

**SUBROGACIONES PARCIALES EN EL
CONCURSO PREVENTIVO.
ACUERDOS EN FRAUDE A LA LEY**

**SUBROGATION IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS.
AGREEMENTS AS A LEGAL FRAUD**

Andrés O. Cacciali Puga¹

Universidad Nacional de Cuyo
acaccialipuga@gmail.com

Recibido: 12/03/2016 – Aceptado: 13/05/2016

¹ Abogado por la UNCuyo.

Resumen: Pese a que el pago por subrogación es un instituto jurídico lícito, el presente trabajo analiza su utilización en los procesos concursales como una verdadera violación a los derechos de los acreedores, imponiéndoles acuerdos concordatarios confiscatorios aun cuando inicialmente detentaban la mayoría crediticia necesaria para impedir su aprobación.

Palabras clave: Pago por subrogación; Concurso preventivo; Acreedores; Abuso del derecho; Estafa procesal.

Abstract: Although the subrogation of bankruptcy claims is a lawful legal institution, this paper analyzes its use in bankruptcy proceedings as a real violation of the rights of creditors, imposing confiscatory agreements even if initially they held the majority necessary to prevent its approval.

Key Words: Subrogation of bankruptcy; Bankruptcy proceedings; Creditors; Abuse of law; Procedural fraud.

Sumario

1. Introducción
2. Derecho de los acreedores. Funcionamiento del mecanismo de subrogación en el concurso preventivo
3. Suficiencia del pago. Oposición a la subrogación parcial
4. Indivisibilidad del voto. Tráfico de votos. Estafa procesal
5. Agotamiento del derecho a voto
6. Análisis de la situación del subrogante
7. Conclusiones
8. Bibliografía

1. Introducción

La práctica diaria nos lleva a encontrarnos con una gran cantidad de casos en que, en pleno período de exclusividad y ante la falta de obtención de las conformidades correspondientes a las mayorías legales exigidas, aparece un tercero en el expediente judicial –normalmente en disfrazada connivencia con el concursado– y deposita las sumas de dinero necesarias para subrogarse en los derechos del acreedor o de los acreedores primitivos que no han prestado conformidad con la propuesta de acuerdo preventivo, indicando al magistrado que vota a favor de la propuesta concordataria, prestando su conformidad con la misma. En consecuencia, el deudor concursado obtiene las mayorías exigidas por la ley concursal para aprobar la propuesta y obtener la homologación de su acuerdo.

A través de este trabajo, se pretende demostrar que la manipulación del instituto de la subrogación para la obtención de un acuerdo preventivo forzado, desconocedor de los derechos de los acreedores, tiene aristas que, cuanto menos, rozan la ilegalidad y el abuso del derecho, debiendo ser repudiado por los abogados de los acreedores y revisado detenidamente por los magistrados de las causas.

2. Derecho de los acreedores. Funcionamiento del mecanismo de subrogación en el concurso preventivo

Como lo ha sostenido la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial², no se desconoce que en otras latitudes –por ejemplo Estados Unidos– existe un enorme comercio de créditos concursales. Se trata de inversores que, ante un universo enorme de tenedores dispersos, encuentran la oportunidad de comprar a precios muy bajos para poder después, una vez concentrados esos créditos en pocas manos, lucrar con ellos por distintas vías. Sin embargo, ese mercado de créditos concursales no existe aquí, lo que ocurre entre nosotros, en cambio, y por lo común, es la adquisición aislada de créditos a los efectos de influir favorablemente en la suerte de la propuesta. Esa es la hipótesis habitual, según la experiencia indica, pero –al solo efecto de realizar un ejercicio intelectual más que captar realidades de la práctica vernácula– vale admitir que los supuestos puedan ser múltiples, transitando desde el típico fraude cometido por el propio deudor para lograr votos para su propuesta, pasando por la hipótesis del auténtico tercero que –por la razón que fuere– quiere “ayudar” al concursado adquiriendo un crédito para votar a favor, e incluyendo los supuestos en los que ocurre lo contrario, esto es, los supuestos en el que esos terceros devienen acreedores para ejercer una posición abusiva en contra del deudor. Cualquiera sea el caso, todos tienen algo en común: no los guía su interés en tanto acreedores, por lo que sus votos son susceptibles de distorsionar la voluntad real de éstos, aun cuando no se incurra en fraude. Y esto –esa distorsión de la voluntad de los genuinos acreedores– no puede considerarse lícito, pues, como ya se dijo, nuestro sistema parte de la premisa de que son éstos los únicos legitimados para decidir cómo deben ser distribuidas entre ellos las pérdidas sufridas por el deudor, de modo que, mientras ese siga siendo el sistema, hay que respetarlo, cuidando que sólo quienes reúnan esa calidad de acreedores llamados a soportar tales pérdidas, se pronuncien sobre la propuesta.

Así las cosas, el trabajo parte de la idea central de que todo acreedor tiene un derecho inherente a su calidad de tal para adherir o no a la propuesta de acuerdo formulada por el concursado. El derecho a aprobar una propuesta

2 CNCom., Sala C, “Mandalunis Tomas Eduardo s/ Concurso Preventivo”. Voto de la Dra. Villanueva, 25/02/2014.

merece tanto respeto y tuición como el derecho a no aceptarla. Si no se acordara con esta afirmación, carecería de sentido el mecanismo de mayorías y sería más puro (aunque, es obvio, más autoritario) que el juez derechamente decidiera si homologa o no la propuesta, prescindiendo de la opinión de todos. A la postre, la compensación que la ley brinda a los acreedores a los que priva de su derecho de agresión patrimonial es garantizar que cualquier decisión de mayorías que le resulte vinculante no se tomará sin su participación, aun cuando esta consista precisamente en no aceptar, pero siendo computado en la base que determina la obtención de mayorías³.

Ahora bien, pese a la consagración concursal de este derecho, la idea central de la subrogación en el concurso preventivo consiste en obtener la mayoría necesaria para la existencia de un acuerdo, burlando la esencia misma de ese derecho. En otras palabras, se obvia la negativa del acreedor, adquiriendo, mediante uno o varios pagos menores, el monto de la acreencia necesario para que los subrogantes, desdoblando el voto que correspondía al crédito, otorguen su conformidad y pueda existir acuerdo preventivo.

Si bien el artículo 914 del Código Civil y Comercial (CCC) admite el pago por subrogación, lo cierto es que existe un entramado de normas a considerar; la solución a esta emboscada judicial no debe limitarse a si la subrogación está legalmente permitida o no. Admisión o permisión aparte, la ley pretende –y debe– evitar la vulneración de los derechos. Consentir esta clara violación al régimen de indivisibilidad del voto, implica negar todo tipo de protección al derecho de los acreedores a no aceptar la propuesta formulada por el concursado. Permitir que la ley sea utilizada en forma abusiva, para fines no tenidos en miras por el legislador, representa la posibilidad de que el concursado, arbitraria y autoritariamente –sin ningún tipo de acuerdo– decida el porcentaje y el modo en que pagará a sus acreedores.

3. Suficiencia del pago. Oposición a la subrogación parcial

En primer lugar, y como ya se dijo, el pago por subrogación es legal. Lisa y llanamente. Es más, nuestros tribunales han sostenido que el pago por

3 TRUFFAT, EDGARDO D. “Despedida a la taxatividad del artículo 45 de la LCyQ ma non troppo”. ED 213-111.

subrogación ofrecido por un tercero no interesado encuadra en la llamada subrogación legal por lo que los acreedores no podrían repudiar el pago pues resultaría abusivo negarse a recibirlo, si de ello se deriva un perjuicio⁴. Aquí descansa el único argumento para justificar esta práctica abusiva.

Ahora bien, lo que discutimos, lo que repelemos, no es la subrogación en sí misma, sino su parcialidad. En este sentido, es menester hacer notar que la pretensión de subrogación derivada de un pago parcial permite al acreedor originario rechazar el pago ofrecido. Conforme lo dispone el artículo 869 del CCC, nadie está obligado a recibir pagos parciales, ni puede ser forzado judicialmente a conformarse con montos mínimos donde se logren acuerdos confiscatorios.

En razón de ello, y al decir de la jurisprudencia nacional, ante la negativa del acreedor (al no haber otorgado conformidad), no se configura uno de los presupuestos esenciales de la subrogación, ya que el pago opera como antecedente inexcusable para que el tercero se subrogue en los derechos del acreedor⁵. El requisito fundamental para que opere el pago por subrogación es que quien pretende sustituir al acreedor primitivo en sus derechos haya extinguido la obligación⁶.

El pago por subrogación es el pago que satisface un tercero, y por el cual se extingue el crédito en la persona del acreedor primitivo que resulta desinteresado. En el supuesto que se analiza, si al acreedor no se le cancela la totalidad de la deuda, no resulta en forma alguna desinteresado, y por ende, sólo él puede consentir, o no, un pago parcial.

Es más, la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza ha dado a entender la necesidad del pago total de la deuda a fin de que la subrogación proceda independientemente de la voluntad del acreedor originario. Así, ha puesto en evidencia, con gran claridad, que los fines de la subrogación subjetiva legal es “librarse de un acreedor incómodo, sustituyéndolo por otro más tolerante”, pero sin perjudicar al primitivo, pues su interés legítimo debe estar satisfecho⁷.

4 CNApel. Com., Sala B, “Fabricaciones textiles Argentinas S.A. s/Concurso Preventivo”, 19/04/2010.

5 CNCiv., “Stramandinoli, Gabriel G. y otro c/Venelli, Miguel A. y otro s/Ejecución Hipotecaria”, 28/02/2003.

6 CNFed. Civ. y Com., Sala I, “Sud Atlántica Cía. de Seguros SA c/Aerolíneas Argentinas y otros s/Faltante y/o avería de Carga Transp. Terrestre”, 13/02/2013.

7 S.C.J.M., Expte. N° 82.475, “Torres, Luis Oscar y Ots. en j° 8186/28.535 Abdala, Miguel E. p/ Conc. Prev. s/ Inc. Cas”, 27/07/2005.

Si fuera de otro modo, admitir las subrogaciones parciales por sobre la voluntad del involucrado, implicaría consentir un mecanismo a través del cual los terceros se involucrarían en el proceso con objetivos incompatibles con el sistema, o con los fines que el legislador tuvo en miras al consagrarlo, o reñido con lo que debe ser el ejercicio regular de un derecho.

La afirmación de que la subrogación de créditos puede ser utilizada sin más en el ámbito concursal, ignora la realidad de que dichas figuras pueden ser usadas para consumir maniobras fraudulentas en la votación de la propuesta, o permitir a terceros la consecución de finalidades que exorbitan la negociación concordataria de buena fe, e incluso la dificultan en términos tales que, en muchos casos, la tornan inconciliable con las bases del sistema. Lo primero sucede cuando el deudor “compra” esos créditos –efectuando pagos al margen del sistema concursal– a efectos de sustituir (bien que enmascarado bajo la personalidad de un tercero) a los originales acreedores en el ejercicio del “voto”. Lo segundo ocurre, cuando –según temperamento claramente disociado de la finalidad que el legislador tuvo en mira al consagrarlo– ese “voto” obtenido por esta vía es usado, no para la obtención del mejor concordato posible, sino para los fines propios de ese tercero –usualmente en acuerdo con el concursado– que irrumpe en el escenario concursal para realizar gestiones que “ayudan” o “velan” por los intereses del deudor o del propio tercero y que, como ya se ha repetido, nada tienen que ver con los que guían a los demás acreedores. Toda la doctrina –aun la de aquellos autores que propician la utilización indiscriminada de estos institutos en el ámbito concursal– coincide en que esas figuras son propicias para la consumación de maniobras fraudulentas que se practican a expensas de los intereses de los acreedores por los que debe velarse en el concurso⁸.

Al decir de Vítolo, la aplicación mecánica del régimen, y efectos del pago por subrogación –sin control alguno por parte del magistrado o de los demás intervinientes del proceso– podría colocar en grave riesgo la existencia misma del régimen concursal, que se asienta en el principio de que todos los acreedores son sometidos al mismo sistema colectivo⁹.

8 CNCom., Sala C, “Mandalunis Tomas Eduardo s/ Concurso Preventivo”. Op. cit.

9 VITOLO, Daniel Roque. *Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, pág. 297.

Si el proceso concursal pretende lograr un acuerdo transparente, resulta indispensable que la subrogación denunciada no vulnere el principio de equidad, ni escape al control de parte de los acreedores y del Poder Judicial¹⁰.

4. Indivisibilidad del voto. Tráfico de votos. Estafa procesal

Nuestro sistema concursal parte de la premisa de que los acreedores deben pronunciarse acerca de la suerte del concordato, decidiendo así, cómo distribuir entre ellos las pérdidas sufridas por el deudor con respeto a la par condicio creditorum. Sólo quienes se encuentren en tal situación (la de ser acreedores llamados a soportar esas pérdidas) pueden hallarse legitimados para intervenir en tal decisión, lo cual no ocurre con esos “legitimados sobrevinientes” que tienen intereses diversos que pretenden conseguir mediante el “voto” que por vía de la sustitución respectiva obtienen. Más allá de la infinidad de motivos que pueden guiar la realización de esas afianzadas transferencias fuera del concurso, la experiencia indica en nuestro medio que quien realiza estos actos suele colocarse en una situación “peor” que la que tenía antes de la “adquisición”. Es decir: quien “compra” un crédito “defaultado” y paga un valor que no habrá de poder recobrar en el marco del concurso, está realizando un negocio que sólo se explica si es mirado desde la perspectiva de los otros intereses que el cesionario persigue, que nada tienen que ver con el que reúne a los demás acreedores concurrentes, ni, por ende, con su interés en el crédito en sí, cuya adquisición es sólo un instrumento para el logro de esos otros fines. Este, y otros tantos ejemplos, demuestran que quien así actúa no lo hace –como sucede en el derecho común– para colocarse en la misma posición (integralmente hablando) que tenía su causante, sino para concretar negocios que, más que tener a ese crédito por objeto del acto jurídico respectivo, lo tienen como instrumento o, lo que es lo mismo, como mecanismo o medio para alcanzar finalidades que son a veces ajenas e incluso contrarias al interés que al resto de los acreedores congrega¹¹.

Dicho esto, y como se manifestó en un primer momento, la razón de

10 En este sentido, se pronunció el dictamen del Ministerio Público de la Nación en el caso “Cablevisión S.A. s/ Acuerdo Preventivo s/Incidente de Subrogación” (Juzg. N° 11, Secr. N° 22, sala D, 58.226/05, F.G. N° 91.101).

11 CNCom., Sala C, “Mandalunis Tomas Eduardo s/ Concurso Preventivo”. Op. cit.

la subrogación en el proceso concursal no es otra que la de desdoblar el voto correspondiente al acreedor, a fin de obtener las mayorías exigidas por ley para lograr la declaración de existencia de acuerdo preventivo.

Tal pretensión de desdoblar el crédito para así computar una mayor cantidad de votos –representativos de la mayoría de capital exigida– debe ser, en todos los casos, totalmente rechazada. Como señalara Camara comentando la anterior ley de concursos, pero aplicable a la actualmente vigente, el derecho de voto se atribuye al acreedor y no a los créditos. En consecuencia, si el acreedor tiene varios créditos dispone de un solo voto personal –principio de la indivisibilidad– por el importe de todos ellos con derecho de voto único en su contenido que no puede fraccionarse ni por mandatario¹².

Es más, en sentido similar, se ha sostenido que el derecho a votar del acreedor es indivisible e intransferible, ya que el mismo es inherente a la persona del acreedor concursal¹³. El derecho a voto es una facultad atribuida *intuita personae* al acreedor, que es quien obtuvo la verificación (o admisión) del crédito a su favor¹⁴.

De acuerdo con ello, y siendo que en el supuesto que analizamos la concursada no logró las mayorías de capital necesarias para lograr la existencia de acuerdo, es claro que mediante el mecanismo de subrogación se pretende violentar el voto negativo de un acreedor, desdoblándolo, para obtener el consenso faltante.

En este orden ideas, conforme el accionar de los subrogantes, y junto con el usual y desmedido beneficio para ciertos concursados, podríamos estar en presencia de una verdadera estafa procesal que se deberá advertir prudentemente al juez interviniente, a fin de aventar todo riesgo de un “tráfico de votos”, que tras la subrogación oculte una “maniobra distorsiva del acuerdo”¹⁵.

Si bien excede al objeto del presente trabajo, vale destacar que el tipo penal en cuestión implica un desdoblamiento entre el sujeto víctima del engaño

12 CAMARA, Héctor. *El concurso preventivo y la quiebra*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1978, t. II, pág. 966.

13 MORO, Carlos E. El voto concursal es intransferible. Buenos Aires, 4º Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, junio/2008.

14 Juz. Civ. y Com. Tandil, Nº 3, “Soriano, Daniel Oscar s/ Concurso Preventivo”, 25/09/2012.

15 CNCom., Sala B, “Carballo Juan Eduardo s/ Concurso Preventivo”, 30/09/2015.

y el disponente defraudado, reconociendo en el primero a un juez, a quien se hace incurrir en error para obtener de él un pronunciamiento violatorio de la propiedad ajena. Es una estafa mediante engaño al magistrado, y se consuma cuando es inducido a error en la sentencia¹⁶.

De este modo, la no adhesión del acreedor a la propuesta formulada –la cual es usualmente nociva para sus derechos patrimoniales al implicar pérdidas que prácticamente extinguen su crédito– lleva a la utilización del mecanismo de subrogación, encerrando un verdadero engaño al magistrado, pues no se pretende el beneficio de los subrogantes, sino el del concursado, mediante el desdoblamiento ilegal del voto y la consiguiente exclusión de su derecho de adhesión a la propuesta. En resumen, un escándalo jurídico.

5. Agotamiento del derecho a voto

Finalmente, es relevante destacar que pese a que las subrogaciones parciales puedan prosperar, la Ley de Concursos fija con claridad un hito para poner término a las posibles discusiones sobre la configuración del pasivo con derecho a expedirse sobre la propuesta del deudor.

La resolución de categorización prevista por el artículo 42 de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) tiene como finalidad determinar clara y precisamente quiénes son los actores que participarán en el posterior período de exclusividad y por qué monto. Por ello, expresa concluyentemente que “... el juez dictará resolución fijando definitivamente las categorías y los acreedores comprendidos en ellas”. En el mismo sentido, resulta determinante lo normado por el artículo 36 que dispone enfáticamente que las resoluciones judiciales “son definitivas a los fines del cómputo en la evaluación de mayorías y base del acuerdo”.

Consecuentemente, habiendo sido determinados, desde la resolución de categorización, quiénes son los partícipes con derecho a voto, es claro que los subrogantes no se ven alcanzados por tal facultad, no pudiendo incidir en forma alguna sobre la existencia o no de acuerdo conforme a la propuesta presentada por el concursado.

16 GAUNA, Omar y BREGLIA ARIAS, Omar. *Código penal y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*. 6a. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, Tomo II, arts. 150 a 306, pág. 258.

En este sentido, la jurisprudencia ha sostenido que la comercialización de créditos concursales ya reconocidos en el concurso en tiempo en que aún no ha sido emitido el voto respectivo debe considerarse lícita –por derivar de actos que no están prohibidos–, pero sin aptitud para extender sus efectos propios en forma automática y de pleno derecho al proceso concursal¹⁷. Esa posibilidad, en cambio, debe por principio ser descartada: el acto de cesión habilitará al cesionario a cobrar, pero no a “votar”, por no hallarse acreditado que el voto a ser emitido en esas condiciones se adecue a los principios y normas que guían el proceso concursal, carga –la de esa prueba– que, contrariamente a lo que sostienen quienes propician la tesis opuesta a la que aquí se sostiene, no puede recaer sobre los acreedores (que deberían probar el fraude) sino sobre quien pretende incorporarse en dichas condiciones. Quienes critican esta tesis afirman que el razonamiento aquí expuesto genera o una restricción por analogía (vedada en nuestro derecho) o, lo que es peor, una inversión sobre la presunción de dolo en tanto se parte de la base de que se está frente a una trapisonda hecha efectiva a través del tráfico de voto. Sin embargo, instrumentos de tantísima fuerza como el cheque, el pagaré y la letra de cambio no pudieron ser traspolados sin más al ámbito concursal. No bastó que se tratara de instrumentos admitidos por el derecho común y largamente afianzados en el comercio, pues al igual que ocurre con las figuras de que aquí se trata, ellos se presentaban –por razón de la abstracción que los caracteriza– aptos para conseguir votos a partir de fraguar créditos inexistentes, lo cual llevó a dictar dos plenarios exigiendo a los portadores de tales documentos que probaran aquello –la causa de su creación o

17 Ver: MORO, Carlos E., El pago por subrogación no genera ope legis el derecho de voto en quien lo efectúa. En: libro de ponencias del VI Congreso de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Rosario, T I, pág. 541 y ss.; VITOLO, Daniel Roque, Transferencia de créditos en el concurso y sustitución concursal, L.L. 2006-F-1375; OTAEGUI, Julio C., Voto concordatario. Desplazamiento, vía y oportunidad procesal. En: AAVV, El voto en las sociedades y los concursos, Buenos Aires, Legis, 2007, pág. 189 y ss.; RICHARD, Efraín H., Voto o aceptación de propuestas concursales írritas: legitimación e interés contrario. En: AAVV, El voto en las sociedades y los concursos, Buenos Aires, Legis, 2007, pág. 206 y ss.; JUNYENT BAS, Francisco, En torno al concordato: a propósito de la sustitución subjetiva de los acreedores y la eventual validez de las cesiones de créditos y/o pagos por subrogación, Córdoba, Semanario Jurídico, Fallos y Doctrina, 2008-A, pág. 14.

transferencia— que autorizara a descartar la connivencia de éstos con el deudor¹⁸.

Así las cosas, es relevante hacer notar, que una vez presentada la solicitud de verificación de créditos por parte del acreedor originario, cualquier pago por subrogación efectuado por un tercero produce ciertas consecuencias¹⁹: *i*) en lo que hace a la sustitución procesal del acreedor por parte de quien hubiere pagado por subrogación, en el proceso concursal, ni el acreedor original —ya pagado y desinteresado de su crédito— ni quien pagó por subrogación tendrían derecho de voto en el acuerdo preventivo; y *ii*) dichos créditos y personas no debieran ser tomadas en cuenta para la base del cálculo.

Lo expuesto tiene razón de ser dado que, por una parte, el acreedor originario no es más acreedor pues ha sido desinteresado del crédito concursal y sólo ha podido transmitir el derecho de percepción del crédito. Adicionalmente, cuando el artículo 914 del CCC señala que se transmiten a quien pagara por subrogación todos los derechos del acreedor, esta expresión está referida —específicamente— a los derechos de percepción del reembolso de lo pagado exclusivamente, y no de los derechos de participación en el proceso concursal, pues ese derecho al acreedor originario se le extinguió y agotó en el mismo momento en el cual recibió el pago²⁰.

Por tanto, de admitirse los pagos parciales realizados por los pretensos subrogantes, la porción subrogada los hace tenedores, únicamente, del derecho al reembolso de lo pagado, es decir, a la percepción del dividendo concursal que pudiera corresponderles, pero no les concede derecho a voto respecto de la ínfima parte en que el acreedor ha sido subrogado.

Por lo expuesto, aun cuando se obligue al acreedor a recibir pagos parciales, los subrogantes carecen de todo derecho o facultad para expedirse respecto de la propuesta presentada, no teniendo incidencia para determinar la existencia de acuerdo.

Es claro que el acuerdo no puede ser obtenido en fraude a la ley, y si

18 CNCom, en pleno, "Translínea SA c/ Electrodine SA", LL, 1980-A-332; id., 19/6/80, "Difry SRL", 26/12/79, LL, 1980-C-78.

19 JNCom., N° 10, "Coop. De Vivienda, Crédito y Consumo Almirante Brown Ltda s/Concurso Preventivo", 30/04/2008.

20 VITOLO, Daniel Roque. *Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley*. Op. cit, pág. 345.

igualmente claro es que ese fraude concursal se configuraría si la propuesta fuera votada por quienes no revistieran la calidad de verdaderos acreedores, forzoso es concluir que, ante la aparición de un acreedor que ha devenido tal por subrogación o cesión, el juez debe extremar las medidas tendientes a evitar la consumación del fraude por tal vía. Y esto, no porque lo presuponga (a ese fraude), sino porque su experiencia judicial y su conocimiento de las cosas le pondrán en evidencia dos extremos: primero, que esos mecanismos –el pago con subrogación o la cesión de créditos– se presentan con la plasticidad ideal para sustituir al verdadero acreedor por otro que no tenga esa legitimación sustancial; y segundo que, al menos en nuestro país, no hay mercado para los créditos “defaulteados”, ni razones para suponer que esos créditos –en alto riesgo de quedar impagos o de sufrir una drástica reducción en su valor actual– se vuelvan, tras el concurso del deudor, súbitamente convenientes. Es verdad que la circunstancia de que muchas veces se haya configurado el fraude, no autoriza a suponer que él deba ocurrir necesariamente. Pero el solo hecho de que pueda existir, exige que la carga probatoria que corresponda la rinda el único que, en principio, se hallará en condiciones de rendirla, que es ese devenido acreedor por sustitución. No obstante esto –la necesidad de producir esa prueba– hallará otro obstáculo que impedirá que, aun así, ese acreedor pueda participar con su voto. Es que, el proceso concursal carece de carril ritual para producir dichas probanzas, lo cual conduce a que, con prescindencia de la cuestión teórica, el voto de ese acreedor deba ser descartado de todos modos por razones prácticas, cuales son las derivadas del hecho de que, siendo obligación del juez respetar estrictamente todos los plazos procesales (artículo 273 in fine LCQ), no podría el magistrado suspender el curso del proceso a efectos de permitir a ese acreedor cumplir con la carga de probar el interés que por tal vía pretende canalizar²¹. La sustitución importaría demorar la formación definitiva de la base de cómputo de las mayorías, demora incongruente con la necesaria rapidez del proceso concordatario²².

21 CNCom., Sala C, “Mandalunis Tomas Eduardo s/ Concurso Preventivo”. Op. cit.

22 OTAEGUI, Julio C., *Voto concordatario. Desplazamiento, vía y oportunidad procesal*. En: AAW. *El voto en las sociedades y los concursos*. Buenos Aires, Legis, 2007. pág. 194.

6. Análisis de la situación del subrogante

Por último, a fin de develar las ulteriores intenciones o intereses perseguidos por el tercero subrogante, es importante considerar su situación económica para ponderar la correlación entre el pago y la percepción del dividendo concursal, ya que como es sabido, normalmente el subrogante obtiene menos de lo que ha abonado para hacerse con el crédito concursal.

En este orden de ideas, particularmente esclarecedor resulta un fallo de la Sala B de la Cámara Nacional Comercial²³, al admitir la oposición de un acreedor del concurso, a la pretensión de un tercero que intenta subrogarse en sus derechos mediante la entrega de una suma de dinero a fin de cancelar el crédito verificado, y así participar en la votación de la propuesta de acuerdo. Ello así, en razón de una sumatoria de circunstancias que ponen en duda la solvencia del subrogante, a saber: a) el cotejo de sus declaraciones impositivas que refleja una inconsistencia con los fondos disponibles al momento de afrontar el pago del crédito verificado; b) la circunstancia de tener que pedir un préstamo bancario para pagar la deuda de otro, que confirma la ausencia de bienes suficientes –cuanto menos líquido disponible, o muebles o inmuebles de respaldo suficiente–; y c) el hecho de que la garantía de estos mutuos bancarios consistiese justamente en el mismo crédito verificado, lo que es un indicio grave, preciso y concordante, de que no tenía bienes para ofrecer en garantía. Todo ello conduce al Tribunal a proceder con suma cautela y prudencia, teniendo en cuenta que ante la duda sobre el origen de los fondos hay que optar por la desestimación de la pretensión subrogatoria, a los efectos precisamente de aventar el mínimo riesgo de un “tráfico de votos”, descalificado por razones obvias por la doctrina y que el Tribunal de ningún modo podría pasar por alto, en tanto no puede aseverarse que esté aventado del todo el riesgo de una distorsión del acuerdo.

Asimismo, la admisión de la oposición del acreedor del concurso, representante de casi la totalidad del pasivo verificado, contra la pretensión de un tercero de subrogarse en sus derechos, y ejercer el derecho a voto en la propuesta de acuerdo preventivo encontró fundamento, a su vez, en el hecho de que: a) el pretenso subrogante habría realizado una operación ruinosa (pagar por el crédito

23 CNCom., Sala C, “Mandalunis Tomas Eduardo s/ Concurso Preventivo”. Op. cit.

adquirido una suma muy superior a la que habría de obtener en el concurso); b) no conocía siquiera en qué consistía la propuesta concordataria; c) tampoco pudo explicar razonablemente cuál era el interés que lo guiaba, y, d) su incapacidad económica no permite presumir que la suma aplicada le haya sido efectivamente entregada en préstamo a su parte. Tal cúmulo de cosas basta largamente para otorgar razón de que la operación impugnada carece de toda verosimilitud, en términos tales que la tornan sospechosa de padecer el vicio que se le achaca.

7. Conclusiones

Si bien los acreedores deben soportar el proceso concursal de sus deudores, con la consiguiente obligación de aceptar, directa o indirectamente, una reducción de sus acreencias, no deben, bajo ningún concepto, tolerar maniobras que “extingan” sus créditos y permitan a los deudores salir airosos de sus descabros financieros.

Permitir que terceros –detrás de los cuales se encuentra indubitadamente el concursado– se subroguen ínfimamente en los derechos de los acreedores, constituye una desvergonzada violación a la indivisibilidad del voto, desconociendo el derecho que tiene todo acreedor a participar en la *aprobación* del acuerdo, el derecho a expresar su voluntad sin *condicionamientos*, el derecho a no adherir a la propuesta formulada, y el derecho a que su voto no sea excluido mediante mecanismos fraudulentos

El trámite de peticiones y escritos, fundamentalmente respecto de la maniobra descrita, no debe ser una rutina inconsciente a los ojos del magistrado. Dentro de estos tortuosos mecanismos, se encuentran derechos constitucionales en juego, y su respeto y tuición, son los que permitirán un equilibrio, no sólo jurídico, sino también económico y financiero.

8. Bibliografía

ARAYA, Tomás M. *La prioridad de los acreedores sobre los accionistas en el Chapter 11 del Bankruptcy Code y en la Ley Concursal Argentina*. En: *Derecho Concursal – Homenaje a Guillermo Mosso*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2004, pág. 39 y ss.

- CAMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la Quiebra*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1978, t. II, pág. 966.
- CNApel. Com., Sala B, "Fabricaciones textiles Argentinas S.A. s/Concurso Preventivo", 19/04/2010.
- CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Sud Atlántica Cia. de Seguros SA c/Aerolíneas Argentinas y otros s/ Faltante y/o avería de Carga Transp. Terrestre", 13/02/2013.
- CNCiv., "Stramandinoli, Gabriel G. y otro c/Venelli, Miguel A. y otro s/Ejecución Hipotecaria", 28/02/2003.
- CNCom., Sala B, "Carballo Juan Eduardo s/ Concurso Preventivo", 30/09/2015.
- CNCom., Sala C, "Mandalunis Tomas Eduardo s/ Concurso Preventivo", Voto de la Dra. Villanueva, 25/02/2014.
- CNCom, en pleno, "Tránslinea SA c/ Electroline SA", LL, 1980-A-332; id., 19/6/80, "Difry SRL", 26/12/79, LL, 1980-C-78.
- GAUNA, Omar y BREGLIA ARIAS, Omar. *Código penal y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*. 6a. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, Tomo II, arts. 150 a 306, pág. 258.
- JNCom., N° 10, "Coop. de Vivienda, Crédito y Consumo Almirante Brown Ltda s/Concurso Preventivo", 30/04/2008.
- JUNYENT BAS, Francisco. En torno al concordato: a propósito de la sustitución subjetiva de los acreedores y la eventual validez de las cesiones de créditos y/o pagos por subrogación. Córdoba, Semanario Jurídico, Fallos y Doctrina, 2008-A.
- Juz. Civ. y Com. Tandil, N° 3, "Soriano, Daniel Oscar s/ Concurso Preventivo", 25/09/2012.
- MORO, Carlos E. El voto concursal es intransferible. Buenos Aires, 4° Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, junio/2008.
- MORO, Carlos E. *El pago por subrogación no genera ope legis el derecho de voto en quien lo efectúa*. En: *Libro de ponencias del VI Congreso de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*. Rosario. T.I. pág. 541 y ss.
- OTAEGUI, Julio C., "Voto concordatario. Desplazamiento, vía y oportunidad procesal". En: AAVV. *El voto en las sociedades y los concursos*. Buenos Aires, Legis, 2007.
- RICHARD, Efraín H., "Voto o aceptación de propuestas concursales írritas: legitimación e interés contrario". En: AAVV. *El voto en las sociedades y los concursos*. Buenos Aires, Legis, 2007.
- S.C.J.M., Expte. N° 82.475, "Torres, Luis Oscar y Ots. en j° 8186/28.535 Abdala, Miguel E. p/ Conc. Prev. s/ Inc. Cas", 27/07/2005.
- STUPNIK, Andrés Ariel; STUPNIK, Sergio A. J.; STUPNIK, Martín G. El pago con subrogación y la cesión de crédito. Su aplicación en los procesos universales: doctrina societaria y concursal.

- Buenos Aires, Errepar, Tomo XVII, Edición N° 217, Diciembre 2005, pág. 1550 a 1561.
- TRUFFAT, Edgardo D. Despedida a la taxatividad del art. 45 de la LCyQ ma non troppo. ED 213-111.
- VITOLLO, Daniel Roque. *Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.
- VITOLLO, Daniel Roque. Transferencia de créditos en el concurso y sustitución concursal. L.L. 2006-F-1375.