

**EXCLUSIÓN DEL CÓMPUTO DE LAS MAYORÍAS - LA PARTICULARIDAD DE LOS CRÉDITOS FISCALES**  
**Javier AMUCHÁSTEGUI - Leonardo MENESCARDI**

**Resumen:** La exclusión del cómputo de ciertos acreedores a los fines del voto de la propuesta de acuerdo es un instituto cuyo fin tuitivo es proteger a la masa de acreedores, evitando votos cuya motivación tenga fines extra crediticios. Al tener carácter prohibitivo, la interpretación del artículo que la prescribe, debe necesariamente ser restrictiva. Sin embargo, por la colisión entre el ordenamiento jurídico concursal y el fiscal, se presenta en jurisprudencia la posibilidad de excluir del cómputo a los acreedores fiscales; ello en procura de obtener la aprobación del acuerdo preventivo.

**Palabras claves:** Concurso Preventivo - Exclusión - Créditos Fiscales - Categorización.

**Abstract:** The exclusion of the calculation of certain creditors to vote for the proposal of the agreement is a legal tool the protective end of which is to secure the body of creditors, by avoiding votes with motivation for non-claim-related ends. Since it has prohibitive character, the interpretation of the section it prescribes shall necessarily be restrictive. However, in case law, the possibility to exclude the tax creditors from the calculation is presented; that to ensure obtaining the preventive agreement's approval.

**Key Words:** Preventive Contest - Exclusion - Tax Credits - Categorization.

## A. INTRODUCCIÓN

El “Concurso Preventivo” en el ordenamiento jurídico argentino es una de las herramientas más importantes y contundentes con las que cuentan las personas -sean de existencia visible o de existencia ideal- que se encuentran en dificultades económicas o financieras a los fines de salvaguardar su patrimonio y poder hacer frente a las deudas contraídas.

Es a través del referido proceso donde el deudor “concurtido” intenta arribar a un acuerdo “Acuerdo Preventivo” con la mayoría de sus acreedores, y que, una vez homologado produce efectos *erga omnes*, es decir, produce efectos para la totalidad de los acreedores del concursado, hayan prestado la conformidad al acuerdo o se hayan opuesto. Ello, con el objeto de evitar la quiebra y la consecuente liquidación forzosa de todos sus bienes.

Para la obtención del acuerdo, el concursado debe lograr las conformidades de la masa crediticia compuesta de los acreedores quirografarios con derecho a voto, la cual buscaremos delimitar en presente trabajo. Con este fin, analizaremos las reglas y excepciones dentro del proceso en cuestión, requisitos, exclusiones, condiciones y efectos del sistema.

Para ello, en primer lugar, analizaremos la “Masa Crediticia”, en cuanto al concepto, requisitos y su propia naturaleza.

Una vez afianzado el mismo, procederemos a desmenuzar el “Cómputo de las Mayorías”, es decir, cómo se computa el voto de los acreedores a través de la exigencia de la doble mayoría (de acreedores y capital).

Para poder cumplir con dicho fin, ineludiblemente deberemos examinar cuáles acreedores tienen derecho a votar y cuáles son los acreedores que por expresa disposición legal se encuentran excluidos del cómputo, es decir, aquellos que pese a haber verificado su crédito en tiempo y forma, no pueden ejercer libremente su derecho al voto porque así lo indica la norma.

Capítulo aparte merece analizar si la disposición legal que excluye a ciertos acreedores los enumera en forma taxativa o enunciativa.

Seguidamente, expondremos la posibilidad -pretoriana- de la que han empezado a valerse los concursados, esto es, la de solicitar la “Exclusión del Cómputo de las Mayorías” a los acreedores hostiles y a los fiscales.

Con relación a los primeros, tanto la doctrina como la jurisprudencia son pacíficas en torno a los supuestos y requisitos para que se configure esta exclusión, y los efectos que la misma acarrea.

En referencia a los segundos, vemos que estos pedidos son generalmente fundamentados por aplicación análoga de las exclusiones legales y las razones que las justifican. Pero también son sustentados en la naturaleza misma de los acreedores en cuestión (Fisco Nacional, Provincial o Municipal) y la imposibilidad de éstos de poder votar en forma favorable a quitas o esperas. Dicha imposibilidad produce una colisión entre el ordenamiento jurídico fiscal y el concursal, y es justamente la causa por la cual (reiteramos, pretorianamente), se fue admitiendo esta solución.

Analizaremos en consecuencia la jurisprudencia reciente en la materia, examinando la doctrina judicial y los efectos que genera esta exclusión de los acreedores fiscales del cómputo de las mayorías, para llegar a una conclusión sobre si resulta conveniente su admisión o no.

Esperamos humildemente que el presente trabajo brinde la información necesaria para que los lectores se interesen en la materia tratada, y que de este modo la conclusión a la que arribemos sea el punto de partida para su profundización y nuevos estudios.

## **B. MARCO TEÓRICO**

### **1. Masa crediticia**

La “Masa Crediticia” es el conjunto de acreedores quirografarios que se encuentran habilitados para emitir un voto válido, con relación a una propuesta de acuerdo ofrecida por el concursado, los cuales son tenidos en cuenta para la configuración de las mayorías (de capital y de persona) para que el acuerdo pueda ser homologado.

Entendemos por “Acreedor Quirografario”, aquel acreedor que posee un crédito común, esto es, un crédito sobre el que no se le reconoce privilegio alguno, conforme lo prescribe el art. 248 de la Ley de Concursos y Quiebras (L.C.Q.).

Este carácter de “Acreedor Quirografario”, habilitado para emitir voto válido a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor concursado, surge de la conjunción de dos normas que integran el ordenamiento jurídico concursal.

En efecto, mediante la aplicación de las mismas se determina el elenco de acreedores legitimados para participar en el trámite de la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo formulada por el concursado.

La primera de ellas es el art. 36 L.C.Q., que reza:

**“ARTÍCULO 36.- Resolución judicial.**

*Dentro de los DIEZ (10) días de presentado el informe por parte del síndico, el juez decidirá sobre la procedencia y alcances de las solicitudes formuladas por los acreedores. El crédito o privilegio no observados por el síndico, el deudor o los acreedores es declarado verificado, si el juez lo estima procedente.*

*Cuando existan observaciones, el juez debe decidir declarando admisible o inadmisibles el crédito o el privilegio.*

***Estas resoluciones son definitivas a los fines del cómputo en la evaluación de mayorías y base del acuerdo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.***” (lo resaltado nos pertenece).

Esta norma se complementa con el art. 45 L.C.Q. que prescribe:

**“ARTÍCULO 45.- Plazo y mayorías para la obtención del acuerdo para acreedores quirografarios.**

*...La mayoría de capital dentro de cada categoría se computa teniendo en consideración la suma total de los siguientes créditos:*

- a) Quirografarios verificados y declarados admisibles comprendidos en la categoría;*
- b) Privilegiados cuyos titulares hayan renunciado al privilegio y que se hayan incorporado a esa categoría de quirografarios;*
- c) El acreedor admitido como quirografario, por habersele rechazado el privilegio invocado, será excluido de integrar la categoría, a los efectos del cómputo, si hubiese promovido incidente de revisión, en los términos del artículo 37.”*

En consecuencia, para que un acreedor quirografario pueda emitir válidamente su voto, deberá en ser verificado o admitido como tal; o bien ser un acreedor privilegiado y haber renunciado a tal privilegio (siendo indiferente si tal privilegio es general o especial).

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, determinado sector de la doctrina entiende que existen otros acreedores que eventualmente se puedan incorporar al proceso con posterioridad a la resolución verificatoria y antes del fin del período de exclusividad (v.gr., por vía de verificación tardía o resolución de recurso de revisión); y que estos acreedores puedan ser incluidos en la masa crediticia a los fines del cómputo de las mayorías, pese a no encontrarse verificados o admitidos en la sentencia de verificación.

Entre ellos, se observan diversas posturas:

- 1) Una corriente<sup>791</sup> entiende que deben computarse a estos acreedores para el cálculo de las mayorías siempre y cuando su incorporación no haga peligrar la aprobación del acuerdo.

---

791 HEREDIA, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal. Tomo 2. Ed. Abaco, Buenos Aires, 2000. Este autor sostiene: “Los acreedores con verificación tardía son computables en tanto su incorporación no perjudique o ponga en peligro la obtención de las mayorías. en este sentido, un fallo resolvió que no es posible computar a un acreedor con

2) Algunos autores<sup>792</sup> admiten su participación en la votación siempre que logren ser reconocidos antes del dictado de la resolución de categorización prevista en el art. 42 L.C.Q.

3) Por último, otra posición expresa que sólo gozarán del derecho a voto aquellos acreedores que hayan obtenido su reconocimiento por las vías extraconcursoales autorizadas en el art. 21 de la ley 24.522, siempre antes del dictado de la resolución de categorización.

Por nuestra parte, y sin intención de analizar la justicia y/o coherencia del sistema legal en el que nos encontramos, sostenemos que no existe posibilidad alguna de ampliar la masa crediticia fijada en forma tajante por nuestro ordenamiento jurídico concursal. La claridad y contundencia del texto legal del art. 36 L.C.Q. transcripto precedentemente, no resistiría el menor análisis. Es que en forma expresa indica que la Sentencia de Verificación de Créditos resuelve en forma definitiva a los fines del cómputo de las mayorías. No deja entonces laguna legal alguna que permita (por la vía que sea) la incorporación de nuevos acreedores con derecho a voto.

El ingreso a esta “masa crediticia” otorga a los acreedores el derecho a voto, entendido como la *libre expresión de los acreedores*. Como ilustra la jurisprudencia, “una vez establecido el derecho de los acreedores a sus acreencias sean computadas como base para el cálculo de las mayorías, es claro que tanta protección jurisdiccional merece el derecho a aprobar una propuesta concordatoria como la facultad de rechazarla, en tanto, dado que cada acreedor se encuentra en completa libertad de decidir si concede o no al deudor las ventajas que éste requiere para superar su estado de insolvencia, aparece como manifiesto que es tan respetable su derecho a adherir a la oferta efectuada como su opuesto” (CNCom, Sala A, 8/3/12, EPSA Electrical Products SAlyC s/ concurso preventivo”. *el Dial*, AA7624).

## 2. Régimen de la mayoría.

Una vez definida entonces la masa crediticia, y ya en la etapa procesal llamada “Período de Exclusividad”, los acreedores quirografarios verificados y declarados admisibles se convierten en los verdaderos protagonistas del Concurso Preventivo.

Ello debido a que el deudor está “obligado” a conseguir la aprobación de una propuesta de acuerdo de pago con ellos.

Si no logra este cometido en el plazo fijado en el art. 43 L.C.Q., el juez concursal se verá forzado a declarar la quiebra indirecta del concursado o, si correspondiera, resolverá la apertura del trámite previsto en el art. 48 de la ley 24522.

La aprobación de la propuesta de pago otorgada por los acreedores quirografarios debe contener los siguientes requisitos *sine qua non*:

- 1) consistir en una manifestación de voluntad individual;
- 2) presentarse por escrito, en un instrumento público o privado con firma certificada (sea ante un escribano o una autoridad judicial competente);

---

verificación tardía lograda a poco tiempo del vencimiento del plazo de exclusividad, pues ello altera la planta de acreedores con los cuales el concursado ha negociado en ese período, lo que pone en riesgo el logro de las mayorías”.

792 VAISER, Lidia, Categorización de acreedores. Algunos conflictos que se suscitan durante el período de exclusividad. En LL, 1998-C-1252. Esta autora expresa: “no existiendo óbice legal a tal efecto, los acreedores que se incorporen al pasivo antes del vencimiento del período de exclusividad, integran la base de cómputo de las mayorías que concurren a la aprobación del acuerdo, siempre que tal situación se verifique antes de la oportunidad prevista en el art. 42”.

3) suscribirse con fecha posterior a la última propuesta o modificación realizada por el concursado;

4) presentarse en el expediente antes del vencimiento del período de exclusividad o, en su caso, de prórroga;

Recapitulando entonces, para poder obtener la aprobación de la propuesta de acuerdo, el concursado debe acompañar al juzgado (por escrito, insistimos) el texto de la misma con la conformidad de la mayoría absoluta de los acreedores que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de cada categoría.

Es decir, se exige una doble mayoría: por un lado, mayoría absoluta de acreedores, y por otro lado, la mayoría “de capital”, la que se calcula sobre la suma total de los créditos cuya titularidad corresponda a las personas que votaron favorablemente, y que debe representar mínimamente, las dos terceras partes del capital verificado.

A su vez, la norma prescribe que estas mayorías deben lograrse dentro de cada una de las categorías (si es que el concursado hubiera categorizado a sus acreedores).

Tal como fuera expuesto precedentemente, nos referimos siempre a los acreedores que culminaron la verificación tempestiva y que fueron declarados verificados o admisibles en la Sentencia de Verificación de Créditos del art. 36 L.C.Q.

Para lograr la mayoría de acreedores, el cómputo es por persona. Es decir, aún si tuvieran más de un crédito verificado o admitido, se considera un único voto por cabeza.

La mayoría es adquirida cuando se obtiene la conformidad de más de la mitad de los acreedores verificados o declarados admisibles en todas las categorías.

Por su parte, la base para calcular la mayoría de capital se obtiene sumando el capital de todos los créditos cuyos titulares tengan derecho a voto.

Por ende, corresponde contar la suma total de capital de los créditos quirografarios verificados y declarados admisibles en la Sentencia de Verificación del art. 36 L.C.Q. (si hubiera categorización, en cada una de las categorías), así como también los créditos que hubieran renunciado a su privilegio, conforme fuera explicitado con anterioridad.

Para calcular la mayoría de capital, a diferencia de la mayoría de los acreedores, nuestro ordenamiento jurídico exige que sea compuesta mínimamente por las dos terceras partes del total del capital que se compute en cada categoría.

Como fácilmente se colige, resulta una mayoría más agravada en comparación con la exigida de acreedores.

Tal como hemos transcripto precedentemente, a tenor de lo dispuesto por el art. 45 inc. c) L.C.Q., se excluye del cómputo aquellos acreedores que, habiéndoseles rechazado el carácter privilegiado, fueron verificados como quirografarios y hubieran incoado el incidente de revisión prescripto por el art. 37 L.C.Q.

### **3. Exclusiones legales para votar la propuesta.**

En nuestro ordenamiento concursal, además de la exclusión antes referida, se prevé un supuesto de acreedores que son excluidos del cómputo de las mayorías requeridas para alcanzar la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo, por expresa prohibición legal.

Es decir, que pese a haber insinuado su crédito por la vía tempestiva ordinaria, haber sido verificado o declarado admisible el mismo en la Sentencia de Verificación respectiva, y por ende, haber sido incorporados al pasivo concursal, se encuentran vedados de votar (sea por la afirmativa o por la negativa) sobre la propuesta de acuerdo ofrecida en tiempo y forma por el concursado.

Tales exclusiones se fundan en la existencia de un vínculo de índole familiar con el deudor o en el caso de sociedades, a sus socios y administradores y en la idea de que dicha circunstancia afectará la decisión de los acreedores al momento de evaluar el ofrecimiento del concursado, ya que es probable que se inclinen por favorecerlo y deleguen la defensa de la integridad del pago de su propia acreencia en desmedro del resto de los acreedores. No obstante las opiniones contrarias, la exclusión de voto goza de plena vigencia al estar contemplada en el art. 45 de la L.C.Q.<sup>793</sup>.

De esta manera, se evita que los acreedores que se encuentren inducidos a votar en determinado sentido, lo puedan realizar.

El fin tuitivo de nuestro ordenamiento jurídico concursal es asegurar que la aprobación o el rechazo de la propuesta de acuerdo sea únicamente el resultado del voto efectuado con discernimiento, intención y voluntad de cada uno de los acreedores; esto es, sin vicio ni intencionalidad oculta alguna.<sup>794</sup>

Así, la norma aludida expresamente señala:

*“ARTICULO 45.- Plazo y mayorías para la obtención del acuerdo para acreedores quirografarios.*

*...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...”*

Siguiendo la clasificación elegida por el maestro Heredia, podemos distinguir según se trate de “Exclusiones en el concurso de personas físicas” y de “Exclusiones en el concurso de sociedades” (o “Exclusiones en el Concurso de personas de existencia visible y Exclusiones en el Concurso de personas de existencia ideal” según el art. 31 del Código Civil y Comercial argentino).

a) Exclusión en el Concurso de Personas de Existencia Visible.

El primer excluido es el cónyuge del concursado. La Ley de Concursos y Quiebras nada prescribe acerca de las uniones convivenciales; es que, por una cuestión temporal, esta figura apareció en nuestro Ordenamiento Jurídico, con posterioridad al texto actualizado de la Ley 24.522; por lo que su prohibición o no, presenta alguna duda en la doctrina (como lo era el concubinato).

Sin embargo, e interpretando restrictivamente la prohibición, entendemos que, no habiendo vínculo familiar o sociedad conyugal entre ellos, tal como expresamente requiere la norma en cuestión, no se encuentran proscritos para votar. Ello aún cuando la propia naturaleza y aristas de una unión convivencial, la asemejen a un matrimonio.

---

793 DI TULLIO, José Antonio, PRONO, Patricio M. y USANDIZAGA, Manuel, Tratado de Derecho Civil y Comercial, Ed. LA Ley, Buenos Aires 2017, Tomo X Concursos y Quiebras, pag. 487/488.

794 HEREDIA, Pablo D., op. cit., pág. 108.

Así también, la norma incluye dentro de los excluidos a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos.

Esta formulación contradujo la normativa del antiguo Código de Comercio, hoy derogado por ley 26.994, que habilitaba el voto de dichos acreedores, pese al parentesco aludido, aduciéndose que la moral y las relaciones de familia no se hallaban comprometidas, debiendo primar el derecho de voto de su calidad de acreedores.

En consecuencia, la regulación de la exclusión mereció críticas de la doctrina, que interpretó que tanto la legislación italiana que había incorporado igual modificación, como la argentina, carecen de fundamento y son fruto de un temor de probable parcialidad, que constituyen verdaderas “sensiblerías”, pues el mismo fundamento existe en los lazos de amistad, que muchas veces obligan más desinteresadamente que los de parentesco.

Más allá de este criterio, lo real y cierto es que no puede negarse que las relaciones familiares establecen vínculos de afecto que limitan la libertad de la persona, y aquí debe verse el fundamento de la prohibición.

Dicho de otro modo, tales acreedores, por su situación personal, carecen de libertad para decidir entre aceptar o rechazar la propuesta, presumiendo la ley que el interés del acreedor excluido sería favorecedor al deudor, aún con la salvedad puntualizada por Quintana Ferreyra en orden a que lo que está de por medio es la tutela de la relación familiar<sup>795</sup>.

En resumen, serían dos las razones por la cual el legislador excluye este tipo de acreedores. Por un lado, el legislador presupone la parcialidad del acreedor vinculado por lazos de familia, la cual iría en desmedro de la restante masa de acreedores. Por otro lado, elige priorizar las relaciones de familia por sobre las relaciones comerciales.

Finalmente, también se excluye a los cesionarios dentro del año anterior a la presentación del concurso.

Dicha prohibición no tiene su sustento en el ámbito familiar y que, por lo tanto, el interés del acreedor se presume sea favorecer al deudor, sino que tiene su correlato en la disposición expresa de nuestro derecho de fondo (Código Civil y Comercial), el que en su art. 399 (antiguo art. 3270 C.C.) expresa:

*“ARTÍCULO 399.- Regla general. Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas.”*

Es decir que la causal de exclusión, en este caso, se explica por los alcances propios del derecho transmitido: Si el cedente de un crédito no puede votar, pues el cesionario de dicho crédito no podrá ejercer este derecho tampoco.

También podría adunarse que la proximidad temporal entre la cesión y la fecha de presentación en concurso, pondría en tela de juicio el accionar de las partes (un acto de disposición dentro de una suerte de “período de sospecha”), que a través de una cesión se pueda o bien multiplicar un crédito (obteniendo así mayor cantidad de votantes) o bien permitir la inclusión de dicho acreedor cuando el cedente no hubiera podido votar.

---

795 JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A.; Ley de Concursos y Quiebras - 24.522- Comentada y Actualizada Según las Leyes 24.760, 25.113, 25.374, 25.563, 25.589, 26.086, 26.684, 27.170 y el Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires 2018, Cuarta Edición, Tomo I, pág. 357.

No resulta en vano aclarar que resulta indispensable que el instrumento de cesión de créditos tenga fecha cierta, todo a los fines de poder establecer, en forma fehaciente, el transcurso o no del plazo del año en cuestión.

b) Exclusión en el Concurso de Personas de Existencia Ideal.

El segundo apartado del art. 45 puntualiza que tratándose de concurso de sociedades no se computan los votos de los socios, administradores y acreedores que se encuentren respecto de ellos en la situación del párrafo anterior (relación de parentesco o cesionarios).

La razón de la prohibición resulta en que tales personas se encuentran influenciados para accionar en determinado sentido, por motivos ajenos a los de los demás.

Corresponde, sin embargo, distinguir por un lado los socios y administradores, por el otro los acreedores parientes, y por último los controlantes.

Respecto de los socios y administradores, se excluye ya que se trataría de un “*Auto Voto*”, es decir, que la sociedad estaría votando a sí misma. Su status como integrantes de la sociedad, genera que la eventual decisión se encuentre inducida por intereses extracreditarios, ajenos al resto de los acreedores.

No se trata de que exista un interés contrario, tampoco una relación conveniente, sino, lisa y llanamente, que quienes integran la sociedad, por la relación existente, no tienen la libertad para emitir el voto.

Respecto de los acreedores que sean parientes de los socios o administradores, las razones son las expuestas en el apartado anterior.

Ahora, la prohibición no alcanza a los accionistas, atento a que la relación con la sociedad de capital no es de tinte personal, salvo, claro está, que no se trate de un administrador.

Ello, excepto que se trate de “controlantes” caso en el cual, si se excluye el voto, pero por su propia naturaleza.

Es que en el caso que el acreedor accionista sea a la vez controlante de la sociedad concursada, genera que, ante la existencia de tal control a su cargo, surja un interés extraño, y por lo general opuesto al netamente patrimonial que deriva del crédito que pueda tener en contra de la sociedad. Es decir, nuevamente aparece en la órbita de la exclusión el “elemento personal” que pone en tela de juicio, con un manto de sospecha, la verdadera intención del voto.

Pues bien, en el caso de los grupos societarios, para que se configure la exclusión, la ley prevé dos requisitos: a) que sea accionista, y b) que al mismo tiempo sea controlante.

Este precepto prevé situaciones de control entre empresas, entendiendo que la participación de una empresa controlante puede ir en desmedro de la masa de acreedores, votando en contra de sus intereses.

Este precepto ha sido duramente cuestionado por la doctrina, pues no contempla en su integridad la realidad “grupal” (como fenómeno asociativo entre empresas) y sólo excluye a la “accionista controlante”; no sólo deja afuera al controlante indirecto, sino que- además- nada dice de las “empresas controladas”.

Esta interpretación respecto del control indirecto resulta realmente llamativa, pues se contrapone con la propia caracterización del control que se realiza el estatuto falimentario en el art. 161, inc. 2, al reglar la extensión de la quiebra al controlante, ya que en dicha norma, al definir



qué se entiende por persona controlante, en el apartado a) expresamente la ley refiere tanto al control directo como al indirecto, señalando que alcanza a quien “en forma directo o por intermedio de una sociedad a su vez controlada posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social.

De tal modo, el controlante indirecto de derecho podría ser excluido de la votación, atento a que el propio ordenamiento concursal admite que sea sujeto de extensión de la quiebra.

En ambos casos la prueba del impedimento puede lograrse de dos formas. El síndico puede advertir al formular el informe individual del art. 35 L.C.Q., y adelantar opinión al respecto acerca de la prohibición de voto de tal o cual acreedor. En caso de que no fuera así, cualquier parte interesada podrá alegar la causa de exclusión, debiendo aportar la prueba de las circunstancias acreditativas del impedimento respectivo. Así, por ejemplo, tratándose del concurso de persona de existencia física, incumbirá al denunciante la rendición de la prueba relativa a la relación de parentesco que se alegue. La resolución que prohíbe el ejercicio del derecho de voto es irrecurrible (art. 273, inc. 3°, L.C.Q.)<sup>796</sup>.

#### **4. Carácter taxativo o enunciativo de las exclusiones legales.**

Respecto a estas exclusiones, una de las discusiones radica en si esta enumeración es de interpretación restrictiva y en consecuencia la enumeración es taxativa, o si por el contrario esas exclusiones legales son de carácter enunciativas, por lo que podrían ampliarse en situaciones donde se corrobore alguna situación abusiva que esté en sintonía con el objeto la norma citada.

En general la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se inclina por la taxatividad de la norma legal y defienden la postura que niega la posibilidad de crear o ampliar a otras causas de exclusión mediante una interpretación extensiva.

Como bien lo sostiene la Dra. Villanueva<sup>797</sup>, “... al tratarse de la privación de un derecho inherente a la calidad de acreedor concursal, la disposición que analizamos es de interpretación restrictiva, lo que obsta a extender, por analogía, a otros supuestos la inhabilitación que ella establece. Ello sin perjuicio de destacar que tal interpretación no obstó a que, por vía jurisprudencial, se resolviera - bajo la vieja ley- que resultaba inadmisibles que cada una de las sociedades integrantes del mismo conjunto económico votaran en las juntas de las otras.”

En este sentido se expresa que la ley concursal determina ciertas exclusiones para el cómputo de las mayorías, y como estamos antes una situación de excepción, la ley debe interpretarse como taxativa en este punto y, con un criterio de restricción que debe imperar, no podrá extenderse la prohibición legal a otros supuestos no previstos legalmente.

Entiende Chomer que esta es la interpretación ineludible que surge de *lege data*, pero en atención a la historia jurisprudencial que fue admitiendo otros casos de exclusiones no contemplados legalmente -que dieron lugar a que las posteriores reformas concursales lo incluyeran dentro de las prohibiciones- y a que la ley actual también falla al respecto, sería conveniente, de *lege ferenda*, que se deje un margen discrecional al juez para resolver al respecto cuando la participación en el cómputo de las mayorías se vea afectada, ya sea por la conveniencia personal del acreedor en que el deudor logre el acuerdo o por la renuencia de aquél a prestar

---

796 HEREDIA, Pablo D., op. cit., pág. 113/13.

797 VILLANUEVA, Julia, Concurso Preventivo, Ed. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires 2003, T I, pág. 45 ss.

conformidad en virtud del ejercicio desleal de competencia, a fin de lograr siempre la imparcialidad<sup>798</sup>.

Como siempre, de manera notable y aún de *lege data*, MAFFIA advertía la situación, expresando que, si la ley no vio el problema y no contempla alguna situación de prohibición que implique excluir a un acreedor del cómputo de las mayorías, “la jurisprudencia puede optar entre consentir esa situación lata o buscarle remedio”, contemplando la regulación legal, no arrogándose competencia legislativa, sino adoptando la decisión justa, con la argumentación de su fundamento basado en la ley, principio general del derecho o criterio seguido para resolver<sup>799</sup>.

Dicho esto, advertimos, que más allá de las opciones doctrinarias que en su mayoría pregona la taxatividad de la norma, existen casos en los cuales la exclusión se admite sin tener una regulación expresa, ni en el artículo antes transcrito, ni en otra normativa de igual jerarquía.

Ello, por cuanto se entiende que si bien la función del Juez no es la de “legislar”, incorporando nuevas clases de exclusión a las ya mencionadas, tampoco debería soportar actitudes que vulneren la moral y buenas costumbres, o que importen un ejercicio abusivo del derecho.<sup>800</sup>

Y es en virtud de ello que, en la actualidad, pretorianamente el *numerus clausus* de las exclusiones se ha ampliado con dos tipos de acreedores más: por un lado, el llamado “Acreedor Hostil” y, por otro lado, el “Acreedor Fiscal”, el que se analizará en forma detallada atento a las particularidades que presenta y ser el objeto principal del presente trabajo.

##### **5. Exclusión del acreedor hostil.**

Tal como sostuvimos *supra*, la figura del “Acreedor Hostil” es de creación doctrinaria y jurisprudencial, introducido de esta forma en la materia que estamos tratando, con el objeto insistimos, de proteger no sólo el interés del propio concursado, sino también de la masa de acreedores, quienes, en forma indirecta, pueden verse afectados ante una eventual quiebra del deudor.

El llamado “Acreedor Hostil” es aquel acreedor que, por razones de enemistad o enojo, tiene como única intención votar en forma negativa a cualquier propuesta de acuerdo presentada por el concursado; sin tener en cuenta que tal acción importe un perjuicio para el concursado, para el propio acreedor hostil, para el resto de la masa de acreedores y para el bien común. Aún cuando la propuesta de acuerdo represente el cien por ciento de la deuda, con los intereses de mercado, sin quitas ni espera, el voto del acreedor hostil es por la negativa.

De esta manera, se trata de debatir sobre la posibilidad de privar a un determinado acreedor de ejercer su legítimo derecho a voto, frente a la propuesta presentada por el deudor-concursado, por considerarlo hostil u obrar en contra de los fines del derecho, es decir, abusando del derecho que la ley le otorga.

En el análisis tendremos dos frentes, por un lado, el derecho de voto del acreedor que se ha presentado en el proceso y que ha logrado verificar su acreencia (art. 32 y 45 L.C.Q.); y por el otro,

---

798 CHOMER, Héctor Osvaldo, DIRECTOR, FRINCK, Pablo D., COORDINADOR, Concursos y Quiebras, Ley 24.522, Comentada, Anotada, y Concordada, Complementaria del Código Civil y Comercial, Ed. Astrea, Bs. As. 2016, Tomo 2, pag. 65/67.

799 MAFFIA, Osvaldo J., El no logrado régimen de exclusiones sobre votación de la propuesta de acuerdo preventivo, Ed. La Ley, 1996-E-745.

800 JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., op. cit., pág. 363.

la figura del denominado acreedor hostil a quien se le endilga actuar de manera abusiva recurriendo para ello a la normativa común (arts. 10 del CCCN).

Entendemos al voto como la expresión de voluntad de sujeto integrante de la colectividad en orden a la determinación de una voluntad distinta de la singular. El voto cumple una función de garantía del interés del acreedor y tiene la forma de tutela de su interés junto con la intervención y el control judicial. El voto es considerado así, derecho sustancial del acreedor.

Pero el ejercicio de este derecho sustancial (como el de cualquier derecho) no puede nunca realizarse de manera abusiva.

Es que uno de los elementos que caracterizan esta petición de exclusión, es la evidencia de que existe algún acreedor irremediabilmente disidente, por motivos absolutamente extracrediticios cuya falta de conformidad a la propuesta llevaría finalmente a la quiebra.

Es evidente que la Ley de Concursos y Quiebras no prevé normas de carácter procesales tendientes a tramitar la petición de exclusión; porque las exclusiones normadas no requieren de tramitación alguna; y tal como lo dijéramos precedentemente, nuestro ordenamiento jurídico no tuteló estas circunstancias atípicas que describimos y que, conforme se expone, pueden resultar atendibles.

Es por ello entonces, que para darle la entidad de “hostil” a un acreedor, se requiere indefectiblemente que exista (y obviamente se pueda acreditar, al menos *prima facie*) una causa precisa y determinada y no sólo que se pruebe la voluntad de no dar la conformidad a la propuesta de acuerdo.

Reiteramos: debe haber un trasfondo o una relación para con el deudor que escape o vaya más allá del crédito (Vg. competencia, pretender monopolio en la actividad empresarial, enemistad, diferencias de índole política, económica, social etc.).<sup>801</sup>

Entre las características que encontramos para determinar si un acreedor es o no “hostil”, sobresalen:

a) Un ejercicio abusivo o irregular del derecho de aceptar o rechazar la propuesta concordataria, violando la regla consagrada por el artículo 10 del Código Civil y Comercial Argentino, que prescribe:

*“ARTICULO 10.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*

*La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.*

*El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”*

b) Que la actitud del acreedor tenga como consecuencia directa un perjuicio para los restantes acreedores o para el bien común.

Tal como lo citan los Dres. Junyent Bas y Molina Sandoval<sup>802</sup>, estos aspectos fueron resaltados por el Dr. Alfredo A. Kölliker Frers, en autos “TELEARTE S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO”, en donde

801 ILLANES, Carlos L., El acreedor hostil en el proceso concursal, Ed. La Ley, 2011, 8 - pág. 473.

802 JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., op. cit., pág. 364.

dicho magistrado resolvió: “... Que el derecho de voto que acuerda el ordenamiento concursal a los acreedores, no es absoluto ni ilimitado, sino que como cualquier otra prerrogativa, se halla sometido en su ejercicio a las reglas, limitaciones y restricciones indispensables, para la preservación de la buena fe, la moral y las buenas costumbres... arts. 18, 21, 953, 1071 del ordenamiento jurídico...”

Tal como se puede colegir, entendemos entonces, que, pese a no encontrarse dentro de las exclusiones legales, aquel acreedor que denote estas características puede, a petición de parte, ser excluido del cómputo de las mayorías; siempre que tal petición sea formulada en tiempo y forma.

Siguiendo entonces el principio general, resulta claro e indiscutible que el acuerdo arribado en el concurso le resulta oponible al “Acreedor Hostil” excluido.

Hemos dejado asentado que la Ley de Concursos y Quiebras, le veda la posibilidad de votar a los cesionarios de los créditos excluidos por ley. Ahora bien, ¿qué ocurre con las cesiones de crédito en el caso de los acreedores hostiles?

La respuesta al interrogante planteado cae por su propio peso: el cesionario debería poder votar a la propuesta ofrecida por el acreedor.

En primer lugar, porque las prohibiciones deben ser interpretadas con carácter restrictivo, y siendo que la exclusión no tiene su origen en la ley, sino en doctrina y jurisprudencia, no encontramos justificación alguna que sustente opinión contraria.

En segundo lugar, es importante destacar el carácter de excluido recién se obtiene con el dictado de la resolución judicial. Por ende, tal resolución tiene carácter constitutiva y no declarativa. Es por ello que, si el cedente cede su crédito antes de la resolución judicial (sin importar el plazo de un año), no tendría entonces la imposibilidad de ceder el crédito y el derecho a votar que tal crédito ostenta.

Ello no obsta a que, si el cesionario también resultara a la postre ser un “Acreedor Hostil”, el concursado pueda solicitarlo y lograr su exclusión en tiempo y forma.

## **C. EXCLUSIÓN DE LOS ACREEDORES FISCALES.**

### **1. Problemática.**

Finalmente encontramos la otra posibilidad de exclusión de diversos acreedores, no por encontrarse tipificados en la ley (exclusiones legales), tampoco por su hostilidad hacia el concursado (o el concurso en si), sino por la propia naturaleza del crédito del que son titulares.

Nos referimos específicamente a los acreedores fiscales (sea el Estado Nacional, Provincial o Municipal).

No escapa del público conocimiento que la normativa concursal (específicamente el voto de la propuesta de acuerdo, que importa en la generalidad de los casos quitas o esperas) colisiona con la normativa fiscal (que impide justamente a los entes fiscales a otorgar quitas o esperas que no se encuentren respaldadas en leyes).

Y es por eso que paulatinamente, a lo largo del tiempo, se ha ido admitiendo la posibilidad que el deudor concursado solicite la exclusión de los entes fiscales (o de alguno de ellos), para poder obtener la conformidad del acuerdo.

La fundamentación radica principalmente en que el Fisco se comporta análogamente casi como un “acreedor hostil” (en el sentido que su voto siempre es por la negativa, o lo que es lo mismo, no

otorga la conformidad); dificultando, por ende, la obtención de las mayorías para arribar (y homologar) el acuerdo ofrecido.

La mayoría de la doctrina entiende que, para que proceda la exclusión del fisco, la Ley de Concursos y Quiebras, debería ser objeto de una reforma legislativa que así lo permita.

En general, los entes recaudadores de impuestos nacionales y provinciales, e incluso municipales, tienen establecido un régimen para sujetos concursados que impide que presenten conformidad a cualquier oferta de propuesta, sino que, por el contrario, obliga al deudor a someterse a las reglas del acreedor.

Ello importa -como se viene sosteniendo- que, atento no poder excluirse al fisco del cómputo de las mayorías, el concursado deberá categorizarlo por separado, a fin de ofrecerle una propuesta acorde con las limitaciones de su régimen -especialmente, no aceptan quitas-; en caso contrario, la propuesta, con las exigencias fiscales, deberá ser dirigida a todos los acreedores de la categoría o incluso a todos los quirografarios<sup>803</sup>.

Sin embargo, un fallo entendió que, en el caso, incluir al fisco en una categoría con otros acreedores, sin presentar la propuesta adecuada a sus exigencias, importa contrariar elementales principios concursales, pues sólo permitiría negociar una parte del pasivo, aumentándole los porcentajes necesarios para el acuerdo, debiendo excluir su voto para evitar la frustración del acuerdo, salvo que se lo categorice de manera separada e individual<sup>804</sup>.

Entendemos que la real solución es encontrar *lege ferenda*, una armonización de las normas fiscales y las concursales, para lograr un sistema que concilie los objetivos de ambos regímenes, el saneamiento de la empresa, por un lado, y la generación de actividades que creen hechos impositivamente imposables por el otro.

Pero hasta que ello ocurra, teniendo una herramienta legal a mano -la categorización de todos los acreedores con créditos fiscales-, el concursado podría fácilmente lograr la obtención de las mayorías en cada una de las categorías y por ende la aprobación de la propuesta de acuerdo.

Nótese incluso que la categorización, a diferencia del pedido de exclusión de estos entes, no requiere sustanciar ningún trámite; sino que, lisa y llanamente, dentro del plazo de ley, el concursado únicamente “...debe presentar a la sindicatura y al juzgado una propuesta fundada de agrupamiento y clasificación en categorías de los acreedores verificados y declarados admisibles, la naturaleza de las prestaciones correspondientes a los créditos, el carácter de privilegiados o quirografarios, o cualquier otro elemento que razonablemente, pueda determinar su agrupamiento o categorización, a efectos de poder ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo.” (art. 41 L.C.Q.).

Máxime cuando, tal como sostuviéramos a lo largo de este trabajo, las causales de exclusión deben ser interpretadas restrictivamente.

Y a diferencia del “Acreedor Hostil”, los acreedores fiscales no actúan en ejercicio abusivo del derecho, no hay causas extracrediticias por las cuales no prestan la conformidad, no denotan enemistad o competencia desleal con el concursado y tampoco con su accionar buscan perjudicar el bienestar general (justamente, todo lo contrario).

---

803 CHOMER, Héctor Osvaldo, DIRECTOR, FRINCK, Pablo D., COORDINADOR, op. cit, pág. 68/69.

804 CNCom, Sala D, 5/3/02, LL, 2002-E-649; RIVERA, Instituciones de Derecho Concursal, t. I, p. 446, ALEGRIA, La relación fisco-concurso. Con especial referencia a la exclusión de voto del fisco en el acuerdo preventivo, LL, 2002-E-648.

La diferencia entonces, no resulta menor.

Permitir esta potestad del concursado (mucho peor en la actualidad, donde estamos presenciando pedidos de “Autoexclusión” por parte de estos acreedores), produce una clara violación al principio de la *par conditio creditorum*.

Ello, por cuanto se le da una especie de “súper privilegio” a los entes fiscales, quienes quedan fuera del cómputo de las mayorías y además del acuerdo, tal como se verá en la mayoría de los casos, no les resulta aplicable (contrario a lo dispuesto expresamente por la Ley de Concursos y Quiebras).

Insistimos: el efecto *erga omnes* pierde su vigencia, con todo el riesgo que ello implica.

Más grave aún es que puede solicitarse la exclusión de uno de los acreedores fiscales (ni la doctrina ni la jurisprudencia exigen que para que pueda darse la exclusión, sea requisito el solicitar la exclusión de todos los acreedores fiscales); con la consecuencia que de ello se sigue: el acreedor fiscal no excluido, queda en peores condiciones que el acreedor fiscal excluido, atento que el acuerdo preventivo se le aplica pese a que la naturaleza del crédito es la misma.

Nos exponemos entonces a un claro ejercicio abusivo del derecho, esta vez por parte del propio concursado, que “juega” con las mayorías, con los créditos, con los plazos y modifica la ley a su antojo, para adaptarla a sus propias necesidades, en detrimento de los acreedores y de la seguridad jurídica.

Cabe destacar que las causas por las cuales parte de la jurisprudencia admite en ciertos casos la exclusión de los acreedores fiscales, no tienen ninguna relación con las legalmente previstas, y obedecen a causas totalmente diferentes que directamente generan un régimen propio en la materia.

Procederemos a continuación a realizar un análisis de la jurisprudencia que admite la exclusión de los créditos fiscales (fundamentos, efectos y consecuencias), para luego contrastarlos con la normativa específica y con la jurisprudencia que niega la posibilidad de la exclusión de dichos créditos.

## **2. Exclusión de créditos fiscales en la jurisprudencia.**

La posibilidad de excluir a los créditos fiscales del cómputo de las mayorías y en consecuencia del voto del acuerdo, surge primigeniamente con una jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Sala B dictada en autos “Inflight S.A. s/ Concurso preventivo”.

Este fallo introduce esta novedad en el ámbito concursal que luego fue seguida por distintos tribunales, particularmente por los Juzgados de la Ciudad de Córdoba, con las características que luego de desarrollará.

El fallo confirma una resolución de Primera Instancia en la cual el Juez había admitido la exclusión de la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) del cómputo de las mayorías.

Como podemos ver entonces, estamos ante una exclusión no contemplada en el art. 45 de la L.C.Q., ampliando en forma pretoriana y para este caso específico la posibilidad de excluir un acreedor verificado en forma correcta del cómputo de las mayorías.

Los argumentos que dan sustento a la resolución de la Cámara fueron reiterados a lo largo del tiempo en distintos fallos, siendo uno de los últimos el dictado en autos “Majo Construcciones S.A. s/ Concurso preventivo s/incidente art. 250 de AFIP” de fecha 16/10/2019<sup>805</sup>.

El fallo para fundamentar su posición hace referencia a la resolución de AFIP 3587/2014 modificatoria de la RG N° 970/01, en particular el art. 1 y el 37.

El art. 1 dice: *“Los contribuyentes y responsables y/o sus representantes legales que obtuviesen la homologación de acuerdos preventivos, originados en la tramitación de concursos preventivos, podrán ingresar las deudas relativas a determinadas obligaciones impositivas, aduaneras y de los recursos de la seguridad social, generadas por causa o título anterior a la fecha de presentación en concurso preventivo, y los correspondientes accesorios de dichas deudas, conforme al régimen especial de facilidades de pago que se establece en la presente” (art. 1)”*.

El art. 37 hace referencia los requisitos que debe cumplir en el caso de ofrecerse un acuerdo para créditos quirografarios:

*“a) no contener quita alguna,*

*b) aplicar como mínimo un interés del 0.5% mensual, sobre saldo,*

*c) no exceder para su cumplimiento el término de 96 meses y,*

*d) el pago de tres cuotas al año como mínimo y amortización del capital de la deuda no inferior al 10% anual; la cancelación de la cuota operará sólo con la amortización del capital acordado a ella y el ingreso de su respectivo interés.”*

Estas dos normas son las que toma para llegar a las conclusiones que hacen procedentes la exclusión de la AFIP del cómputo de las mayorías, expresando:

*“Frente a lo expresamente dispuesto en tales disposiciones y no existiendo posibilidad de quita, no corresponde que el acreedor reclame participar como un acreedor más, cuando carece de la facultad de aceptar quitas.*

*No excluir al organismo recurrente del cómputo de capital para la determinación de las mayorías necesarias para obtener la homologación del acuerdo que se proponga a los acreedores, implicaría tanto como incluir a quienes de antemano están imposibilitados de analizar sin condicionamientos las diversas propuestas de pago que pudieran formular la deudora; ello conduciría a una contradicción con todo el sistema, no admisible por el tribunal concursal.*

*Entonces, la exclusión del crédito mencionado en el cómputo de las mayorías está orientado a evitar que la apelante impida la obtención del acuerdo, cuando su acreencia, de acuerdo al régimen legal establecido por ella misma, sólo podrá ser percibida -una vez homologado el acuerdo- con arreglo a las facilidades de pago dispuesto por ese régimen legal (CNCom., Sala D, in re: Inflight SA s/ concurso preventivo”, del 05/03/2002).*

*De otro modo, las características de la norma descripta más arriba (ausencia de quitas, mínimo de cuotas y amortización anual) supone que: a) la resolución 3587/2014 no contempla facultades de negociación o transacción discrecionales para los funcionarios, y b) dado que el régimen tiene pautas propias que no necesariamente acompañan a las que se han de proponer al resto de los acreedores (las que pueden ser inferiores en porcentaje, más amplias en plazo o consistir en acuerdo*

---

805 Cita Online: La Ley AR/Jur/37153/2019

*distintos de la norma deben ser también impuestos como tales, o condicionantes para el resto de los acreedores.*

*Es una solución peculiar para un determinado acreedor público con características especiales y con parámetros fijados por normas públicas. Es una categoría legal especial no explicada en la ley de fondo, pero tipificada por una norma particular para un caso determinado con procedimiento propios (ofrecimiento, aceptación, cumplimiento, etc.; cfr. Alegría, Héctor, “La Relación Fisco - Concurso, con especial referencia a la exclusión de voto del Fisco en el acuerdo preventivo”, LA LEY, Suplementos de Concursos y Quiebras, 09/09/2002, p.14/15, Cita On Line: AR/DOC/5173/2003), sin que obste a lo expuesto la circunstancia de que la cesante hubiera categorizado al organismo recaudador, máxime cuando como en el caso de autos esa categorización fue formulada en la misma oportunidad en que se solicitó su exclusión para el cómputo de las mayorías.”*

Se puede deducir de los argumentos expuestos en el fallo, que la causa de la exclusión del cómputo de mayorías es que las reglamentaciones fiscales limitan la capacidad de negociación del concursado para arribar a un concordato.

Conforme entiende el Juzgado, la normativa fiscal entraría en una contradicción con el fin perseguido por la norma concursal, al no poder el fisco realizar quitas ni esperas, y solo poder aceptar el acuerdo que se adecue a su normativa.

Si el fin del concurso preventivo es la posibilidad de que el deudor acuerde libremente la reestructuración de su deuda con los acreedores, la normativa fiscal estaría limitando dicha posibilidad, por lo que entiende el juzgador, que dicha situación amerita crear régimen legal especial, cual es la exclusión de los acreedores fiscales del cómputo de la mayoría.

En el ámbito de los Tribunales de la Provincia de Córdoba, dichos argumentos fueron tomados por la Excmá Cámara 2da. de Apelaciones en lo Civil y Comercial *in re* “Santechia S.A. Industrial y Constructora - CONCURSO PREVENTIVO” de fecha 04/09/2017<sup>806</sup>, luego seguidos por todos los tribunales de primera instancias con diferentes particularidades.

En dicho fallo la Cámara resuelve a favor de excluir a la AFIP del cómputo de las mayorías bajo los siguientes argumentos:

*“La actuación del Fisco, para realizar y ejecutar los créditos tributarios frente a la insolvencia del deudor, y el concurso -como hecho y como proceso son dos órbitas especiales del ordenamiento jurídico que se colisionan inevitablemente, pese a que ambas están insufladas por el interés público convergiendo sobre una plataforma común cual es el patrimonio deficitario del contribuyente.*

*Como lo pusiera de resalto Piero Pajardi en la atinada cita que efectuara Héctor Alegría en su comentario al conocido fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones Sala D (2002/03/05) “Inflight S.A.S/ Concurso preventivo”, la actuación del Fisco, para realizar y ejecutar los créditos tributario frente a la insolvencia del deudor, y el concurso -como hecho y como proceso son dos órbita especiales del ordenamiento jurídico que se colisionan inevitablemente, pese a que ambas están insufladas por el interés público convergiendo sobre una plataforma común cual es el patrimonio deficitario del contribuyente.*

*En algunas ocasiones ambos intereses convergen, pero en otros pugnan por lograr preeminencias, obligado al magistrado - como aquí acontecier - a resolver al respecto.*

---

806 Cita Online; La Ley AR/JUR/6852/2007.



*En atención a que ambos intereses públicos merecen adecuada tutela (el interés fiscal por recaudar por un lado y la finalidad del concurso de conservar a la empresa mediante una justa composición de los intereses por lo otro), cuando aparecen en tensión, la fórmula adecuada no parece ser la de privilegiar el uno sobre el otro, sino más bien compatibilizar sus postulados de manera tal que no sea el sacrificio fiscal el único aporte para el mantenimiento de la empresa, pero tampoco que la exacerbación del interés por recaudar por parte del Fisco, impida la reestructuración y preservación empresarial.*

*Desde antaño la ausencia de normas de autorización para negociar con los deudores concursados por parte de las autoridades fiscales fue semillero de dificultades (vbgr. ausencia de intervención de las autoridades fiscales en la Juntas por las responsabilidades que podía acarrear la falta de normas que autorizarán a sus representantes a aceptar o rechazar propuestas)*

*La reglamentación especial prevista por la Resolución N° 970/01 que, en su Título III contiene un "Plan de facilidades de pago para contribuyentes en concurso preventivo" Créditos privilegiados" y en su Título V "Tratamiento de los créditos quirografarios", significa una notable evolución que ha avanzado en la solución de los inconvenientes a los que se enfrentaba el concursado de cara al voto del Fisco. Empero persisten algunas dificultades, que derivan principalmente de la ausencia de facultades de negociación o transacción discrecionales de los funcionarios con el contribuyente concursado, y la imposición de ciertas pautas forzosas (vbgr. ausencia de quitas y mínimo de cuotas y amortización anual) que imponen una solución unívoca para un determinado acreedor público.*

*Su aplicación genera algo así como una "categoría legal especial" que no está tipificada en el ordenamiento concursal, pero que vendría impuesta por una norma particular (emanada del mismísimo acreedor fiscal) que impone obligatoriamente procedimientos propios de ofrecimiento, aceptación y cumplimiento del crédito (Alegría, Héctor; La Relación Fisco Concurso. LA LEY, 2002-E, 648).*

*Frente a este impedimento de negociación que deriva de la Reglamentación específica dictada por la autoridad fiscal, que torna prácticamente imposible cumplir con el paso previo que debe preceder el otorgamiento de la conformidad a la propuesta concordataria por parte de cualquier acreedor concurrente (expresión de la libertad de voto), poniendo en riesgo la salida concordataria, surgieron en la jurisprudencia diversas alternativas de solución a saber: a) la que propicia la interpretación de que la manifestación del deudor de acogimiento al plan de pagos suple la conformidad en los términos del art. 45 LQC; b) la que propicia que ante la realidad de que la A.F.I.P. está imposibilitada para otorgar expresa conformidad antes de la expiración del período de exclusividad, no queda otra solución que excluir su crédito en base de cómputo del acuerdo preventivo (interpretación extensiva del art. 45 L.C.Q).*

*En mi opinión, la solución no estriba en forzar la ley concursal con una interpretación extensiva o analógica de los supuestos de exclusión de voto previstos por (art. 45 L.C.Q.), sino en disponer la exclusión en razón de que la mismísima normativa fiscal apunta a dejar al crédito fiscal afuera de las negociaciones concordatorias.*

*De la lectura detenida de este articulado se desprende que el concursado tiene vedado negociar con el Fisco, contando como única salida la de "adherirse" a las exigencias reglamentarias que le establecen la imposibilidad de obtener quitas, de aplicar interés por debajo del mínimo.*

*Ello significa, como contundentemente señala Alegría, que la regulación fiscal viene a crear una especie de "categoría legal" de créditos no prevista en el ordenamiento concursal que se traduce en una especie de "autoexclusión" del libre juego de intereses entre el deudor y sus acreedores.*

*En este marco, la pretensión del deudor no aparece como perjudicial al derecho del Fisco de ejercer su legítimo derecho a prestar o no su conformidad, todo lo contrario, como el mecanismo para permitirle conservar en plenitud su derecho a ejercerlo en forma y oportunidad que él mismo ha dispuesto, sin comprometer la salida concordataria del deudor.*

*Que el Fisco hay dispuesto regímenes especiales de facilidades de pago, cuya efectivización deja condicionada a la homologación del acuerdo preventivo, alterando el orden del Estatuto concursal (primero se homologa y luego el Fisco otorga la moratoria), significa que prácticamente se coloca como un acreedor tan diferente a los restantes que es prácticamente ajeno al acuerdo -puesto que no contribuye a formarlo.*

*De tal modo excluirlo de la base de cómputo del acuerdo no significa privarlo de ningún derecho, sino sencillamente autorizarlo a opera conforme lo ha dispuesto su propia reglamentación específica.”*

Este fallo, siguiendo la línea de lo resuelto en el ámbito nacional, justifica la exclusión del cómputo de las mayorías de los créditos fiscales en razón de que la normativa fiscal no da la posibilidad al deudor de poder negociar un acuerdo en forma libre, pre estableciendo los requisitos a los cuales se deberá adecuar la propuesta en relación a los créditos fiscales.

Entiende el juzgador que la libertad de negociación del concursado en el periodo de exclusividad es una cuestión fundamental para arribar a un acuerdo preventivo viable, justificando así la solución elegida.

Asimismo, el fallo transcripto entiende que el Fisco, al disponer regímenes especiales de facilidades de pago cuya efectivización deja condicionada a la homologación del acuerdo preventivo, altera el orden del Estatuto Concursal. Interpreta que el fisco sólo otorga plan de facilidades de pago si se logra la homologación del acuerdo, lo cual resulta falaz conforme se detallará más adelante.

Ninguno de los dos fallos hace un adecuado análisis de cuáles son las características, consecuencias y efectos de excluir estos créditos del cómputo de mayorías.

Como describimos más arriba, en el caso de las exclusiones legales, tales créditos si bien son excluidos del cómputo de las mayorías homologado el acuerdo, los efectos de la misma se les aplica como si hubieran formado parte del concordato. Tienen el mismo régimen de una verificación tardía o de un crédito revisionado.

Esto es, si bien no se tiene en cuenta su voluntad para arribar a un acuerdo, dicho acuerdo les es plenamente aplicable. El acuerdo preventivo logrado por el concursado tiene efectos *erga omnes*.

Esto surge del art. 56 de la L.C.Q. que en su primera parte dice: *“El acuerdo homologado produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aunque no haya participado en el procedimiento”*. Ello es un efecto propio de la cosa juzgada de la sentencia de homologación, de alcances más amplios que la recaída en un proceso ordinario, pues tiene eficacia *erga omnes*. Cualquiera sea el caso, los efectos del acuerdo homologado se extienden por igual tanto a los acreedores “concurrentes”, como a los demás acreedores “concuriales” quirografarios, con tal que sus acreencias reconozcan, como dice la norma, causa o título anterior a la presentación del deudor demandando su concurso<sup>807</sup>.

---

807 HEREDIA, Pablo D., op. cit., pág. 242.

Por ello entendemos que el caso de la exclusión del cómputo de las mayorías admitido por la jurisprudencia antes descrita, no sólo admite una categoría *extra legem* de exclusión del cómputo, sino que generará una excepción al art. 56 de la L.C.Q., sustrayendo al crédito fiscal del efecto de cosa juzgada *erga omnes* de la sentencia de homologación. Esto genera una desigualdad entre los acreedores que el sistema concursal pretende evitar.

Se crea de esta forma un régimen propio sin una regulación legal, ajeno al trámite concursal, que deja abiertos interrogantes no resueltos por los fallos.

En particular no resuelve la situación en la que una vez homologado el acuerdo preventivo el concursado incumple con la obligación tributaria, no adhiriéndose a los planes de pago preestablecidos. ¿Se deberá declarar la quiebra indirecta denunciando el incumplimiento? ¿De oficio o a pedido de parte? ¿O se deberá pedir la quiebra directa? ¿Será necesario intimar o poner en mora? ¿O se podrá ejecutar el crédito quirografario?

Asimismo, serán tratados en forma diferentes los créditos fiscales de acuerdo al momento en que se verifiquen. Pues, se podrán excluir del cómputo y abstraerse de la sentencia de homologación los créditos verificados tempestivamente, pero deberán someterse al acuerdo los créditos quirografarios verificados en forma tardía o cuya incorporación se logre a través de un recurso de revisión.

Todos estos interrogantes quedan abiertos, sin respuesta alguna, problema que podría evitarse insistimos, con la aplicación de la herramienta legal nuestro ordenamiento jurídico prevé y que luego desarrollaremos: la categorización.

Asimismo, si dicho régimen legal específico amerita la exclusión de los créditos fiscales, esta debería ser una especie de regla, aplicándose a todos los casos en se verifique un crédito fiscal de carácter quirografario, no pudiendo el concursado incluir esos créditos en la masa crediticia y por consiguiente hacerle extensivo los efectos de un acuerdo homologado.

Para avanzar sobre estos interrogantes haremos un análisis de la forma en que resuelven la cuestión en los tribunales de primera instancia de la Ciudad de Córdoba.

### **3. Práctica de los Tribunales de Primera Instancia en Córdoba**

En los tribunales de Primera Instancia con competencia en Concursos y Quiebras de la Ciudad de Córdoba, se sigue el criterio sentado por la Cámara de Apelaciones de Segunda Nominación antes analizado admitiendo la exclusión de los créditos fiscales del cómputo de las mayorías.

En la práctica, el pedido de exclusión formulado tanto por los concursados como por los propios entes fiscales (pedido de autoexclusión), se corre vista a las demás partes y al síndico.

Si hay acuerdo o no es evacuada la vista, el Juez del Concurso admite la exclusión.

En el supuesto que el concursado se oponga a la exclusión, la misma es rechazada y el crédito del ente fiscal entra a formar parte de la masa crediticia, aplicándose el acuerdo preventivo en caso de lograrse la homologación. Nótese que la oposición no requiere mucha fundamentación más que la de afirmar que la exclusión debe ser por causa legal, y si el concursado se opone, el tribunal nada puede hacer.

Como vemos es una suerte de exclusión convencional, ya que para que la misma proceda se solicita la conformidad de las partes interesadas (Fisco, Concursado, y Sindicatura). Esta primera particularidad abre el interrogante de si convencionalmente se podría lograr la exclusión de otro crédito basado en fundamentos análogos a los que admiten la exclusión de los créditos fiscales; lo

que no podría nunca acontecer, so pena de incurrir en vicios y quebrantamiento del sistema legal argentino vigente.

Asimismo, todas las resoluciones ponen en cabeza del concursado el deber de acreditar en los autos su acogimiento al régimen para deudores concursados establecidos por el ente fiscal (Nacional, Provincial o Municipal según corresponda), dentro del término de treinta días contados a partir de la notificación de la resolución homologatoria, sin perjuicio de destacar que, en caso de devenir el dictado de una posterior quiebra indirecta de la deudora, la deuda fiscal será la oportunamente reconocida en el pasivo concursal y pasada en autoridad de cosa Juzgada.

El interrogante sería cuál es el efecto del incumplimiento de dicho deber. Esto en razón que, al crear la exclusión un sistema *sui generis* no contemplado en el régimen concursal ni en el régimen tributario, los efectos de la misma no quedan del todo claros.

Como ya dijimos, la exclusión de los créditos fiscales tiene la particularidad que el crédito es excluido no solo del cómputo de las mayorías, sino que su principal efecto es que es excluido de los efectos de la homologación del acuerdo. Entiéndase que el acuerdo preventivo homologado y firme no es oponible a dichos créditos, generando toda una novedad en el ámbito concursal.

En este punto es donde los criterios de los juzgados no son uniformes y en algunos casos, las resoluciones pecan de vaguedad y ambigüedad, siendo poco clara la redacción de las mismas.

La mayoría de los juzgados no especifican ningún efecto al incumplimiento del deber impuesto por la misma resolución que decide la exclusión.

Otros juzgados hacen mención de los efectos, generando nuevos interrogantes e inconvenientes.

El Juzgado de 3ra. Nominación Civil y Comercial Concursos y Sociedades N° 3 al decidir sobre exclusiones resuelve: *“Hacer lugar a la exclusión del cómputo de las mayorías a los fines del acuerdo a la Dirección General de Rentas de la Provincia de Córdoba, sujetando la eventual homologación del acuerdo a la condición resolutoria de que se acredite el eficaz acogimiento y otorgamiento del plan de facilidades previsto por la resolución precitada, dentro del término de treinta días hábiles a partir de la eventual homologación y estableciendo que el ocasional incumplimiento al plan de facilidades de pago así acordados estará sujeto a las condiciones que establece el art. 63 de la L.C.Q.”*(la negrita nos pertenece).<sup>808</sup>

Esta solución genera ciertos inconvenientes no resueltos. Doctrinariamente, se entiende por “condición”, a la cláusula por la cual se subordina la adquisición o la extinción de un derecho o relación o situación jurídica a la realización de un hecho incierto y futuro. Es resolutoria entonces cuando, pendiente ella, advienen plenamente los efectos del acto y acaecida la condición se extingue los efectos<sup>809</sup>.

Entonces, conforme el fallo, si el concursado en el plazo determinado no acredita haber suscripto el plan de pagos, corresponde hacer caer el acuerdo preventivo. En consecuencia, se estaría dejando sin efecto una sentencia de homologación con efectos erga omnes y que al estar

---

808 Juzgado de 1era Instancia Civil y Comercial 3ra Nominación Concursos y Sociedades 3ra, SENTENCIA N° 321, de fecha 03/08/2017, en autos: “CAPDEVILA, ANALIA GUILLERMINA - PEQUEÑO CONCURSO PREVENTIVO - EXPTE 6188905”.

809 ALTERINI, Ignacio E., Código Civil y comercial Comentado, Tratado Exegético, 3a Edición Actualizada y Aumentada, ed. La Ley, Buenos Aires 2019, Tomo II, pág. 921, y 931.

firme goza de autoridad de cosa juzgada. Esto no solo genera problemas de hermenéutica jurídica, sino problemas de índole prácticos.

Si conforme el art. 346 del Código Civil y Comercial de la Nación, la condición no opera retroactivamente, estaríamos en una situación donde se podrían realizar actos relativos al acuerdo preventivo y a la sentencia homologatoria del mismo que quedarían firmes, más allá que cumplida la condición se resuelva el acuerdo.

Asimismo, tampoco determina el fallo cual es la consecuencia del cumplimiento de la condición resolutoria en relación al proceso concursal. En este punto entendemos que resuelto el acuerdo se debería declarar la quiebra indirecta, pero son solo suposiciones pues el fallo no lo determina.

Por otro lado, el mismo fallo expresa que una vez suscripto el plan de pagos por el concursado, su posterior incumplimiento estará sujeto a las condiciones establecidas en el art. 63 de la L.C.Q., el que prevé:

*“ARTÍCULO 63.- Pedido y trámite. Cuando el deudor no cumpla el acuerdo total o parcialmente, incluso en cuanto a las garantías, el juez debe declarar la quiebra a instancia de acreedor interesado, o de los controladores del acuerdo. Debe darse vista al deudor y a los controladores del acuerdo. La quiebra debe declararse también, sin necesidad de petición, cuando el deudor manifieste en el juicio su imposibilidad de cumplir el acuerdo, en lo futuro.”*

Nótese la flagrante incongruencia en la que incurre el fallo en cuestión, el cual aplica las normas correspondientes al incumplimiento de acuerdo preventivo a un acreedor que ha sido excluido, que no formó parte de la conformación del acuerdo y por ende, no le resulta aplicable. Por un lado el fallo abstrae al crédito de rentas de los efectos del acuerdo preventivo y por el otro le aplica las normas relativas al incumplimiento del mismo.

Por otro costado el Juzgado de 1ra Instancia Civil y Comercial de 13ra. Nominación Concurso y Sociedades N° 1 al decidir sobre la exclusión del fisco resuelve: *“Excluir a la Administración Federal de Ingresos Públicos y a la Dirección General de Rentas de la Provincia de Córdoba, del cómputo de las mayorías de personas y de capital que prevé el art. 45 L.C.Q. con la salvedad dispuesta en el “Considerando Cuarto” debiendo la concursada, como condición “sine qua non”, de lo así dispuesto, acreditar el cumplimiento de los requisitos y de la aceptación de la dirección General de Rentas y del Fisco Nacional del régimen establecido para deudores concursados en la Resolución N° 1/2007 complementado por R.G. N° 2098 del 17.08.206 y N° 970/2001 - texto sustituido por el art. 21 de la R.G. 3587/14, respectivamente, en el término de 30 (treinta) días contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución del art. 52 L.C.Q.”*<sup>810</sup>.

La forma elegida por el tribunal deja muchos interrogantes abiertos. *Conditio sine qua non* es una locución latina originalmente utilizada como término legal para decir «condición sin la cual no». Se refiere a una acción, condición o ingrediente necesario y esencial —de carácter más bien obligatorio— para que algo sea posible y funcione correctamente. La expresión utilizada no hace referencia a si la condición es suspensiva o resolutoria. Asimismo, no queda determinado el objeto de lo que se somete a condición.

Según el contexto del fallo, podemos interpretar que la exclusión del crédito del cómputo de mayorías es lo que estaría sujeto a condición, por lo que, no acreditada la suscripción del plan de pago, la exclusión quedaría sin efecto y el crédito volvería a formar parte del cómputo de mayorías.

---

810 Juzgado de 1era Instancia Civil y Comercial 13a Nominación Concursos y Sociedades 1ra, SENTENCIA N° 332, de fecha 02/08/2018, en autos: “ INTEGRAL CALZADISTA S.A. - GRAN CONCURSO PREVENTIVO - EXPTE 6863916”.

En consecuencia, habría que analizar nuevamente el acuerdo para ver si incorporado el crédito al cómputo de mayorías -obviamente sin prestar la conformidad a la propuesta de acuerdo-, lo mismo se alcanzan los votos favorables para lograr la doble mayoría de personas y capital. Estaríamos realizando una revisión de lo ya homologado en una etapa posterior, aún cuando ya sea cosa juzgada.

Incluido nuevamente el crédito al cómputo de mayoría debe realizarse un nuevo análisis a fin de determinar si se alcanza o no la mayoría de capital y personas necesarias para homologar el acuerdo. Si no se alcanzara la mayoría necesaria caería el acuerdo homologado. Ahora sí, incluido el crédito del fisco al cómputo igual se alcanzara la mayoría necesaria no habría razón para hacer caer el acuerdo, aplicando sus términos al crédito de rentas. Toda una novedad.

Como vemos el régimen de exclusión de créditos fiscales genera una suerte de nueva etapa de negociación, similar al periodo de exclusividad, donde el concursado esta vez tiene que negociar con el ente fiscal, cumpliendo los requisitos normativos para que se le otorgue un plan de pago en cuotas.

Esto no solo genera inconvenientes interpretativos, creando pretorianamente un nuevo régimen legal, sino que atenta con la seguridad jurídica generando un desgaste jurisdiccional innecesario.

Lo que hace la exclusión es extender una negociación que, conforme se explicará más adelante, se podría realizar en la etapa procesal oportuna. Si la no suscripción del plan de pago genera indefectiblemente la quiebra del concursado, no entendemos por qué deberíamos extender la situación más allá de la sentencia de homologación.

Cabe destacar que, en el Concurso Preventivo, el concursado mantiene la administración de su patrimonio, y esta extensión en el tiempo de la declaración indirecta de quiebra puede ir en desmedro del resto de los acreedores quirografarios, que tienen una expectativa de cobro sobre los bienes del deudor. Esto en razón de que la dilatación de la quiebra indirecta puede alentar maniobras fraudulentas del concursado en el vaciamiento de la empresa.

Asimismo, se genera un desgaste jurisdiccional innecesario que atenta contra el principio de economía procesal, pues se tramita en su totalidad un procedimiento con todos los costos y desgastes que ello significa, y luego se limita los efectos de la sentencia de homologación.

Otro de las críticas que se le puede hacer a esta práctica jurisprudencial es que de la forma en que se encuentra planteada, al desvirtuar el proceso concursal, limita la posibilidad de hacer viable la empresa por el procedimiento previstos los arts. 48 y 52 de la LCQ.

A partir de la sanción de la ley 25.589, el rechazo de los acreedores a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor puede ser superado por dos vías. A ambas se las llama de modo parecido. A una -prevista en el artículo 48 L.C.Q.- se la conoce con el nombre de *Cramdown*, a secas. A la otra -contemplada en el artículo 52 L.C.Q.- se la identifica con el de *cramdown power*.

La primera consiste en habilitar una nueva ronda de negociación, incorporando esta vez a terceros que, con el fin de adquirir la totalidad de las participaciones que corresponden a los socios de la sociedad concursada -previo pago, eventualmente, de cierto precio-, compiten entre sí y con el deudor por ser los primeros en lograr y acreditar la aprobación de sus propuestas por los acreedores.

La segunda en cambio, nada tiene que ver con esto. Ella no habilita ninguna nueva ronda, ni ninguna competencia, ni ninguna transferencia, sino la viabilidad del acuerdo presentado por el

mismo deudor, permitiendo sortear un específico obstáculo: el no haber obtenido las mayorías en la totalidad de las categorías. En ese marco, el llamado *cramdown power* consiste en que comprobado ese rechazo, si se dan ciertas condiciones, el juez puede imponer el referido acuerdo, con el siguiente resultado: la situación pasa a ser, a los efectos prácticos, idéntica la que hubiera sido si dicho acuerdo hubiera sido aprobado, de modo que la quiebra se evita sin alterar el elenco de socios<sup>811</sup>.

Ambos institutos regulados por la ley Concursal con fines específicos (salvar la actividad económica) pierden su función si esperamos hasta un momento posterior a la homologación del acuerdo para negociar el pago de los créditos fiscales, ya que, frustrada la negociación, y no suscritos los planes de pago, la consecuencia inevitable sería la quiebra.

En cambio, si la negociación de los créditos fiscales se hiciera en el momento procesal oportuno (periodo de exclusividad) y se frustrara dicha negociación no logrando un acuerdo el concursado, se podrían abrir los procedimientos previstos en los arts. 48 y 52 de la L.C.Q.

Todos estos inconvenientes hacen necesario generar una solución a la tensión existente entre el derecho concursal y el derecho tributario que respete los procedimientos fijados en la ley concursal. Corresponde buscar una solución en la ley que armonice las relaciones entre fisco y concursado.

#### **4. La categorización como solución.**

Los fallos que admiten la exclusión de los créditos fiscales se basan en la normativa que regula la obtención de planes de pago de dichos créditos tanto en el ámbito nacional como el provincial. Realizaremos entonces un breve análisis de dicha normativa, tanto la de Administración Federal de Ingresos Públicos como la de la Dirección de Rentas de la Provincia de Córdoba, para determinar entonces si la categorización resulta ser la solución correcta a la tensión existente entre los órdenes normativos.

Previamente, corresponde analizar cuál es la razón por la que los entes fiscales dictan este tipo de resoluciones, las cuales niegan la posibilidad de negociar con el concursado quitas o esperas diferentes a las allí estipuladas.

El derecho tributario constitucional consagra una serie de derechos y garantías de los particulares, conocido como las “garantías del contribuyente”, las cuales representan, desde la perspectiva estatal, limitaciones constitucionales del poder tributario, el cual consiste en el poder de imperio que tiene el Estado de dictar normas a efectos de crear unilateralmente tributos y establecer deberes formales, cuyo pago y cumplimiento será exigido a las personas a él sujetas, según la competencia espacial estatal atribuida, comprendiendo también el poder de eximir y de conferir beneficios tributarios, así como el poder de tipificar ilícitos tributarios y regular las sanciones respectivas. De esta manera encontramos un conjunto de principios aplicables en materia tributaria que por un lado se refieren a la esencia de los tributos y, por otro lado, funcionan como límites infranqueables a la referida potestad tributaria del Estado.

Uno de estos principios es el de Generalidad. Este principio está plasmado en el Preámbulo y en el art. 33 de la CN. Se refiere al alcance extensivo de la tributación a todos los ciudadanos que posean capacidad contributiva, de modo de no excluir a un sector privilegiándolo por sobre otro. Las leyes no pueden establecer privilegios personales, de clase, linaje o casta, a fin de salvaguardar la “igualdad” del art. 16 de la C.N. Las exenciones y demás beneficios tributarios deben ser

---

811 VILLANUEVA, Julián, Concurso Preventivo, Ed. Rubinzal - Culozoni, Buenos Aires 2003, pág. 447/448.

conferidos por razones económicas, sociales o políticas. Los tributos deben abarcar a todas las categorías de contribuyentes, según su capacidad contributiva.

Por ello, las normativas fiscales que analizaremos buscan reglamentar en igualdad de condiciones y en forma genérica, los planes de pago a los cuales pueden acceder los deudores concursados. Asimismo, estas normativas tienen en cuenta la situación especial en la que se encuentra el deudor, otorgando planes de pagos especiales con características acorde a la situación crediticia.

En consecuencia, la limitación de negociación de los entes fiscales no se debe a una cuestión caprichosa, sino en un límite constitucional, cual es el Carácter General de los tributos que hace a la "igualdad" regulada en el art. 16 de la C.N.

En el ámbito Nacional lo relativo a los créditos concursales está regulado en la Resolución de AFIP 3567/2014 y en el ámbito de la Provincia de Córdoba por el Código Tributario y la Resolución Ministerial 154/05 dictada por el Ministerio de Finanzas de la Provincia de Córdoba

La resolución 3597/2014 de AFIP en su Artículo 1º: *"Los contribuyentes y responsables y/o sus representantes legales que obtuviesen la homologación de acuerdos preventivos, originados en la tramitación de concursos preventivos, podrán ingresar las deudas relativas a determinadas obligaciones impositivas, aduaneras y de los recursos de la seguridad social, generadas por causa o título anterior a la fecha de presentación en concurso preventivo, y los correspondientes accesorios de dichas deudas, conforme al régimen especial de facilidades de pago que se establece en la presente"*.

Esta norma daría a entender que es requisito esencial para que se otorgue un plan de pago la homologación del acuerdo preventivo, y que en consecuencia no se podría llegar a un acuerdo respecto de los créditos quirografarios luego de la homologación.

Pero esto no es así, ya que la misma normativa, en su capítulo V), trata las condiciones necesarias para otorgar la conformidad a un acuerdo preventivo en la etapa correspondiente, cual es el periodo de exclusividad.

El art. 37 de dicha normativa determina cuales son los requisitos que debe tener una propuesta de acuerdo para poder acceder a la conformidad del mismo:

*"... En el caso que se ofrezca un acuerdo preventivo para créditos quirografarios, entre los que se encuentre el de este Organismo, y a los efectos de considerar la posibilidad de prestar conformidad al mismo, la propuesta deberá observar los siguientes requisitos: a) No contener quita alguna. b) Aplicar, como mínimo, un interés del CINCUENTA CENTESIMOS POR CIENTO (0,50%) mensual, sobre saldo. c) No exceder, para su cumplimiento, el término de NOVENTA Y SEIS (96) meses. d) El pago de TRES (3) cuotas al año, como mínimo y la amortización del capital de la deuda no inferior al DIEZ POR CIENTO (10%) anual. La cancelación de la cuota operará sólo con la amortización del capital y el ingreso de su respectivo interés. Asimismo, en caso que el contribuyente hubiera iniciado incidente de revisión de la deuda oportunamente declarada admisible, a los efectos de la adhesión al presente régimen, deberá desistir y renunciar a toda acción y derecho respecto de aquél, incluso el de repetición, asumiendo las costas que pudieran corresponder."*

Luego en los arts. 38 y 39 determinan cual es la forma y oportunidad en la cual se puede solicitar la conformidad de la propuesta de acuerdo preventivo:

*"Art. 38: La petición respectiva deberá formalizarse mediante la presentación de una nota, en los términos de la Resolución General Nº 1.128 con carácter de declaración jurada, ante la*



*dependencia que tenga a su cargo la representación judicial de este Organismo, con exclusión de cualquier otra, y con una antelación no inferior a VEINTE (20) días hábiles administrativos a la fecha de vencimiento del período de exclusividad.”*

*“Art. 39. - En el supuesto contemplado en el artículo anterior, el tercero interesado o, en su caso, los sujetos indicados en el Artículo 1°, deberán informar: a) Las condiciones de pago ofrecidas como base del acuerdo preventivo y las que ofrecerán por los créditos con privilegio, una vez homologado aquél. b) El compromiso asumido de cumplir los requisitos, formalidades y demás condiciones establecidas en el Artículo 20 y concordantes, respecto de los créditos con privilegio y con relación a los créditos quirografarios lo previsto en el inciso b) del segundo párrafo y en el tercer párrafo del Artículo 16, de corresponder.”*

Por su lado, en el ámbito Provincial el art. 103 del Código Tributario da el marco normativo luego reglamentado por la Resolución Ministerial. Dicho artículo dice: *“Para el caso de propuestas de acuerdos preventivos de los concursos establecidos en la Ley Nacional N° 24.522, o la que la sustituya o reemplace, el Ministerio de Finanzas a través de la Dirección General de Rentas podrá autorizar en los acuerdos que se propongan, las condiciones y plazos de financiamiento que estime convenientes según lo considere sobre la base de la evaluación de la propuesta del deudor y demás circunstancias de apreciación que puedan concurrir.*

El artículo citado expresamente autoriza a los funcionarios a prestar conformidad a acuerdos siempre y cuando se circunscriban a las condiciones que el Ministerio de Finanzas determine. El Ministerio de Finanza reglamenta el régimen en la Resolución Ministerial 154/05.

La resolución citada en su art. 1 dice: *“Los contribuyentes y/o responsables, a los fines de propuestas de acuerdos preventivos o resolutorios de los concursos y quiebras establecidos en la Ley N° 24.522 a que se refiere el tercer párrafo del artículo 89 del Código Tributario Provincial -Ley N° 6006 T.O. 2004 y sus modificatorias- deberán ajustar las mismas a las disposiciones que se establecen en la presente Resolución”.*

El art. 2 agrega: *“Los contribuyentes y/o responsables a que se refiere el artículo precedente podrán solicitar por sus deudas impositivas, devengadas con anterioridad a la fecha de presentación en concurso preventivo o declaración de la quiebra, con más los recargos resarcitorios y/o intereses por mora que correspondan devengados a partir de la homologación del acuerdo hasta la fecha de consolidación del plan, un régimen especial de facilidades de pago que se establece por la presente resolución”.*

Luego en el art. 5 de la Resolución delimita los requisitos que tiene que tener la propuesta de acuerdo: *“Los planes deberán ajustarse a las siguientes condiciones: · a) La tasa de interés de financiación será del cero coma ochenta por ciento (0,80%) mensual acumulativo. b) El anticipo a ingresar será equivalente a la primera cuota del plan solicitado. c) Las cuotas serán mensuales y consecutivas, no pudiendo exceder de sesenta (60). d) El vencimiento de cada cuota operará los días 25 de cada mes, venciendo la segunda de ellas a partir del mes siguiente al del acogimiento al plan”.*

Como vemos ambos entes fiscales tienen la posibilidad de prestar conformidad a un acuerdo preventivo por los créditos quirografarios verificados. Si bien es cierto que la conformidad va a ser prestada siempre y cuando la propuesta de acuerdo se adecue a los requisitos que exige la normativa, no menos cierto es que el acreedor fiscal podría en tal caso votar por la afirmativa.

Son los entes fiscales quienes en forma anticipada delimitan los requisitos de la propuesta a la que están dispuestos a prestar conformidad.

Esta no es una cuestión caprichosa. Como se dijo anteriormente, se debe a una cuestión ligada a la característica de generalidad de los tributos que surge de la propia Constitución Nacional.

Pero esta característica de los créditos no amerita una exclusión del cómputo de las mayorías, cuando tenemos una herramienta regulada por la Ley Concursal que permite categorizar los créditos para realizar propuestas diferenciadas.

El art. 41 de la L.C.Q. dispone:

*“ARTÍCULO 41.- Clasificación y agrupamiento de acreedores en categorías. Dentro de los DIEZ (10) días contados a partir de la fecha en que debe ser dictada la resolución prevista en el artículo 36, el deudor debe presentar a la sindicatura y al juzgado una propuesta fundada de agrupamiento y clasificación en categorías de los acreedores verificados y declarados admisibles, la naturaleza de las prestaciones correspondientes a los créditos, el carácter de privilegiados o quirografarios, o cualquier otro elemento que razonablemente, pueda determinar su agrupamiento o categorización, a efectos de poder ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo.*

*La categorización deberá contener, como mínimo, el agrupamiento de los acreedores en TRES (3) categorías: quirografarios, quirografarios laborales -si existieren- y privilegiados, pudiendo -incluso- contemplar categorías dentro de estos últimos.*

*Créditos subordinados. Los acreedores verificados que hubiesen convenido con el deudor la postergación de sus derechos respecto de otras deudas, integrarán en relación con dichos créditos una categoría.”*

Como fácilmente podemos colegir, la presente norma consagra la posibilidad que el deudor agrupe a los acreedores en categorías, a efectos de poder ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo.

Esta “categorización” -presupuesto ineludible de la diversidad de propuestas- ha sido considerada como la más positiva y feliz de las modificaciones que la ley 24.522 introdujo en la anterior, dado que otorga al deudor un mayor margen de negociación concordataria, contribuyendo de tal modo a facilitar la solución preventiva<sup>812</sup>.

Estas categorías deben ser fundadas en razones objetivas y están sometidas al control jurisdiccional del art. 42 de la L.C.Q.

La necesidad de asegurar que el agrupamiento y clasificación de los acreedores sea serio y responda a bases fundadas de razonabilidad impone como necesaria la intervención judicial, a fin de que realice no ya un control meramente formal de la propuesta del art. 41 de la L.C.Q., sino un control sustancial de ella<sup>813</sup>.

En el caso de los créditos fiscales, la objetividad de la categorización cae por su propio peso. Son créditos que tienen la misma naturaleza y causa. Son acreedores estatales.

Entendemos que la especial característica que revisten los créditos fiscales amerita una categoría especial dentro de los créditos quirografarios. Esta categoría permite que el concursado pueda lograr la aprobación de la propuesta realizada a los entes fiscales en forma diferenciada a los restantes acreedores quirografarios. La propuesta realizada al fisco puede diferenciarse entonces

---

812 VILLANUEVA, Julián, op. cit., pág. 357.

813 HEREDIA, Pablo D., op. cit., pág. 39.

de la realizada a los demás acreedores quirografarios, conservando el concursado de esta forma respecto de los últimos su capacidad de negociación.

Si se puede lograr por este medio en la etapa correspondiente la aprobación de una propuesta de los entes fiscales, no se entiende por qué deberíamos excluir los créditos fiscales y esperar hasta la homologación del acuerdo para empezar a negociar con los entes estatales.

Este criterio, que a nuestro entender es el correcto, fue el resuelto por un fallo de la Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza en autos Morgani, Oscar Pedro<sup>814</sup>. Allí el tribunal luego de realizar un análisis de la normativa de AFIP dijo:

*“... Entiendo al igual que la Sra. Juez a-quo y compartiendo el criterio de la Sra. Ministro Preopinante en “Artes Gráficas Melfa S.A.” que la solución para el tratamiento de este tipo de acreedor fiscal, en este caso AFIP, frente al deudor no tiene más alternativa que someterse al trámite de la Resolución General 970/01, no encuadra en la exclusión prevista por el art. 45 sino en la categorización de los acreedores que admite el art. 41 (ambas de la LCQ). Esta norma facilita al deudor clasificar a sus acreedores verificados y declarados admisibles “teniendo en cuenta montos verificados o declarados admisibles, la naturaleza de las prestaciones correspondientes a los créditos, el carácter de privilegiados o quirografarios, o cualquier otro elemento que razonablemente, pueda determinar su agrupamiento o categorización, a efectos de poder ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo...”. La amplitud de facultades otorgadas por la ley permite que el deudor categorice a los acreedores fiscales y les ofrezca una propuesta adecuada a sus pretensiones reglamentarias.*

*Dijo al Respecto la Dra. Kemelmajer en el fallo citado: “La exclusión de los acreedores fiscales o parafiscales del cómputo es peligrosa; hoy serán estos acreedores esquivos y difíciles de conseguir, mañana serán otros organismos estatales o paraestatales, o entidades bancarias en los que la burocracia interna alcanza ribetes notorios y preocupantes, los que se esgrimen como obstáculos insalvables para conseguir las tan ansiadas conformidades. El silencio tampoco puede interpretarse como manifestación expresa de voluntad en razón de lo dispuesto por el art. 919 de la C.C. La solución pasa por la oportuna categorización de estos acreedores que permite presionar las conductas a seguir tanto del deudor como del propio acreedor. En este caso, la concursada no categorizó al acreedor fiscal AFIP. La práctica diaria muestra que se está acudiendo cada vez con mayor frecuencia a la categorización de los acreedores fiscales, llegando incluso a categorizarlos en acreedores fiscales nacionales, provinciales, municipales o colocándolos en una categoría única. Bien pudo la concursada categorizar a los acreedores fiscales a fin de ofrecerles propuestas de pago diferenciados. Es que, justamente esta es la finalidad de la categorización: dotar al deudor de una herramienta útil para favorecer la negociación...”*

Es la categorización del crédito fiscal el medio correcto para conciliar el conflicto entre normas concursales y fiscales. Categorizado el crédito, el concursado tiene todo el plazo del periodo de exclusividad para lograr una aceptación de una propuesta realizada a los entes fiscales que se adecue a las exigencias legales.

En un orden más conciliador, se encamina el criterio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, que con el fin de no hacer caer el acuerdo preventivo negociado por el acreedor procede a realizar una **categorización ex officio** de los créditos fiscales.

---

814 Cita Online: La Ley AR/JUR/10824/2009.

Esta Cámara en un fallo dictado en autos Starting Servicios S.R.L. s/ Concurso preventivo<sup>815</sup> expuso los siguientes argumentos:

*“Lo cierto y concreto del caso es que, en los hechos, la única solución que concilia la necesidad de preservar el derecho de voto del organismo recaudador con la necesidad de que todos los acreedores habilitados por la ley expresen su conformidad o disconformidad en torno a una propuesta de acuerdo que sea expresiva de condiciones económicas similares para todos ellos (art. art. 43, segundo párrafo, LCQ), consiste -en casos como el sub examine en los que del deudor no ha categorizado de modo voluntario y especial al organismo fiscal -no en provocar su exclusión del elenco de acreedores llamados a integrar la doble mayoría del art. 45 LCQ, sino en disponer su categorización oficiosa, tal como lo ha hecho el juez a quo.*

*En los términos indicados, la exclusión pretendida por la concursada significaría una abrogación de la ley, pues condicionaría la participación del organismo recaudador a la exclusiva voluntad de aquélla, quien lo eliminaría del elenco de los votantes al no categorizar especialmente a los respectivos créditos fiscales. Coetáneamente, ello importaría incumplir las previsiones del art. 45 de la LCQ, que -con escasas excepciones- requiere considerar la suma total de los créditos verificados y declarados admisibles.*

*(...) Por cierto, no debe verse en la categorización ex officio un exceso por parte del Tribunal. Porque, de acuerdo a la doctrina del art. 42 de la LCQ, 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 creación por el juez de una nueva categoría constituya un exceso de sus facultades susceptibles de nulidad.*

*Como lo señaló esta Sala con anterior integración al conocer en un recurso de apelación deducido contra un 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, para que esta 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....*

*Análogamente, se ha observado que la categorización ex post del fisco constituye una colusión 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 preventiva, pero permitiendo que el acreedor vote en categoría separada (conf. Barreiro, Marcelo, Modificabilidad de la categorización de los créditos, Revista de Derecho Concursal Zeus, T.III, Rosario, 20000, p. 47). Y si bien esta última opinión alude a una categorización ex post a pedido de parte, no se advierten razones para no disponerla de oficio si, como ocurre en la especie, ello no coloca al deudor en situación de afrontar un compromiso económico que no ha elegido afrontar.*

El juzgador, haciendo una interpretación extensiva del art. 42 L.C.Q. categoriza en forma oficiosa los créditos fiscales, para no obligar al concursado a tener que negociar un acuerdo con estos entes en igualdad de condiciones que con los otros acreedores quirografarios. Sin agotar el tema, entendemos que incluso esta solución es más conveniente que la exclusión de los créditos fiscales.

---

815 Cita Online: La Ley AR/JUR/75769/20189

Es la categorización del crédito fiscal el instituto que mejor concilia la tensión entre la normativa concursal y la tributaria, dando la solución correcta para no frustrar la capacidad de negociación del concursado y a la vez no dejar afuera del acuerdo los créditos fiscales, evitando de esta forma todos los inconvenientes interpretativos y prácticos que ello genera.

Insistimos: siempre se debe propender a aplicar las leyes, interpretando el Ordenamiento Jurídico como un todo. En miras a tal fin, previo a incorporar nuevas soluciones por vía jurisprudencial, debemos analizar si existen herramientas legales vigentes para solucionar eventuales conflictos.

Resulta claro entonces que, haciendo uso de la posibilidad de categorizar a los acreedores, fácilmente el concursado podría por un lado arribar a un acuerdo con la generalidad de los acreedores quirografarios y los laborales; y por otro lado, ofrecerles a los acreedores fiscales la forma de pago prevista por la normativa vigente respectiva (nacional, provincial o municipal).

De esta manera, el fisco no podría poner obstáculo alguno a la conformidad a la propuesta de acuerdo, y así, el concursado lograría la mayoría correspondiente en todas las categorías para finalmente conseguir la aprobación y homologación del Acuerdo Preventivo.

#### **D. CONCLUSIÓN**

Tal como quedó plasmado en el presente trabajo, existen muchos aciertos en la tarea legislativa de nuestro Congreso, a la hora de regular lo concerniente a los Concursos Preventivos, como herramienta para evitar el quebranto.

Pero a la vez se pueden encontrar una serie de deficiencias, no sólo en la técnica legislativa utilizada, sino también en las soluciones propuestas, ya sea por la propia ley, por la doctrina o por la jurisprudencia especializada.

Y es aquí cuando comienzan uno de los mayores males que aquejan a la sociedad: la inseguridad jurídica.

Y es que, tal como lo sostenía Santo Tomás de Aquino, es más fácil encontrar unos pocos hombres prudentes que redacten las leyes que muchos hombres prudentes que las apliquen.

Con los avatares del tiempo, nuestro ordenamiento jurídico ha ido mutando de un sistema codificado, apegado a la ley, a otro más abierto, con mayor libertad de los jueces de interpretarla (con los riesgos que implica).

Si bien es cierto que, en el procedimiento concursal, el juez del concurso tiene como uno de los objetivos más importante la protección de la masa de acreedores, y consecuentemente, del patrimonio del deudor para hacer frente a la deuda, evitando el mayor daño que es justamente la liquidación forzosa de los bienes, por lo que el Juez hace uso de las herramientas que encuentra en pos de ello, también es cierto que este principio no puede ir contra la Seguridad Jurídica.

En la actualidad, al momento de evacuar consultas, la respuesta de los abogados ha dejado de ser: *“La ley dispone que...”*, habiéndose transformado en: *“Los últimos fallos jurisprudenciales sostienen que...”*.

La realidad actual del desarrollo de las actividades económicas, especialmente cuando las mismas son realizadas por pequeños y medianos empresarios que arriesgan su capital personal en

pos de dicho desarrollo, imponen al operador jurídico el análisis de las instituciones previstas legalmente a los fines de adecuarlas a la realidad que pretenden regular.

Es por ello que se necesita aunar todos los esfuerzos en pos de una reforma legislativa, para que, en el caso que se insista con la posibilidad de ampliar el espectro de exclusiones legales, determinarlas y lo que es más importante aún, detallar en forma clara y acabada cuáles son los efectos que estas exclusiones acarrearán.

En base a la reglamentación estricta de la figura, que permitan controlar la adecuada capitalización de este tipo de herramienta y brindar mayor resguardo a todos los acreedores podremos dar adecuada respuesta a la problemática planteada.

Si queremos utilizar la figura de la “Exclusión del Cómputo de las Mayorías en el Concurso Preventivo”, es hora que acordemos al mismo el ropaje jurídico adecuado, sin necesidad de ficciones, aceptando este instituto que ha sido consuetudinariamente incorporado a nuestra realidad social.

Entendemos que nuestro ordenamiento jurídico brinda herramientas para satisfacer las necesidades del concursado y a la vez protege a la masa de acreedores y a la seguridad jurídica.

Sin embargo, creemos también que todo sistema jurídico es perfectible, y que, para ello, puede adaptarse a la realidad y en el tiempo y espacio que nos toca vivir, siempre y cuando tal adaptación sea realizada conforme a la ley y sin dejar lagunas jurídicas o situaciones fácticas sin respuesta certera.

En pos de ello es que firmemente creemos que para ampliar derechos o cambiar procedimientos adaptando las normas al tiempo y espacio, toda modificación que se propenda deberá canalizarse a través del Honorable Congreso de la Nación, mediante leyes dictadas por este cuerpo.

Esperamos entonces, sin querer pecar de soberbia, que éste sea un paso, pequeño, pero firme a los fines de tal ambicioso objetivo.