

El artículo 45 de la ley 24.522. ¿Procede la exclusión del voto de la AFIP?*

Por Guillermo D. Hansen

1. Introducción

Nos ocupa el análisis del art. 45 de la ley 24.522, en cuanto dispone la exclusión del cómputo de la votación de la propuesta de acuerdo a determinados acreedores y en especial, analizaremos la posibilidad de la concursada para solicitar la ampliación de dicha exclusión haciéndola extensiva a otros acreedores no contemplados en la norma citada.

Más específicamente nos centraremos en la posibilidad de excluir del voto a la AFIP y las consecuencias que esta exclusión trae aparejadas.

2. La norma

Establece la norma citada en su parte pertinente: “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 art. 37.

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”.

3. Análisis de la cuestión

Consideramos oportuno aclarar que compartimos la línea doctrinaria que entiende que la exclusión del voto prevista por el art. 45 de la ley 24.522 no es taxativa y que debe admitirse también en ciertos supuestos como ocurre cuando la conformidad no es prestada simplemente en función de las bondades o condiciones de la

* [Bibliografía recomendada.](#)

propuesta, sino por motivos ajenos a las mismas y no tutelados por el ordenamiento concursal.

Pero, ¿se encuentra la AFIP dentro de las condiciones citadas en el párrafo precedente? Creemos que no.

Para arribar a esta conclusión, hemos de fundarla en distintos aspectos que pasaremos a desarrollar a continuación.

En primer lugar, reiteramos lo dicho anteriormente en relación a que nos enro- lamos en la corriente doctrinaria que admite que la enunciación de la norma en estudio no es taxativa sino que representa simplemente una enunciación establecida por el legislador.

Sostiene Tedesco al respecto que: “Siendo que la enumeración prevista por el art. 45 de la ley 24.522 no prevé el supuesto que el acreedor al ejercer su derecho a prestar o no la conformidad actúe en interés contrario a los fines previstos por el legislador al reconocer tal derecho, violando normas y/o principios de carácter imperativo previstos por el derecho positivo, no puede ser concebida con carácter taxati- vo”¹.

Sin embargo creemos que precisamente por esta circunstancia es que la ampliación de la exclusión de voto a otros acreedores debe ser interpretada con criterio restrictivo y en base a los argumentos de cada caso, los cuales deberán ser ponderados en ese marco, teniendo siempre presente que dicha circunstancia –la exclu- sión del voto–, importa privar a los acreedores de un fundamental derecho: el de concurrir a formar la voluntad colectiva de la masa de acreedores.

Es que la norma, claramente se encuentra referida a aquellos acreedores que el legislador presume –*prima facie*– han de favorecer al deudor anteponiendo el inte- rés del mismo por ante su calidad de acreedores, y en consecuencia otorgar una conformidad que podría acarrear serios perjuicios a la masa.

En definitiva, la norma tiende a traer soluciones ante la posibilidad cierta que se produzcan distintas situaciones en donde se presentan evidentes conflictos de intereses, aunque –sostenemos– la AFIP no se encuentra inmersa, en principio, en estas situaciones conflictivas.

Es precisamente por dicha circunstancia que creemos apropiado extender la exclusión prevista en el art. 45 a otros acreedores que, atendiendo a la circunstancia particular de cada caso, puedan encontrarse en similares condiciones pero, como analizaremos más adelante, estas circunstancias deben ser de magnitud tal que no se pueda admitir otra alternativa que la aludida exclusión del acreedor.

Aquí es donde surge la primer gran diferencia entre los supuestos planteados, y que resulta relevante para el estudio que realizamos en referencia a la AFIP, a saber: mientras la enumeración del art. 45 se refiere en todos sus casos, en principio, a situaciones que podríamos denominar de “voto positivo”, en el caso del ente recau- dador que nos ocupa se trataría de la posibilidad de la emisión de un “voto negativo”.

¹ Tedesco, Ricardo L., *Procedencia de la exclusión del acreedor para el cómputo de las mayo- rías previstas por el art. 45 de la ley 24.522 ante la violación de normas y/o principios de carácter imperativo previstos por el derecho positivo vigente*, en “Derecho Concursal Argentino e Iberoameri- cano”, t. II, Bs. As., Ad-Hoc, 2003, p. 575.

Y en todo caso, importará al deudor probar en forma fehaciente y no mediante simples indicios o presunciones, la existencia de ciertas circunstancias particulares, y de tal gravedad que hagan necesaria la exclusión del voto de la AFIP, cuestión por la cual, desde ya el acreedor deberá ser escuchado luego de corrido el pertinente traslado.

Nos parece que, cuando menos, esta circunstancia importaría una privación de un derecho inherente a la condición de acreedor de la AFIP por un lado, y por otro nos estaríamos acercando peligrosamente a la configuración del ejercicio abusivo de un derecho –en el caso por parte del concursado–, legislado por el art. 1071 del Cód. Civil, por cuanto, a nuestro criterio, no puede dejarse al concursado obtener beneficios a cualquier costo, en base al espíritu de prosecución de la empresa que rige nuestro ordenamiento concursal.

En este sentido ha señalado la jurisprudencia que la enumeración de los créditos que deben ser excluidos del capital computable por corresponder a ciertos sujetos ligados con el deudor, ya sea por parentesco o vínculo societario, contemplado en la ley 24.522 en su art. 45 –el cual ya se encontraba contemplado en el art. 51 de la ley 19.551–, limitadas a aquellos casos en que cabe presumir el sentido favorable del voto es, en principio, taxativa, y cuando se admite que tal prohibición se extienda a otros supuestos no expresamente incluidos en ella, es exclusivamente respecto de aquellos en que, como consecuencia de su voto complaciente tendiente a favorecer al deudor, puede verse afectado el interés de los acreedores minoritarios, mas no contempla casos de voto negativo; por lo cual no pueden incluirse otros supuestos justificando la exclusión de ciertos acreedores, cuando, además se estaría privando a un acreedor de un derecho trascendental para el curso del proceso, como lo es prestar o no la conformidad al acuerdo que ofrece el deudor².

Por otro lado, el caso del acreedor que nos ocupa, no puede bajo ningún aspecto catalogarse dentro de los supuestos en que el mismo, se presume, votará negativamente la propuesta de acuerdo preventivo presentada por el concursado.

No resulta posible suponer *prima facie* este voto negativo de la AFIP cuando aún no se han iniciado los procedimientos que da cuenta la res. 970/01, situación totalmente opuesta a la de otros acreedores privados, donde seguramente el deudor ya ha intentado algún tipo de acercamiento de su propuesta y ha recibido una respuesta negativa, o bien, en el caso particular, si es de suponer que el acreedor no otorgue su conformidad como puede ser el supuesto de un acreedor que resulte ser competidor en la actividad del concursado.

En este sentido, se ha decidido en relación a la exclusión del voto de un acreedor que se encontraba en grado de competidor directo con el negocio de la allí concursada³.

Como vemos, en este caso se darían las circunstancias especiales a las que aludíamos anteriormente para habilitar la exclusión del acreedor de que se trate.

Por otro lado, sostienen distintos autores que las complejidades y limitaciones del procedimiento implementado por la AFIP-DGI en su res. 970/01, hace que en

² CNCom, Sala A, 16/9/03, “Librería Diagonal SA s/concurso preventivo”, LL, 2004-B-851.

³ CNCom, Sala C, 27/12/02, “Equipos y Controles SA s/concurso preventivo”, LL, 2003-C-721.

general resulte dificultoso obtener su conformidad para cualquier propuesta de acuerdo⁴.

Empero, si bien coincidimos con el maestro Rivera en cuanto a que el procedimiento establecido por la citada resolución puede resultar engorroso, lo cierto es que no podemos sustentar la aludida exclusión del acreedor en la “comodidad” o no del procedimiento, ya que estará en manos del concursado –en especial sus letrados y contadores–, establecer las gestiones necesarias para que dicho trámite llegue a buen puerto.

Pero, si bien esta normativa “limita” el accionar de la AFIP en cuanto a la toma de decisiones respecto de las propuestas que se le acercan, no resulta menos cierto que, de no poder el deudor realizar una propuesta de acuerdo “seria” con uno de los que seguramente serán sus principales acreedores respecto del monto de su crédito, corresponderá analizar con detenimiento la posibilidad que tiene el proceso concursal en marcha, de llegar a una solución favorable.

Sostenemos por lo tanto que, la obtención de la conformidad o no de la AFIP, se vincula directamente con la propuesta que se haga, la cual, de ser “seria”, tendrá favorable acogida, y para ello basta con citar distintos procesos que tramitan por nuestros tribunales, donde dicha conformidad ha sido otorgada como ser, y entre otros: “Sindicato de Obreros y Empleados Vitivinícolas y Afines s/concurso preventivo”, “Clínica Privada Haedo s/concurso preventivo” y “Laboratorio Faat s/concurso preventivo”.

Estos ejemplos vienen a contrastar con el argumento que sostiene la incompatibilidad de los plazos establecidos en la reglamentación indicada con los del procedimiento concursal, demostrando que, cuando se actúa diligentemente, nada impide obtener la conformidad de que se trata dentro de los tiempos legales establecidos.

Creemos que el hecho de que la AFIP deba someterse a las estipulaciones previstas en la citada res. 970/01 para otorgar la conformidad requerida, no justifica su exclusión, máxime cuando, ha dicho cierta jurisprudencia, la cuestión podría resolverse mediante la creación de una categoría específica destinada a este acreedor, de manera que los restantes acreedores de la categoría que corresponde a la AFIP no se vean perjudicados por dicha circunstancia.

Se ha sostenido que las clases de acreedores mencionadas en el art. 41 de la ley de concursos y quiebras constituyen meros ejemplos instituidos por el legislador, y que distintas circunstancias habilitan la posibilidad de creación de las categorías más adecuadas, dependiendo esta creación de las necesidades del concursado⁵.

Desde otro punto de vista, se ha manifestado –a modo de argumento– que, atento a que la normativa de la AFIP no permite obtener quitas ni espera alguna, resulta imposible al deudor la obtención de la conformidad de la misma.

Ahora bien, creemos que dicho argumento no resulta sustentable a poco que se analice el art. 39 de la res. 970/01, dado que en su inc. c establece que, para

⁴ Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 446.

⁵ Lorente, Javier A., *Ley de concursos y quiebras comentada y anotada*, t. I, Bs. As., Gowa, 2000, p. 428 y 429.

otorgar la conformidad solicitada, la propuesta no deberá exceder para su cumplimiento el término de noventa y seis meses, lo que equivale a ocho años, plazo que –demás esta decirlo– consideramos absolutamente razonable y flexible atendiendo a las causas específicas de cada caso en particular.

Esta postura se encuentra reforzada con lo dispuesto a continuación, en el inc. d de la norma en cuestión, al establecer que como mínimo se deberán realizar tres pagos por año y la amortización del capital de la deuda no inferior al diez por ciento anual.

La normativa citada se complementa con las disposiciones del art. 40, en cuanto establece que la petición respectiva deberá formalizarse mediante la presentación de una nota en carácter de declaración jurada con una antelación no inferior a treinta días corridos a la fecha de vencimiento del período de exclusividad.

De lo expuesto se desprende la amplitud y claridad del procedimiento establecido por la resolución analizada.

Por último, nunca debemos perder de vista que, en virtud de un mandato constitucional, el Estado –en este supuesto representado por su organismo recaudador–, tiende a promover el bienestar general en una sociedad, y que es dicho objetivo el que da su razón de ser a dicho Estado, ya que la finalidad última de éste es la obtención del bien común.

En el caso que nos ocupa, mediante la recaudación de los impuestos vigentes en toda actividad económica, que se ve traducida –aunque más no sea teóricamente– en distintos beneficios para la sociedad en su conjunto.

Por las circunstancias apuntadas, es que estamos convencidos que la extensión de los supuestos del art. 45 a la AFIP, debe ser interpretada con un criterio restrictivo aún más celoso quizá, que con el resto de los acreedores.

Es que, consideramos que dicho bienestar general no puede encontrarse subordinado a los intereses particulares del concursado, y menos aún cuando, como hemos expresado en párrafos anteriores, éste tiene a su alcance distintas herramientas legales para evitar llegar a la situación que analizamos.

4. Conclusiones

Como primera conclusión podemos anticipar nuestra negativa –en principio–, a la posibilidad de excluir a la AFIP del cómputo de las mayorías tal como lo hemos expresado.

Es que creemos que dicha exclusión debe darse en determinado contexto y cuando se advierte cierta animosidad por parte del acreedor para con el concursado, animosidad que consideramos se encuentra ausente en el caso del acreedor que nos ocupa ya que, como hemos visto, el otorgamiento de su conformidad se encuentra supeditada a una propuesta “seria” y que se adecue al procedimiento establecido por res. 970/01.

Por ello no coincidimos con la idea de “suponer” el voto negativo de la AFIP, ya que nada obsta la posibilidad de obtener la tan ansiada conformidad cuando el deudor actúa en forma diligente y responsable.

Sostenemos asimismo, que si bien no se permite a la AFIP admitir quitas ni esperas en la propuesta a aceptar, como hemos dicho, el amplio plazo que la normativa otorga para el cumplimiento de la misma, suple las mencionadas prohibiciones, por lo que ello no constituye óbice alguno para la obtención de la conformidad.

Proponemos, la posibilidad de crear una categoría especial para la AFIP al momento del agrupamiento previsto por el art. 41 de la ley 24.522, de manera que el concursado pueda realizar su propuesta a dicho acreedor con independencia de la efectuada a los restantes acreedores y así no comprometer el futuro del procedimiento concursal.

Por último, consideramos que no debe tratarse al ente recaudador como a otro acreedor común, ya que, como hemos anticipado, éste persigue el cobro de impuestos, circunstancia que redundaría en beneficios para la sociedad en general, situación por la cual se hace necesario tratar su exclusión con un criterio altamente restrictivo y cuando el deudor acredite fehacientemente haber realizado los intentos y tramitaciones necesarios para la obtención de la conformidad pretendida.

© Editorial Astrea, 2004. Todos los derechos reservados.

