

NINGÚN ORGANISMO FISCAL PUEDE IMPONERLE A LA CONCURSADA LA NECESIDAD DE INCLUIR SU CRÉDITO EN DETERMINADA CATEGORÍA DE ACREEDORES SI LA DEUDORA VOLUNTARIAMENTE NO LO ACEPTA.

Dr. Javier Armando Lorente

Instituto de Derecho Comercial, Económico y Empresarial
Colegio de Abogados de San Isidro

PONENCIA

“Frente a la posición que ha adoptado la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos (AGIP) la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en múltiples concursos preventivos en trámite, donde pretende forzosamente ser incluida en la categoría de acreedores fiscales exclusivamente creada por la deudora para la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), se concluye que –descartado obviamente un obrar abusivo- no es posible obligar a la concursada a incluir a la AGIP dentro de una categoría especialmente diseñada por la deudora para contener los créditos de la AFIP, y resulta completamente lícito que se diferencie en tratamiento de la AGIP (como un acreedor quirografario común) del de la AFIP (como un acreedor quirografario fiscal con un sistema específico de propuesta concursal aceptable por el Fisco nacional).”

I.- Introducción: unas relativamente recientes tentativas de la AGIP en diversos procedimientos concursales en curso.

Motiva la presente ponencia la situación que ha debido enfrentar el autor, no en uno sino en varios procesos concursales preventivos en trámite en los cuales, en diferentes instancias procesales –las más de las veces de forma groseramente extemporánea- la AGIP (Fisco de CABA) formula peticiones mediante el cual la presentante solicita se fuerce a incluir a la AGIP dentro de la categoría oportunamente propuesta por la concursada (y así fijada por V.S. en la resolución del art. 42 LCQ) denominada “ACREEDOR FISCO NACIONAL - AFIP (tanto porción quirografaria como privilegiada)” llamada, claro está, a albergar exclusivamente los créditos verificados y/declarados admisibles a la AFIP (Fisco Nacional).

II.- La cuestión fáctica de la extemporaneidad de las intentonas de la AGIP.

Como anticipara, en los varios casos (“Federal Service SRL s/concurso Preventivo”, Juz. Com. N° 4; “Ingeniería Gastronómica S.A. s/concurso Preventivo”, Juz. Com. N° 4, Secretaría N° 8; “Uno Gráfica S.A. s/concurso Preventivo”, Juz. Com. N° 31, Secretaría N° 61, “EZENTIS ARGENTINA S.A. s/concurso Preventivo”, Juz. Com. N° 4, Secretaría N° 7) el planteo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, además de sustancialmente improcedente, fue manifiestamente extemporáneo.

Cualquier objeción que un acreedor pueda tener a la propuesta de categorización de créditos que formule el deudor (art. 41 LCQ), debe ser articulada por la vía y en la oportunidad del art. 40 LCQ, esto es, dentro de los 10 días hábiles judiciales posteriores a que el Síndico exprese su opinión sobre la propuesta de categorización hecha por el deudor.

Cualquier tardía y extravagante presentación de la AGIP no puede ignorar la preclusión procesal habida al respecto, máxime si –como ocurrió en todos los casos arriba mencionados a título de ejemplo- el planteo resultó posterior a la resolución de categorización por parte del Tribunal (art. 42 LCQ).

Reza el Artículo 42 LCQ: “**Resolución de categorización. Dentro de los DIEZ (10) días siguientes a la finalización del plazo fijado en el artículo 40, el juez dictará resolución fijando definitivamente las categorías y los acreedores comprendidos en ellas.**” (el **resaltado** y el subrayado no están en el original).

Ergo, habiendo –en los casos de marras- el Tribunal ya fijado la categoría “ACREEDOR FISCO NACIONAL - AFIP (tanto porción quirografaria como privilegiada)”, y quedando incluida en ella sólo el Fisco Nacional, no puede válidamente la AGIP pretender ser incluido en dicha categoría (cuando sus acreencias ya estuvieran incluida en otras –por su porción quirografaria¹ y por su porción privilegiada general-)², pues ello importaría revisar o recurrir lo irrevisable o irrecurrible.

La resolución declarando definitivamente las categorías es irrecurrible, no sólo porque la ley no prevé expresamente recurso alguno contra la sentencia de categorización, por lo que caería dentro de la norma procesal general de inapelabilidad (art. 273 LCQ), sino también porque expresamente el legislador atribuye a tal resolución el carácter de definitiva en el mismo art. 42 LCQ.

¹ (i) ACREEDORES QUIROGRAFARIOS (excluyendo a Fisco Nacional - AFIP)

² (ii) ACREEDORES CON PRIVILEGIO GENERAL (excluyendo a Fisco Nacional - AFIP).

En uno de los pocos precedentes relevantes de la Cámara Nacional de Comercio de la Capital Federal que se registran sobre el tópico (“Listas Argentinas”, Sala D) se ha dicho que podría pensarse que no es adecuado que una decisión tan delicada y relevante como la de categorización de los acreedores sea absolutamente irrevisable por el Tribunal de Alzada, pero la apelabilidad de esa especie de decisiones introduciría una dilación y complicación en el trámite concursal que no parece admisible ni conveniente.³

Siendo que la interpretación absolutamente mayoritaria se inclina por la irrecurribilidad de la resolución de categorización, y tal ha sido consistentemente el criterio de los tribunales de primera instancia, son excepcionalísimos los pronunciamientos de tribunales del Alzada sobre la cuestión.

En un segundo precedente, “Correo Argentino”, la Sala B, sostuvo también la irrecurribilidad de la resolución de categorización.⁴

De todos modos, podemos concluir que, según el primer fallo que hemos mencionado sobre el punto, se ha considerado que la resolución de categorización sería susceptible de nulidad cuando hubiere un error sustancial (“*in judicando*”)⁵ que ciertamente no es el caso de marras.

III.- Improcedencia substancial de la pretensión “recategorizadora” de la AGIP.

Sin perjuicio de la extemporaneidad (o no) de sus planteos, es nuestro criterio que la pretensión misma carece de sustento legal.

La AGIP pretende ser incluida en una categoría donde el deudor claramente NO quiso incluirla. E increíblemente se agravia de ello.

El planteo parece omitir que categorizar es una potestad del concursado,⁶ y no un derecho del acreedor de ser categorizado dentro de tal o cual categoría.

³ LISTAS ARGENTINAS SA s/CONC. PREV. s/INCIDENTE DE APELACIÓN ART. 250, CPROC. - CNCOM. - SALA D - 30/3/1999 DSyC Errepar; Nro.155, Octubre 2000, con comentario de VAISER, Lidia, La categorización de los acreedores en el concurso preventivo: ¿el abrazo del oso?.

⁴ CNCCom., Sala B, 30-9-2003, “Correo Argentino SA s/concurso preventivo s/incidente de apelación art. 250 inc. 2”, con comentario de TRUFFAT, E. Daniel, Las también “turbulentas” aguas de la categorización, Errepar DSE N° 195, pág. 189

⁵ LISTAS ARGENTINAS SA s/CONC. PREV. s/INCIDENTE DE APELACIÓN ART. 250, CPROC. - CNCOM. - SALA D - 30/3/1999 DSyC Errepar; Nro.155, Octubre 2000, con comentario de VAISER, Lidia, La categorización de los acreedores en el concurso preventivo: ¿el abrazo del oso?.

⁶ CNCCom., Sala D, “Metrogas SA s/concurso preventivo s/queja” (Expte. 25381/2011), 21/09/2011.

La categorización propuesta (que pretende un tratamiento diferenciado para los créditos verificados y/o declarados admisibles al Fisco Nacional, tanto en su porción privilegiada como en la quirografaria) no solo no es arbitraria, esto es, resulta completamente razonable (art. Art. 41 LCQ), sino que es normal y habitual en la práctica del fuero.

Sería casi un agravio mencionar la pléyade de resoluciones del art. 42 LCQ dictadas, en las más diversas jurisdicciones del país, en la que se fija específicamente una categoría de acreedores que sólo alberga a la AFIP.

Insistimos: el concursado -sólo él- está en condiciones de justipreciar los beneficios e inconvenientes derivados de la categorización de los acreedores concursales.

No podemos olvidar que las diversas propuestas de acuerdo preventivo deben ser aprobadas por todas y cada una de las distintas categorías de acreedores. Por ello, que cuando el deudor clasifica a sus acreedores debe tener presente que, aunque sólo una de dichas castas no apruebe su propuesta, su destino falencial estará sellado (salvo, claro está, que resulte de aplicación al caso el procedimiento previsto en el art. 48 LCQ).

De allí que la razonabilidad que la AGIP pretende vulnerada por proponer un tratamiento diferente (más aún, si se quiere, discriminatorio) al Fisco de CABA que el propuesto al Fisco Nacional, no es tal, pues la razonabilidad debe juzgarse restrictivamente y en beneficio del deudor quien es el que tiene la potestad legal de categorizar.

La “razonabilidad” se exige porque el abuso del derecho aparece como una expresión de lo no razonable y a ello se ordena, ciertamente, la noción de “ejercicio regular” insertaba en el párrafo primero del art. 1071 del Código Civil –hoy art. 10 CCyC- (conf. Sanz, C., Consideraciones en torno al abuso del derecho, LA LEY, 1981-B, 886). Bien entendido que la razonabilidad aparece cuando se respetan los criterios de racionalidad formal; se logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión; y se obtiene un máximo de consenso (conf. Atienza, M., Tras la justicia - una introducción al derecho y al razonamiento jurídico, Barcelona, 1993).

De su lado, el carácter restrictivo se justifica porque si bien los jueces están facultados para modificar los derechos establecidos en convenciones y otros actos jurídicos cuando exceden el fin que se tuvo en mira al reconocerlos conforme al art. 1071 del Código Civil (conf. CSJN, 15/7/97, “Astilleros Príncipe y Menghi S.A. c/ Banco Nacional de Desarrollo”, Fallos 320:1495, voto del juez Bossert), cuando se trata de privar de efectos a tales actos, la teoría del abuso del derecho debe utilizarse solamente si aparece manifiesto el antifuncionalismo (conf. CSJN, 28/9/93, “Martínez Sa-

ravia, Miguel Angel s/ concurso preventivo”, Fallos 316:2069; íd. 1/9/87, “Magnasco de Bicchi, María Cristina y otro c/ Lavagnino Tschirch de Magnasco, Angélica”, Fallos 310:1705 — LA LEY, 1988-E, 415; íd. 4.8.88 “Automóviles Saavedra S.A.C.I.F c/ Fiat Argentina S.A.C.I.F.”, Fallos 311:1337).

Sugiere, APENAS SUGIERE, al art. 41 LCQ que la clasificación puede hacerse “... *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 ...*” Apenas para acompañar la docencia iniciada desde el texto legal, puede decirse que las clases de acreedores podrán relacionarse con el monto de los créditos, con su naturaleza comercial o financiera, con su vencimiento, con la moneda de expresión, con su carácter nacional o extranjero, y/o con cualquier fundamento que **razonablemente** justifique la categoría, a criterio del deudor.

Ello es lo que ocurre en la especie cuando el concursado propone, y luego el Tribunal establece, una categoría específica “ACREEDOR FISCO NACIONAL - AFIP (tanto porción quirografaria como privilegiada)”.

Que el crédito de AGIP sea de naturaleza fiscal en modo alguno puede suponer, como pretende la intentona del Fisco del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que la concursada esté obligada a integrar la categoría de acreedores fiscales AFIP junto a la AGIP o, por caso, con cualquier otro fisco provincial o municipal.

Ello por cuanto los planes habituales y extraordinarios de AFIP para deudores concursados son diferentes (más beneficiosos) que los de AGIP o, por caso, de cualquier otro fisco local.

Para ello, basta con comparar el plan de facilidades normado por la Resolución N° 890/MHFGC/20 que la propia AGIP suele citar en sus planteos, con el plan de regularización de deudas vigente de la AFIP, ley 27.562.

Tan normal y habitual resulta que se cree una categoría de acreedores fiscales que exclusivamente incluya a la AFIP (y por tanto que excluya a todos los restantes fiscos provinciales), que desde siempre –y sin perjuicio de moratorias extraordinarias, como la mentada supra- el Fisco Nacional reglamenta moratorias ordinarias para deudores concursados. Actualmente, se encuentra en vigencia la Res. Gral. 3857/2014, que en términos prácticamente idénticos vino a sustituir a la Res. Gral. 970/2001, que a su turno reemplazó a la antigua Res. Gral. DGI N° 4.241.

Por otra parte, la adhesión al plan de AGIP que la propia quejosa reclama, está nutrido de requisitos completamente innecesarios, hasta absurdos si se quiere: por

ejemplo, constancia de la conformidad del síndico para que el concursado suscriba el plan de facilidades de pago y/o la ratificación del juez concursal.

Tales requisitos soslayan no sólo el art. 15 LCQ, sino también que la función del síndico no es dar conformidades para que el deudor cumpla con planes de pago de deuda de causa o título anterior al concurso, ni tampoco el juez está llamado a ratificar tales cosas, salvo en el marco de las facultades homologatorias del art. 52 LCQ.

Y aun cuando los planes de facilidades fueran iguales, sólo por razón del MONTO de los créditos, sería perfectamente legítimo, válidos y razonable que la concursada tratara de modo diferente a la AGIP y a la AFIP. Vaya un ejemplo lapidario al respecto, aun cuando dos créditos sean sustancialmente iguales entre sí, pero uno fuera de \$ 990.000 y otro de \$ 1.010.000.-, ningún óbice podría hacerse a una categorización que discriminara en su tratamiento a los acreedores quirografarios de más de 1.000.000.- de los de menos de 1.000.000.- Reiteramos, sólo el MONTO de los créditos es una de las pautas ejemplificadoras para categorizar créditos contenida en el primer párrafo del art. 41 LCQ.

No obstante lo expuesto, en doctrina que obviamente no compartimos, la Sala E de la CNCOM, en autos “EZENTIS ARGENTINA S.A. s/ CONCURSO PREVENTIVO s/ INCIDENTE ART. 250 RECATEGORIZACIÓN DEL GCBA” (Expte. N° 32341/2019/32), con fecha 14/12/2021 revocó una resolución del Tribunal de Grado e hizo lugar al planteo “recategorizador” de la AGIP, exponiendo una doctrina judicial diametralmente opuesta a la sostenida por la Sala D de la CNCOM. en pronunciamiento dictado en fecha 26/12/2019, en los autos caratulados: “Organización Anselmi SRL s/ Concurso preventivo” (Expte. N° 8406/2016), por lo que mínimamente supone que, más bien temprano que tarde, deberá obtenerse una doctrina plenaria de la citada CNCOM. que ponga fin a la incertidumbre de marras.

IV.- CONCLUSIÓN.

El deudor no puede ser forzado a incluir en una cierta categoría de acreedores (Fisco Nacional AFIP) a los créditos correspondientes a otros fiscos provinciales y/o municipales, sólo porque sean parecidos o similares en su naturaleza a los de la AFIP.

El deudor se encuentra plenamente facultado para tratar diferenciadamente (y si se quiere ser más enfático, discriminar) a acreedores que objetivamente pueden ser sustancialmente similares entre sí, si existen razones legales y/o fácticas para hacerlo, siempre sin incurrir en la irrazonabilidad que fulmina el art. 41 LCQ.