

Concursos Y Quiebras Propuesta Mayoria Exclusion De Acreedores Caracter Taxativo Acreedor Hostil Rechazo

JURISPRUDENCIA

Concursos y quiebras. Propuesta. Mayoría. Exclusión de acreedores.

Carácter taxativo. Acreedor hostil. Rechazo Se rechaza el pedido de exclusión de voto de uno de los acreedores, sustentado en su presunta hostilidad al deudor concursado. Para así decidir, el tribunal explicó que el artículo 45 de la ley 24522 propone un elenco taxativo de supuestos de acreedores cuyo voto no es permitido, y que, además, dicha enumeración es de interpretación restrictiva y no susceptible de aplicación analógica. Por lo que la figura del "acreedor hostil" configuraba una construcción doctrinaria y jurisprudencial que no tenía asidero legal. Buenos Aires, 23 de mayo de 2019. 1. La concursada apeló en fs. 596 la resolución de fs. 592/594 que rechazó el pedido de exclusión de voto del Banco Santander Río S.A., sustentado en la presunta hostilidad de ese acreedor, y su solicitud de suspensión del trámite del concurso. Su memorial de fs. 602/604 fue respondido en fs. 609/612. La Fiscal General ante la Cámara dictaminó en fs. 618/622. 2. Debe comenzar por recordarse que esta Sala ha sostenido reiteradamente (conf. CNCom. Sala D, 14/11/2007, "Farjat, Carlos s/ concurso preventivo"; 31/3/2008, "Cablevisión S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial"; 30/3/2017, "Sucesión de Eduardo Mayer s/ concurso preventivo"; 10/7/2018, "Go Muebles S.A. s/ concurso preventivo"; entre otros), que el art. 45 de la ley 24.522 propone un elenco taxativo de supuestos de acreedores cuyo voto no es permitido, y que es de interpretación restrictiva. En este sentido, ha juzgado que no es viable sostener el carácter no taxativo de la enumeración prevista en esa norma ni efectuar aplicaciones analógicas, ya que por esa vía se establecerían nuevas prohibiciones no previstas por el legislador, lo que es inadmisibles desde la perspectiva de una correcta hermenéutica (conf. Fornieles, S., La interpretación de las excepciones, en "Cuestiones de Derecho Civil", Buenos Aires, 1944, p. 33); al par que se llegaría a un resultado axiológicamente falto de valor pues se privaría a acreedores cuyo voto no aparece prohibido expresamente, del derecho de emitirlo para concurrir o no a la formación de la voluntad colectiva, lo cual implicaría la abrogación de un derecho fundado en ley sin norma positiva que establezca ese resultado (conf. CNCom. Sala A, 18/3/02, "Supercanal Holding S.A. s/ conc. prev."; íd. Sala A, 27/6/05, "Instituto Médico Modelo S.A. s/ concurso preventivo"; íd. Sala C, 7/3/83, "Zunino, Marcelo A.", LL t. 1983-C, p. 397 y ED, t. 105, p. 163; íd. Sala D, 18/9/92, "Kenny, María", LL 1994-B, p. 21. Con parecidos fundamentos, véase: García Martínez, R. y Fernández Madrid, J., Concursos y quiebras, Buenos Aires, 1976, t. 1, p. 527; Zavala Rodríguez, C., Código de Comercio comentado y anotado, Buenos Aires, 1981, p. 527, n° 469; Fassi, S. y Gebhardt, M., Concursos y quiebras, Buenos Aires, 1997, p. 151, n° 4; Quintana Ferreyra, F., Concursos, Buenos Aires, 1985, t. I, p. 576; Mármol, P., La exclusión de voto y el supuesto de control societario, ED, t. 218, p. 1; Roggero, F., Exclusión de voto, Buenos Aires, 2010, p. 34). Lo más que, como principio, puede ser admitido respecto del elenco taxativo de acreedores cuyo voto es prohibido, es la admisión dentro de tal enumeración de ciertos supuestos que deben ser considerados comprendidos in genere en ella por su identidad conceptual con la hipótesis de exclusión establecida por el legislador. No se trataría, entonces, de una interpretación analógica o extensiva, sino de una interpretación fundada en la investigación lógica de la norma que intenta reconstruir, con criterio actual, la voluntad y el pensamiento del legislador mediante la indagación de los motivos que la determinaron o sea los fines a que tiende, con lo cual se alcanza el espíritu de la norma que se interpreta (conf. Llambías, J., Código Civil Anotado, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 40, n° 4). A partir de este último entendimiento conceptual, esta Sala resolvió en el citado caso "Farjat" que, por ejemplo, puede ser considerada comprendida in genere en la prohibición de voto del cónyuge, la prohibición de voto del concubino o concubina. 3. Ahora bien, tal como ha sido expuesto recientemente (CNCom, Sala D, 14/5/19, "Vázquez, Víctor Humberto s/concurso preventivo"), el Tribunal no ignora que existe una corriente de pensamiento proclive a presentar el elenco del citado art. 45 como abierto a otras exclusiones, vgr. Acreedor competidor; directivos de la sociedad acreedora competidora; acreedor hostil; acreedor con interés contrario; controlante de hecho o por especiales vínculos; controlante participacional indirecto; organismos de recaudación tributaria; etc. Sin embargo, como lo ha advertido en anterior ocasión uno de los firmantes de la presente decisión (prólogo de Pablo D. Heredia a la obra de Frick, P., Exclusión de voto en el concurso preventivo, Buenos Aires, 2014, p. IX y ss.), se trata de un desborde "doctrinario" erróneamente inclinado a presentar como si fueran de lege lata (es decir, según la ley existente), interpretaciones sobre el apuntado régimen que no son más que opiniones de lege ferenda (es decir, bajo la idea de cómo debería ser la ley), y que también se ha caracterizado por pretender fijar reglas generales de actuación a partir de situaciones marcadamente atípicas, muy particulares y acaso virtualmente irrepetibles. Llamativamente, este desborde "doctrinario" ha prohibido generalmente la ampliación y no la disminución de los supuestos de exclusión de voto previstos por el art. 45 de la ley concursal vigente n° 24.522, lo cual no puede entenderse pensado a favor de quienes concurren al juicio colectivo para reclamar por el pago de

sus créditos, sino para el beneficio exclusivo del deudor concursado quien, teniendo más herramientas para sacar del camino a los acreedores objeto de exclusión, podrá arribar más fácilmente o con menos escollos a la solución conservatoria de su actividad o empresa. Y, llamativamente también, cuando excepcionalmente ciertos autores han sugerido la erradicación de alguno de los supuestos de exclusión ya previstos en la ley, lo han hecho limitadamente a aquellos casos en que la presunción de complacencia del voto es más fuerte y menos discutible, como es el caso del voto del cónyuge o de los parientes del deudor, lo que lógicamente también implica, a la postre, una solución pensada en beneficio del deudor concursado. Todo ello muestra, obviamente, un visible desbalance, donde parece que la salvación del deudor es lo único que cuenta, mientras que los acreedores no solo son expuestos a quitas, esperas u otros sacrificios, sino también a ver cercenado su derecho a decidir libremente sobre la admisión o el rechazo de tales arreglos. Al desborde anterior se suma, desgraciadamente, el desborde judicial a través de fallos que aprueban exclusiones de voto no previstas en la ley y que se fundan en alambicados razonamientos jurídicos, en la cita de autoridad de la doctrina de lege ferenda antes referida o en otros precedentes jurisprudenciales redactados a la luz de las mismas inapropiadas bases. Son fallos de jueces que adoptando un activismo por ellos mismos catalogado expresa o tácitamente como imprescindible, terminan generando, allí donde el legislador no las estableció, nuevas prohibiciones de voto, olvidando el principio constitucional de la reserva legal (art. 19 de la Constitución Nacional), y que su función como magistrados está regida por el self restraint del que ha hablado nuestra Corte Suprema de Justicia cuando, citando al justice Félix Frankfurter, recordó que: "...el único control que existe sobre nuestro ejercicio de poder es nuestro propio sentido de la autorrestricción...(pues)...Es esencial que sean ejercidas con la reserva más rigurosa las facultades correspondientes al órgano menos representativo del gobierno...? que es el Poder Judicial (Fallos 330:3160, considerando 19º, voto juez Maqueda). Casi es innecesario agregar a lo anterior que cualquier desvío jurisdiccional como el referido, olvida que los jueces no deben sustituir al legislador, sino aplicar las normas tal como este las concibió, puesto que les está vedado juzgar sobre el acierto o la conveniencia de disposiciones dictadas por los otros poderes del Estado (CSJN, Fallos 300:700; 324:1714 y 329:4688); y que no es admisible hacerle decir a la ley lo que la ley no dice o dejar de cumplir lo que inequívocamente ordena (dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, 177-117, citado por López Olacirregui, M., Aplicación e interpretación de normas jurídicas claras, ED, ejemplar del 4/4/2016, t. 266). El mal entendido activismo que se denuncia ha contribuido, ciertamente, al relativismo jurídico. Un acreedor, en efecto, aun siéndolo, no sabe si su voto negativo va a ser tildado ex post, por ejemplo, como abusivo u hostil excluyéndoselo del sufragio concordatario, o si se le impedirá directamente votar bajo el calificativo de ser un competidor del deudor concursado, entre otros supuestos posibles. Y para fundar una y otra cosa, ciertamente, no faltará la cita de autores y de fallos. El reprochable efecto es evidente: la desaparición de reglas claras y previsibles en detrimento de lo que debe ser un buen sistema concursal en cuanto al tratamiento de los créditos concurrentes. Y ello no es neutro. En efecto, como se destaca en los Principios del Banco Mundial sobre la Insolvencia de 2005, resulta claro que "...la inversión en los mercados emergentes es desalentada por la falta de reglas claras de asignación de riesgo predecibles y bien definidas y por la aplicación incoherente de las leyes...?; por el contrario "...los países se beneficiarían sustancialmente si los sistemas de insolvencia y de derechos de los acreedores se clarifican y se aplican en forma coherente y totalmente transparente...?".

4. De otro lado, los desbordes mencionados se muestran como completamente contrarios a las últimas expresiones del derecho comparado, que se orientan más a un mantenimiento de las exclusiones de voto clásicas o, a todo evento, a una disminución de ellas, pero no a una ampliación en desmedro del derecho de los acreedores a votar. (a) Por ejemplo, en Italia la legge fallimentare de 1942 sigue manteniendo aún hoy, incluso tras la reforma de la ley n° 35/2005 (que eliminó la necesidad de contar con votos que representen las dos terceras partes de los créditos admitidos, bastando al deudor contar con el voto favorable de acreedores que representen la mayoría de los créditos admitidos al pasivo, incluso si se los hubiera dividido en clases) o las instrumentadas por la ley n° 83/2012, la exclusión del voto del acreedor privilegiado en el concordato para acreedores quirografarios y, al margen de ello, limitadamente -al igual que el texto argentino- la del "...coniuge del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, la società che controlla la società debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo, nonché i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato...? (art. 177, texto según art. 3, párrafo 5, ap. b), del Decreto Legislativo del 27/6/2015, n° 83, con la modificación de la ley del 6/8/2015, n° 132). A nadie se le ha ocurrido en Italia ampliar el elenco de los acreedores cuyo voto es excluido y, por el contrario, doctrina y jurisprudencia destacan el carácter excepcional de la norma pertinente habida cuenta establecer una prohibición de imprescindible interpretación restrictiva (conf. Maffei Alberti, Alberto, Commentario breve alla legge fallimentare, CEDAM, Padova, 2000, p. 710, n° IV-4 y sus citas; Lo Cascio, Giovanni, Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi, Giuffrè Editore, Milano, 2017, ps. 611/612), observándose, además, que los indicados casos de exclusión solamente se complementan con los acreedores que al tiempo de la votación no han obtenido una definitiva incorporación al pasivo (conf. Villanacci, Gerardo, Il concordato preventivo, CEDAM, Padova, 2010, ps. 194/195, texto y nota n° 166). Excepcionalmente, ha considerado la doctrina y jurisprudencia italiana si debe admitirse o no el voto del

acreedor que, en defecto del deudor, resulta ser el autor de la propuesta de acuerdo concordataria, así como el del acreedor que pretende votar pese a que después de abierto el proceso de insolvencia recibió el pago de su deuda de un tercero. Empero, las respuestas dadas a tales casos en ninguna hipótesis han conducido a exclusiones de voto. En efecto, para la primera hipótesis (que es extraña a nuestro derecho en el llamado "periodo de exclusividad", ya que en tal etapa sólo el deudor puede formular la propuesta de acuerdo; pero que eventualmente no lo es en el "periodo de concurrencia" del art. 48, LCQ, donde los acreedores inscriptos están habilitados para ofrecer concordato), se ha dado una respuesta negativa, afirmándose que el acreedor proponente puede votar pues ningún conflicto puede ser entendido entre el acreedor "uti singuli" y la masa de acreedores, entendida como asamblea de los votantes ya que ella no puede entenderse como un centro de imputación de intereses o sujeto jurídico autónomo (conf. Azzaro, Andrea M., *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, G. Giappichelli Editore, Torino, p. 236 y ss., n° 5, espec. p. 239, texto y nota n° 47).

Y, por lo que toca a la segunda hipótesis, el caso del acreedor que recibió el pago de su crédito después de abierto el procedimiento de insolvencia, concierne más a una hipótesis de falta de legitimación para votar por ausencia de interés para hacerlo, que de exclusión por presencia de un interés carente de tutela jurídica, sea favorable o contrario (conf. Trib. Roma, 9/10/2008, en Fall., 2009, p. 591, citado por Azzaro, A., ob. cit., p. 240, texto y nota n° 52). En suma, como lo ha declarado la Casación Italiana la participación al voto es la regla, mientras que la exclusión de él debe estar expresamente prevista (conf. Cass., 10/2/2011, fallo n° 3274, "Italgest s.p.a.?).

(b) Otro tanto ocurre en España, donde el art. 122 de la Ley Concursal n° 22/2003 excluye del voto solamente dos categorías de acreedores: los titulares de créditos subordinados y a los de créditos adquiridos por actos entre vivos después de la declaración de concurso (conf. Gutiérrez Gilsanz, Andrés en la obra dirigida por Pulgar, J., *Manual de Derecho Concursal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 334). Y si bien la categoría de créditos subordinados aprehende un elenco de seis casos, heterogéneos entre sí, las exclusiones en esta hipótesis derivan de situaciones objetivas, claras y específicas, tales como el carácter tardío del reconocimiento del crédito, la existencia de un pacto contractual de subordinación que lo afecte, su carácter accesorio (intereses), su naturaleza sancionatoria (multas y demás sanciones pecuniarias), la especial relación que su titular tenga con el deudor, o haber sido declarado judicialmente "parte de mala fe" (art. 92 cit. ley; Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio, *Comentario de la ley concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, t. II, p. 2098, n° 2), esto es, todo lo contrario a exclusiones judiciales no derivadas de prohibiciones legales de voto y solo basadas en criterios de lege ferenda, imprevisibles de suyo para cualquier operador jurídico.

(c) En materia específica de reestructuraciones de sociedades insolventes, el reciente derecho comparado muestra soluciones todavía más acotadas en orden a los casos de inhabilitación del voto, llegándose incluso, en algún caso, a la derogación de toda prohibición. Así por ejemplo, en Portugal el "Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas" aprobado por el Decreto-Lei n° 53/2004, solamente prohíbe el voto de los créditos que no sufren modificación por el plan de insolvencia y el de los créditos subordinados si el plan decreta la pérdida integral de todos los créditos de grado jerárquicamente inferior y no atribuye ningún valor económico al deudor o a sus respectivos socios, asociados o miembros (art. 212, inc. 2°; Teles de Menezes Laitão, Luís Manuel, *Direito da Insolvência*, Edições Almedina S.A., Coimbra, 2012, p. 292). La exclusión de los acreedores cuyos créditos no resulten perjudicados por el plan de reestructuración está también presente, como única admitida, en la Ordenanza Alemana de Insolvencia (art. 237, ap. II, de la Insolvenzordnung de 1994), pudiéndose observar, de otro lado, por ejemplo, que la legislación brasilera no establece más restricción de voto que el de los acreedores que tengan algún título sobre bienes de la empresa cesante como, por ejemplo, adquirente bajo cláusula de reserva de dominio, fiduciario, arrendador con cláusula de irrevocabilidad o irretractabilidad, etc. (arts. 49, inc. 1°, y 49, incs. 3° y 4°, ley n° 11,101 del 9/2/2005; Restiffe, P., "Recuperação de empresas", Editora Manole Ltda., Barueri, SP, 2008, p. 344). En fin, entre otras, la legislación canadiense no prevé exclusiones de voto alguna (art. 66 de la Loi sur les liquidations et les restructurations de 1985), como tampoco la colombiana, la cual solamente determina frente a la presencia de acreedores internos (subordinados) la aplicación de mayorías especiales que funcionan como formas de restricción del alcance o efecto del voto respectivo (art. 32, Ley 1116 del 27/12/2006; Isaza Upegui, Á. y Londoño Restrepo, Á., *Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial*, Legis, Bogotá, 2011, p. 229). La orientación hacia un escenario de menor cercenamiento del derecho de voto de los acreedores concursales se presenta nítida, a su vez, en los ya citados Principios del Banco Mundial sobre la Insolvencia (2005) en cuanto, en punto al voto y aprobación del plan de reestructuración de pasivos empresariales, se limitan a observar, como único aspecto digno de consideración por las legislaciones nacionales, que "...Los créditos y derecho de voto de las personas vinculadas a la sociedad (insiders) deben estar sujetos a un análisis especial y ser manejados de manera de asegurar la equidad...".

5. Así pues, mientras en las orientaciones legislativas más recientes se advierte una definida voluntad de no avanzar en mayores prohibiciones al ejercicio del derecho de voto de los acreedores en procesos de insolvencia o incluso eliminarlas tratándose de insolvencias societarias, ciertos sectores de nuestra doctrina y jurisprudencia, como se dijo, van por un camino opuesto, ampliándolas sin base legal y restando claridad y previsibilidad al sistema, sin advertir siquiera, a partir del examen del derecho comparado, que nuestro art. 45 de la ley 24.522 es ya bastante pródigo en exclusiones de voto.

Desde ya, si por hipótesis se juzgase a este último precepto como inapropiado para los tiempos actuales, lo que se impone es su reforma legislativa para dar la apuntada claridad y previsibilidad, pero de ninguna manera reescribirlo con interpretaciones que no surgen de su prístina letra. Dicho de otro modo, si lo que se quiere instituir es un sistema de extrema flexibilidad o latitud, fértil para interpretaciones de todo tipo tendientes a excluir al acreedor hostil, al abusivo, al competidor, al que vota negativamente sin razón valedera, etc., el camino por adoptar es, en tal caso, el emprendido por la República Oriental del Uruguay cuya ley concursal aprobó la exclusión de los acreedores en situación de conflicto de intereses? (art.126, inc. 4º, de la ley 18.387 de 23/10/2008), fórmula amplia que, no obstante, ha generado resistencia en su aplicación (conf. Martínez Blanco, C., ¿Manual de Derecho Concursal?, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, ps. 220/221, nº 4). Pero en tanto ello no ocurra, es obligación de los jueces hacer cumplir el claro texto legal del art. 45 de la ley 24.522 pues, bien es sabido, no corresponder a ellos juzgar ¿de? las leyes, sino ¿según? las leyes (CSJN, Fallos 201:249, voto del juez Tomás D. Casares).

6. Aunque sería ya suficiente lo dicho para fundamentar adecuadamente la presente decisión, no parece ocioso considerar con especial relación al caso de la pretendida viabilidad de la exclusión del acreedor hostil, los principales argumentos que doctrinaria y jurisprudencialmente han invocado (evitaremos cita de autores y fallos que apoyan esta postura), y proceder a la refutación de cada uno. Veamos. (a) Desde un punto de vista muy amplio, se ha identificado el caso del acreedor hostil con el del acreedor que actúa de modo abusivo. De este modo, lo que se hace es una suerte de integración normativa entre la regla general que resta amparo al ejercicio abusivo de los derechos (art. 10, CCyC; art. 1071 del Código Civil de 1869) y la específica materia concursal de que se trata. Esa integración normativa, empero, no parece posible. (*) Ello es así, ante todo, porque el derecho concursal es un derecho especial y, en consecuencia, cae en error quien pretendiera aplicar de modo indiscriminado reglas o principios de carácter general, o relativas derogaciones o excepciones, propias del derecho común, al derecho concursal, a menos que no sean por éste, expresamente o tácitamente, llamadas, recibidas o presupuestas, de modo de poder completamente armonizarse con los principios de dicho derecho especial (conf. Provinciali, Renzo, *Tratatto di Diritto Fallimentare*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1974, t. I, p. 42, nº 21). Así, cuando el legislador ha querido que la regla general del abuso del derecho tuviese virtualidad en el derecho concursal, lo ha determinado expresamente, tal como ocurre con relación a la facultad homologatoria del juez (art. 52, inc. 4º, de la ley 24.522), siendo obvio que fuera de ello cualquier tácito llamado a la citada regla para eventualmente resolver cuestiones distintas, no puede menos que someterse a un riguroso análisis de compatibilidad alejado de generalidades. Y, en tal sentido, no ha de juzgarse que no constituye ningún riguroso análisis de compatibilidad, la mención genérica del abuso del derecho sin verificar si tal instituto puede jugar efectivamente en la hipótesis examinada. (**) En esto último, que no es más que un vicio interpretativo, se incurre cuando, precisamente, se pretende aplicar la regla del abuso del derecho para definir que el acreedor que rehúsa prestar conformidad a una propuesta concordataria del deudor se comporta hostilmente. Ello es así por lo siguiente. En nuestro derecho, la propuesta de acuerdo preventivo es un acto voluntario del deudor que requiere aceptación de los acreedores y que, en esa medida, tiene una innegable connotación contractual como sistematización de los derechos de aquél y de ellos, agregando la sentencia homologatoria un ¿aliquid? de convalidatorio (conf. Maffía, O., *Derecho Concursal*, Buenos Aires, 1988, t. II, ps. 241/242; Cámara, H., *El concurso preventivo y la quiebra* [actualizado por E. Martorell], Buenos Aires, 2004, t. I, p. 419). En otras palabras, como lo ha destacado esta Sala, el concurso preventivo tiene una base contractual cuyo contrato se forma en un proceso -dicho esto con precisión técnica- en el que confluirán la o las propuestas del deudor -esto es: la oferta contractual- y la aceptación de la mayoría de los acreedores llamados al concurso -esto es: la aceptación de aquella oferta contractual- (conf. CNCom. Sala D, 28/4/2006, ¿Banco Hipotecario S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial). Entendido así el concordato, no puede sino excluirse la aplicación de la noción de abuso del derecho (o lo que es lo mismo decir, la posibilidad de una integración normativa de tal instituto) a ese acto inicial convencional que le es propio, pues la abusividad no es un concepto que pueda oponerse al acreedor que no quiere contratar (o, en el caso, aceptar la propuesta concordataria) ya que, como lo enseña Louis Josseland, quien se niega a contratar tiene un poder de determinación absoluta, y usa de él libremente, en atención a sus intereses, pasiones o fantasías: ¿feci sed jure feci?. La inercia, dice el afamado autor francés, no sólo es fuerza, sino también un derecho, y un derecho absoluto, ilimitado, cuando se trata de la negativa a aceptar una oferta sin haber hecho nada para provocarla; y ninguna consideración, ninguna amenaza, ningún chantaje son susceptibles de reducirla, siendo los motivos de la negativa indiferentes para el derecho sin que, entonces, puedan recibir sanción alguna aunque fuesen absurdos, maliciosos o malvados. La razón de esto, aclara, se halla en las exigencias de la dignidad, de las libertades humanas, que no pueden permitir tal intromisión en la gestión de nuestro patrimonio, suplantando la voluntad propia por la ajena. En resumen, concluye, no hay lugar para el abuso del derecho en tanto la libertad de no contratar es ilimitada si el autor de la negativa no ha tomado con anterioridad ninguna iniciativa, directa o indirecta, expresa o tácita (conf. Josseland, L., *El espíritu de los derechos y su relatividad*, Editorial José M. Cajiza Jr., Puebla- México, 1946, ps. 109/111, nº 91 y 92, y p. 117, nº 99; afirmando que el libre ejercicio del derecho de contratar es absoluto y, por tanto, ajeno a la noción de abuso del derecho, véase: Belluscio, A. y Zannoni,

E., Código Civil y leyes complementarias - comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, 1984, t. 5, p. 65 y su cita en nota n° 56 de Rodríguez Arias Bustamante, L., Concepto y fuentes del derecho civil español, Barcelona, 1956, p. 123). Ciertamente, en algunas hipótesis la abstención de no contratar o la negativa a hacerlo puede llegar a ser abusiva. En este sentido cuentan, aparte de la hipótesis insinuada por Josserand (cuando el autor de la negativa ha tomado alguna iniciativa), los casos de ruptura intempestiva de tratativas contractuales (conf. Spota, A., Instituciones de Derecho Civil - Contratos, Buenos Aires, 1974, t. I, p. 22, n° 16) y de los llamados contratos forzosos, impuestos o necesarios, fundados no en necesidades jurídicas sino económicas (conf. CSJN, Fallos 172:21; Mosset Iturraspe, J., Justicia contractual, Buenos Aires, 1978, p. 79 y ss., texto y nota n° 60; Roppo, Vincenzo, Il contratto, Giuffrè Editore, 2011, ps. 47/49, n° 6 y 7). Pero a salvo tales marginales hipótesis -en ninguna de las cuales encaja el concordato preventivo de la quiebra, a quien nadie se le ha ocurrido calificarlo como un contrato forzoso, impuesto o necesario- no es dado permitir que se levanten críticas contra los motivos por los cuales una persona se abstiene de contratar y declarar que ello es abusivo (conf. Roubier, Paul, Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, París, 1963, ps. 151/152, n° 20, III, ?a?; expresando ideas análogas, véase: Demogue, René, Traité des Obligations en general, Librairie Arthur Rousseau, París, 1923, t. II, p. 196, n° 562, y t. IV, p. 340, n° 656; Ripert, Georges, La règle morale dans les obligations civiles, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, París, 1925, p.169, n° 100). Aún más: la negativa a contratar no puede, en principio, considerarse ilícita, sean cuales fueren los motivos de ella, los que no pueden siquiera ser investigados, pues se trata de un aspecto esencial de la libertad individual (conf. Planiol, M., Ripert, G., Tratado práctico de derecho civil francés, Cultural S.A., La Habana, 1946, t. 6, primera parte, p. 597, n° 577, ?g?). Es que el abuso del derecho es un límite interno al ejercicio de los derechos, pero no se aplica a las libertades genéricas (conf. Alterini, A. y López Cabana, R., El abuso del derecho - estudio de derecho comparado, en la obra ?Derecho de Daños (y otros estudios)?, Buenos Aires, 1992, p. 16, n° 8; Lorenzetti, R., Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Buenos Aires - Santa Fe, t. I, ps. 57 y 60/61), una de las cuales, ciertamente, es la libertad de contratar, que es un aspecto constitucionalmente protegido de la autonomía personal (conf. CSJN, Fallos 341:1485; voto del juez Lorenzetti en Fallos 330:3483 y conjuntamente con el juez Zaffaroni en Fallos 330:855), sin que por principio sea posible la imposición de una obligación de contratar con persona alguna, transformando la libertad de celebrar contratos en el deber de hacerlo (conf. CSJN, Fallos 247:121, voto del juez Boffi Boggero; Bidart Campos, G., Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1966, t. II, p. 293, n° 67). La autonomía de la voluntad en el campo contractual es, en efecto, ante todo libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar (conf. Díez Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1996, t. I [Introducción ? Teoría del Contrato], p. 128, n° 14). Así resulta, además, con fuerza expansiva a todo tipo de relación negocial, del art. 958 del Código Civil y Comercial de la Nación, de cuyo texto se infiere la regla de que nadie está obligado a aceptar la propuesta de contrato efectuada por otro, es decir, existe libertad de no contratar (conf. Stiglitz, R., Contratos Civiles y Comerciales - Parte General, Buenos Aires, 2015, t. I, pág. XIII del prólogo, n° 4). De tal suerte, si un acreedor niega su aceptación a la propuesta de acuerdo, no hace otra cosa que negarse a contratar ejerciendo una libertad constitucionalmente protegida, cuyos efectos en orden a la inserción que su negativa tiene en la base de cálculo de mayorías del art. 45, LCQ, no puede dejarse de lado bajo el argumento de una actitud suya de hostilidad abusiva en tanto no es ese un límite interno que cuente a la hora de ejercer la libertad de conclusión contractual de que se trata. E imposibilitado el juez de examinar los motivos que llevan a un acreedor a negar su voto favorable a la propuesta, sea por rencor personal, por el deseo de mejorar la propia posición del mercado, por malicia, despreocupación, etc., esto es, imposibilitado de examinar el juez cuán hostil o abusivo es el acreedor, la única respuesta posible es la que ha dado un fallo al decir que no se justifica la exclusión de quien niega su conformidad, pues en tal caso se estaría privando a un acreedor de un derecho trascendental para el curso del proceso, como lo es prestar o no la conformidad al acuerdo que ofrece el deudor (conf. CNCom. Sala A, 16/9/2003, ?Librería Diagonal S.A. s/concurso preventivo?). (b) Dejando atrás la mención del abuso del derecho como recurso argumental genérico, cabe mencionar que la exclusión del llamado acreedor hostil también ha pretendido ser explicada con fundamentos más específicos, igualmente relacionados con el abuso del derecho, que a criterio de este Tribunal no resisten tampoco un riguroso análisis. Veamos. Se ha dicho que hay un obrar abusivo del acreedor, que justifica su exclusión como acreedor hostil, cuando actúa de modo adverso al ?interés concursal?. Como se ve, para intentar dar contenido a un concepto jurídico indeterminado como es el ?abuso del derecho? (CSJN, Fallos 330:834, considerando 9°), se recurre a otro concepto jurídico indeterminado, cual es el ?interés concursal? que se dice no perseguido por el acreedor. Pues bien, más allá de la crítica que puede levantarse contra una formulación teórica que pretende explicar un concepto jurídico indeterminado mediante el empleo de otro concepto jurídico no menos indeterminado (el resultado visible es que la indeterminación persiste no lográndose concreción interpretativa alguna), lo cierto es que, aun si se hiciera abstracción de lo anterior, semejante formulación conduce, cuanto menos, a la siguiente indagación: ¿existe un ?interés concursal??. Al respecto, ha sido predicada por algunos autores la existencia del llamado ?interés concursal? haciendo una analogía con el concepto propio del derecho societario del ?interés social?, de suerte que así como los socios deben

perseguir este último, también los acreedores deben enderezar su actuar a aquél. La analogía, empero, no es posible. El 'interés social' como concepto no ficcional sino recibido expresamente en la legislación positiva para reglar situaciones concretas (art. 159, CCyC; art. 272 y conc., ley 19.550; art. 75, ley 20.337; art. 161, inc. 2, ley 24.522; etc.), no se identifica con el de los socios, sino que es un interés diferente propio de la persona jurídica por ellos creada, que incluso debe ser redireccionado a favor de los acreedores cuando ella atraviesa una crisis económico-financiera (conf. Heredia, P., El acto del administrador contrario al interés de la persona jurídica privada, RCCyC, año IV, n° 4, mayo 2018, p. 108 y ss., espec. caps. III a V). En cambio, cada acreedor concursal es titular de un interés individual propio, primariamente enderezado a obtener el mejor cobro posible para sí mismo, y el modo que el legislador ha elegido para el tratamiento conjunto de todos y cada uno de esos intereses individuales en el marco de un proceso colectivo como es el concurso preventivo, no es otro que el principio mayoritario (art. 45, LCQ) en el entendimiento de que este último es idóneo para absorber las diferentes posiciones jurídicas o económicas de los acreedores y para alcanzar o no, de acuerdo al resultado de la votación, la concreta causa típica de la ley, cual es la evitación de la quiebra. A lo sumo, entonces, lo que hay es un interés común de los acreedores en esa evitación, pero tal interés común, bien entendido, no es más que un presupuesto funcional del principio mayoritario que, por tanto, no puede servir al mismo tiempo para eliminarlo (conf. Azzaro, Andrea M., ob. cit., ps. 51/54, n° 2, ps. 192/195, n° 1 y especialmente p. 251, n° 4), al par que es imposible de ser concebido como el propio de un ente jurídico dotado de personalidad como lo es el 'social' respecto de una sociedad, ya que el colegio de acreedores solamente da cuenta de una comunidad de intereses cualificada no constitutiva de persona jurídica alguna (conf. Rocco, A., Il concordato nell fallimento e prima del fallimento, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1902, ps. 158/163, n° 78), habilitado exclusivamente para la deliberación de la propuesta concordataria a fin de ejercer, ante todo, una autotutela creditoria (conf. Lo Cascio, Giovanni, ob. cit., p. 597, n° 2), según reglas legales que el juez no puede alterar para determinar más o menos sujetos habilitados al voto, afectando el resultado de dicho principio mayoritario tal como ha sido diseñado por el legislador. En suma, como se dijo, ninguna analogía puede ser establecida con relación al interés social. Por lo demás, cuál es el contenido de ese supuesto 'interés concursal' o, mejor dicho, cuándo aparecería la situación contraria a él que, en su caso reflejaría el carácter hostil del acreedor, es materia francamente incierta y difusa, habiendo dado la doctrina solo respuestas variopintas que, como bien se ha observado, comportan artilugios de la discusión concursal litigiosa tendientes a las defensas de las propias tesis (conf. Truffat, E., El mito del interés contrario de los acreedores al manifestar su voluntad respecto de una propuesta concordataria, ED, ejemplar del 10/9/2007, donde el autor niega la existencia de un propio interés concursal). Así, por ejemplo, se ha identificado el mentado 'interés concursal' con los principios orientadores del proceso concursal (continuación de la empresa; protección de los intereses de los acreedores; debida protección del crédito; integridad patrimonial del deudor y de su empresa; interés general; etc.) y, desde tal perspectiva, calificado al acreedor como abusivo u hostil si su voto, según la apreciación judicial, se enfrenta a tales principios o los desconoce. Esta postulación, de corte claramente objetivo, no advierte sin embargo que la posibilidad de aplicación de los aludidos principios generales no puede ir más allá de lo que la propia ley concursal permite cuando, en aspectos sustanciales, utiliza giros de contenido genérico-principista que exigen la actuación positiva y creadora del juez en cada caso, pero que no es admisible cuando se trata de la regulación procesal del concurso -ámbito en el que se encuentra, creemos, lo atinente a la legitimación para votar- pues con relación a ella lo dispuesto por la ley debe ser celosamente contemplado, para llenar la necesidad de contar con procedimientos fijos y controlables (conf. Alegria, H., Algunas cuestiones de derecho concursal, Buenos Aires, 1975, ps. 77/78). Ofreciendo una perspectiva no ya objetiva sino subjetiva, se ha dicho que es contrario al interés del concurso, el supuesto del acreedor que tiene algún motivo particular para que el deudor no obtenga las conformidades a su propuesta y se inspire en lograr algún tipo de perjuicio a su deudor a partir de su situación concursal. Esta postura, empero, no se hace cargo de lo ya dicho en el sentido de que no es dado permitir que se levanten críticas contra los motivos por los cuales una persona se abstiene de contratar y declarar que ello es abusivo, aun si tales motivos fueran absurdos, maliciosos o malvados. Y, más ampliamente, no se hace cargo de que entendidos los motivos como los elementos psíquicos que, en el caso concreto, determinan la voluntad del declarante o de la partes a realizar un negocio jurídico, carecen como regla de relevancia jurídica, ya que no se encuentran en el supuesto de hecho abstracto ni en el esquema concreto del negocio, sino que son extraños al contenido de éste (conf. Cariota Ferrara, Luigi, El negocio jurídico, Aguilar, Madrid, 1956, ps. 506/507, n° 125; Betti, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 139). Por lo demás, como con elocuencia lo escribió López de Zavalía: '...¿no se advierte que también interesan a la moral, a las buenas costumbres, el no entrar a indagar en la intimidad de las personas para determinar las razones que las muevan a no contratar?. Si se pretende que no contratar puede constituir un abuso del derecho, se dirá 'a fortiori' que contratar también puede serlo y que el contratante se hace cómplice de la falta. Fatales son las encrucijadas que pueden presentarse, donde al tener que optar entre contratar y no contratar, con la posibilidad de que una u otra actitud sean abusivas, se maldiga el día en que nació la institución del contrato...' (conf. López de Zavalía, F., Teoría de los contratos - Parte General, Buenos Aires, 1971, p.81, n° 6.1). De otro

lado, se ha afirmado que es un acreedor hostil, con un interés extraconcursal y, por tanto, pasible de ser excluido del cómputo de mayorías, aquél que en forma cerril, irracional, recalcitrante o caprichosa niega su voto favorable frente a cualquier propuesta del deudor, sin interesarle efectivamente la ecuación económica propia de la relación obligacional que lo legitima a votar. Con este alcance, es lugar común mencionar el caso del acreedor que se niega a aprobar una propuesta del 100% con intereses. Sin embargo, mirar la cuestión poniendo el acento exclusivamente en la ecuación económica de la relación obligacional o en el quantum de la propuesta de pago, es simplificar en extremo las razones que llevan a un acreedor a decidir el sentido de su voto. El parámetro del valor es un elemento de juicio que no puede ser desvinculado de la factibilidad del plan de pagos que se prometa, esto es, sobre la real posibilidad de su cumplimiento, sea en el corto o en el largo plazo. Puede el acreedor dudar en punto a que el deudor cumplirá lo que generosamente promete y esa duda llevarlo lícitamente a rehusar su aprobación a la propuesta concordataria. Incluso puede el acreedor -que respecto del deudor está en una posición de evidente asimetría informativa- interpretar que la explicación dada por el concursado sobre su situación patrimonial o sobre la proyección futura de sus flujos económicos para afrontar el pago del acuerdo homologado sea falsa, ilícita, exagerada o simplemente engañosa, y persuadido de ello negar su voto favorable. Es que, en rigor, el elemento de juicio que puede brindar el llamado "mejor valor de satisfacción del crédito" no puede ser desvinculado de su estricta relación con la continuidad de la hacienda y la aparición mediante esta última de un plus valor que emerja del buen éxito de una propuesta sólidamente fundada, teniendo en cuenta la necesaria preveducibilidad del financiamiento funcional de tal continuidad empresaria (conf. Guglielmucci, L., *Diritto Fallimentare*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, ps. 331/332). El sentido del voto se define, pues, no sólo en base a montos prometidos, sino en función de un "consenso informativo" que va más allá de ese desnudo aspecto. Y nada habrá de cerril, irracional, recalcitrante o caprichoso en negarse a aprobar la propuesta si ese "consenso informativo" no ha sido alcanzado convincentemente cualquiera sea la razón de ello, pudiendo el acreedor, desde ya, siempre interpretar que la liquidación de los bienes le brinda un campo más propicio para el cobro de lo que sea posible, antes que someterse dócilmente a promesas inciertas de pagos futuros. Así entonces, excluir el voto del acreedor, bajo el argumento aquí considerado, habiendo muchos matices que pueden explicar racionalmente su negativa, constituye una demasía.

7. En el marco de lo expuesto, no es cuestión de entender no probada la conducta abusiva u hostil del acreedor bancario de que se trata en autos, sino sencillamente de advertir que la exclusión pretendida por el deudor no está contemplada por la ley (conf. Roggero, F., ob. cit., *Exclusión de voto*, Buenos Aires, 2010, p. 65 y ss.; Illanes, C., *El acreedor hostil en el proceso concursal*, LL, ejemplar del 23/11/2011), como igualmente no lo están, valga señalarlo, otras exclusiones a las cuales esta Sala ha prestado atención antes de ahora sosteniendo idéntica orientación y conclusión interpretativa, vgr. *El controlante indirecto (causa "Cablevisión S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial"*, sentencia del 31/3/2008), y los organismos de recaudación tributaria como la A.F.I.P. (*causa "Comercial Mendoza S.A. s/ concurso preventivo"*, sentencia del 16/10/2007).

8. Varias reformas ha hecho el legislador a la ley concursal, muchas de ellas posteriores a la aparición de doctrina y fallos que propician el carácter no taxativo del elenco del art. 45, LCQ, con figuras tales como el acreedor con interés contrario o similares como la examinada en autos. Sin embargo, el legislador ha mantenido el mismo texto legal, expresando así una voluntad clara e innegable en orden a la inexistencia de otros conflictos que deban llamar su atención. Teniendo ello en cuenta, son más que pertinentes las siguientes palabras de la Casación Italiana, perfectamente aplicables al derecho argentino por razón de su evidente lógica jurídica: "...el legislador, muy consciente de la realidad, no incluyó una regla general sobre el conflicto de intereses en la esfera de votación, sino que, por el contrario, excluyó implícitamente la subsistencia, disciplinando específicamente, los casos relevantes del conflicto (...), por lo que la participación en la votación es la norma, mientras que la exclusión es la excepción y debe estar expresamente prevista..." (conf. Cass., 10/2/2011, fallo n° 3274, *"Italgest s.p.a."*). Asimismo, contribuye a sostener la solución que ya se anticipa, el hecho indiscutible de que juez no debe ser un actor en la tarea de la obtención de voluntades para aprobar un contrato, pues los deudores deben asumir la carga de convencer a los acreedores de las bondades de su propuesta, o reformularla para arribar a las mayorías de aprobación; y si se instalara como presupuesto de tal etapa el recurrir a los jueces para apartar a los disidentes, se estaría aniquilando el régimen de mayorías (conf. Truffat, E., *Precisiones del voto hostil como causal para el apartamiento de la base de cómputo de las mayorías previstas por el art. 45, LCQ, RDCO, 2006-A*, p. 678).

9. Finalmente, y en lo que concierne a la pretendida suspensión del trámite, dado que se tiene dicho que la decisión que desestima la prórroga del período de exclusividad (tal el alcance esencial de la resolución en cuestión) resulta -como regla- inapelable, en virtud de lo dispuesto por el art. 273 inc. 3° de la normativa en la materia (esta Sala, 14.6.13, *"Sirius Tankers S.A. s/concurso preventivo"*; íd., 11.4.12, *"Lindberg Argentina S.A. s/concurso preventivo s/queja"*; íd., 3.11.11, *"Fibra Papelera S.A. s/concurso preventivo s/queja"*; íd., 28.9.06, *"Dorato, Ernesto Arturo s/concurso preventivo"*; íd., 22.8.03, *"Calera Buenos Aires S.A. s/concurso preventivo"*; Sala A, 15.3.01, *"Urawa S.A. s/concurso preventivo"*; Sala B, 27.8.01, *"Levy, Rubén Elías s/concurso preventivo"*; íd., 21.6.00, *"Corporación Uno S.A. s/concurso preventivo"*; íd., 27.9.00, *"Flornu S.A."*, entre muchos otros) y no apreciando ninguna circunstancia de excepción que justifiquen apartarse de ese principio, máxime teniendo en

cuenta la conclusión adversa respecto de la pretendida exclusión, resulta prístino que las quejas a este respecto también deben desestimarse. 10. Por ello, oído el Ministerio Público Fiscal, se RESUELVE: Rechazar la apelación de que se trata, con costas (art. 68, Código Procesal, y art. 278, ley 24.522). Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13) y notifíquese electrónicamente a las Fiscal y a las partes. Fecho, devuélvase sin más trámite, confiándose al magistrado de primera instancia proveer las diligencias ulteriores (art. 36 inc. 1º, Código Procesal). Pablo D. Heredia Juan R. Garibotto Gerardo G. Vassallo Julio Federico Passarón Secretario de Cámara 040224E