

EL CONTROL SOCIETARIO Y EL RÉGIMEN DE EXCLUSIÓN DEL ART. 45 DE LA L.C.**Francisco JUNYENT BAS y Eduardo CHIAVASSA****1. Consideraciones preliminares.**

La temática planteada en la ponencia impone analizar el régimen de exclusión de voto pautado en el art. 45 de la L.C.

En esta inteligencia, resulta conveniente recordar las afirmaciones de Lorente¹ y de Maffía², en el sentido que es un dato irrefutable de nuestra realidad doctrinaria y jurisprudencial que la cuestión sobre la exclusión de votos prevista en el artículo 45 de la L.C., se presenta como algo “obsoleto”, es decir, anacrónico y, consecuentemente, no contempla en plenitud las distintas facetas que implica las relaciones grupales que al tener una dirección unificada responden a una sola voluntad.

El precepto aludido, luego de determinar el régimen de la doble mayoría de acreedores de personas y de capital, establece la exclusión de determinados acreedores.

Así, se señala que: “...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”.

La realidad doctrinaria y jurisprudencial demuestra que el elenco normativo ha sido superado por la realidad³, resultando notoriamente insuficiente.

Desde esta perspectiva, la exclusión solamente del cónyuge y los parientes del deudor, tratándose de personas físicas, y de los administradores y sus parientes, tratándose de sociedades, reedita el esquema de la Ley Castillo de 1933.

Los accionistas pueden votar salvo que se trate de “controlantes”, única previsión ésta última que compromete la sinceridad del voto, negando la voluntad única que opera en el control indirecto.

Por ello, la clásica interpretación de que el repertorio normativo, por tratarse de prohibiciones, es de interpretación “taxativa” ha sido puesta en tela de juicio tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y hoy se debate la eventual aplicación “analógica” de la norma.

2. Las distintas corrientes de opinión.

Este problema normativo abrió camino a diferentes corrientes doctrinarias.

1 Lorente Javier, “Fundamentos para la exclusión de votos dentro del sistema concursal”, RDCO, T. 39, Año 2006-A, pág. 631 y sgtes.

2 Maffía Osvaldo, “El no logrado régimen de exclusiones sobre votación de la propuesta de acuerdo preventivo”, L.L. 1996-E, 747.

3 Barreiro Marcelo, “¿Están todos los que son o son todos los que estan? (sobre la exclusión de voto)”, Doctrina societaria y concursal, Errepar, N° 210, Mayo 2005, pág. 503 y sig.

La tesis de interpretación restrictiva, tradición clásica del derecho patrio, considera al catálogo del artículo 45 de la Ley de Concursos y Quiebras como una enumeración taxativa que encuentra su basamento en las especialísimas relaciones personales o societarias, las cuales, no pueden ampliarse, pues respecto a ellos rige el principio de no aplicar prohibiciones o restricciones de derecho por vía de una interpretación extensiva o analógica.

El fundamento de estas prohibiciones radica en la especial condición del acreedor respecto del deudor, la cual no puede, en principio, extenderse a supuestos similares o análogos.

Este elenco de acreedores excluidos de voto constituía una constante hasta que la complejidad creciente de las relaciones jurídicas, tanto societarias o parasocietarias, la defensa de la competencia y otras razones, fueron marcando la incidencia de valores jurídicos y económicos con una proyección tal de generar el cambio de las orientaciones, abriendo cauce a la tesis que postula el carácter no taxativo o meramente enunciativo de las exclusiones, tal como lo explicamos oportunamente⁴.

Así, Eduardo Favier Dubois⁵, señala que la redacción del art. 45 ha conducido desde un criterio de “taxatividad” a uno de “amplitud relativa”, de manera tal que no solamente se ha excluido a los acreedores “complacientes”, sino también a los denominados “hostiles”⁶.

El tema en cuestión fue abordado en forma puntual por Marcelo Barreiro⁷ y Dasso-Dasso⁸, en dos magníficos trabajos que son de ineludible lectura que han sido ponderados por los especialistas y la jurisprudencia.

3. La exclusión de los socios, administradores, acreedores parientes y controlantes. La cuestión del control.

En esta inteligencia, resulta conveniente recordar que el segundo apartado del art. 45 establece que tratándose de sociedades no se computan los socios, administradores y acreedores que se encuentren respecto de ellos en la situación del párrafo anterior, y que la prohibición no se aplica a los acreedores que sean accionistas de la concursada, salvo que se trate de “controlantes”.

En una palabra, la norma hace referencia al control “directo” y deja afuera, expresamente, al controlante indirecto, como así también, al control externo.

El precepto legal ha sido duramente cuestionado por la doctrina⁹ pues, realiza en primer lugar

4 Junyent Bas Francisco - Molina Sandoval Carlos A., “Facultades del Juez Concursal”, Editorial Avocatus, Córdoba, Año 2004, Capítulo IX, Pág. 209.

5 Favier Dubois Eduardo, “Un camino en permanente construcción”, Editorial Ad Hoc, Jornadas Marplatenses de Derecho Concursal 23 y 24 de Marzo de 2006, Pág. 157.

6 “Sancayet S.A. en Osmata s/ Concurso Preventivo”, CNCom, Sala C 10/09/2004. “Seidner Hanna s/ concurso preventivo CNCom Sala A, 19/03/2004; “Productos Mainumbí S.A. s. Conc. Prev. CNCom Sala A 08/10/2004; “Inversora Eléctrica de Buenos Aires” CNCom. Sala B, 13/07/2006; “Equipos y controles s/ Conc. Prev.” CNCom. Sala C 27/12/2002; Banco del Suquía S.A. s/concurso preventivo” Juzg C. y C. N° 29. Córdoba, 24/02/2005; “Compañía de alimentos Fargo s/concurso preventivo” CNCom. Sala B 04/03/2005; “Encasa s/ concurso preventivo” CNCom. Sala A 04/05/06

7 Barreiro Marcelo, ob. cit.

8 Dasso Ariel A. – Dasso Javier A., El novedoso debate sobre la exclusión de voto, en Acciones de recomposición patrimonial y conflictos laborales en la quiebra, Ad hoc, 2005, pág.487 y ss

9 Maffía Osvaldo, “El no logrado régimen de exclusiones sobre votación de la propuesta de acuerdo preventivo, La Ley 1996-E, Pag. 745/750.

una distinción entre las mismas sociedades al excluir a los socios y no a los accionistas.

En una palabra, no contempla en su integridad la realidad “grupal”, es decir, el fenómeno asociativo entre empresas y sólo excluye al “accionista controlante” y no sólo deja afuera al controlante indirecto, sino que –además– nada dice de las “empresas controladas”.

Esta era, por otra parte, la orientación que habían comenzado a tener los casos jurisprudenciales antes de la reforma de 1995.

4. Los nuevos vientos en el derecho comparado

En este sentido, la legislación española, ley 22-2003, art. 93, también recepta la nueva realidad en el caso de que el concursado sea persona jurídica, estableciendo las siguientes exclusiones:

Los socios personal e ilimitadamente responsables, y aquellos otros titulares de por lo menos un 5 % de capital social en las sociedades cotizantes, o un 10 % si no cotizaran.

Los administradores de derecho y de hecho, liquidadores y apoderados generales y quienes lo hubieran sido entre los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Las sociedades del mismo grupo y sus socios. Se presumen especialmente relacionadas, los cesionarios o adjudicatarios de créditos de los cuales fueran titulares cualesquiera de las personas mencionadas, dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

A su vez, resulta conveniente comparar nuestro régimen legal con el de la Ley de Bancarrota de los Estados Unidos que trae un precepto general que otorga mayor flexibilidad al sistema.

Así, el artículo (Section) 1126, ap. e) textualmente dispone: “... A solicitud de la parte interesada y luego de notificación y audiencia el tribunal podrá designar una entidad cuya aceptación o rechazo del plan no se hizo de buena fe o de acuerdo con las disposiciones de este título”.

Como bien puede advertirse, en lugar de producir un listado de acreedores fatalmente excluidos del voto, el sistema concursal norteamericano permite que cualquier interesado pida la exclusión de un determinado acreedor cuya aceptación o rechazo del plan no haya sido de buena fe o se presente como contraria a la ley concursal.

Asimismo, la legislación americana impone una obligación de buena fe en orden a la conducta honesta en la negociación concerniente, que permite que el juez pueda ampliar o estrechar el criterio de exclusión, de conformidad al principio de equidad.

En una palabra los nuevos vientos que soplan, tanto en el derecho comparado como en nuestra jurisprudencia, permiten afirmar que el debate sobre exclusión de voto no se encuentra cerrado y que el principio de taxatividad, debe correlacionarse con las directrices fundantes del ordenamiento jurídico.

5. La cuestión del control indirecto y dos inconsistencias en la ley concursal

a) Control en caso de extensión de quiebra

Este aspecto del control indirecto resulta realmente llamativo, pues se contrapone con la propia caracterización del control que realiza el estatuto falimentario en el art. 161 inc. 2º al reglar

la extensión de la quiebra al controlante.

En dicha norma, al definir que se entiende por persona controlante, en el apartado a) expresamente la ley refiere, tanto al control directo como al indirecto, señalando que alcanza a quien “en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social”.

De tal modo, el controlante indirecto podría ser excluido de la votación, atento a que el propio ordenamiento concursal admite que sea sujeto de extensión de quiebra.

En una palabra, dos normas de un mismo plexo legal, el art. 45 y el art. 161 inc. 2º, que responden a tésis diferentes y, por ende, han movido a opiniones doctrinarias y jurisprudenciales distintas.

En esta línea, no se entiende porque el legislador sólo ha excluido al “controlante directo”, sin tener en consideración la otra alternativa de control indirecto.

La insuficiencia normativa es palmaria si se tiene en cuenta que, si bien el juez no puede crear supuestos de exclusión diversos de los que trae la ley, tampoco puede tolerar situaciones que comporten una “afrenta” a la moral y a las buenas costumbres, o constituyan abuso de derecho o vehiculicen el fraude que todo lo corrompe, art. 953 y 1071 del C.Civil¹⁰.

b) Control en caso de concurso de agrupamiento

El art.67 último párrafo LCQ establece que los créditos entre integrantes del agrupamiento o sus cesionarios dentro de los dos años anteriores a la presentación concursal carecerán de voto.

Heredia parece plantear un doble frente de fundamentación jurídica: a) el voto esta inducido por motivos que no se corresponden con las finalidades de la ley ni con los intereses de los demás acreedores, b) la ratio se encuentra en las relaciones de control propias y características de todo grupo económico según el cual la voluntad del sujeto controlado es determinada por la controlante; prohibición que no rige en el concurso tradicional¹¹.

Creemos que en ambos supuestos –concurso tradicional y concurso de agrupamiento-, no existen motivos suficientes como diferenciar las soluciones normativas.

6. El precedente Juan Guzmán

En este antecedente jurisprudencial se hace referencia a la existencia de un socio que contaba con una participación minoritaria en la sociedad pero cuyo crédito verificado en el concurso definía la suerte del mismo. A su vez, efectuaba las mismas actividades comerciales que la concursada llegando a colisión de intereses en virtud de distintas acciones que desarrollaba e incluso se podían prestar a la confusión a los clientes de aquella. Excluyendo del voto a este socio por colisión de intereses, los juzgadores sostuvieron en la parte final de su voto:

“... la circunstancia de que Guzmán sea titular de una mínima porción del paquete accionario

10 En esta línea de pensamiento, el juez de cámara Monti, en su voto en disidencia en autos “Equipos y Controles S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación”, expresó que, “...la inteligencia estricta que suele predicarse en punto a las causales de exclusión de voto, de ciertos acreedores, no puede conducir a hacer de ellas un *numerus clausus*, que impida correlacionar esa regla con otras normas del ordenamiento jurídico y en especial, aquellas que reflejen principios indisponibles para los jueces por ser inescindibles del orden público, la moral, la buena fe y las buenas costumbres”.

11 HEREDIA Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, Editorial Ábaco, Bs.As., 2000, T.II, pág. 473.

de la concursada es una contingencia que en nada impide razonar del modo precedentemente señalado, ya que aquí, con independencia de que no se ha configurado una situación de control de la sociedad, sí se ha demostrado una suerte de control del concurso, que no puede ser admitido en justicia.”

“Control del concurso” como supuesto superador de otras nociones de control, como el societario pues bajo esta concepción podrían quedar comprendidos una diversidad de supuestos con matices capaces de llegar al abuso o fraude. Incluso, como supuesto no solo definido como acciones positivas sino también aquellas que se consideran conductas negativas para que el concursado logre el acuerdo.

7. El antecedente Sagemuller - Sagma

En este caso, el Tribunal Superior de la Provincia de Entre Ríos¹² tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema de la exclusión de voto. Pero con la particularidad de que se trataba del voto de una controlada –Sagma- en el concurso de la controlante –Sagemuller-, sociedad acreedora cuyo crédito representaba más del 60% del pasivo de esta última.

Más allá de las particularidades propias del caso, en el cual se trata de dos de las sociedades comerciales más importantes para la economía local entrerriana y nacional, lo cierto es que en fallo con disidencia, la mayoría admitió el “autovoto” de la controlante.

En un escueto análisis, se puede afirmar que el eje para tal interpretación restrictiva giro en torno a:

1. Taxatividad de los acreedores a excluir
2. Incertidumbre de la interpretación contraria.
3. Existencia del contrapeso de la doble mayoría: al capital se lo contrarresta con la de acreedores.
4. La limitación al ejercicio de un derecho de voto de los acreedores no enunciados.

Por el contrario, la disidencia rescató, por sobre todas las cosas, falta de sinceridad en el voto de la controlada y la unidad de intereses con la concursada controlante.

Como puede apreciarse, una vez más la realidad ha sobrepasado los estrechos términos legales en el que esta planteada la controversia, términos que por otro lado no respetan el estudio del fenómeno de concentración societaria¹³.

8. Conclusión

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de ir, lenta y progresivamente, superando la interpretación rígida que se efectuaba de las exclusiones de votos.

12 STJ de Entre Ríos, "Sagemuller S.A. S/Concurso Preventivo (Incidente de impugnación)- Expte. Nº 5718.

13 En la ya conocida cofradía concursal del Cr. Ruiz Vega, se hizo conocer una opinión de gran autoridad en la materia - del Dr. Rafael Manóvil- que resaltaba que en este caso es mucho más justificado la exclusión que en el supuesto del controlante, que puede tener intereses diversos del de la controlada.

Ver de este autor su obra “Grupo de sociedades en el derecho comparado, Abeledo Perrot, Bs.As., 1998.

En particular, la del controlante indirecto rozaría de manera cercana con la prohibición contenida en el art.43 LCQ en cuanto prohíbe que la propuesta consista en una prestación que dependa de la voluntad del deudor.

Dicho derechamente: presentar una propuesta de acuerdo y luego pretender la aprobación de la misma por sujetos de derecho que son dependientes del concursado, no deja de marcar una situación criticable e incompatible con la idea de reglas de juegos transparentes e iguales para todos.

En síntesis, el actual criterio de interpretación de las exclusiones del art. 45 en torno a las mayorías concordatarias arroja un marco de inseguridad que conspira contra la eficacia de la alternativa concordataria. Creemos que es necesario un sinceramiento en el debate y en la interpretación, admitiendo que el *numerus clausus* ha sido superado por la realidad negocial; progreso que –sin embargo- debe estar limitado por la interpretación armónica del ordenamiento jurídico.