

# Acerca del controvertido tratamiento de la AFIP en la categorización

*María Cristina Osso*<sup>1</sup>

**Resumen.** A partir de la incorporación por la Ley 24.522 del instituto de la categorización, el legislador le ha otorgado una importante herramienta al deudor para la negociación de su acuerdo, la homologación y evitar así la quiebra, permitiéndole soluciones más elásticas y mayores posibilidades de cumplimiento. El Art. 41 de nuestro ordenamiento no contempla el tratamiento a dispensar a ciertos acreedores como la AFIP y ese vacío legal ha traído aparejado importantes debates doctrinarios y jurisprudenciales. La falta de una normativa específica hace que las situaciones atinentes a la categorización de los mencionados acreedores queden expuestas a la subjetividad de los Tribunales intervinientes, por lo que en orden a la “objetividad”, la no alteración de los propios principios ínsitos en la ley concursal, y la seguridad jurídica, es menester de **lege ferenda** una modificación del texto actual del Art. 41 respecto a el Fisco, calificado de “acreedor atípico” y que sigue los principios de sus propias reglamentaciones ajenas a toda negociación, por cuanto considero se debería anexar una categoría para los acreedores fiscales, cuya conformidad se obtiene al aceptar todas y cada una de las condiciones fijadas por el organismo fiscal.

## 1. Algunas consideraciones preliminares sobre la AFIP

El fisco está sometido a la carga de la verificación en atención al Art. 32 de la LCQ al igual que cualquier acreedor.

Los créditos fiscales revisten un doble carácter: a) por el capital, son créditos con privilegio especial o general según recaigan sobre bienes determinados -Art. 241, Inc.3 y 246, Inc. 2 y 4 LCQ-, b) por el resto, accesorios como intereses, costas, recargos, multas, etc. son considerados créditos quirografarios -Art. 248 LCQ- y de allí la cuestión principal según Alegría (2002: 12) sobre el voto de los organismos fiscales en los concursos preventivos.

Es importante resaltar que los planes de pago para conseguir las conformidades expresas en el período de exclusividad habitualmente exigen que al arreglo de la parte quirografaria se añada la preferencial a través de sus propias regulaciones, siendo muy ajenas a la suerte de los demás acreedores quirografarios.

Dentro de nuestra legislación se puede encontrar un acuerdo preventivo para quirografarios, uno para acreedores privilegiados y se debería anexar un tercer tipo, para acreedores fiscales, que es el que se obtiene al aceptar todas y cada una de las condiciones fijadas por el fisco, que únicamente permite acceder a los planes de pago establecidos y que no surgen del plexo normativo concursal

---

<sup>1</sup> [estudiomco@speedy.com.ar](mailto:estudiomco@speedy.com.ar)

sino por aplicación de las disposiciones de la R.G. 970/2001 de la AFIP, que establece que en el caso de que se ofrezca acuerdo preventivo para créditos quirografarios entre los que se encuentra el Fisco, a los efectos de considerar la posibilidad de prestar conformidad con el mismo, se deben observar ciertos recaudos:

- a) no admite quita,
- b) 0,5% de interés mensual como mínimo,
- c) no puede exceder para su cumplimiento el término de 96 meses,
- d) debe prever el pago de tres cuotas al año como mínimo y la amortización de capital de la deuda no inferior al 10% anual,
- e) debe presentarse la petición respectiva mediante una nota en carácter de declaración jurada, ante la dependencia del organismo, con una antelación no inferior a 30 días -plazo ampliado por la RG 1485/2003- corridos a la fecha de vencimiento del período de exclusividad.

Las deudas con el fisco según Mosso (2000: 346) “...no son “negociables”, pues su inelasticidad es total no sólo respecto del concursado –que únicamente puede adherir, no discutir- sino incluso de los Organismos Recaudadores, limitados sólo a revisar el cumplimiento de los requisitos. Ni uno ni los otros tienen cintura negocial. En este campo sólo hay adhesión o nada. Y la adhesión – ya lo decía Garriges- a veces está cercana a la sumisión” y dentro de las soluciones considera tres posibilidades:

- Conformar una categoría especial en la cual el deudor deberá formular una propuesta distinta de los demás acreedores que es la consistente en el pago del crédito según las condiciones dispuestas por cada organismo.
- Tomar la adhesión al plan de facilidades como conformidad por parte del Ente Recaudador, por lo que significaría considerar el silencio como manifestación de voluntad.
- Excluir al fisco del cómputo de las mayorías ya que normalmente el fisco exige la inclusión de todos los créditos: privilegiados y quirografarios, buscando un único fin recaudatorio, sin importarle arribar a un resultado favorable de la propuesta de acuerdo.

Según Favier Dubois (h)(2006: 161) “en materia de AFIP y demás reparticiones análogas existe una disputa respecto el cómputo de su voto en atención a que carece reglamentariamente de discernimiento para valorar y decidir si vota o no una propuesta determinada dado lo establecido por la Resolución 970/01”.

## **2. Creación de una categoría especial para créditos fiscales**

Esta doctrina propone la creación de una categoría específica destinada a este acreedor, de manera que el resto de acreedores de su categoría no se vean perjudicados por dicha circunstancia.

## IV – Cuestiones Societarias y Concursales

Villoldo (2004: 392) sostiene que la creación de esta categoría evitaría el inconveniente planteado, en atención a la naturaleza de los créditos, siendo no sólo *razonable*, sino también *fundada* en la especial modalidad de obtención del voto de los Organismos Fiscales. Dicha categoría debe ser conformada en oportunidad del artículo 41 de la ley concursal, es decir, dentro de los diez (10) días contados a partir de la fecha en que debe ser dictada la resolución de verificación de los créditos prevista en el artículo 36 de la ley concursal.

No obstante ello, y en el caso de que el deudor hubiera omitido tal categoría y ello afectara gravemente su poder de negociación con dichos acreedores, la jurisprudencia ha admitido la creación de una categoría *ad hoc*, en forma extemporánea, es decir, posterior al momento procesal de los artículos 41 y 42 de la ley concursal en tanto ella importe el acogimiento por parte de la concursada al plan de facilidades propuesto por el Organismo Recaudador (*El Rápido Argentino Compañía de Microómnibus SA s/concurso preventivo*. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N°21, Secretaría N°41, 19/2/2003 y *Yampolsky, Natalio Alfredo s/concurso preventivo*. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N°18 -Secretaría N°35 - 8/4/2003).

2.1. *Comercial Mendoza s/concurso preventivo*. Sala D. C.N.Com. 16/10/2007.

El concursado había clasificado sus créditos agrupando a los acreedores según las categorías mínimas previstas por el Art. 41 LCQ, incluyendo un crédito fiscal quirografario en la misma categoría que los restantes. A posteriori solicitó la exclusión de la AFIP del elenco de acreedores llamados a integrar la doble mayoría del acuerdo, en virtud de que procedería a solicitar el plan de pagos establecido por la Resolución General N° 970/01, por el tramo quirografario del crédito.

El juez de primera instancia rechazó el pedido de exclusión con fundamento en la taxatividad del Art. 45, por lo que dispuso la categorización *ex officio* del Fisco, siendo confirmado por la Cámara.

Lo cierto y concreto del caso es que el Art. 42 faculta al juez del concurso para fijar categorías de acreedores distintas a las propuestas por el deudor, con antecedentes en la Sala A. La única solución que conciliaba la necesidad de preservar el voto de la AFIP, con la necesidad de que todos los acreedores quirografarios expresaran su conformidad o disconformidad con relación a una propuesta de acuerdo que sea expresiva de condiciones económicas similares para todos ellos (Art. 43, 2° párrafo LCQ), consistía en casos como éste -en el cual el deudor no había categorizado de modo voluntario y especial a la AFIP- en no provocar la exclusión de su voto, sino en disponer su categorización *ex officio*, sin que ello sea considerado como un exceso por parte de los tribunales, ya que según la doctrina, rechazar las categorías propiciadas por el deudor que sean irrazonables y reordenar a los acreedores en otras categorías propuestas, o bien fijar categorías nuevas a los mismos fines, no constituye un abuso de sus facultades susceptibles de nulidad.

2.2. *Carrillo Francisco Ramón s/concurso preventivo*. C.N.Com. Sala D. 2007

La Fiscal de Cámara consideró en su dictamen que la situación del Fisco puede ser considerada como una categoría legal especial, no explicitada por la ley de fondo pero tipificada por una norma particular, tal cual es la Resolución General 970/01.

La posición en el concurso preventivo del contribuyente que a partir de la citada resolución general mantiene la AFIP, justifica una categoría única para este acreedor que carece de flexibilidad negocial para el arribo a un acuerdo que compatibilice las posibilidades financieras y económicas de la concursada, con el interés del acreedor en percibir el crédito.

Análogamente, consideró que *la categorización ex post de la AFIP constituye una solución menos cruenta que la “exclusión de voto” en virtud de que esta última conculca un derecho esencial, como es el de formar parte de la “voluntad” que acuerda o rechaza la solución concursal, mientras que la categorización tiende a preservar la solución concursal, pero permitiendo que el acreedor vote en categoría separada. Y si bien esta última opinión alude a una categorización ex post a pedido de parte, no se advierten razones para no disponerlo de oficio si ello no coloca al deudor en situación de afrontar un compromiso económico que no ha elegido afrontar*

Por otra parte agregó en su dictamen que *no puede juzgarse improcedente la existencia de categorías “unipersonales”, siendo por el contrario fundado y razonable, aunque excepcional, crear una categoría de ese tipo para poder hacer valer en ella una propuesta de pago diferenciada, solución que especialmente ha sido propiciada respecto de la AFIP.*

### **3. La exclusión de voto de la AFIP**

Las características de los créditos de la AFIP tales como ausencia de quitas, mínimo de cuotas y la existencia de la imposibilidad de morigerar los intereses contenidos en los créditos fiscales enmarcan dos reflexiones al respecto: a) la Resolución 970/01 no contempla facultades de negociación o transacción para los funcionarios y b) el régimen tiene pautas propias que no necesariamente se condicen con las que se ha de proponer al resto de los acreedores que seguramente serán mucho menos pretenciosas.

Para Alegría, en varias oportunidades, se ha intentado excluir al Fisco Nacional del voto en los concursos preventivos con fundamento en sus propias reglamentaciones.

Casadío Martínez (2007: 450) considera al respecto que *“...la exclusión de la AFIP está orientada a evitar que ésta impida la obtención del acuerdo cuando su acreencia según el régimen legal establecido por ella misma, sólo podrá ser percibida, una vez homologado el acuerdo, con arreglo a las facilidades de pago dispuestas por ese régimen legal y concretamente se expresó que por ende ningún*

*perjuicio causa a la AFIP*”, siendo ésta la postura aconsejada por la Fiscalía de Cámara Nacional de Apelaciones al sostener que la exclusión del fisco no altera el orden público siempre que en la sentencia homologatoria se establezca que:

a) Dentro de los 30 días de la homologación el concursado acredite el acogimiento al plan de facilidades ante dichos órganos bajo apercibimiento de decretarse la quiebra.

b) En virtud de la exclusión, el deudor no podrá invocar el acuerdo arribado con los acreedores quirografarios para oponerlo a la quiebra.

#### **4. Una breve reseña de jurisprudencia respecto al tratamiento de la AFIP**

La jurisprudencia ha tomado básicamente tres posiciones distintas respecto al tratamiento a dispensar e la AFIP.

Varios fallos denegaron la exclusión basándose en que ya había concluido y quedado firme la decisión judicial que fijaba definitivamente las categorías de acreedores, por el contrario, distintos jueces de primera instancia hicieron lugar a la exclusión en razón de los planes especiales a los cuales debió acogerse la concursada y una tercer postura tomó una particular resolución al respecto.

- *Las salas A y E de la Cámara Comercial de la Capital Federal reconocen el derecho al cómputo de su voto en:*
  - *Sociedad Española de Beneficencia s/ concurso preventivo*, CNCom, Sala E, 9/3/2006, en virtud de que declarada la admisibilidad de un crédito, no existe en el marco del proceso concursal otra instancia revisora de aquella decisión que la prevista en el Art. 37 de la Ley 24.522, resultando la misma definitiva a los fines del cómputo de las mayorías y base del acuerdo.
  - *Kruszewski, Adalberto s/ concurso preventivo*, CNCom. Sala E, 3/11/2005. Se dispuso que se proveyera en primera instancia la pretensión subsidiaria de considerar a la AFIP incluida en una categoría aparte, en virtud de que no era dable excluirla del cómputo de las mayorías dado que ello importaría incumplimiento de las previsiones del artículo 45 del ordenamiento concursal vigente que requiere considerar la suma total de los créditos verificados y declarados admisibles comprendidos en cada categoría.
- *Jurisprudencia en contrario determinada por las otras tres salas que entienden que se debe excluir a la AFIP por falta de discernimiento pero atendiendo a las consideraciones de cada caso en particular:*
  - *Santana SA s/Concurso Preventivo. CNCom. Sala B, 8/4/2009*. Se excluyó al fisco bajo el fundamento de que se trataba de un acreedor público con características especiales y parámetros fijados por normas de carácter público.  
En su dictamen la fiscal Alejandra Gils Carbó, señaló que en virtud de que dichos créditos iban a ser atendidos una vez que se encontraran firmes según los distintos regímenes legales, estimó que la exclusión no alteraba el

orden público siempre que en la sentencia homologatoria se estableciera el cumplimiento de los requisitos establecidos por la mencionada resolución bajo apercibimiento de decretarse la quiebra y que en virtud de la exclusión, el deudor no podrá invocar el acuerdo arribado con los acreedores quirografarios para oponerlo al Fisco.

○ *Eco Design SA s/ concurso preventivo*. CNCom. Sala C, 29/11/2005.

Se negó el voto de la AFIP con el argumento de que en principio no podía causarle ningún perjuicio ya que la acreencia sería cancelada en la forma prevista por su propio régimen legal, que generalmente era más beneficioso que las pautas acordadas con el resto de los acreedores verificados, por otra parte sostuvo que de incluir dichos créditos se alteraría el régimen de votación ya que no había posibilidad de acordar con este acreedor en los mismos términos que con el resto.

▪ *Jurisprudencia que tomó una particular resolución respecto al tratamiento de los créditos fiscales de la AFIP*

○ *Doso S.R.L s/Concurso Preventivo*, CNCom. Sala A, 13/6/2006. La concursada había formulado una categorización separada y exclusiva del crédito de la AFIP y luego solicitó la exclusión del crédito para la base del cómputo de las mayorías legales bajo los argumentos de violar la *par conditio creditorum* y las garantías conferidas por el Art. 16; 17 y 18 de la Carta Magna. Con fundamentos en no apartarse del plexo normativo concursal y conservar la fuente de trabajo se le reconoció el derecho a voto, sosteniendo que no cabía pretender excluirla si antes se la categorizó, pero que le correspondía ampliar el período de exclusividad por el plazo de diez días intimando a la concursada para que presente la declaración jurada exigida por el Art.40 de la Resolución 970/2001.

○ *Open Sports Busines S.A., s/ concurso preventivo*, CNCom. Sala A, 9/3/2006. El Fisco apeló la resolución dictada por la señora jueza que dispuso excluir el crédito quirografario de la AFIP del cómputo del pasivo previsto por la ley en el Art. 45 de la LCQ. La concursada había formulado la categorización del Fisco nacional dentro de la denominada “Quirografarios. B. Fiscal”, siendo acogida favorablemente por el Tribunal, pero al tiempo de presentar la propuesta concordataria no hizo manifestación alguna respecto del crédito del Fisco y tampoco adjuntó la presentación de la declaración jurada prevista por el Art. 40 de la Resolución 970/01. El deudor había logrado todas las conformidades excepto la del Fisco Nacional. La señora juez de grado adoptó una peculiar solución para un determinado acreedor público con características especiales y con parámetros fijados por normas de derecho público, apreció conveniente intimar a la concursada, con los alcances de condición resolutoria de la homologación del acuerdo preventivo a acreditar en autos la presentación de lo prescripto por el Art. 40, con respecto a la solicitud

## IV – Cuestiones Societarias y Concursales

prevista en la resolución referida dentro del plazo de cinco días de la notificación de la presente.

### 5. Una breve reflexión final

Es interesante y claro el planteo que el Juez Bargalló expuso en el caso “*Ateneo Popular de Versailles Asociación Civil s/ concurso preventivo*” en que se excluyó a la AFIP-DGI cuando ésta a pesar de no brindar conformidad expresa con el acuerdo, informó que la deudora había solicitado acogerse a la moratoria prevista por dicho organismo, expresando el magistrado al efecto que “...*tan particular situación implica en la especie la existencia de un círculo vicioso, pues, para comenzar a cumplir con la moratoria es menester la previa homologación del acuerdo para que el tribunal pueda adoptar ese acuerdo, y esto requiere a su vez, la conformidad del acreedor tributario en la propuesta respectiva, aceptación difícilmente obtenible –según experiencia recogida por el juzgado –en otros procesos concursales.*”

Considero relevante tener en cuenta que nuestro ordenamiento debería contemplar específicamente cuál es el tratamiento a dispensar a la AFIP ya que actualmente, como se ha analizado, hay doctrina y jurisprudencia opuesta entre quienes de *lege data* se enrolan en la taxatividad del Art. 45 y entre quienes consideran que el acreedor fiscal es un acreedor concurrente pero que en los hechos se comporta como un extraconcursal por lo que, de *lege ferenda*, debería ser excluido de la base de cómputo de las conformidades al acuerdo.

No obstante lo expuesto, entiendo que el *quid de la cuestión* no pasa por excluir o no al fisco, sino en virtud de sus particulares características, la medida más conciliatoria sería la de anexar en el Art. 41 una *categoría especial* para acreedores fiscales, cuya conformidad se obtiene al aceptar todas y cada una de las condiciones fijadas por el fisco.

### 6. Conclusiones

Si se tiene en cuenta que “*categorizar*” es la facultad de proponer de manera fundada la formación de *grupos de acreedores* ordenados de acuerdo con determinadas condiciones o calidades, en el caso de que el deudor opte por la misma, deberá respetar la condición de “razonabilidad” y a los efectos de facilitar y armonizar el instituto y cumplir con la existencia de una “pauta común”, “fundada” y “objetiva”, debería encuadrarse dentro de un marco legislativo adecuado.

Considero que en orden a la tan pregonada “objetividad” y la no alteración de los propios principios ínsitos en la ley concursal, de *lege ferenda* se hace menester una modificación del texto actual del Art. 41 respecto al tratamiento a dispensar dentro del instituto bajo análisis del *Fisco*, calificado de “acreedor atípico” y que sigue los principios de sus propias reglamentaciones ajenas a toda

negociación, por cuanto no tiene mucho sentido que se presente a votar el acuerdo.

En orden a lo expuesto estimo la conveniencia de anexar una categoría para acreedores fiscales, cuyo consentimiento se obtiene al aceptar todas y cada una de las condiciones fijadas por el fisco que no surgen del plexo normativo concursal sino por aplicación de las disposiciones de la R.G. 970/2001 de la AFIP en pos de preservar “la legitimidad del proceso concursal”, con el fin de que se pueda llegar a un consenso que permita tutelar la seguridad jurídica y los fines concursales.

## 7. Citas Bibliográficas

- Alegría, Héctor. “La relación fisco-concurso (con especial referencia a la exclusión de voto del fisco en el acuerdo preventivo)”. *Suplemento de Concursos y Quiebras. La Ley*, 9 de Septiembre 2002.
- Casadío Martínez, Claudio A. “Exclusión del cómputo de las mayorías de los entes recaudadores fiscales en los concursos preventivos”. *Impuestos. La Ley*. 2007-5. marzo.
- Favier Dubois, E. M. (h). “Exclusión de votos en los concursos: un camino en permanente construcción”. En VII Seminario Anual sobre Análisis Crítico de Jurisprudencia, Doctrina y Estrategias Concursales, *La tutela de los acreedores en los procesos concursales*, Mar del Plata, 23 y 24 de noviembre 2006. Buenos Aires. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas. Ad Hoc. 2006.
- Mosso, G. “Los créditos fiscales y su influencia en la obtención del acuerdo preventivo”. *Doctrina Societaria y Concursal, Errepar*, N° 156, Tomo 140, noviembre 2000, pág.346.
- Osso, María Cristina y Turniansky, Patricia Mirta. “Aspectos impositivos relevantes en el concurso preventivo”. *Práctica y Actualidad Concursal (PAC). Errepar*. Tomo II, marzo 2008.
- Osso, María Cristina. “Hacia la búsqueda de precisiones en el instituto de la categorización” En 18° Congreso Nacional de Profesionales en Ciencias Económicas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 16 al 18 de Junio de 2010.
- Villoldo Juan Marcelo. “El voto del fisco en el concurso preventivo: una exclusión razonable”. *Errepar (D.S.C.E); Doctrina*, Tomo XVI, abril 2004.
- *Ateneo Popular de Versailles Asociación Civil s/ concurso preventivo*, 28 de Abril de 2000. Juzgado Comercial N° 11 de la Capital Federal.
- *Comercial Mendoza SA, s/concurso preventivo*. Sala D. C.N.Com. 16/10/2007. La Ley, IMP 2007-23,2232, con nota de Francisco Junyent Bas; Silvina Izquierdo. *La Ley*. 2008-A.
- Del Dictamen de la Fiscal de Cámara en *Carrillo Francisco Ramón s/concurso preventivo*. C.N. Com. Sala D. D.22469/2007.