



COLEGIO DE GRADUADOS EN CIENCIAS ECONOMICAS

128 años al servicio de la profesión (1891-2019)

XXXI JORNADAS DE ACTUACIÓN JUDICIAL



“EXCLUSION DE VOTO: AFIP
ABUSO DEL DERECHO POR ACREEDOR”

AUTORA: LIDIA ROXANA MARTÍN
E-mail: martinlidiaroxana@gmail.com
Contadora Publica-Abogada
Especialista en Sindicatura Concursal

21 y 22 de agosto de 2019
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

INTRODUCCION.

En este ensayo trato de exponer la situación particular de un acreedor especial: el organismo nacional de recaudación AFIP e intentar reflexionar en base a la situación expuesta la existencia de abuso del derecho por parte de dicho acreedor.

1.- CONSIDERACIONES A CONSENSUAR

Para analizar la situación actual debemos partir de consideraciones consensuadas a saber:

- a) Se trata de un acreedor. Como todo acreedor por el principio de concurrencia debe insinuarse ante la sindicatura.

- b) A tal fin debe acompañar todos los requisitos indicados en el artículo 32 LCQ a saber: indicar monto, causa, privilegio, garantías incluso pagar el arancel correspondiente si su crédito supera tres sueldos mínimo vital y móvil.

2.- LA PROPUESTA DE AFIP

El órgano recaudador ofrece un plan de facilidades de pagos de adhesión voluntaria. Esta disposición -970/01- no otorga a los funcionarios del organismo facultad de negociar ni de adherir a propuestas realizadas por el deudor dentro del marco del concurso preventivo. Se trata de un plan rígido de manera tal que la única opción para el deudor es adherir.

Sin embargo, no escapa a la carga procesal impuesta por la ley concursal debiendo verificar en igualdad de condiciones que el resto de los acreedores¹ y tampoco está exenta de entregar al síndico la documentación justificativa de sus créditos temporáneamente.

AFIP se rige por normas propias. No admite ninguna quita ni espera y se considera otorgada la conformidad si el contribuyente se somete a este plan de facilidades de

¹ “Inflight SA s/Concurso Preventivo. C. N. com. Sala D Marzo 5/2002.

pago de 120 meses a través de un formulario que se ingresa por la plataforma correspondiente.

Debemos tener presente que no es obligatoria la categorización. Es optativo para el deudor categorizar a los acreedores. Ello es parte de la estrategia concursal para lograr la homologación del acuerdo.

3.- ANTECEDENTES

Los antecedentes del tratamiento de AFIP corrían por dos carriles diferenciados: a) en algunos concursos se categorizaba al organismo en forma separada y en otros procesos se excluía de emitir la conformidad y no se lo categorizaba, perdiendo consecuentemente el ejercicio del derecho a voto.

En ambos supuestos el deudor realizaba la adhesión al plan de facilidades de pagos colisionando con el principio de igualdad en el otorgamiento del voto.

Podría justificarse esta colisión en la subordinación del interés individual al interés superior del estado por la función protectora que el estado posee en las distintas economías.

4.- POSICIONES JURISPRUDENCIALES.

La jurisprudencia no es homogénea². Algunos jueces homologaban el acuerdo excluyendo al organismo recaudador y prescindiendo de la conformidad de este acreedor, condicionando la aceptación de la propuesta a la ausencia de oposición de afip dentro de los treinta días de la homologación. Se trataba de una exclusión

² En el caso “Instituto Medico Modelo²” el magistrado no hizo lugar a la exclusión de voto si fue categorizado por el deudor, “Doso², en este caso se lo íntimo a acogerse a la resolución 970 en un plazo de 5 días, “Open Sports Business²” en este caso se lo íntimo a acogerse a la resolución 970 en un plazo de 10 días, “Sociedad Española²” también reconoció el computo de voto pero en una categoría separada y la eximió de acompañar la conformidad.

En otros supuestos como “Imperiale²” y “Eco Design²” se ha excluido de votar a la Administradora Federal de Ingresos Públicos

provisoria, pero el deudor tenía dicho plazo para incorporarse al régimen de facilidades de pago.

En otros casos la jurisprudencia reconoció el derecho a voto, sin lugar a dudas la jurisprudencia no era uniforme.

5.- EL ACUERDO CON EL FISCO ES UN CONTRATO DE ADHESION

Recordemos que en materia contractual el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, introduce tres categorías contractuales: a) el discrecional o de paritarias, el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas y el contrato de consumo.

En el contrato de adhesión a cláusulas predispuestas se configura en forma anticipada por una de las partes, llamada predisponente (puede ser un profesional, empresario, proveedor, fisco) de manera que si la otra decide contratar debe hacerlo sobre dicho contenido.

A los fines de evaluar la procedencia o no de la exclusión del voto de AFIP, carece de importancia la discusión si las exclusiones son taxativas o no, pues el organismo recaudador va más allá de las exclusiones, ya que admite una interpretación extensiva: se trata de un voto complaciente. Esta exclusión amerita una distinción, de allí que es coherente la no categorización de este.

La AFIP como hemos mencionado presenta particularidades: si parte del crédito es privilegiado por dicha parte se lo excluye del cómputo de voto, sin embargo por la parte quirografaria, que incluye costas, intereses multas, se plantean alternativas en la estrategia del deudor.

Si condiciona la formación de las mayorías necesariamente puede optar por incluirlo en una categoría. Pero si el peso, proporcional en la masa del crédito de AFIP puede condicionar el logro del acuerdo el deudor puede proponer incluirlo en una categoría separada o solicitar su exclusión.

No hay duda que el tratamiento exigido por los acreedores fiscales es extremadamente inequitativo comparado con similares propuestas de pago a otros

acreedores del mismo rango. Unos se beneficiarían cobrando todo a expensas de otros con propuestas sustancialmente menores.

6.- ES CONVENIENTE LA CATEGORIZACION FORZADA?

Sin lugar a duda el tratamiento de la Administradora Federal de Ingresos Públicos – AFIP- es diferente porque tiene un régimen especial.

Se plantea el siguiente interrogante: ¿vota el organismo?

Si concurre a la votación podría condicionar el acuerdo. El deudor puede elegir estrategias al momento de conformar las categorías de acreedores y decidir si lo incorpora en una categoría o lo excluye del cómputo o la categoriza en forma separada y adhiere al plan de facilidad de pagos.

Es curioso como con el correr del tiempo se ha transformado la manera de expresar el voto. De otorgar la conformidad a viva voz en la junta de acreedores, como lo preveía la anterior ley 19.551 pasó a manifestarse por escrito en el expediente, con la ley 24.522 y en la actualidad al fisco se lo exime de prestar expresa conformidad escrita en el expediente, o sea sin exteriorizarla, otorgando silencio al respecto y entendiéndose dicho silencio como manifestación de conformidad.

A las tradicionales propuestas para acreedores quirografarios, y para acreedores privilegiados –optativa- se le agrega un acuerdo diferente para Afip, ajeno al acuerdo de mayorías. El fisco es un acreedor concurrente, al igual que el resto. Sin embargo es un acreedor extra concurso, o concurrente sui generis³. Se excluye del cómputo de las mayorías de personas y de capital. Solamente le alcanzaría los efectos novatorios de la propuesta homologada si se prescinde del mismo para homologar el acuerdo.

³ Así lo expresa Mosso Guillermo en “Tratamiento de los créditos fiscales respecto de las mayorías necesarias para el acuerdo preventivo”. IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de insolvencia crisis y derecho. Tomo I. 12/14 de octubre de 2000. La Cumbre. Córdoba.

¿Cuál sería el fundamento de la exclusión de AFIP al excluirlo de la votación de la propuesta? Lo inconciliable del régimen particular de la resolución general a las propuestas concordatarias de los deudores⁴.

Analizamos lo siguiente: el ente recaudador no posee facultad negocial ni de otorgamiento de voto. No puede sostenerse que el mismo Estado que sanciona las leyes para superar el estado de insolvencia mande a la quiebra a los deudores. Sería una incongruencia difícil de entender. De esta reflexión deducimos y nos inclinamos hacia la posición de excluir a AFIP de la votación del acuerdo ofrecido por el deudor.

Como explicare más adelante, esta situación de rigidez con tratamiento diferenciado para el fisco puede habilitar a los acreedores quirografarios de todas las categorías a no otorgar el voto favorable y solicitar al juez la aplicación del cramdown power, para optar luego por la mejor propuesta de pago.

7.- INTERPRETACION DEL SILENCIO DE AFIP COMO CONFORMIDAD OTORGADA.

En materia de jurisprudencia aparecieron distintas soluciones atendiendo las distintas líneas de pensamiento.

Una línea es la conformación de una categoría exclusiva para AFIP. A continuación veremos dos casos que se enmarcan en este supuesto.

En materia de jurisprudencia a favor de la homologación de la propuesta entendiendo el silencio de AFIP como aceptada la misma si el deudor se acogía al Régimen de Facilidades de pago podemos citar el caso “Ducci Construcciones SRL s/Concurso Preventivo” Juzgado de primera instancia Civil y Comercial de Jujuy. 1998. En este caso el deudor ofreció una categoría exclusiva a AFIP, acciéndose el deudor al decreto 439/95 y manifestó que presentaría los formularios y

⁴ Casos “Ateneo Popular de Versailles Asociación Civil s/ Concurso Preventivo”. Juzgado Comercial 11 del 28/4/2000. “Frigorífico Regional San Antonio de Areco SACI s/Concurso Preventivo”, Sala B 17/12/2002., “Julián Álvarez Automotores SA s/Concurso Preventivo s/Incidente” Sala B 2/4/2004, “Inta Industria textil Argentina s/Concurso Preventivo”, Sala B 19/4/2004, “Arbe SA s/Concurso Preventivo”, Sala C 17/11/2000 y “Obra Social de la Industria del Calzado s/Concurso Preventivo”, 5/9/2003.

cumplimentar el plan de pagos dentro de los treinta días corridos de la homologación (art. 4 RG 4077).

En el caso “Ateneo Popular de Versailles Asociación Civil s/concurso preventivo⁵” el deudor conformo una categoría especial con AFIP como único integrante. No otorgo la expresa conformidad sino que informo sobre el acogimiento a la moratoria (Dto. 93/00. El magistrado homologó el acuerdo señalando que el acogimiento a la moratoria es un derecho del contribuyente.

El fisco permanentemente insiste en la posición en la cual no puede verse privado del derecho a votar al igual que cualquier acreedor. En el fallo INFLIGHT se ha zanjado liminalmente la cuestión procesal del voto. Sin embargo. La resolución 970 prohíbe a AFIP negociar, imponiendo un régimen de adhesión.

8.- EL PROBLEMA DE CATEGORIZAR A AFIP EN FORMA SEPARADA: LA OPOSICION DE AFIP

Como hemos expresado entre el contribuyente y el organismo recaudador no hay negociación.

Por supuesto como contribuyentes no desconocemos la importancia que para el estado significa la recaudación de impuestos para cumplir con su función, basado en el interés constitucional e institucional en cuanto a la regulación de la ley de bancarrotas como así también las regulaciones impositivas que se impone para la aceptación de la propuesta.

Ahora bien. El juez es el director del proceso y debe bregar por un lado a aplicar la ley otorgando una solución que satisfaga por un lado las acreencias de los acreedores, el interés social y articular una salida airosa de la insolvencia, entre otros argumentos.

Que pasaría si afip pese a la adhesión al plan por parte del deudor se opone? Es legal?

⁵ Juzgado de Comercio Nacional Nro. 11. Fallo del 28/4/00.

A nuestro entender ello implica un actuar abusivo.

El organismo recaudador sistemáticamente presenta oposiciones en los procesos concursales que tengan deudas post concursales impagas.

Su oposición consiste en la negación o impedir a todos los contribuyentes concursados – con deuda post concursal impaga- adherir a la RG 3587/14.

Las oposiciones realizadas por AFIP, además de no encontrarse contemplada en la Ley de Concursos y Quiebras, no es realizada conforme a las normas de procedimiento reguladas en dicha normativa, dicho de otra manera, no se encuentra firmada por el funcionario autorizado para decidir, sino que lo firma la apoderada de AFIP.

Es más, conforme a la Ley de Procedimiento Fiscal, art. 100 el rechazo del formulario ingresado por los concursados de acogimiento al plan de pagos preconcursales deben ser notificados por nota art. 100 B de la L.P.F. y firmada por 2 (dos) funcionarios-

Si lugar a dudas, cuando el concursado ingresa el formulario de adhesión al plan, el sello claramente consigna que *"la recepción del presente no aplica en modo alguno prestar conformidad a la solicitud planteada ni otorgamiento del plan en los términos de la RG 3587/14 y sigs....Conste"*, sin embargo la misma resolución dispone la autoridad que debe resolver la petición.

**9.- REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL ORGANISMO RECAUDADOR.
PARA EFECTUAR UNA OPOSICION.**

A) FIRMA POR AUTORIZADO

El artículo 40 RG 3587/2014 se refiere a los funcionarios que se encuentran autorizados a prestar la conformidad y dice dicho artículo que es el Jefe del Departamento de Concursos y quiebras (remitiendo al art. 22 para el supuesto de créditos quirografarios).

Ahora bien, en la actualidad, el ente recaudador va más allá. Manifiesta en forma expresa su oposición a la homologación. El organismo recaudador, en la actualidad y novedosamente se "opone" a la homologación. ¿Es esto legal? ¿Estamos ante un acreedor hostil?

Los fundamentos del ente recaudador para oponerse a la homologación se encuentran fundado en que no se encuentran dadas las condiciones de viabilidad de cumplimiento en los términos de la Resolución General Nro. 3587/14.

B) LAS GARANTIAS QUE PUEDE REQUERIR AFIP.

Sin embargo la misma R.G. 3587/2014, en su artículo 22, in fine, cuando habla de quien debe resolver las propuestas dice: "En todos los casos, los mencionados funcionarios podrán solicitar la constitución de garantías, a entera satisfacción de este Organismo, dentro de los plazos que se determinen en la respectiva resolución de aprobación y según las normas establecidas a tal efecto en la presente y en la Resolución General N°3.885, sus modificatorias y complementaria.". O sea, que ante la duda en el cumplimiento del plan AFIP está habilitada a solicitar garantías adicionales,

CONCLUSION.

Es de práctica habitual categorizar a la Administración Federal Impositiva en una categoría separada en base a la imposibilidad de negociación que posee el organismo que somete a los contribuyentes en estado de insolvencia la adhesión a un plan de facilidades de pago que obliga al pago del cien por cien de la deuda, no permitiendo parcializarla (art. 16 parr I) y además desistiendo de realizar cualquier incidente de revisión, resolución que a todas luces viola el principio de par conditio, esto obliga necesariamente a cualquier concursado a la categorización separada asumiendo que cumpliendo con todos los requisitos establecidos en la RG 3587 se tendría por aceptado el plan.

En otros países como Colombia por ejemplo aísla el crédito fiscal y le da un tratamiento especial, subordinado al cumplimiento previo de las cuotas concordatarias, de manera que el estado colabora con la reestructuración, protegiendo la fuente laboral y productiva financiando el procedimiento.

Concluimos que al organismo recaudador debe excluirse SIEMPRE del cómputo de las mayorías, en base a dos consideraciones:

1.- Si la oposición a la homologación no lleva con firma de autorizado y no solicita las garantías correspondientes, podríamos decir que nos encontramos ante un acreedor hostil que debe excluirse del cómputo de las mayorías.

2.- Podría considerarse abuso del derecho o fraude a la ley si AFIP utiliza el instrumento jurídico concursal para fines ajenos a los que la misma ley prevé (art 9 y 10 CCCN). El tratamiento del acreedor que encuadramos en la figura de “abuso del derecho”, debería tener la misma finalidad que el punto anterior: la exclusión de otorgar la conformidad (voto).

LIDIA ROXANA MARTIN