--- Trelew, de junio del año dos mil trece.----------

--- **VISTO**:----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 606 contra la sentencia dictada a fs. 602/604vta. concedido a fs. 607, es fundado a fs. 610/612vta., corrido traslado a la contraria a fs. 613, es contestado a fs. 617/619.----------

--- **Y CONSIDERANDO**:----------

--- I.- A fs. 602/604vta. el juez de grado resuelve no hacer lugar a la fijación de una nueva audiencia informativa, no hacer lugar a la solicitud de la aplicación del salvataje previsto en el art. 48 de la LCQ y excluye a la AFIP de la base de cálculo para la homologación del acuerdo preventivo.----------

--- Para así decidir, el juez a quo tuvo en cuenta que en autos se fijó la audiencia informativa y una vez celebrada se solicitó una prórroga de treinta días del período de exclusividad al que hizo lugar, de modo tal que fijar una nueva audiencia informativa constituiría una nueva prórroga que no está prevista en la norma legal.----------

--- Asimismo rechaza la solicitud de aplicación del salvataje previsto en el art. 48 de la LCQ, toda vez que no se aplica a los pequeños concursos, conforme lo dispone el art. 289 de la citada ley.----------

--- Finalmente respecto a la exclusión de la AFIP solicitada por la concursada refiere a la tendencia que sostiene la posibilidad de excluir a los créditos fiscales en razón de que están sometidos a regímenes especiales que no dejan margen a la negociación. ---

--- Señala que el derecho a voto no es absoluto, por eso, ante circunstancias excepcionales y actuando con prudencia el juez puede excluir del cómputo a aquellos acreedores que no figuren dentro del listado del art. 45 recurriendo a una integración normativa y a los principios y fundamentos de la propia LCQ.----------

--- Indica que sin la conformidad de la AFIP la concursada no arribaría al acuerdo preventivo, y resalta que la deuda con el Fisco no es negociable, siendo la característica de dicho ente la inelasticidad, toda vez que el deudor no puede discutir sino que debe adherirse al régimen de facilidades que otorga el ente recaudador, sin importar lo que diga la propuesta general. Que el ente permite elegir entre dos vías el pago al contado o el plan de facilidades de pago, en una propuesta de acuerdo inversa donde la AFIP propone el cobro de su acreencia sin quita, invirtiendo los roles de la insolvencia.----------

--- Ello así sostiene que el juez tiene la facultad judicial de excluir a la AFIP del cómputo de las mayorías exigidas para obtener el acuerdo preventivo, pues es paradójico que a este acreedor se le deba pagar lo que pide y a otros acreedores comunes lo que aceptan.----------

--- Estima que constituye un rigor formal excesivo no considerar reunidas las mayorías de la ley cuando el expediente muestra conformidades de los acreedores en mayorías suficientes a las previstas en el art. 45, concluyendo en la exclusión de la AFIP del cómputo de la votación a los efectos ya indicados.----------

--- II.- Apela la AFIP la decisión del juez de grado de excluirla del cómputo de las mayorías para la obtención del acuerdo. Refiere que el art. 45 de la LCQ dispone de manera taxativa las exclusiones a los efectos de computar las mayorías, y de su articulado surge que la AFIP no se encuentra dentro de las exclusiones que indica la norma.----------

--- Sostiene que la decisión del juez a quo es arbitraria y contraria a derecho, dado que no existe norma que lo disponga, que no se aplicó en el fallo el derecho vigente. Añade que la finalidad del concurso preventivo es que el acuerdo sea aprobado por la mayoría de los acreedores genuinos, las exclusiones de voto deben interpretarse en forma estricta, de modo que el concursado no puede pretender excluir a otros acreedores que no sean aquéllos que expresamente prevé la norma concursal.----------

--- Afirma que la actividad de la AFIP se encuentra reglada por normas de carácter público, y muchas veces específico, de allí que la Resolución General AFIP Nº 970/2001, que regula el plan de facilidades de pago para concursados y fallidos, impone un procedimiento especial con aspectos operativos específicos como son los requisitos formales, cantidad de cuotas, periodicidad, montos, acogimientos, etc.----------

--- Manifiesta que no puede ser excluída del cómputo, por carecer de fundamento legal, sosteniendo únicamente argumentos doctrinarios, y señala que no ha hecho abuso del derecho, en todo momento la AFIP ha actuado dentro del marco legal que rige las normas relativas a créditos fiscales.----------

--- Menciona que en la resolución de categorización quedó incluído en la categoría de acreedores quirografarios y privilegiados y en la propuesta de pago la concursada indicó “Para los organismos oficiales que tienen normas emitidas, respecto de la conformidad a prestar a los acuerdos concursales (vgr. AFIP Res. Gral. 970/01) con planes de pagos predispuestos, ambos sin posibilidad de negociación propongo someterme a sus normas subjetivas” (sic).----------

--- Resalta que el concursado incumple con su propuesta y así todo es consentida su conducta, dado que no se otorgó la conformidad porque la concursada no dió acabado cumplimiento a las normas, y sostiene que el art. 41 de la ley concursal es claro al respecto y la solución concordataria involucra a todos los acreedores cuyos créditos han sido declarados verificados y admisibles.----------

--- Cita un pronunciamiento de esta Alzada. Hace reserva del caso federal.----------

--- III.- A fs. 617/619 la concursada contesta el memorial de agravios. Comienza señalando que en materia concursal las resoluciones son inapelables salvo cuando expresamente lo establece la ley, y en consecuencia debió denegarse la concesión del recurso de apelación.----------

--- Asimismo, sostiene que el memorial de agravios carece de suficiencia técnica, dado que no contiene una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que considera equivocadas.----------

--- Afirma que no alcanza con decir que la AFIP no debió ser excluída, y que no se

aplicó el derecho vigente o que el juez fundó su decisión en meras apreciaciones doctrinarias y subjetivas, sino que por el contrario es una decisión que efectuó recurriendo a una integración normativa y a los principios y fundamentos de la propia LCQ. ----------

--- Señala que el juez a quo omitió señalar el número del artículo del Código Civil cuando mencionó que puede excluirse a aquellos acreedores que no figuren dentro del marco del art. 45 recurriendo a una integración normativa y a los principios y fundamentos de la propia LCQ, dado que se estaba refiriendo al art. 1071 pero ello no quiere decir que el pronunciamiento no esté fundado en derecho.----------

--- IV.- La cuestión traída ha conocimiento de esta Alzada ya ha sido objeto de pronunciamiento en anteriores ocasiones.----------

--- En orden a la inapelabilidad alegada por la concursada esta sala ha señalado que si de un juicio concursal se trata, la procedencia de recursos tendientes a subsanar errores cometidos en una resolución judicial se regirá en primer término y de modo "excluyente" por las reglas "particulares" contenidas en la ley concursal. En ausencia de norma expresa debe acudirse a la aplicación de la norma concursal "analógica", y por fin, si el intríngulis no puede dirimirse dentro del ordenamiento específico, ha de echarse mano a las "leyes procesales del lugar del juicio" que sean compatibles con la rapidez y economía del trámite concursal (art. 278, LC) (Edgar José Baracat, "Reglas Procesales y Especialidad Apelativa en el Proceso Concursal", Rubinzal-Culzoni Editores, Revista de Derecho Procesal, Medios de impugnación, Recursos - II, 1999, pág. 333).----------

--- Y se añadió que el régimen se completa por el camino de la subsidiariedad recursiva local, cuya operatividad se sujeta a la concurrencia de dos requisitos: a) que la ley concursal no señale otro medio impugnativo para corregir el error (exclusión); b) que la procedencia del recurso local no atente contra la celeridad y economía del procedimiento (reserva) (Edgar José Baracat, op. cit., pág. 338) (esta Sala SIC 134/03).----------

--- Asimismo se expuso que será menester una regla expresa que posibilite la apelación cuando el recurrente impugne un trámite o una resolución que prima facie se ajuste a lo que la Ley de Concursos prevé (Edgar José Baracat, op. cit., pág. 352), siempre que, en el caso no se observe absurdo, grosera violación de la lógica, obrar caprichoso, arbitrariedad evidente o suma injuria que no quepa tolerar, toda vez que de ser así, es admisible el recurso (ver sent. citada, interpretación a contrario sensu).----------

--- En otro pronunciamiento, se expresó que el principio general de inapelabilidad en materia concursal legislado en el artículo 273, inciso 3º, de la Ley 24.522, no posee carácter absoluto. En consecuencia, y en ausencia de norma expresa que especifique los supuestos de excepción, serán apelables todas aquellas resoluciones que los jueces consideren que poseen naturaleza definitiva concursal (conf. obra y autor citado, pág. 350).----------

--- Se dijo en la oportunidad que dicho principio se encuentra limitado a las resoluciones adoptadas durante el trámite normal y ordinario del concurso, por lo que debe ceder toda vez que se encuentre en juego el propio régimen instaurado por la Ley 24.522 o bien corresponda efectuar una interpretación definitiva acerca de los alcances de las normas vigentes en la materia (Edgar José Baracat, Op. Cit.,p g. 352) (esta Sala SIC 124/01).----------

--- Se añadió que se hace menester compatibilizar la regla de la inapelabilidad con la inviolabilidad de la defensa en juicio y las garantías del debido proceso, puesto que un extremado, excesivo y celoso criterio interpretativo de aquella podría conducir a la arbitrariedad e injusticia (Edgar José Baracat, Op. Cit.,p g. 337).----------

--- Al respecto se ha resuelto que, ante tan grave hecho la doble instancia no puede abroquelarse en una fórmula genérica del legislador como lo es el art. 273 inc. 3 LCQ, ante la imposibilidad del mismo de contemplar casos tan particulares. Este criterio de apelabilidad es el seguido por los Juzgados Nacionales -que concedieron el recurso- y las Cámaras Nacionales: -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 17/03/2005, "Chacras del Oeste S.A. s/ conc. prev. Arquamb S.R.L", Sup. C y Q 2005 (julio), 118; -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 19/03/2004, "Seidner, Hanna s/ conc. Prev" [Fallo en extenso: elDial - AA2062], LA LEY 02/08/2004, 7 - LA LEY 01/10/2004, 4; -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 16/09/2003, "Librería Diagonal S.A.", Sup. CyQ 2005 (marzo), 23; -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 02/04/2004, "Julián Alvarez Automotores S.A. s/conc. prev.", LA LEY 17/12/2004, 8; -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 19/04/2004, "Inta Textil Argentina S.A. s/ conc. Pr", LA LEY 26/07/2004, 6 - IMP 2004-19, 195; -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 10/09/2004, "Sancayet S.A.s/ incidente de investigación en: O.S.M.A.T.A. s/concurso preventivo", LA LEY 2005-B, 594 - IMP 2005-1, 373; -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 27/12/2002, "Equipos y Controles S.A. s/ conc. prev.", LA LEY 2003-C, 72; -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 05/03/2002, "Inflight S.A. s/conc. Prev"; LA LEY 2002-E, 649 - ED 198, 60 - JA 2002-III, 132; -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 11/05/1988, "La Tregua, S. A", LA LEY 1988-E, 484; CNCom., sala A, 29/11/96, "in re": "Royal House S.A. s. Conc. Prev."; íd. 18/03/02, "in re": "Supercanal Holding S.A. s. Conc. Prev. s. inc. de apelación art. 250"; íd. 19/03/04, "in re": "Instituto Médico Modelo S.A. s. Conc. Prev."; íd., sala D, 31/10/00, "in re": "Dirección Asistida S.A. s. Conc. Prev. s. Inc. de Apelación"; CNCom., sala B, 17/12/02, "in re": "Frigorífico Regional San Antonio de Areco S.A.C.I. s. Concurso Preventivo"; íd.; 2/4/04, "in re": "Julián Álvarez Automotores S.A. s. Concurso Preventivo s. incidente de apelación"; íd. 19/4/04, "in re": "INTA Industria Textil Argentina s. Concurso Preventivo"; íd. sala C, 17/11/00, "Albe S.A. s. Concurso Preventivo"; íd. 05/09/03, "in re": "Obra Social del Personal de la Industria del Calzado s. Concurso Preventivo"; sala D, 05/03/02, " CNCom., sala B, 04.03.05,"in re":

"Compañía de Alimentos Fargo S.A. s. Conc. Prev" (elDial - AA2A48). En el mismo sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, en "Farjat, Carlos s/ CCP" 14/11/07, (elDial - AA454E, La Ley 03/03/2008).----------

--- También ha dicho la Corte mendocina que no corresponde sentar una doctrina judicial de interpretación general, sino analizar si en el caso ha existido violación al derecho de defensa al negarse un recurso contra una decisión que, de acuerdo a las características del caso, resultaba apelable (Sala 1, Expediente: 83535 - BBVA BANCO FRANCÉS S.A. EN J° 152.181/29.366 BANCO FRANCÉS S.A. C/ OSCAR BERTONA P/ EJEC. TIPICA S/ INC., 27-03-2006, LS 363 - 85).----------

--- Conforme a lo expuesto, la resolución del juez de grado reviste carácter de definitiva que amerita la concesión del recurso de apelación, toda vez que decide la exclusión de un acreedor o la prohibición de voto, negándole participación en el concurso a partir del momento que la sentencia adquiera firmeza.----------

--- V.- Ha sido motivo, también, de pronunciamiento de esta Sala la cuestión de fondo objeto de apelación, cuál es la exclusión de un acreedor a los fines del cómputo de las mayorías necesarias para obtener el acuerdo.----------

--- En efecto, en la sentencia interlocutoria Nro. 206/2004, se señaló que el art. 45 de la Ley Concursal excluye del cómputo de votos en el concurso preventivo, al cónyuge, los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, y sus cesionarios, cuyos créditos pudieron ser declarados verificados o admisibles.----------

--- Se razonó en dicha ocasión que las opiniones doctrinarias al respecto se encuentran divididas, hasta el fallo "D. A. S.A. c/ C. S.A." (L.L. 1979-B-636) y con posterioridad aún, se sostuvo que la prohibición de dicho artículo es taxativa, y su extensión a otros casos debe ser restrictiva (Rivera, Roitman y Vítolo, Ley de concursos y quiebras, Rubinzal Culzoni, 2000, T. I, p. 314, nº 3; Amadeo y otro, Ley de Concurso, ed. 1991, p. 346; Fassi y otro, Concursos y Quiebras, 5¦. Edición, p. 151, punto 4). A su vez, otros autores con más insistencia a partir de dicho fallo, sostienen que tal regulación no es taxativa al menos en sentido puro y que cabe interpretar los casos que se presenten a la luz de la finalidad del precepto.----------

--- Ciertamente el referido art. 45 de la ley 24.522 fija exclusiones en virtud de que por su particular vinculación con el concursado, persona física o sociedad se presume que están constreñidos a dar la conformidad con el acuerdo propuesto y aquí, por el contrario, lo central de la argumentación de la concursada es que, teniendo en cuenta lo dispuesto por la Resolución General nº 970/01 de la AFIP, dicho ente se negaría a prestar su acuerdo a la propuesta del acreedor. Pues bien, la circunstancia de que se presuma que un acreedor no aceptaría la propuesta, sea porque no le resulta conveniente o en razón de la imposición de una norma, o cualquier otro motivo, no habilita a excluirlo del cómputo legal. ----------

--- Es decir, en este ni en ningún otro caso, es posible apartarse de las exclusiones expresa y taxativamente establecidas en el art. 45 de la LCQ, so pena de incurrir en un tratamiento desigual respecto de los restantes acreedores o en beneficio de la concursada cuando la conformidad o el voto de dicho acreedor puede resultar dirimente para obtener el acuerdo. Es que, de ese modo se desvirtuaría el fin perseguido por la ley concursal, toda vez que con solo solicitar la exclusión de aquellos acreedores que impiden obtener las mayorías necesarias se llegaría a un acuerdo ficticio que no refleja la realidad del pasivo de la empresa que la llevó a presentarse en concurso, no pudiéndose soslayar la posición en la cual se colocaría a los acreedores excluídos, quienes básicamente verían frustradas sus aspiraciones de ser satisfechas sus acreencias.----------

--- Resulta cuanto menos sugestivo que el concursado a fs. 537 último párrafo ratificó las propuestas de acuerdo ofrecidas a los acreedores hecha pública a fs. 446/447, en la que propuso: *“a) Para los Organismos Oficiales que tienen normas emitidas, respecto de la conformidad a prestar los acuerdos concursales (vgr. Afip Res. Gral. 970/01) o planes de pagos predispuestos, ambos sin posibilidad de negociación: propongo someterme a sus normas objetivas”* (sic); como asimismo, haya solicitado la prórroga del período de exclusividad a fs. 572, y con posterioridad asumiendo una conducta contradictoria, solicitó la exclusión de este acreedor.----------

--- Ello así, en razón que la finalidad del concurso preventivo es que sea aprobado por la mayoría de los acreedores genuinos, y las exclusiones de voto son de interpretación estricta; de modo que el concursado no puede pretender excluir a otros acreedores que no sean aquellos expresamente previstos en la normativa concursal (confr.: Rivera, Roitman y Vítolo"Ley de Concursos y Quiebras", Rubinzal-Culzoni 2.000, T I, pág. 314, Nº 3) y no cabe la extensión por analogía de las inhabilitaciones que dispone el artículo referido (confr.: Amadeo y otro, "Ley de Concursos", ed. 1.991, pág. 346; Fassi y otro, "Concursos y quiebras", 5ta. edición, pág. 151, punto 4) (Sala “A” CANE SIC 59/2005, 115/2002).----------

--- Cabe distinguir que no se persigue solo excluir el voto de un acreedor, a los fines de la conformidad o disconformidad con el acuerdo, sino más aún se pretende prescindir de su voluntad. Al respecto, se impone dejar establecido que si hay un derecho fundamental del que resultan titulares los acreedores involucrados en un proceso concursal, es justamente el de concurrir para formar la voluntad colectiva de la masa de acreedores que determina que la propuesta de acuerdo pueda ser o no aprobada y que sus créditos sean computados a los efectos de la conformación de las mayorías legales (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 29.11.96, "Royal House S.A. s. Conc. Prev."; íd. 18.03.02, "Supercanal Holding S.A. s. Conc. Prev. s. inc. de apelación art. 250"; íd. 19.03.04, "Seidner, Hanna s. Conc. Prev."; íd. 27.06.05, "Instituto Médico Modelo S.A. s. Conc. Prev."; en igual sentido, Sala D, 31.10.00, "Dirección Asistida S.A. s. Conc. Prev. s. Inc. de Apelación"; JN Com. 16, precedente "Telearte (...)" precedentemente

citado; entre otros)("EPSA Electrical Products SAI y c s/concurso preventivo" – Cám. Nac. Com. – Sala A - 08/03/2012, elDial.com - AA7624).----------

--- A ello se añade que la AFIP actúa para obtener el cumplimiento de obligaciones ex lege, es decir, impuestas por el arbitrio del legislador que responden al orden público y al interés social. Por ello, en su actuación debe ajustarse a las normas que regulan el cumplimiento de tales obligaciones, encontrándose imposibilitada de formular quitas o reducciones, toda vez que las normas de aplicación de su órbita, no quedan sujetas a la decisión discrecional de quienes las aplican, dado su carácter indisponible.----------

--- La AFIP, a la par que en el caso no se ha demostrado que actuase del modo que señala la concursada, procede a través de potestades reguladas tal como lo indica destacada doctrina: "no es que la AFIP carezca de voluntad, de capacidad o de discernimiento. Ocurre que es un ente de derecho público y que el proceso de formación de su voluntad se encuentra tasado o determinado normativamente, y no sujeto a la discreción del funcionario interviniente. Se trata entonces, de que actúa en ejercicio de facultades regladas, y no de que adolezca de capacidad, de voluntad, de libertad o de discernimiento" (Ribichini, Guillermo E., obra citada, citando a Gordillo, Tratado de derecho Administrativo, T.1 p. 15 y a Palmero en Molina Sandoval (coord.), "Dinámica judicial y acciones en las sociedades y concursos", p. 287 y 288) ("Zunda, Nestor Antonio s/ concurso preventivo (pequeño)", ”Cám. Apel. En lo Civ. y Com. de Necochea, 04/09/2012, elDial.com - AA7A8D).----------

--- Ello así, se revoca la decisión del juez de grado dado que incurre en arbitrariedad en tanto inaplica la ley, toda vez que contraría el art. 45 LCQ y desconoce la paridad de los acreedores negando el derecho a participar en la formación de las mayorías a un acreedor sin sustento jurídico.----------

--- En consecuencia, las costas de Alzada por aplicación del principio objetivo de la derrota se aplican a la concursada (arts. 69 y 70 CPCC). No se regulan honorarios al Dr. M. L., apoderado de la concursada en virtud del art. 265 LCQ, toda vez que no corresponde regular honorarios fragmentariamente y atento el resultado de la apelación. Respecto a los honorarios de las Dras. S. P. d. C. B. y M. I. C., se regulan en conjunto en la suma equivalente a 8 jus (Arts. 5, 6, 6bis, 7, 8, 32 y conc. de la Ley XIII, Nro. 4), con más el IVA pertinente, toda vez que de aplicar los porcentuales de ley, sobre las sumas del crédito de la AFIP, su resultado evidenciaría una evidente e injustificada desproporción entre el trabajo efectivamente realizado y la retribución recibida.----------

---------- En su mérito, la sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

---------- I. Revocar el decisorio de fs. 602/604vta., debiendo en consecuencia incluirse en el cómputo de votos al acreedor Administración Federal de Ingresos Públicos - AFIP a los efectos del art. 45 de la LCyQ.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA

--- II. Imponer las costas de Alzada a la concursada vencida (arts. 69 y 70 CPCC).----------
--- III. Regular honorarios a las Dras. S. P. d. C. B. y M. I. C., en conjunto, en la suma equivalente a 8 jus, (Arts. 5, 6, 6, bis, 7, 32 y conc. de la Ley XIII Nro. 4), con más el IVA pertinente, por las razones expuestas en el considerando respectivo. Sin regular honorarios al Dr. M. L. por las razones expuestas en el considerando respectivo.----------
---------- III. Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------