

**65° Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de
Colegios de Abogados de la Prov. Buenos Aires**

PISANI, Osvaldo E. y MARTINELLI PHILIPP, María Victoria.-
Colegio de Abogados de San Isidro.-

SAN ISIDRO, 11 y 12 DE MAYO DE 2017.-

TEMA: Derecho concursal.-

TITULO: Acreedor “*controlante o dominante*”: Exclusión del cómputo por hostil.-

POSTULADO: Entendemos que, ante una real actividad empresarial, la existencia de un acreedor cuyo crédito represente más de un tercio del total del pasivo verificado y/o admisible y que lo transforma en “controlante o dominante” del acuerdo, puede ser incluido dentro del concepto de “acreedor hostil” y por tal motivo, excluido del cómputo, en ciertos casos y según las circunstancias.-

ANTECEDENTES: Acreedor “Hostil”.-

La Ley 24.522 (en adelante LCQ) en su artículo 45, al establecer las mayorías necesarias para la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo, indica quienes se encuentran excluidos a los fines de dicho cómputo.- De este modo, establece 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 finalidad buscada por la ley al excluir del cómputo a ciertas personas (humanas o jurídicas) es que la voluntad al otorgar su consentimiento o no con la propuesta concursal, no se encuentre viciada y sea totalmente libre para decidir aprobar o rechazar el acuerdo.- (conf. Rivera, Roitman, Vitolo: *Ley de concursos y quiebras*, tomo I, Pág. 314).-

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, teniendo en cuenta la finalidad seguida por la norma, reiteradamente señalaron que la enumeración del Art. 45 LCQ es enunciativa y no taxativa, admitiendo de este modo, casos de

exclusión de acreedores aún cuando no se hallen específicamente contemplados.-

En este sentido, se ha resuelto que *"La inteligencia estricta que suele predicarse en punto a las causales del art 45 de la LC no puede conducir a hacer de ellas un numerus clausus que impida relacionar esa regla con otras normas del ordenamiento jurídico, en especial, si se trata de normas que reflejan principios vinculados al orden público, la moral, la buena fe y las buenas costumbres, de modo que si en la emisión del voto se percibe una infracción a tales normas y principios, la consecuencia no puede ser otra que la ineficacia de dicho acto, con la consiguiente exclusión de ese voto, que es precisamente su efecto propio"* (CNCom. Sala C, setiembre 10-04, del voto de José Monti, in re: "OSMATA s/ Concurso preventivo s/ Incidente de Sancayet S.A").-

Siguiendo esa línea argumental, se admitió en la doctrina y jurisprudencia la posibilidad de excluir al acreedor denominado *"hostil"*, es decir, a aquél que se sabe de antemano que votará negativamente la propuesta con el objeto de perjudicar al sujeto concursado, imposibilitando de este modo la continuidad de la empresa, con todos los perjuicios que esto acarrea.-

Como adelantamos, el concepto de "acreedor hostil", construcción pretoriana, se refiere a aquel cuyo interés personal claramente es contrario a la continuidad de la empresa y por tal motivo, se puede advertir que sea cual sea la propuesta de pago que la concursada efectúe, este acreedor no prestará conformidad con la misma.- Así lo ha sostenido la Sala F de la Cámara Nacional Comercial *"...cierta línea jurisprudencial acoge la decisión de excluir del cómputo de las mayorías previstas por la ley 24.522:45 cuando se verifican ciertas manifestaciones de voluntad que resultan encuadrables en dicha categoría pretoriana..."* *"...no cabe hacer de las causales de exclusión del voto de ciertos acreedores en el concurso un numerus clausus que impida correlacionar esa regla con otras normas del ordenamiento jurídico, dentro o fuera del propio regimen concursal.- Máxime si se trata de normas cuya incidencia no podría postergarse en tanto reflejen principios indisponibles, imperativos y vinculantes para los jueces por ser inescindibles del orden público, la moral, la buena fe y las buenas costumbres que ellos deben resguardar"* ("Iglesias Silvia E. s/Concurso Preventivo" Sala F CNCO, 27/12/2011).-

Asimismo, el voto del Dr. Monti en "Equipos y Controles SA s/concurso preventivo s/incidente de apelación" - Cámara Nacional Comercial - SALA C - 27/12/2002 sostuvo que *"En cuanto a la intangibilidad del derecho de voto que se acuerda a los acreedores, es muy claro que no puede convertirse en un derecho absoluto vale decir, inmune a toda limitación impuesta por el orden jurídico con miras a preservar la buena fe, la moral*

o el orden público. En el sub lite, por lo demás, no está en juego solamente el interés del concursado en obtener la conformidad con el acuerdo que propuso, sino el de los restantes acreedores que en abrumadora mayoría votaron favorablemente esa vía para encauzar mediante dicha solución preventiva el cobro de sus acreencias, y más aún, el innegable interés general en preservar la continuidad de una empresa instalada aquí, como factor productivo y generador de empleo, en un contexto de circunstancias en el que tales aspectos cobran especial relevancia”.-

ACREEDOR “CONTROLANTE O DOMINANTE”.-

El Art. 45 de la LCQ impone que “... Para obtener la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo, el deudor deberá acompañar al juzgado... el texto de la propuesta con la conformidad...de la mayoría absoluta de los acreedores dentro de todas y cada una de las categorías, que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de cada categoría...” exigiendo de este modo una doble mayoría, la mitad más uno de los acreedores que represente las dos terceras partes del capital declarado verificado o admisible.-

Como señalamos en los antecedentes, surgió en forma pretoriana el concepto de acreedor “hostil” y es dentro de este concepto que deseamos incorporar un tipo de acreedor que coincidimos en denominar acreedor “controlante o dominante”.-

El acreedor “controlante o dominante” en un concurso preventivo, sería aquella persona, humana o jurídica, cuyo crédito representa más de un tercio del total del pasivo verificado o declarado admisible, ya que su conformidad es indispensable para reunir las mayorías necesarias y homologar un acuerdo preventivo.-

Como podemos observar, tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen el carácter meramente enunciativo de las exclusiones del Art.45LCQ, lo que permite que frente a casos concretos y cuando la finalidad del procedimiento concursal se encuentre en peligro, se podría recurrir a la exclusión de un acreedor (no contemplado expresamente) a los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para el acuerdo.-

Este sería el caso del acreedor “controlante o dominante” que abusa de dicha situación.- Conceptos que desarrollamos a continuación.-

EL ABUSO DEL ACREEDOR “CONTROLANTE o DOMINANTE”.-

Como adelantamos, el abuso es un requisito esencial para que proceda la exclusión, y tendría lugar cuando el acreedor que tiene más de un tercio del total del pasivo concursal se aproveche de dicha circunstancia imponiendo su voluntad a cambio de prestar su conformidad con la propuesta concursal.-

Esto es contrario a la finalidad perseguida por la ley, toda vez que:

1. La igualdad entre los acreedores se ve afectada.- Ya que con el objeto de obtener una conformidad, el concursado se ve obligado a adecuar su propuesta a la voluntad de un solo acreedor.-
2. La continuidad de la empresa está en manos de un acreedor.- Como todos sabemos, si no se obtienen las mayorías necesarias dentro del periodo de exclusividad, el concursado quiebra y en consecuencia, la empresa deja de funcionar como tal, con todos los perjuicios que esto acarrea, no solo para el titular de dicha actividad sino también en virtud de los puestos de trabajo que se pierden.-

Esto lamentablemente ocurre muy a menudo en la práctica concursal, ya que frente a una posible quiebra, el concursado se encuentra sujeto a la voluntad del acreedor “*controlante o dominante*”, quien en los hechos y dado su calidad, tiene el total poder de negociación en desmedro de la continuidad empresarial, en perjuicio de otros acreedores, situación por demás alejada de la finalidad perseguida por la norma al legislar el proceso concursal.-

SÍNTESIS

Dentro del concepto de acreedor “hostil” y su posible exclusión a los efectos del cómputo para las mayorías necesarias para el acuerdo, debe incluirse al acreedor “*controlante o dominante*” (titular de más de un tercio del total del pasivo) que aprovechando dicha circunstancia pretende obtener resultados exorbitantes a cambio de su conformidad.-

Dr. Osvaldo E. PISANI.-

Dra. María Victoria MARTINELLI PHILIPP.-