



Poder Judicial de la Nación
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

SALA D

7669/2013 FOXMAN FUEGUINA S.A. s/ CONCURSO PREVENTIVO.

Buenos Aires, 18 de febrero de 2016.

1. La concursada apeló en fs. 2432 la decisión de fs. 2361, en cuanto rechazó su pedido de excluir a la AFIP del cómputo de mayorías regulado por el art. 45 de la ley 24.522.

Los fundamentos fueron expuestos en fs. 3158/3163 y respondidos en fs. 3333/3345 y 3348 por el organismo recaudador y por el síndico, respectivamente.

La Fiscal General ante la Cámara dictaminó a fs. 4102/4104 propiciando la confirmación de lo resuelto.

2. (a) Debe comenzar por señalarse que, como principio, la normativa concursal reconoce a todos los acreedores quirografarios la facultad de expresar su conformidad o disconformidad con relación a una propuesta de acuerdo que, por otra parte, debe ser expresiva de condiciones económicas similares para todos aquéllos o, cuanto menos, para quienes integran una misma categoría (arg. art. 43, segundo párrafo, LCQ).

Además, que aunque de manera excepcional se contemplan distintos supuestos de exclusión (art. 45, LCQ), ese elenco no tiene –como regla– carácter enunciativo sino taxativo (esta Sala, 12.11.12, “Tractores y Maquinarias S.A. s/ concurso preventivo”, entre muchos otros).

(b) Ahora bien, con específica referencia a la situación de los organismos de recaudación, se tiene reiteradamente dicho que, como la normativa fiscal relativa a planes de facilidades de pago para contribuyentes concursados

(Resolución General AFIP n° 970/01, texto actualizado por el Anexo II de la

Fecha de firma: 18/02/2016

Firmado por: JUAN JOSE DIEUZEIDE, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: JULIO FEDERICO PASSARON, SECRETARIO DE CAMARA



#23117211#139182532#20160218114622768

Resolución General AFIP n° 1705/04, o más actualmente la Resolución General n° 3587/2014) detalla la forma instrumental en que el deudor puede obtener la conformidad del ente durante el período de exclusividad, tales disposiciones no hacen más que presuponer la permanencia de dichos acreedores en el elenco de votantes (esta Sala, 24.9.08, “Señal Económica S.A. s/ concurso preventivo”, entre muchos otros).

En efecto, es que la exclusión implica una solución que, lejos de realizar una conciliación entre los textos legales implicados, dejándolos a todos con valor y efecto, y evitando darles un sentido que las ponga en pugna, tal como lo ordena la buena hermenéutica (CSJN, Fallos 310:192; 311:193; 312:1614; 321:793 y 2021; 327:5002, entre otros), ni siquiera tiene fundamento legal, porque no hay norma que la autorice.

Antes bien, como se dijo, la propia normativa en la materia se encarga expresamente de preservar el derecho de voto de la AFIP, lo que supone su necesaria incorporación al elenco de acreedores votantes; y aún más, lo hace sin contemplar como imperativo la aceptación, sino que sólo se refiere a los requisitos tendientes a que el Fisco pueda considerar la posibilidad de prestar conformidad (conf. Melzi, F. y Damsky Barbosa, M., *Régimen tributario de los concursos y las quiebras*, Buenos Aires, 2003, p. 219).

En los términos indicados, ciertamente la cuestión no pasa por discutir si el art. 45, LCQ tiene o no carácter taxativo, pues –como se adelantara– es evidente que lo tiene más allá de que algunas de las exclusiones que determina pudieran admitir una cierta interpretación extensiva en tanto se respete su *ratio legis* (que lo es, pura y exclusivamente, la exclusión del denominado voto complaciente), como podría ser el caso del concubino, por su asimilación a la situación del cónyuge; y más allá de que, eventualmente, puedan ser admitidas otras exclusiones con fundamento normativo distinto.

Pero tratándose de la situación de la AFIP, su exclusión del voto significaría una abrogación de la ley, pues condicionaría la participación de dicho acreedor a la exclusiva voluntad del concursado, quien lo eliminaría del elenco de los votantes con solo no categorizar especialmente al respectivo crédito fiscal.

A la vez, ello importaría incumplimiento de las previsiones del art. 45,

Fecha de firma: 18/02/2016

Firmado por: JUAN JOSE DIEUZEIDE, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: JULIO FEDERICO PASSARON, SECRETARIO DE CAMARA



#23117211#139182532#20160218114622768

LCQ, que requiere considerar la suma "total" de los créditos verificados y declarados admisibles.

En definitiva, receptar la solicitud de exclusión de que se trata significaría en la práctica conculcar el derecho "más legítimo" reconocido en favor del acreedor concurrente, cual es, otorgar o no su conformidad a la propuesta de su deudor (CNCom, Sala A, 8.3.12, "EPSA Electrical Products SAIyC s/ concurso preventivo"), extremo que no puede convalidarse.

(c) En tales condiciones, y tal como ha sido decidido en casos análogos, la mejor solución será entonces proceder a la categorización *ex officio* del crédito fiscal quirografario de la AFIP, con la finalidad de posibilitar al deudor acordar libremente con el resto de sus acreedores quirografarios, y paralelamente permitirle cumplir las exigencias de dicho organismo fiscal sin poner en riesgo la solución preventiva (esta Sala, 24.9.08, "Señal Económica S.A. s/ concurso preventivo", entre muchos otros).

En otras palabras, aunque por incuria del deudor en ocasión de la categorización el acreedor de que se trata ha quedado dentro de la categoría genérica de los acreedores comunes, lo que corresponde es sujetarlo unilateralmente a un esquema que permita aplicar la normativa fiscal.

Por cierto, no debe verse en la categorización *ex officio* del Fisco un exceso por parte de los tribunales. Ello es así porque, de acuerdo a la doctrina del art. 42 de la ley 24.522, pueden los jueces, según su leal saber y entender, rechazar las categorías propiciadas por el deudor que sean irrazonables y reordenar los acreedores en otras categorías propuestas, o bien fijar categorías nuevas a los mismos fines, sin que la fijación por el juez de una nueva categoría constituya un exceso de sus facultades susceptibles de nulidad (conf. Heredia, P., *Tratado exegetico de derecho concursal*, t. 2, p. 39, Buenos Aires, 2000).

Como lo señaló esta Sala, con anterior integración al conocer en un recurso de apelación deducido contra una sentencia que había impuesto oficiosamente una categoría de acreedores, si el juez debe dictar resolución fijando "definitivamente" las categorías y los acreedores en ellas comprendidos, y si antes de ese acto jurisdiccional el síndico debe emitir "opinión fundada" sobre ese agrupamiento de acreedores, parece que esa opinión del funcionario



puede disentir con la propuesta del concursado, y que el ulterior juicio del magistrado puede coincidir con una, con otra, o *con ninguna* (conf. CNCom. Sala D, 30/3/99, “Listas Argentinas S.A. s/ conc. prev. s/ incid. apel. art. 250 CPCC”).

Por lo demás, la Sala A de esta Cámara de Apelaciones ha admitido expresamente la facultad que tienen los jueces de imponer al concursado una nueva clasificación, cuando ello es coherente con la posición previamente asumida por aquél (conf. CNCom. Sala B, 30.9.03, “Correo Argentino s/ concurso preventivo”, en RDCO, n° 207, p. 757, con nota de Molina Sandoval, C., *Facultades del juez concursal en la categorización de acreedores*), situación que típicamente se presenta en el caso de ausencia de categorización de la AFIP por haber anticipado el deudor su voluntad de acogerse al plan de pagos regulado por la normativa en la materia.

Debe observarse, a todo evento, que la situación del Fisco puede ser considerada como una categoría legal especial, no explicitada por la ley de fondo pero tipificada por una norma particular. Y, por lo demás, como también lo ha señalado esta Sala, la posición tabulada que, a partir de la dicha normativa, mantiene la AFIP en el concurso preventivo del contribuyente, justifica una categoría única para este acreedor, que carece de flexibilidad negocial para el arribo a un acuerdo que compatibilice las posibilidades financieras y económicas de la concursada, con el interés del acreedor en percibir el crédito (conf. CNCom. Sala D, 28.5.04, “Bodo de Saphir, Marta Inés s/ concurso preventivo”).

Análogamente, se ha observado que la categorización *ex post* de la AFIP constituye una solución menos cruenta que la “exclusión de voto” en virtud de que esta última conculca un derecho esencial, cual es el de formar parte de la “voluntad” que acuerda o rechaza la solución concursal, mientras que la categorización tiende a preservar la solución concursal, pero permitiendo que el acreedor vote en categoría separada (conf. Barreiro, M., *Modificabilidad de la categorización de los créditos (¿Hay categorización después de la categorización?)*, Revista de Derecho Concursal Zeus, t. III, p. 47, espec. p. 80, Rosario, 2000). Y si bien esta última opinión alude a una categorización *ex post* a pedido de parte, no se advierten razones para no disponerlo de oficio si, como ocurre en la especie, ello no coloca al deudor en situación de afrontar un

Fecha de firma: 18/02/2016

Firmado por: JUAN JOSE DIEUZEIDE, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: JULIO FEDERICO PASSARON, SECRETARIO DE CAMARA



#23117211#139182532#20160218114622768

compromiso económico que no ha elegido afrontar.

En fin, no puede juzgarse improcedente la existencia de categorías “unipersonales”, siendo por el contrario fundado y razonable, aunque excepcional, crear una categoría de ese tipo para poder hacer valer en ella una propuesta de pago diferenciada, solución que especialmente ha sido propiciada respecto de la AFIP (véase en este sentido: Rubín, M., *Categorización, propuestas de acuerdo preventivo y atribuciones del juez del concurso*, LL 2000-E, p. 1015; Tercer Juzg. Proc. Conc. y Reg. Mendoza, 7/7/03, “Only S.A. s/ quiebra, hoy concurso preventivo”, fallo del juez Guillermo Mosso).

De allí que, en virtud de las consideraciones expuestas y con tal alcance, habrá de admitirse la proposición recursiva de que se trata; distribuyendo los gastos causídicos por su orden, en atención a que se trata de una cuestión debatida doctrinaria y jurisprudencialmente (art. 68 párr. 2º, Código Procesal).

5. Por ello, y oída la Fiscal General ante la Cámara, se **RESUELVE**:

Con el alcance precedente, admitir la apelación de fs. 2432; con costas por su orden.

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), notifíquese a la Fiscal en su despacho y devuélvase sin más trámite, confiándose a la magistrado de primera instancia proveer las diligencias ulteriores (art. 36 inc. 1º, cód. procesal) y las notificaciones pertinentes. **Es copia fiel de fs. 4117/4119.**

Juan José Dieuzeide

Gerardo G. Vassallo

Pablo D. Heredia

Julio Federico Passarón

Secretario de Cámara

Fecha de firma: 18/02/2016

Firmado por: JUAN JOSE DIEUZEIDE, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: JULIO FEDERICO PASSARON, SECRETARIO DE CAMARA



#23117211#139182532#20160218114622768