

QUIEBRA

Acreeedor hipotecario. Renuncia al privilegio. Homologación del acuerdo. Revocación.

***Hechos:** Un acreedor quirografario que no votó favorablemente la propuesta de acuerdo apeló la resolución que, luego de desestimar la oposición formulada respecto de la renuncia al privilegio por otro acreedor, procedió a la homologación del acuerdo. La Cámara revocó la homologación y encomendó al juez que arbitrara las medidas necesarias para efectivizar lo dispuesto por el art. 51 de la LCQ.*

La resolución que desestimó la oposición formulada respecto de la renuncia al privilegio hipotecario y procedió a la homologación del acuerdo debe ser revocada, ya que si bien la ley no exige explicación alguna sobre la motivación de la renuncia, parece poco plausible que una sociedad comercial pueda embarcarse voluntariamente en una operatoria en la que pone en riesgo la posibilidad de recuperar lo desembolsado al sujetarse a una propuesta que reduce el porcentual al 85% del crédito, con una espera de un año y pago en cuotas.

CNCom., sala F, 01/07/2014. - Esagra S.A. s/ concurso preventivo.

[Cita on line: AR/JUR/39663/2014]

2ª Instancia. - Buenos Aires, julio 1 de 2014.

Vistos:

1. Apeló el acreedor impugnante Rosaser S.A. la resolución de fs. 1414/1418 mediante la cual la Sra. Juez de Grado, luego de desestimar la oposición formulada respecto de la renuncia al privilegio que fuera expresada por el acreedor Mandinia S.A. respecto de su crédito, procedió a la homologación del acuerdo preventivo.

También fue objeto de apelación la regulación de honorarios llevada a cabo en la mentada decisión. Los agravios de fs. 1524/1551 fueron contestados por la concursada a fs. 1560/1568 y por la sindicatura a fs. 1571/1576. La Sra. Fiscal General ante esta Cámara emitió dictamen a fs. 1581/1583.

2. Síntesis del cuestionamiento de Rosaser S.A.:

a. A fs. 1385/1391 se presentó este acreedor quirografario -quien, claro está, no votó favorablemente la propuesta de acuerdo- y argumentó que la concursada no logró la mayoría necesaria por cuanto como consecuencia de una interpretación armónica de las disposiciones de los arts. 42, 45 y ccddes. de la ley 24.522, la renuncia al privilegio que ostentaba determinado crédito, en este caso el de Mandinia S.A., no fue realizada en tiempo y forma. Sostuvo en tal sentido que la categorización de acreedores fue acordada por la concursada y ratificada por el Tribunal y por ende el acreedor hipotecario debió renunciar a su privilegio con anterioridad al cierre de las categorías de acreedores. Deriva de ese accionar que el acuerdo fue obtenido en fraude a la ley y que es abusivo.

La elasticidad del voto connivente

POR **SEBASTIÁN BORTHWICK**

Sumario: 1. Introducción. — 2. El fallo comentado. — 3. Nuestra opinión.

1. Introducción

El singular caso que tengo oportunidad de comentar continúa la senda del activismo judicial dirigido en miras a descartar la presencia de maniobras disvaliosas que riñen contra la esencia del sistema concursal.

La misma Sala F de la Excma. Cámara Comercial ya había fallado en casi idéntica línea en un caso

muy similar al comentado. (1) En tal caso, el único acreedor verificado cedió su crédito privilegiado, el cesionario renunció al privilegio y prestó su conformidad con la propuesta de acuerdo. La Cámara excluyó el voto del renunciante de la base de cómputo por considerar que se trataba de un voto connivente.

En el caso “Esagra” la cesión del crédito hipotecario se produjo meses antes de la presentación en concurso preventivo, es decir, Mandinia S.A. no es un tercero que se integró al proceso concursal. Mandinia S.A. es un acreedor con privilegio hipotecario que fue declarado verificado y admitido en la resolución prevista por el art. 36 de la LCQ. No habiéndose invocado la existencia de dolo

(1) “Mallarini, Jorge s/ concurso preventivo”, del 26/04/2011.

b. Previo a toda consideración, estimase necesario formular una aclaración en atención a los términos en que fuera contestado por parte de la concursada el memorial de agravios del deudor. Estima esta Sala que las cuestiones que se tienen a estudio deben ser analizadas *in totum* pues no exceden la materia que fuera sometida a conocimiento de la *a quo*. El agravio es más extenso, con mayor énfasis, más desarrollado, pero refiere a la misma situación tratada en la instancia de grado: el cuestionamiento a la oportunidad en que se presentara la renuncia al privilegio y las consecuencias que de ese acto derivaron. Y aún cuando entendiera la deudora que ello pueda no ser así, lo cierto es que de todos modos el memorial abarca cuestiones que merecieron oportunamente atención por parte del Tribunal de Grado (vgr. ampliación informe del art. 39 de fs. 1407, que impugnado a fs. 1446 fue proveído a fs. 1448).

Ahora, si la deudora refiere a la Introducción Preliminar -III pto. 3.1 1525/1533 vta.- donde el recurrente describe situaciones temporales que califica de dilatorias del trámite normal del proceso, ciertamente no han de ser valoradas por cuanto no hacen al fondo de la cuestión, siendo entendidas únicamente como un detalle de su visión del proceso.

c. Soslayada esta cuestión, y analizadas las actuaciones desde lo que aquí nos atañe surge del informe de la LCQ: 36 que el crédito de Mandinia S.A. nació

como consecuencia de resultar cesionaria de un crédito hipotecario con asiento en ciertos lotes del Partido de Chacabuco, Provincia de Buenos Aires, cuyo acreedor originario fue "Grobocopatel Hermanos S.A.", por la suma de U\$S 760.000. De ello da cuenta la escritura del 18/03/2010 donde la concursada compareció, se notificó y reconoció la existencia y legitimación del crédito (v. fs. 880/881).

Ahora bien: ese acreedor, vencido el plazo de exclusividad -que ciertamente fue objeto de varias prórrogas- renunció al privilegio hipotecario que ostentaba, cuando, para los acreedores privilegiados, no existió propuesta de pago (v. fs. 1317/1317 vta.), sujetándose de ese modo a aquella efectuada para acreedores quirografarios, la que consiste en el pago del 85% de los créditos en cinco cuotas consecutivas anuales con un año de gracia y calculando intereses a la tasa activa desde que quede firme la homologación hasta la fecha de vencimiento de cada cuota (fs. cit.). De ese modo, la concursada obtuvo las mayorías legales necesarias.

Enmarcado el devenir procesal, aparece necesario destacar liminarmente que es postulación uniforme de la doctrina aquella que reconoce carácter taxativo a la enumeración de las causales contenida en el art. 50 LCQ. No obstante, tal condición no fuerza irremediablemente a una interpretación literal, pudiendo el magistrado decidir con mayor o menor elasticidad si

(LCQ:38) la resolución verificatoria ha pasado en autoridad de cosa juzgada y es definitiva a los fines del cómputo de las mayorías (arts. 36 y 37 LCQ).

Así, Mandinia S.A. fue un acreedor verificado en el pasivo concursal de Esagra y legitimado, *a priori*, para "votar" la propuesta de acuerdo preventivo. A tal fin, renunció a su privilegio especial hipotecario para pasar a formar parte de la base del cálculo para las mayorías atento que la propuesta estaba dirigida exclusivamente a los quirografarios.

A pesar de que la ley no exige que el acreedor exponga los motivos que lo llevaron a renunciar a un derecho, la Sala F, con acierto, cuestionó la falta de justificación de la renuncia del privilegio de Mandinia S.A. y descartó la conformidad prestada por calificarlo como un voto connivente.

2. El fallo comentado

a) Primera Instancia

Mandinia S.A. adquirió un crédito hipotecario —originalmente de Grobocopatel Hermanos

S.A.— por la suma de U\$S 760.000 unos meses antes de la presentación en concurso su deudor, Esagra S.A. Su crédito fue verificado en la resolución prevista por el art. 36 de la LCQ con el privilegio especial hipotecario que le acuerda el art. 241 inc. 4) de la LCQ.

El período de exclusividad fue prorrogado y antes de su finalización el acreedor hipotecario antes referido renunció a su privilegio; en virtud de que Mandinia S.A. pasó a estar comprendido por los términos de la propuesta dirigida a los acreedores quirografarios, prestó conformidad con la propuesta de acuerdo preventivo (pago del 85% de los créditos quirografarios en cinco cuotas anuales con un año de espera devengando intereses a la tasa activa del Banco Nación).

La concursada arribó así a las mayorías legales y el Juzgado hizo saber la existencia de acuerdo preventivo. Un solo acreedor —Rosaser S.A.— impugnó el acuerdo argumentando que (i) la concursada no obtuvo la mayoría necesaria atento que la renuncia al privilegio de un acreedor había sido realizada en forma extemporánea, luego del

la situación de hecho que se le presenta se subsume -o no- en las hipótesis legales, con la única restricción de no exorbitar los alcances propios de ella (Zavala Rodríguez, C., Código de Comercio comentado, Depalma, Bs. As. Agosto 1980, págs. 560/2 n° 494).

Para poder hilvanar los presupuestos que conformarán la base argumental del decisorio, convendrá recordar que la regla de la *pars conditio creditorum* es un axioma esencial del derecho concursal por cuyo cumplimiento debe velar el magistrado a cargo del proceso.

Tan emparentadas se encuentran tales premisas que el art. 59 inc. 5° de la Ley 19.551, autorizaba la impugnación del acuerdo con causa en la existencia de acuerdos entre el deudor y acreedor, violatorios del art. 44 inc. 1° (que sentaba que la propuesta debía contener cláusulas igualitarias para los acreedores quirografarios). La conducta tipificada y condenada por el legislador era el acuerdo subrepticio en beneficio de determinados titulares de acreencias, por los que se concedían beneficios o ventajas no reconocidas, en desmedro de los demás (Juzg. Nac. 1° Inst. n° 13, firme 29/12/1981, "Di Paolo Hnos. SA", LA LEY 1984-A-368).

Ahora bien. Cabe preguntarse: si dicha causal impugnatoria ha sido suprimida en el texto del actual art. 50 de la Ley 24.522, ¿podría entonces sostenerse

que la actual falta de previsión en el elenco legal, inhabilita la vía impugnatoria del acuerdo obtenido por pactos espurios?

Frente al interrogante, esta Sala se inclina definitivamente por la respuesta negativa. Más aún: al amparo de las previsiones de los arts. 16, 43 párr. 2° y 56 párr. 3° LCQ, tal cuestión puede ser, incluso, objeto de consideración *ex officio*.

Como explica Segovia, la homologación es la confirmación que da el órgano jurisdiccional a ciertos actos o convenciones para imprimirles carácter oficial. El concordato, que antes de la homologación no es más que un proyecto, se hace definitivo y obligatorio mediante ese acto, y tal intervención de la justicia es necesaria como una garantía de la seriedad del acto y de los derechos de la minoría disidente y demás acreedores que no tomaron participación en el arreglo (Segovia, "Código de Comercio de la República Argentina", Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1892, pág. 394).

Por ello, al emitir pronunciamiento sobre el particular, en todos los casos y aún en ausencia de cuestionamiento, el juez se encuentra constreñido a evaluar si la propuesta conlleva ínsito el ejercicio abusivo de un derecho o el fraude a la ley, situaciones éstas frente a las cuales deberá denegar la homologación (art. 52 inc. 4° LCQ).

dictado de la resolución de categorización prevista por el art. 42 de la LCQ; (ii) el acuerdo fue obtenido en fraude a la ley por haberse modificado intempestivamente la base del cómputo del pasivo; y (iii) el acuerdo resultaba abusivo en la medida que se estaba procurando potenciar artificialmente la voluntad de los acreedores desde que un solo acreedor (saltando de categoría sin derecho a hacerlo) manejó la aprobación de la propuesta de acuerdo.

La Juez de Primera Instancia rechazó la impugnación al acuerdo en base, resumidamente, a que: 1) la causal de impugnación formulada no encuadra claramente en las causales previstas taxativamente en la LCQ:50, 2) la renuncia al privilegio puede formularse antes de la finalización del período de exclusividad, y 3) la propuesta no resultaba abusiva.

b) Segunda Instancia

b.1) Dictamen de la Fiscalía de Cámara

La Fiscalía de Cámara opinó que se debía revocar la resolución recurrida con sólidos funda-

mentos. Expresó la Fiscalía que el hecho de que el acreedor hipotecario se sometiese a la propuesta formulada para los acreedores quirografarios (aceptando una quita sobre el capital del 15% y resignando los intereses reconocidos por la LCQ:19) implicaba que "el acreedor renunciante tiene un interés distinto a los demás quirografarios y en consecuencia la renuncia vulnera el régimen de mayorías..." y "la *pars conditio creditorum* pues los sacrificios patrimoniales del acuerdo no son iguales para todos los acreedores".

Así, consideró que la homologación no resultaba admisible pues violaría el orden público concursal y el derecho de propiedad de ciertos acreedores, que serían sacrificados a la voluntad de otro.

Afirmó la Fiscalía, en esa línea, que una "solución contraria implicaría conceder que el acreedor renunciante que consintió la propuesta imponga a otros acreedores un sacrificio patrimonial que él no sufrirá" y que "no hay actividad o empresa en marcha que justifique morigerar el temperamento propuesto".

Pues bien, aquélla potestad jurisdiccional supone necesariamente una actividad tutelar preventiva, la cual debe tender a disipar todo ejercicio antifuncional que configure abuso (el cual puede presentarse tanto frente a la licuación de los pasivos concursales como en caso de carencia de adecuada proporción entre la solución preventiva que la ley dispensa al insolvente y el sacrificio patrimonial que éste ofrece e impone a sus acreedores) como la elusión a una norma imperativa del ordenamiento legal (fraude).

Y es que siendo el abuso del derecho mentado por el art. 1071 del Cód. Civil un concepto jurídico indeterminado, los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo (y más precisamente la de la propuesta abusiva referida por el art. 52:4 LCQ) sino casuísticamente, ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas (CSJN, 15/03/2007, "Arcángel Maggio S.A. s/conc. prev. s/incid. de impugnación al acuerdo preventivo", Fallos, 330:834).

Es en esta concepción publicística, donde se articula todo el ordenamiento jurídico y, a la vez, se promueve la defensa de la más amplia gama de intereses comprometidos en la tramitación de un proceso concursal,

b.2) Resolución de la Sala F

Explica liminarmente la Sala F que la regla de la *pars conditio creditorum* constituye un axioma esencial del derecho concursal por cuyo cumplimiento debe velar el magistrado a cargo del proceso; y recuerda que el art. 59 inc. 5º de la Ley 19.551 autorizaba la impugnación del acuerdo con causa en la existencia de acuerdos entre el deudor y acreedor, violatorios del art. 44 inc. 1º (que sentaba que la propuesta debía contener cláusulas igualitarias para los acreedores quirografarios), es decir, por acuerdos subrepticios mediante los que se concedían beneficios o ventajas no reconocidas en beneficio de determinados acreedores, en desmedro de los demás. La Sala F consideró que tal causal impugnatoria, sin perjuicio de haber sido suprimida del texto del art. 50 de la ley 24.522, podía igualmente erigirse como causal de impugnación al amparo de los arts. 16, 43 párr. 2º y 56 párr. 3º de la LCQ.

A renglón seguido la Sala recordó la exigencia legal tuitiva de rechazar la homologación del concordato cuando se detectase el ejercicio abusivo

que -adelántese- exceden el marco estrecho de la esfera individual del deudor y sus acreedores.

3. Al amparo de tal perspectiva conceptual, debe coincidirse con la apelante en cuanto a que las circunstancias que han rodeado la renuncia del privilegio hipotecario, se muestran indiciarias de un proceder -cuanto menos- disvalioso en términos de una operatoria mercantil para el acreedor renunciante. Recuérdese que éste abonó una suma más que importante en dólares estadounidenses para ser titular de ese crédito, extremo que levanta un margen de suficiente sospecha para invalidar la conformidad prestada en consecuencia.

Y ello así, fundamentalmente, a partir del aditamento que proporciona el hecho de que, por un lado el acreedor lo es como consecuencia de la cesión onerosa instrumentada pocos meses antes del concursamiento de la hoy deudora.

En este punto es de recordar que esta temática generó un espinoso debate doctrinal referente a la posibilidad de estos terceros de concurrir al proceso a conformar la voluntad mayoritaria (véanse diversas ponencias en Tomo I del libro del "VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia" Rosario, 5ta. Fe, Sept. 2006: Moro, Carlos E, "El pago por subrogación no genera *ope legis*

de un derecho o el fraude a la ley (art. 52 inc. 4º LCQ), el que "*puede presentarse tanto frente a la licuación de los pasivos concursales como en caso de carencia de adecuada proporción entre la solución preventiva que la ley dispensa al insolvente y el sacrificio patrimonial que éste ofrece e impone a sus acreedores*".

En base a que el acreedor hipotecario había adquirido el crédito con garantía real pocos meses antes del concursamiento, abonando una importante suma de dólares estadounidenses como precio por tal cesión, la Sala F juzgó que las circunstancias que rodearon la renuncia del privilegio hipotecario resultaban indiciarias de un proceder disvalioso para el acreedor renunciante y levantaban "*un margen de suficiente sospecha para invalidar la conformidad prestada en consecuencia*".

Consideró la Sala que la posibilidad de que los terceros que se incorporen al proceso (por cesión o pago por subrogación) presten su conformidad con la propuesta de acuerdo depende, básicamente, de los elementos probatorios que se adunen a la causa.

el derecho de voto en quien lo efectúa”; Rosolén, Juan P., “La exclusión del cómputo del voto del cesionario. El modelo español. La necesidad de una reforma en la ley 24.522”; Richard, Efraín H., “Propuesta írrita aprobada con voto connivente”; Favier Dubois (h), Eduardo M.-Negri, Carlos M., “La cesión de créditos con derecho a voto en beneficio del deudor. Alternativas concursales y penales”; Lorente, Javier A., “La cesión de créditos concursales (o en su versión política: “la compra de votos”), ¿es contraria a derecho; más aún ¿es inmoral?”; Palmero, Juan C.-Palmero (h), Juan C.-Araya, Tomás M., “El art. 45 de la LCQ (exclusión de voto) y el abuso de derecho”; Lorenzo, Iván. “Pago por subrogación en el concurso preventivo. Apuntes sobre una valoración axiológica”; íd. Vítolo, Daniel R., El pago por subrogación y la cesión de créditos en el concurso preventivo, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2008; Truffat, E. Daniel; “La cesión de créditos en los concursos preventivos” publicado en Jurisconcursal, San Miguel de Tucumán, mayo 2007 y disponible en www.acader.unc.edu.ar; entre otros fallos: SCMendoza, Sala I, 27/07/2005, “Torres Luis Oscar y ots. en Abdala Miguel E. p/conc. prev.”; LA LEY, 2005-E-755; dictamen del Ministerio Público de la Nación en “Cablevisión S.A. s/acuerdo preventivo s/inc. de subrogación”, n° 91.101).

4. Planteado el panorama, no parece necesario ahondar in abstracto sobre tales interesantes aspectos de la

controversia antes referida, por cuanto la ponderación de los elementos de persona, tiempo y lugar que han rodeado la cesión del crédito -y que seguidamente se indicarán-permiten tener por configurada la existencia de vicios invalidantes en el marco del concurso, que lo hacen susceptible de su apartamiento de la base de cómputo previsto por el art. 45 LCQ (arg. art. 1071 Cód. Civil, arts. 16, 43 párr. 2° y 56 párr. 3° LCQ).

Quede ello claro: no se trata de establecer apriorísticamente principios rígidos que conlleven privar de legitimación a los terceros que se incorporan al proceso (sea a través de la cesión o por pago por subrogación), sino todo lo contrario, la posibilidad que estos puedan prestar su aquiescencia con la propuesta formulada dependerá de los elementos probatorios que se adunen a la causa.

En el *sub examine*, la situación evidenciada permite inferir que nos encontramos frente a la emisión de un voto connivente (v fs. 1361 del 13 de mayo de 2013).

Es que aún cuando la ley no exige explicación alguna sobre la motivación de la renuncia -art. 873 Cód. Civil- parece poco plausible que una persona -incluso aquella poco avezada en los negocios financieros, lo cual no es el caso de autos pues se trata de una sociedad comercial, que además tiene por único objeto realizar

En ese escenario, merituando que (i) la renuncia del privilegio hipotecario fue realizada por una sociedad comercial, cuyo único objeto es el de realizar todo tipo de inversiones, que de esa forma puso en riesgo el recupero del importe desembolsado al aceptar la propuesta concursal antes detallada, y (ii) no se exteriorizaron otros intereses particulares que justificasen la renuncia del privilegio, la Sala juzgó que la conformidad prestada por Mandinia S.A. constituyó un voto connivente como consecuencia de una liberalidad, que permitió a la concursada alcanzar las mayorías legales a efectos de resguardar su principal activo, alterando así la *pars conditio creditorum*.

En función de lo expuesto, la Sala hizo lugar al recurso de apelación y revocó la homologación del acuerdo preventivo de Esagra S.A.

3. Nuestra opinión

Para la consideración adecuada del fallo debo acotar que el principal activo de la concursada es una fracción de campo de 720 ha. La hipoteca de Mandinia S.A. se constituyó sobre 520 (tres lotes)

de esas hectáreas. No hay una explotación directa del campo sino que se arrienda a terceros, es decir, no hay claramente un valor de empresa en marcha que deba ser tutelado. Este último ingrediente, a mi criterio, resulta vital para comprender cierta rigidez del fallo comentado que, al final del día, no homologa una propuesta de pago del 85% en cinco cuotas anuales con un año de espera y devengando intereses a la tasa activa del Banco Nación.

3.1. El voto connivente

El art. 45 de la LCQ excluye de la base del cómputo para las mayorías a ciertas personas físicas y/o jurídicas que la ley presume, *iure et de iure*, que favorecerán —casi naturalmente— al deudor. La exclusión del voto para el cómputo de las mayorías estuvo orientada a prevenir o evitar un voto complaciente originado en la connivencia con el deudor, en desmedro de la masa de acreedores.

Si bien tradicionalmente se consideró que la procedencia de la exclusión de un crédito de la base de cómputo de las mayorías debía ser interpretada restrictivamente, en tanto importa la

todo tipo de inversiones -v. fs. 1352 vta.- pueda embarcarse voluntariamente en una operatoria en la que pone en riesgo la posibilidad de recuperar lo desembolsado al sujetarse a una propuesta que reduce el porcentual al 85% del crédito, con una espera de un año y pago en cuotas. Tal conclusión es evidente en un contexto donde las liberalidades no se presumen (art. 1818 Cód. Civil), máxime -reitérase- cuando se trata de una sociedad que por definición tiene un interés económico.

Tampoco aparece plasmada la posibilidad de ocurrencia de otros intereses, que in abstracto pudieran justificar su obrar -v.gr. fortalecimiento de la capacidad negociadora, adquisición de un capital de "bloqueo", condición de proveedor de insumos del concursado interesado en mantener su propio negocio, toma de mayor control en el mercado, etc.- Tales elementos de convicción, permiten vislumbrar con alta probabilidad que a partir de la voluntad coadyuvante de la sociedad cesionaria, la concursada lograba imponer el acuerdo, cuya existencia en los términos de la LCQ: 49 se hizo saber a fs. 1379 con fecha 23 de mayo de 2013 (es decir apenas 10 días después de la renuncia al privilegio por parte del acreedor cuestionado) permitiéndole resguardar de ese modo el significativo activo que tomando como base únicamente el inmueble ronda los 9.000.000 de dólares estadounidenses (y no de \$9.000.000 como fuera valuado primigeniamente por el síndico y luego rectificado -fs. 1407 y proveído de fs. 1448-).

privación de un derecho, como es la facultad de su titular de conformar la voluntad colectiva y decidir si acepta —o no— la propuesta concordataria (2), la jurisprudencia ha ido evolucionando aceptando otras causales distintas, en la medida que guarden directa relación con la finalidad de la prohibición o presenten relevante analogía con algunos de los supuestos previstos en el ordenamiento legal, pues no puede hacerse de las causales de exclusión del voto de ciertos acreedores un *numerus clausus* que impida correlacionar esa regla con otras normas del ordenamiento jurídico, dentro o fuera del propio régimen concursal. (3)

3.2. La renuncia al privilegio

Desde siempre los protagonistas del concurso preventivo fueron los acreedores quirografarios,

(2) CNCom., sala A 23/06/2011, "Castimar S.A. s/ concurso preventivo s/incidente de exclusión de voto del acreedor Jorge Hugo Marceca", LA LEY, 2011-F, 472.

(3) CNCom., Sala B, "Redes Excon SA s/ concurso preventivo s/ incidente —de exclusión del cómputo de las mayorías—", 30/06/2008.

Conlleva la situación descripta que ese acreedor que no se encontraba incluido dentro de aquellos categorizados como quirografarios, como consecuencia de una liberalidad, en tanto no se ha explicado ni acreditado una actitud contraria, permite que la concursada obtenga las mayorías suficientes, que obviamente no lograba hasta ese momento, próximo al vencimiento del prorrogado período de exclusividad. Tal comportamiento revela a criterio de esta Sala que se ha alterado la *pars conditio creditorum*.

La conclusión anterior no avanza sobre la eventual configuración de la figura tipificada por el art. 180 Cód. Penal. Tan sólo pretende privar de eficacia a un acto que, a partir de los indicios graves, concordantes y precisos antes reseñados, se reputa vulneratorio del sistema concursal y del ordenamiento jurídico considerado de modo integral.

7. Consecuentemente con lo expuesto y normas legales citadas, oída la Sra. Fiscal General, se resuelve: Estimar la apelación y revocar la homologación del acuerdo de Esagra SA, encomendándole a la Sra. Juez *a quo* que arbitre las medidas necesarias para efectivizar lo dispuesto por el art. 51 LCQ.

En atención a como ha quedado resuelta la cuestión, deviene inoficioso el tratamiento de los recursos contra los honorarios regulados. — Rafael F. Barreiro. — Alejandra N. Tevez. — Juan M. Ojea Quintana.

acreedores comunes carentes de toda preferencia. Los acreedores privilegiados se encuentran naturalmente ubicados fuera del proceso concursal, no obstante, se les otorga la posibilidad de renunciar al privilegio y votar o conformar la propuesta del deudor.

La ley 11.719 (B.O. 30.09.33) contemplaba en su art. 33 la posibilidad de que los acreedores privilegiados voten el concordato, renunciando por ese solo hecho a su privilegio. (4) La ley 19.551

(4) El art. 33 de la ley 11.719 establecía que: "Sólo podrán votar el concordato los acreedores quirografarios. Los acreedores privilegiados que asistan a la junta y voten el concordato, renuncian por ese solo hecho a su privilegio y no lo recuperarán aunque el concordato sea rechazado. Podrán sin embargo, renunciar al privilegio sobre una parte de los créditos no menor del 25% y votar por esa parte como acreedores quirografarios. La renuncia debe ser expresa y con poderes especiales. Cuando la hipoteca o garantía haya sido dada por un tercero, el acreedor podrá concurrir a la junta y votar por la totalidad de su crédito. Si el tercero garante tiene derecho a repetir contra el concurso el pago que hiciera, podrá concurrir a la junta y votar en ausencia y representación del acreedor principal. No es renuncia-

(B.O. 08.05.72) también aceptaba (art. 50) que los acreedores privilegiados renuncien expresamente a su privilegio antes o al tiempo de votar. La renuncia no podía ser inferior al 25% del crédito y el privilegio de naturaleza laboral era irrenunciable. (5) Por último, la actual ley 24.522 (B.O. 09.08.95), en la misma tesitura, acepta que los acreedores privilegiados renuncien expresamente a su privilegio. La renuncia no puede ser inferior al treinta por ciento (30%) del crédito y el privilegio de naturaleza laboral ahora es renunciante (con un mínimo del 20% del crédito).

El fundamento tradicional que justificó la renuncia al privilegio fue el interés que podrían tener los acreedores privilegiados en la continuidad de la empresa concursada, pues tal situación es susceptible de beneficiar, aunque indirectamente, a los acreedores privilegiados. (6) Es que la condición de los acreedores que aprueben el acuerdo debe ser idéntica entre sí a fin de evitar desviaciones inadecuadas a la hora de votar (7) pues integrar el acuerdo para quirografarios y mantener la garantía son conceptos antitéticos ya que si el acreedor privilegiado pudiese participar de la votación del acuerdo manteniendo el privilegio estaría facultado para obstaculizar sin riesgo alguno ese acuerdo que podría ser provechoso

ble el privilegio de los factores, empleados u obreros del peticionante".

(5) El art. 50 de la ley 19.551 expresaba que: "Sólo pueden votar el acuerdo los acreedores quirografarios que hayan sido verificados o declarados admisibles. El acreedor admitido como quirografario por habersele rechazado el privilegio que pretendía, puede votar el acuerdo o abstenerse de hacerlo. En el primer caso se entiende que renuncia al privilegio pretendido; en el segundo no se lo computa para el cálculo de las mayorías. Los acreedores privilegiados pueden votar haciendo renuncia expresa a su privilegio, manifestada antes o al tiempo de votar. Los mandatarios necesitan facultades especiales para renunciar a sus privilegios. La renuncia no puede ser inferior a la preferencia sobre un veinticinco por ciento del crédito de que se trate, otorgando derecho de voto por la parte renunciada. No es renunciante el privilegio que proviene de relación laboral. Si el tercero garante tiene derecho a repetir contra el concurso el pago que hiciera, podrá concurrir a la junta y votar en ausencia y representación del acreedor principal."

(6) ZAVALA RODRÍGUEZ, "Código de Comercio comentado", pág. 500, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

(7) ARGERIS, "La quiebra y demás procesos concursales", Platense, La Plata, 1972, t. I, p. 326.

para los acreedores quirografarios o imponerlo a ellos contra su conveniencia. (8)

La renuncia gratuita de los derechos del acreedor (art. 868 del Cód. Civil) requiere únicamente la capacidad de dar o recibir a título gratuito. El acreedor renunciante pasará a integrar la categoría de acreedores quirografarios que corresponda conforme a la naturaleza de su crédito y las categorías propuestas por el deudor concursado.

3.3. *Justificación de la renuncia*

El privilegio del que goza un acreedor es un derecho renunciante pues constituye un derecho subjetivo patrimonial en miras al interés particular (conf. art. 872 del Cód. Civil). La motivación del acreedor para renunciar a su derecho es de índole privada y ninguna justificación debería ser exteriorizada. (9) Ahora bien, tal premisa no reviste carácter definitivo desde que ningún derecho es de carácter absoluto ni puede ser ejercido abusivamente.

El proceso concursal se encuentra impregnado de principios publicísticos, de carácter tuitivo, que resguardan los diversos intereses que confluyen en el proceso universal, y que deben ser tutelados por el Magistrado a cargo del proceso. La preservación de la empresa, las fuentes de trabajo, la tutela del crédito, y, especialmente, la protección de la *pars conditio creditorum*, constituyen principios basilares sobre los que se asienta el Derecho Concursal. Dichos principios deben correlacionarse con otras normas del ordenamiento jurídico que imponen el resguardo del orden público, la moral, la buena fe y las buenas costumbres, y que los Jueces deben tutelar (arts. 21, 502, 530, 872, 953, 1047, 1071 y concls. del Cód. Civil).

Si bien coincido en lo sustancial con la doctrina que emerge del fallo, considero que la motivación de la renuncia debe exigirse únicamente cuando el Juez a cargo del concurso y director del proceso (LCQ:274) considere que existe suficiente margen de duda sobre la potencial comisión de una

(8) Ver HEREDIA, "Tratado exegético de Derecho Concursal", Tº 2, Ed. Ábaco, 2000, pág. 81.

(9) Decía QUINTANA FERREYRA que "las motivaciones determinantes de la renuncia —sea total o parcial—, son de índole subjetiva del interesado", "Concursos...", Tº 1, pág. 572, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985.

maniobra abusiva o en fraude a la ley. En buen romance: cuando no hay humo de buen derecho.

La existencia de una liberalidad parecería ser un rasgo distintivo de estas maniobras desde que difícilmente una persona física o jurídica (máxime, una sociedad comercial) ponga en juego el recuero del dinero invertido en la adquisición de un crédito por altruismo puro. Así, esa suerte de presunción *iuris tantum* instalada cuando un tercero (cesionario o subrogante) “aparece” mágicamente en el proceso concursal debe ser descartada con pruebas objetivas que desvirtúen la existencia de un abuso o fraude a la ley.

Se trata, en definitiva, de presentar las pruebas pertinentes que conduzcan a formar la convicción de que la operación ha sido realizada en términos de mercado y de forma transparente, exteriorizando, en definitiva, el interés que motiva la sustitución del primigenio o anterior acreedor.

En el fallo “Esagra”, esa eventual presunción recorre una delgada línea ya que el cesionario adquirió su crédito antes del concursamiento y su crédito fue verificado en tiempo y forma, pero la maniobra que se reputaba como disvaliosa no pudo ser desvirtuada a través de elementos de convicción objetivos.

Recientemente, la Sala C de la Excma. Cámara Comercial (10) resolvió negar la legitimación para “votar” a un tercero que se incorporó al proceso concursal a través de un pago por subrogación, en aras de aventar el mínimo riesgo de un “tráfico de votos”, a la luz de la incertidumbre que rodeaba el origen de los fondos del subrogante.

Es cierto que la presencia de cesiones de crédito o pagos por subrogación genera ciertas suspicacias, sin embargo, las situaciones abusivas o poco transparentes detectadas en casos anteriores tampoco deben generar un manto de duda sobre institutos de frecuente utilización y gran valor en el comercio. El análisis se deberá realizar en cada caso concreto a fin de detectar si corresponde el apartamiento del crédito de la base del cómputo de mayorías, no por el hecho de la cesión, sino por existir indicios serios de tratarse o bien del repudiado tráfico de voto o por vehiculizar un obrar

(10) En autos “Mandalunis, Tomas Eduardo s/ Concurso Preventivo”, del 25/02/2014.

abusivo que afectar el derecho de decisión de los demás partícipes de la decisión mayoritaria. (11)

Por último, estimo que el acreedor renunciante debería tener oportunidad para ejercer su derecho de defensa en juicio con lo cual se le debería correr traslado del pedido de explicaciones que pudiera requerir el Juez y tener la posibilidad de presentar la evidencia que considere pertinente.

3.4. Conclusiones

En los últimos tiempos ha habido un intenso debate sobre la legitimación de terceros que se integren al proceso concursal para conformar el acuerdo preventivo. (12) No pretendo reeditarlos en este acotado comentario pero sí es pertinente

(11) TRUFFAT E. Daniel, Un apabullante obiter dictum, Lexis N° 003/70045296-1.

(12) Ver a tal efecto: RICHARD Efraín H., “Legitimación para votar el acuerdo concursal; ¿negocio colegial colectivo?”, LL 2006-B, 894; JUNYENT BAS, Francisco, “El perfil negocial del concordato. Los acreedores “no votan”: prestan su conformidad individual”, LL 2007-C, 1195; VÍTOLO, Daniel R., Transferencia de créditos en el concurso y sustitución concursal, LL 2006-F, 1375; ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Rosario, 2006; LORENTE, Javier A., “La cesión de créditos concursales (o su versión política: la ‘compra de votos’) ¿es contraria a derecho?; más aún ¿es moral?;”, MORO, Carlos E., “El pago por subrogación no genera ope legis el derecho de voto en quien lo efectúa”; ROSOLÉN, Juan P., “La exclusión del cómputo del voto del cesionario. El modelo español. La necesidad de una reforma en la ley 24.522”; RICHARD, Efraín H., “Propuesta írrita aprobada con voto connivente”; FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. - NEGRI, Carlos M., “La cesión de créditos con derecho a voto en beneficio del deudor. Alternativas concursales y penales”; PALMERO, Juan C. - PALMERO (h), Juan C. - ARAYA, Tomás M., “El art. 45 de la LCQ (exclusión de voto) y el abuso de derecho”; LORENZO, Iván. “Pago por subrogación en el concurso preventivo. Apuntes sobre una valoración axiológica”; VÍTOLO, Daniel R., El pago por subrogación y la cesión de créditos en el concurso preventivo, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2008; RICHARD, Efraín Hugo, ¿Santifiquemos la cesión de créditos en los concursos preventivos?, Sobre la cesión de créditos en los concursos preventivos y el voto de los cesionarios para lograr la mayoría (Una nueva polémica propuesta por Daniel Truffat y la contestación de Efraín Hugo Richard (publicados en Jurisconcursal, San Miguel de Tucumán mayo de 2007), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artantifiquemos>); entre otros fallos: Suprema Corte Mendoza, Sala I, 27/07/2005, “Torres Luis Oscar y ots. en: Abdala Miguel E. p/conc. prev.”, LL, 2005-E-755.

destacar que la moralización de los procesos concursales ha llegado para quedarse.

La calificación de un voto como connivente que conduzca a la exclusión de un acreedor de la base del cómputo para las mayorías, debe ser lo suficientemente elástico como para aprehender la totalidad de supuestos que pudieran presentarse y ser subsumibles en la categoría del abuso o fraude.

El trato igualitario de los acreedores, sostenido por el axioma de la *pars conditio creditorum*, debe garantizarse exigiendo las pertinentes pruebas que formen suficiente convicción para desterrar situaciones abusivas o en fraude a la ley.

Esas situaciones abusivas o fraudulentas pueden tomar forma incluso a través de la renuncia de los privilegios. La dificultad que enfrentaremos es definir precisamente cuando deberá el acreedor renunciante presentar la justificación, pues no es posible a raíz del fallo “Esagra” comenzar a exigir a cualquier acreedor renunciante la justificación de un acto de índole privado. Creo que ha sido un importante factor en el caso comentado, la ausencia de un valor de empresa en marcha o la inexistencia de un número de puestos de trabajo significativos, que pudieran haber morigerado el temperamento de la tajante decisión adoptada por la Sala F de la Cámara Comercial. ♦

.....