En el derecho concursal argentino, la exclusión del cómputo de la mayoría resulta ser la única consecuencia para el acreedor integrante del grupo social; ya que la subordinación, efecto común en el resto de Iberoamérica, no se aplica a los créditos de los sujetos especialmente vinculados con el deudor.

Palabras Claves: Exclusión, voto, concurso, mayorías, grupo, controlante, cesiones, créditos, subordinación.

Abstract: Argentine's bankruptcy law establishes a small group of creditors related by a special bond to the debtor and excluded from being counted in the majority needed to approve the reorganization plan.

However, in a balanced and axiological interpretation, the jurisprudence has extended this restriction to several other subjects, particularly in the context of group's reorganizations.

The directions for that interpretation is provided by article 2 from the new Civil and Commercial Code extremely efficient to solve the practical problems of subjects with heterogeneous interests towards the community of creditors, particularly for the situation of the "controller to debtor, in its different forms.

In Argentine the exclusion of this creditor, his impossibility to vote the agreement, is the only consequence for the creditor that belongs to the social group. This is because the subordination (which is usual in the rest of Latin America) do not apply to the credits of the subjects especially related to the debtor.

Key words: Exclusion, vote, reorganization, majority, group, , controlling, assignments, credits, subordination.

A) Aspectos a considerar en el presente ensayo:

1.- Se tratará la situación de los acreedores excluidos del cómputo de las mayorías tendientes a alcanzar el acuerdo, según la legislación Iberoamericana.

2.- Se tratará especialmente la experiencia argentina en torno a la aplicación del art. 45 de la Ley 24522

3.- Se proyectará la doctrina judicial argentina al derecho comparado, en materia de exclusión de acreedores en el concurso de grupos económicos.

B) Nociones generales:

La expresión «personas especialmente relacionadas con el deudor», de frecuente uso en el Derecho Iberoamericano, denota *per se* la razón de ser y el alcance de la privación de voto. Se trata, de personas vinculadas de manera contractual o personal a la suerte económica del deudor, cuyos intereses se distancian notablemente de los del resto de los acreedores.

Además y como bien lo puso de manifiesto el profesor Creimer en un trabajo suyo, el acreedor *interno* que concedió crédito, lo hizo bajo el conocimiento de la situación patrimonial del deudor y sus dificultades.¹

En resumen, el voto interesado de los allegados al deudor, afecta la legítima integración de las mayorías, y produce un consecuente desmedro a los intereses económicos del resto de los acreedores, los que se perfilan con indudable asimetría.

En la doctrina de un fallo notable se ha expresado que *si bien no es menester presumir carácter fraudulento o deshonesto en la probable conducta del acreedor a quien se le prohíbe el voto, lo cierto es que existe una fundada presunción de que, en virtud de la existencia de intereses contrapuestos, la libertad e imparcialidad inherentes al votante común estarán ausentes en el acreedor controlante.*²

La ley concursal argentina (art. 45:24522) establece restricciones al voto de ciertos acreedores vinculados con el deudor, cuando dichos vínculos asientan en lazos de parentesco, o societarios o por formar parte de la administración del concursado.

Alguna doctrina judicial señaló que en tales casos, el voto puede reputarse como connivente o complaciente, y recurriendo a una expresión muy corriente, se lo sindicó como *un voto cantado*.³

No obstante la limitada expresión normativa, la jurisprudencia es pródiga al señalar otros supuestos donde ya no puede especularse con la proximidad al deudor, sino y por el contrario, con una *renuencia pertinaz* para aprobar el acuerdo, por ejemplo, por razones de *competencia desleal* orientada a desplazar al concursado del mercado⁴⁵

¹ CREIMER, «Concursos de grupos», p. 58.

² «Productos Naimumbí S.A.», Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 10 de agosto de 2004 (*Microjuris*, REP-M-108587-AR).

³ Apuntamos que la doctrina sigue utilizando el término *voto*, pese a que la ley 24.522 suprimió la junta de acreedores, remitiendo a un proceso extrajudicial y privado para la obtención de las conformidades por medio de notario. No obstante, he sostenido que la *conformidad*, o expresión positiva para la aceptación del acuerdo, puede seguir considerándose como un *voto* en el sentido nominal del término.

⁴ La punta de lanza fue el famoso caso «Equipos y controles», que analizamos en trabajos anteriores.

Pese a la existencia de opiniones encontradas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, lo cierto es que nuestros tribunales han ido elaborando ciertas tesis proclives a aprehender bajo el fenómeno de la exclusión, a los acreedores grupales no contemplados por la normativa legal de una manera expresa.

C) La normativa de Derecho interno argentino y su aplicación:

El artículo 45 de la LCQ 24.522, luego de establecer las reglas de la doble mayoría para la aprobación del acuerdo (mayoría absoluta de acreedores y dos terceras partes del capital verificado) establece las restricciones al voto de personas especialmente relacionadas con el deudor. El texto legal dispone:

Se excluye del cómputo al cónyuge, los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, y sus cesionarios dentro del año anterior a la presentación. Tratándose de sociedades no se computan los socios, administradores y acreedores que se encuentren respecto de ellos en la situación del párrafo anterior, la prohibición no se aplica a los acreedores que sean accionistas de la concursada, salvo que se trate de controlantes de la misma.

Como puede verse la letra fría de la norma resulta bastante limitada en materia de exclusiones derivadas del marco societario y grupal.

En lo que respecta a las sociedades anónimas, (la inmensa mayoría de las registradas en el país) la exclusión del crédito —o, como se dice habitualmente, la exclusión del voto— no alcanza siquiera al accionistas de la concursada, salvo que se trate del *controlante*.

Asimismo se aprecia que la norma *no refiere de manera expresa al controlado, o al controlante indirecto*, sino por tomar algunos ejemplos derivados del ámbito grupal.

Sin embargo, desde el recordado fallo «Del Atlántico»⁶; al igual que en el caso «Schoeller Cabelma»,⁷ la jurisprudencia ha efectuado interpretaciones que aunque no reputadas como extensivas, han atrapado de un modo directo o indirecto a las sociedades *controladas* por el concursado, excluyéndolas de la base computable de personas y de créditos necesarios para alcanzar las mayorías de ley.

Más allá de las marcadas controversias que la interpretación y aplicación del dispositivo legal despliegan, lo cierto es que numerosas decisiones jurisdiccionales, amén de los precedentes ya señalados, se han ido haciendo eco de posturas que propenden a ampliar el reducido texto normativo.

⁵ Esta problemática puede verse en mayor extensión en nuestra obra: “El abuso del derecho en los procesos concursales” Ed.Ad-Hoc; Bs.As. 2008

⁶ 1.^a instancia firme, 17-3-79.

⁷ 1.^a instancia firme, Juzgado Nacional de Comercio N.º 11.

En primer lugar, cabe advertir que la referencia legal comprende al «controlante» sin ningún otro aditamento; cuando sabido es que el control puede adoptar variada formas. (Control participacional de derecho; control indirecto; control contractual; control de facto)

De su lado, la ley de sociedades 19.550 en su artículo 33 establece:

SOCIEDADES CONTROLADAS

Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada:

1) *Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias;*

2) *Ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.*

SOCIEDADES VINCULADAS.

Se consideran sociedades vinculadas, a los efectos de la Sección IX de este capítulo, cuando una participe en más del diez por ciento (10%) del capital de otra.

La sociedad que participe en más del veinticinco por ciento (25%) del capital de otra, deberá comunicárselo a fin de que su próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del hecho.

Si bien los supuestos son amplios, a menudo se ha señalado que la ley 19.550 se ocupa del *grupo de sociedades y no del grupo personal*.

La autorizada voz de Otaegui, así lo refiere: «En nuestro derecho, la ley 19.550 no se ocupa del accionante controlador o controlante en general, sino tan solo de la sociedad controlante (ley 19.550, art. 33) y a su vez parcialmente, porque no se trata sobre la responsabilidad de esta [...]».⁸

Sin embargo también subraya el autor que el caso del *grupo personal* se asemeja al *conjunto económico*, noción oriunda del derecho tributario norteamericano, donde se suma a la propiedad del capital, la *dirección unificada*, de acuerdo a los intereses del conjunto⁹

Por otro lado, cuando la ley concursal trata la extensión de la quiebra, señala como sujeto «*extendido*» a *toda persona controlante* de la sociedad fallida, que ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una *dirección unificada* en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. Y aclara que a dichos fines se entiende por persona controlante aquella que en forma *directa o por intermedio de otra sociedad controlada*, posea participación por cualquier título que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social. Y *cada una* de las personas que actuando conjuntamente posea la participación indicada en el párrafo anterior.

Pasando en limpio: en materia de extensión de la quiebra la Ley Concursal argentina se refiere al *grupo participacional, societario o personal, con control directo o indirecto*. Y caracteriza al

⁸ Julio César OTAEGUI, *Concentración societaria*, Ábaco, Buenos Aires, 1984, p. 237.

⁹ OTAEGUI, *Concentración societaria*, p. 236, donde se expresa: «[...] en definitiva el grupo personal encuentra equivalente en una de las variantes del conjunto económico del derecho fiscal [...]».

grupo económico *por la tenencia mayoritaria de capital y la dirección unificada orientada* hacia un objeto concreto, que es el interés grupal. (art.161 LCQ) Tales precisiones no se aprecian en el capítulo que especialmente trata la exclusión de créditos y acreedores en el cómputo de las mayorías (art.45 LCQ)

Lo que la Ley Concursal no contempla expresamente en materia de extensión de la quiebra, como tampoco en la exclusión de votos, es al *grupo contractual*, asentado en el llamado *control externo*. Lo cual no ha impedido que la jurisprudencia disponga en tales casos la extensión de la quiebra, o la exclusión de votos, como se ha visto en numerosos precedentes jurisprudenciales.

D) Algunas cuestiones particulares en materia de concurso del grupo de sociedades:

El controlante que cede su crédito o pierde su calidad de tal:

El art. 45 LCQ excluye del cómputo de las mayorías al controlante del concursado. Sin embargo, en caso de que aquel se hubiera desprendido del paquete de control, o de alguna parte del mismo que le hiciera perder la calidad de tal, la ley no establece la solución aplicable.

La interpretación de la ley debe formularse en armonía con el resto de sus previsiones, tomando en consideración soluciones y situaciones afines, con un insoslayable sesgo axiológico.

La propia norma del art. 45 establece respecto de las demás exclusiones (parientes, socios, administradores) que la restricción del voto se aplica también a los cesionarios de sus créditos, dentro del año anterior a la presentación en concurso.

En consecuencia, en una interpretación analógica, debe aplicarse el mismo plazo de un año para excluir del cómputo de las mayorías, al controlante que se hubiera desprendido durante ese periodo del paquete de control, o de una parte del mismo que le hubiera hecho perder su calidad de tal. Y a las cesiones crediticias que se hubieran verificado dentro del mismo período.

El CCyC establece en el art. 2 dentro de las pautas para la interpretación de la ley, la validez de la analogía con otras leyes. En consecuencia y con mayor razón procede interpretar la ley de concurso de acuerdo a otras normas contenidas en el mismo régimen.

El art. 45 LCQ establece –como se puntualizó - un elenco de acreedores cuyos votos no deben computarse a los fines de la obtención de las mayorías tendientes a considerar aprobado el acuerdo preventivo.

Se trata de los parientes del deudor persona humana y su cónyuge; y los socios, administradores y controlantes de la persona jurídica, excepción hecha a las sociedades anónimas donde el accionista que no sea controlante, no se encuentra alcanzado por la norma.

Con respecto a los parientes, socios y administradores, el mismo dispositivo legal establece que se excluye del cómputo a los cesionarios de sus créditos, en operaciones concertadas dentro del año anterior a la presentación en concurso.

Sin embargo en relación al controlante nada se establece.

Ello así, aparecen dos problemas en caso de que:

- a) el controlante hubiera cedido todo o parte de su crédito;
- b) el controlante dejó de serlo por haberse desprendido de todo o parte del paquete de control.-

Con respecto a las cesiones de crédito debe interpretarse que el cesionario del controlante queda alcanzado por las previsiones legales, por las operaciones realizadas dentro del periodo establecido por la ley para el resto de los sujetos contemplados (un año desde la fecha de presentación en concurso)

Sin embargo la redacción adoptada por la norma podría generar algún margen de duda. Véase que la cuestión de las cesiones no está tratada *expresamente* respecto del controlante, sino por proximidad en el apartado respectivo del art. 45.

Pero lo que no admite dudas, es la circunstancia de que la ley nada dispone para el caso de que el controlante se hubiera desprendido del paquete de control, y los efectos de tales antecedentes sobre la restricción del voto.

Nótese que la disquisición resulta altamente relevante por cuanto se trata de establecer si su derecho de voto se encuentra o no restringido. Circunstancia que gravita indudablemente sobre la integración de las mayorías.

La prohibición de votar un acuerdo a ciertos acreedores vinculado al deudor, (personas especialmente relacionadas, en la nomenclatura del derecho colombiano, que bien refleja el fenómeno que se quiere denotar) se encuentra establecida en la legislación comparada casi de modo unánime. Sin discusiones también, se admite que la razón del ser de la restricción legal apunta a no enturbiar la obtención de las mayorías legítimas.

Es esa, la *ratio legis* del art. 45 LCQ, en consideración – además - de que el acuerdo se impone a los acreedores disidentes y a los acreedores que no hubieran participado del proceso.

De su lado, el art. 2 del recientemente sancionado CCyC establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades y las leyes análogas, así como los principios y valores jurídicos; todo ello de un modo coherente con el ordenamiento jurídico.

La interpretación coherente de la propia ley concursal, y las finalidades y valores jurídicos establecidos en el art. 45, llevan a establecer que para admitir el voto de los cesionarios de los créditos del controlante y para admitir o denegar el del propio controlantes, el plazo que debe establecerse es el de un año contado retroactivamente a partir de la fecha del pedido de concurso preventivo, que es igual al establecido en la propia norma para análoga situación. La razón de ser de ese plazo de retroacción, no es otra que la razonable suposición de que durante el periodo en cuestión se gestó la cesación de pagos o las dificultades que llevaron al proceso concursal.

Como se vio, el art. 45 LCQ excluye del cómputo de las mayorías al controlante del concursado. Sin embargo, en caso de que aquel se hubiera desprendido del paquete de control, o de alguna parte del mismo que le hiciera perder la calidad de tal, la ley no establece la solución específica aplicable.

La interpretación de la ley debe formularse en armonía con el resto de sus previsiones, tomando en consideración soluciones y situaciones afines.

La propia norma del art. 45 establece respecto de las demás exclusiones (parientes, socios, administradores) que la restricción del voto se aplica también a los cesionarios de sus créditos, dentro del año anterior a la presentación en concurso.

También como consecuencia de una interpretación analógica, debe aplicarse el mismo plazo de retroacción de un año para excluir del cómputo de las mayorías, al controlante que se hubiera desprendido durante ese periodo del paquete de control, o de una parte del mismo que le hubiera hecho perder su calidad de tal..

Resulta relevante destacar nuevamente que el CCyC establece en el art. 2 dentro de la pautas para la interpretación de la ley, la validez de la analogía con otras leyes. En consecuencia y con mayor razón procede interpretar la ley de concurso de acuerdo a otras normas contenidas en el mismo régimen.

El controlante mediato:

El art. 45 refiere expresamente al *controlante*. Sin especificar numerosos aspectos del fenómeno exteriorizado en los grupos económicos; ni sobre los sujetos involucrados en el grupo.

Sin embargo y según la letra de la ley, que no entra en otras disquisiciones posibles, el controlante del controlante no puede caracterizarse sino como un “controlante” – así: a secas-. Porque en este caso la ley no distingue entre el controlante mediato o inmediato y resulta de aplicación el principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*

Razón por la cual y más allá de los fundamentos jurídicos que en apoyo de la misma tesis pueden aportarse, el controlante del controlante debe necesariamente excluirse del cómputo de las mayorías por aplicación de la norma legal general (art.45 LCQ) y la interpretación que corresponde según los principios de interpretación de la leyes, en especial, los contenidos en el art. 2 del CCyC.

En resumen, el voto interesado de los allegados al deudor, afecta la legítima integración de las mayorías y produce un consecuente desmedro a los intereses del resto de los acreedores, los que se perfilan con indudable asimetría.

Señala Argeri, que el espíritu de la disposición legal es constituir la junta mediante votos cuyas voluntades traduzcan *la expresión seria y cierta de intereses patrimoniales*. De allí que la prohibición se origine en la *presunción de venir viciada la voluntad del acreedor* que se halle en ciertas condiciones, tanto por razones inherentes a la solidaridad que crea el vínculo familiar como por eventuales intereses contrarios particulares que vician la voluntad constitutiva de las mayorías

legales.¹⁰ Esa opinión es compartida por Zavala Rodríguez y García Martínez, según lo indica Quintana Ferreyra con su adhesión al mismo criterio.¹¹

En la doctrina de un fallo notable se ha expresado que *si bien no es menester presumir carácter fraudulento o deshonesto en la probable conducta del acreedor a quien se le prohíbe el voto, lo cierto es que existe una fundada presunción de que, en virtud de la existencia de intereses contrapuestos, la libertad e imparcialidad inherentes al votante común estarán ausentes en el acreedor controlante.*¹²

En materia de exclusión de créditos en el marco de los grupos económicos, la ley 24522 en su artículo 45 solo refiere al controlante del concursado.

Nótese además, que ni siquiera los accionistas de la sociedad anónima están alcanzados por esa limitación legal, a menos que revistan esa calidad: la de controlante.

Sin perjuicio de que en la interacción de la ley de concursos con la ley de sociedades y la doctrina y jurisprudencia imperante la restricción del cómputo de los votos puede alcanzar a otros integrantes de los grupos, lo cierto es que la ley se expresa con claridad meridiana respecto del controlante de las sociedades anónimas. Y no distingue acerca de la forma en que se ejerce ese control; por lo que es dable presuponer que alcanza a todo controlante, cualquiera sea la forma que el control adopte.

Podría tal vez decirse en el caso del controlante del controlante, que el control societario se ejerce de un modo mediato; pero resulta innegable que es un control al fin, es decir, la forma de predominar sobre la voluntad interna de la sociedad a través de las tenencias de capital, especialmente en las asambleas ordinarias, donde se designan los órganos de control y administración. Con ello, no resulta necesario ahondar más en el predominio del controlante sobre la voluntad social.

Visto lo cual y no existiendo distinción alguna en el artículo 45 LCQ, el controlante del controlante debe quedar excluido del cómputo de los votos a los fines de la aprobación del acuerdo. No solamente por los fundamentos que dan razón a la norma, o su evolución doctrinaria y jurisprudencial, sino por el principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, método de interpretación reconocido por la Corte Suprema de Justicia en numerosos fallos¹³.

E) Algunas cuestiones de derecho comparado:

Para tomar solo algún ejemplo el Derecho argentino y el derecho uruguayo difieren en varios aspectos. En primer lugar, por las consecuencias que descarga el concurso sobre el crédito de las personas vinculadas con el deudor.

¹⁰ Saúl ARGENTI (*La quiebra y demás procesos concursales*, t. 1, p. 439) cita en el punto a Bolaffio, V.III, n.º 41 bis; a Cangiani, en *Riv.Dir.Com* 1932, 1.ª parte, p. 174.

¹¹ QUINTANA FERREYRA, *Concursos*, vol. 1, p. 578.

¹² «Productos Naimumbí S.A.», Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 10 de agosto de 2004 (*Microjuris*, REP-M-108587-AR).

¹³ Por todos puede verse : CSJN; 10-12-2013; “Andreuchi Luis c/Club Atletico Newells Old Boy s/ejecutivo”

En el derecho argentino, más allá de las vacilaciones apuntadas, los acreedores vinculados quedan excluidos del cómputo de las mayorías, pero no ven alterados la cuantía ni el orden de percepción de sus créditos más que por los efectos que se desprendan del acuerdo homologado. En el derecho uruguayo, en cambio, los créditos vinculados, no solo se encuentran privados de votar, sino que quedan *subordinados*.¹⁴

En cuanto a los sujetos restringidos en el voto, la ley argentina se muestra un tanto difusa en su concepción, debiendo complementarse con una apreciación más amplia y sistémica; respecto de lo cual la doctrina judicial ha hecho innumerables aportes; todo lo cual ya ha sido expresado *supra*. En el derecho uruguayo, en cambio, se establecen definiciones más precisas.

La propia ley concursal uruguaya define al grupo de sociedades o conjunto económico de la siguiente manera: «Se entenderá que existe un grupo de sociedades cuando una sociedad se encuentre sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resulten sometidas al poder de dirección de una misma persona física o jurídica o de varias personas que actúen sistemáticamente en concierto».

F) Algunas conclusiones:

La privación del derecho de voto es contemplada en casi todas las legislaciones, encontrándose siempre referida a acreedores ligados al deudor por vínculos de parentesco, o por vínculos societarios.

La cuestión resulta crucial en materia de concurso de grupos económicos, donde es necesario limitar la participación en el acuerdo de los acreedores internos, a fin de salvaguardar la legítima integración de las mayorías.

Frente a tales presupuestos, resulta imprescindible que la legislación concursal sea clara en el diseño o configuración de los grupos económicos afectados por el concurso.

En el derecho interno de la Argentina, tales precisiones aparecen de un modo difuso, por lo cual la interpretación jurisprudencial ha ido señalando numerosos supuestos, en subsidio de la calificada por Cámara como “raquítica” normativa del art. 45 LCQ.¹⁵

Las nuevas disposiciones en materia de interpretación legal contenidas en el nuevo Código Civil y Comercial se erigen como pautas interpretativas ineludibles en punto a la resolución de los numerosos problemas que presenta la participación de los socios y controlantes en el cómputo de las mayorías establecidas para aprobar un concordato.

¹⁴ Igual situación que la del derecho uruguayo en cuanto a la subordinación de créditos, se aprecia en el la ley concursal española y en la peruana.

¹⁵ Con mayor amplitud sobre el tópico puede verse nuestra obra “Exclusión de acreedores en el proceso concursal” Ed. Astrea; Bs.as. 2015