

Afectación de la potestad recaudatoria de la Administración Federal de Ingresos Públicos en el proceso de verificación de créditos

Por Ignacio Rosenfeld. Nota al Fallo “Ajami Víctor, Israel s./quiebra s./incidente de revisión (por AFIP) – expte. nº 35529.12.” Publicado en LA LEY - Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (Octubre 2013)

Sumario: I. Introducción. II. Síntesis del fallo. III. Breve repaso de los antecedentes legales: leyes 14.397, 18.038, 24.241 y 26.425. IV. El sistema previsional y el principio de solidaridad. V. Distinción entre “carga” y “obligación”: 1. Interpretación de la norma. 2. Sobre la “carga” y la “obligación”. VI. Legitimación sustancial para verificar. VII. El incumplimiento fiscal y algunas consecuencias económicas. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

El presente comentario tiene como objetivo fundamentar el derecho de la Administración Federal de Ingresos Públicos (la “AFIP”)¹ a presentarse como acreedor en los procesos falenciales a fin de solicitar la verificación de aquellos créditos originados bajo el Régimen de Trabajadores Autónomos. En ese sentido, la mayor parte del comentario estará basado en el análisis no sólo de los pormenores de la resolución de Cámara sino principalmente en la conceptualización

¹ La AFIP también será referida indistintamente a lo largo del comentario como “Fisco”.

como “obligación” de los aportes previsionales generados por aplicación del régimen de trabajadores autónomos, lo cual a mi entender es lo que en definitiva terminará fundando la legitimación sustancial de la AFIP en este tipo de procesos.

Síntesis del fallo

El caso aquí tomado como punto de partida para el análisis del presente comentario es la resolución dictada por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el expediente “Ajami Víctor, Israel s./quiebra s./incidente de revisión (por AFIP) – expte. n° 35529.12”, en fecha 5 de marzo del corriente. En el mismo, la AFIP solicitó la verificación de su crédito en base a la deuda que el fallido ostentaba con relación al pago de los aportes previsionales devengados bajo el régimen de Trabajadores Autónomos, lo cual fue rechazado tanto en primera como en segunda instancia.

En este último caso la Cámara, en un fallo por mayoría², resolvió confirmar la resolución de primera instancia bajo el argumento de que *si bien los arts. 8, inc. a, y 10 al 13 de la ley 18.038³ obligan al contribuyente inscripto en ese régimen previsional al pago de los aportes correspondientes, a los efectos de posibilitarle la obtención del beneficio jubilatorio (arts. 15 y 30 y concs. de la citada ley), la consecuencia de que aquel no efectúe los aportes es la imposibilidad de obtener la jubilación. Asimismo, continuó la mayoría sosteniendo que no está prevista la potestad persecutoria de la aquí incidentista respecto de la deuda contra el trabajador autónomo inscripto en el*

² La mayoría en este caso estuvo compuesta por los Dres. Juan Garibotto y Eduardo Machín.

³ Publicada en el Boletín Oficial (el “BO”) de fecha 10 de enero de 1969.

sistema, por lo cual, *al carecer la Administración Federal de Ingresos Públicos de potestad persecutoria para obtener el cobro compulsivo de créditos del tipo específico de que aquí se trata, está privada también de legitimación sustantiva para verificarlo en el concurso preventivo o la quiebra.* Por último, sostiene que *esa facultad persecutoria tampoco se incluyó en la ley 24.241⁴ ni en la más reciente ley 26.425⁵.*

II. Breve repaso de los antecedentes legales: leyes 14.397, 18.038, 24.241 y 26.425

El primer régimen jubilatorio nacional para “trabajadores independientes, empresarios y profesionales” fue establecido mediante la ley 14.397⁶, la cual fue modificada respecto a “profesionales” por el decreto-ley 7825/63. Eventualmente, la experiencia recogida⁷ durante quince años llevó a que en el año 1969 se procediera con la derogación de la normativa anterior mediante el dictado de la ley 18.038⁸.

A su vez, décadas más tarde y dentro del marco del proceso de desregulación llevado a cabo en la última década del Siglo XX, en el año 1993 se sancionó la ley 24.241 por medio de la cual se procedió

⁴ Ley por medio de la cual se creó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Fue publicada en el BO de fecha 18 de octubre de 1993.

⁵ Ley por medio de la cual se dispuso la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único régimen previsional público. Fue publicada en el BO de fecha 9 de diciembre de 2008.

⁶ Publicada en el BO de fecha 21 de enero de 1955.

⁷ Puede observarse en el Mensaje de Elevación del proyecto de ley que luego terminaría siendo la ley 18.038 (“Mensaje de Elevación de ley 18.038”) la preocupación por establecer un régimen jubilatorio eficiente: *Este Ministerio ha tenido la preocupación fundamental de proponer un régimen viable, tanto financiera como administrativamente. La experiencia del pasado señala –y muy especialmente en el caso de los trabajadores autónomos- la inconveniencia de establecer regímenes viables a corto plazo, pero de dudoso resultado en el mediano y largo plazo. La holgada situación financiera actual de la Caja Nacional de Previsión para Trabajadores autónomos no puede dar lugar a la creación de un sistema aparentemente muy generoso, pero que dentro de varios años resultaría deficitario.* Punto IV, párrafos 4 y 5 del Mensaje de Elevación de ley 18.038.

⁸ Más precisamente dicha derogación, tanto de la ley 14.397 como del decreto-ley 7.825/63, es dispuesta mediante el artículo 65 de la ley 18.038.

con la reunión de las distintas cajas previsionales –tanto para trabajadores independientes como en relación de dependencia- lo que dio en llamarse como “Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones”. Asimismo, la reforma previó para los trabajadores la posibilidad de optar entre un régimen de reparto a cargo del Estado o un régimen privado de capitalización. Naturalmente, dicha norma previó en su articulado la derogación de los regímenes previsionales anteriores, incluyéndose entre ellos el establecido con respecto a los trabajadores autónomos mediante la ley 18.038. No obstante ello, en el artículo 156 de la ley 24.241 se estableció lo siguiente: *Las disposiciones de las Leyes Nros. 18.037 (t.o. 1976) y 18.038 (t.o. 1980) y sus complementarias, que no se opongan ni sean incompatibles con las de esta ley, continuarán aplicándose supletoriamente en los supuestos no previstos en la presente, de acuerdo con las normas que sobre el particular dictará la autoridad de aplicación.* Asimismo, en el artículo 168 de la ley 24.241 se estableció la derogación de la ley 18.038 bajo la siguiente fórmula: (...) *Queda derogada la Ley Nº 18.038, sus complementarias y modificatorias, todo con la salvedad de lo que disponen los artículos 129, 156 y 160 de la Ley del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.* En consecuencia, debe interpretarse entonces que las disposiciones de la ley 18.038 serán aplicadas supletoriamente en aquellos casos no previstos en la ley 24.241, y siempre y cuando no sean incompatibles ni se opongan al régimen de la ley 24.241.

Por último, ahora dentro del marco de agrandamiento de la estructura del Estado⁹, en el año 2008 se decidió proceder con la “unificación” del régimen previsional por medio del cual fue eliminado el “régimen de capitalización” siendo los fondos privados de jubilaciones y pensionados absorbidos por el Estado¹⁰.

Paradójicamente, es curioso notar que tanto entre el dictado de las leyes 14.397 y 18.038, como así entre el dictado de las leyes 24.241 y 26.425 pasaron 15 años, lo cual parecería hablar no sólo de un cambio de la situación económica del país –lo cual no es menor para la regulación de este sistema- sino también de un cambio ideológico en cuanto al “rol del Estado” en relación con el sistema económico del país. En tal sentido, lo expuesto queda muy bien reflejado en las palabras vertidas por el Dr. Cassagne más de veinte años atrás con motivo del proceso de desregulación llevado adelante principalmente mediante las leyes 23.626 y 24.627, lo cual parecería tener hoy en día la misma vigencia: (...) *Esa unidad que caracteriza al proceso intervencionista se refleja fundamentalmente en los cuatro pilares del estatismo, a saber: a) la sobredimensión de las estructuras administrativas y el consiguiente aumento de la burocracia; b) las abundantes y excesivas regulaciones que limitan y afectan las libertades económicas y sociales fundamentales; c) la configuración de monopolios legales a favor del Estado y d) la participación estatal*

⁹ Puede observarse que estamos ante un proceso de características opuestas al registrado durante la década de los '90.

¹⁰ Vale recordar que dicho proceso no implicó únicamente la eliminación del régimen de capitalización sino que también dio lugar a una mayor injerencia del Estado en la economía mediante la participación en el capital accionario –y eventualmente en los órganos de administración- de aquellas empresas en las cuales previamente los fondos privados tenían participación.

*exclusiva o mayoritaria en el capital de empresas industriales o comerciales*¹¹.

III. El sistema previsional y el principio de solidaridad

Siguiendo con lo dicho previamente resulta importante hacer hincapié –al igual que el voto en disidencia- en cuál es la finalidad del sistema previsional, lo cual a mi entender es uno de los principales argumentos a fin de catalogar al pago de los aportes previsionales dispuestos bajo el régimen de trabajadores autónomos como una “obligación” y no como una “carga”, lo cual será desarrollado posteriormente. En tal sentido, en primer lugar se debe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 16 de la ley 24.241 el cual establece que *[e]l régimen público es un régimen de reparto asistido, basado en el principio de solidaridad, y que [s]us prestaciones serán financiadas con los recursos enumerados en el artículo 18 de esa Ley*. Naturalmente, uno de los principales recursos comprendidos en la enumeración del artículo 18 son los “aportes” de los afiliados lo cual nos brinda una primera aproximación a la categoría de “obligación” dado que no podría entenderse que una de las fuentes de financiamiento del régimen previsional quede al arbitrio de los particulares.

Ahora bien, el fundamento de esta obligación reside, como reza la normativa específica, en el “principio de solidaridad”, lo cual es puesto de manifiesto en el voto en disidencia. A tal efecto resulta ilustrativo el siguiente pasaje del voto de la Dra. Villanueva: *(...) es esencialmente un sistema contributivo basado en el principio de solidaridad obligatoria como corolario del cual surge el derecho del afiliado de*

¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *La transformación del Estado*, LL 1990-E, 1978.

*acceder al beneficio respectivo, lo que implica la necesidad de que éste haya sido solidario cuando revestía la condición del trabajador activo*¹². En el mismo sentido, ha sido dicho que las leyes jubilatorias argentinas se nutren de aquel principio: su cimiento filosófico indica que el trabajador activo sacrifica parte de su ganancia y lo aporta al patrimonio común solidario que constituye la fuente que proveerá los recursos que se liquidarán a los pasivos. Y, como rueda sin fin, esos mismos activos tendrán derecho, en su momento, a obtener los mismos beneficios¹³. En línea con ello, es importante destacar que también la Corte Suprema de Justicia de la Nación (la CSJN) se ha pronunciado sobre la obligatoriedad del ingreso de los aportes previsionales los cuales, tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 16 de la ley 24.241, concurren al financiamiento del sistema asentado en el principio de “solidaridad previsional”¹⁴.

A mayor abundamiento, si bien en su momento se estableció un régimen previsional diferenciado para los trabajadores autónomos¹⁵, con el dictado de las leyes 24.241 y 26.425 hoy en día no podría entenderse que dichos trabajadores han quedado al margen de la obligación de contribuir con el sostenimiento del sistema previsional público.

Por último, es necesario también destacar que el principio de solidaridad no sólo dota de contenido a las obligaciones que surgen

¹² CFSS, Sala I, *Cañedo, Donato c./ANSeS*, 30-abr, 2001, citado en el voto de la Dra. Villanueva.

¹³ CFSS, Sala II, *González, Herminia del Carmen c./ANSeS*, 20-nov, 1998, citado en el voto de la Dra. Villanueva.

¹⁴ CSJN, *Scalise, Claudio s./concurso preventivo s./incidente de revisión promovido por Fisco Nacional*, 9-ago, 2011, citado en el voto de la Dra. Villanueva.

¹⁵ Como dijéramos previamente, la disposiciones de la ley 18.038 –la cual estableció el régimen específico para trabajadores autónomos- serán aplicadas supletoriamente en aquellos casos no previstos en la ley 24.241, y siempre y cuando no sean incompatibles ni se opongan al régimen de la ley 24.241

del régimen previsional, sino que también nutre a todas aquellas obligaciones establecidas para la conservación y organización de la comunidad. Consecuentemente, se ha dicho también respecto del régimen tributario que *es la solidaridad social la que lleva a que aquellos sujetos económicamente más beneficiados contribuyan con una parte razonable de su riqueza de acuerdo a la capacidad económica, a efectos de sostener el gasto público*¹⁶. En definitiva, como bien sostiene el voto en disidencia, *derívase de lo expuesto que el aporte del afiliado no es efectuado en su único beneficio, sino que tiene por finalidad dotar al sistema de recursos a los efectos de que quienes hoy gozan del beneficio puedan percibir las prestaciones respectivas, existiendo una relación jurídica que enlaza la situación de los beneficiarios con quienes se encuentran obligados a contribuir*¹⁷.

IV. Distinción entre “carga” y “obligación”

1. Interpretación de la norma

Adentrándonos ahora en la consideración del fallo de la Cámara, en primer lugar resulta interesante cotejar el análisis realizado por la mayoría con respecto a la ley 18.038. Siguiendo con ello, recordamos que en el voto de la mayoría se esbozó lo siguiente: (...) *si bien los arts. 8, inc. a, y 10 al 13 de la ley 18.038 obligan al contribuyente inscripto en ese régimen previsional al pago de los aportes correspondientes, a los efectos de posibilitarle la obtención del beneficio jubilatorio (arts. 15 y 30 y concs. de la citada ley), la consecuencia de que aquel no efectúe los aportes es la imposibilidad*

¹⁶ Cfr. FOLCO, Carlos M., *El fenómeno de la evasión fiscal*, obra publicada en FOLCO, Carlos M. – ABRALDES, Sandro F. - LÓPEZ BISCAYART, Javier, *Ilícitos Fiscales: asociación ilícita en materia tributaria: ley 25.874*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004. Pág. 17.

¹⁷ Del voto en disidencia de la Dra. Villanueva.

de obtener la jubilación. En ese sentido, el artículo 30 de la ley 18.038 establece lo siguiente: Para tener derecho a los beneficios que acuerda esta, es condición que al momento de solicitarse la prestación se encuentren totalmente ingresados los aportes que correspondan de acuerdo a las disposiciones de la ley 14.397, del decreto-ley 7.825/63 y de la presente ley; si el afiliado se hallare sujeto a algún plan de regularización de la deuda por aportes, es condición hallarse al día en su cumplimiento.

Ahora bien, el artículo 30 de la ley 18.038 no puede ser interpretado en el sentido de que el “no pago” de los aportes sólo obsta a la obtención de la jubilación. Siguiendo con ello, la normativa que establece los requisitos necesarios para la obtención de la jubilación – pago de aportes previsionales- no puede ser interpretada “a contrario sensu” a fin de crear una eximición. Es decir, la interpretación negativa de la obligación legal incluida en la norma no puede exonerar a quien por la norma misma se encuentra sujeto a su cumplimiento. En ese sentido, ya lo ha dicho reiteradas veces la CSJN que *es regla de interpretación de la ley la de dar pleno efecto a la intención del legislador, y para ello, la primera fuente es la letra de la ley (Fallos 312:1098, 321:1614, 325:3229 y 326:4530)*. En definitiva, en este caso específico la interpretación de los jueces no puede crear una eximición no prevista en la ley, razón por la cual entendemos entonces que se mantiene vigente la obligación legal del fallido para con el pago de los aportes previsionales adeudados.

2. Sobre la “carga” y la “obligación”

Siguiendo con lo expuesto en el punto anterior, el “deber jurídico” del fallido para con el cumplimiento del pago de los aportes previsionales encuentra entonces su correlato en el “derecho subjetivo” de la AFIP de hacer efectivo el pago, ello como consecuencia de la relación jurídica generada por aplicación del régimen previsional de trabajadores autónomos. Naturalmente la AFIP, en su calidad de acreedor, *estará investida de los poderes conferidos por el Derecho, relativos al patrimonio del deudor, para obtener la satisfacción de su interés*¹⁸, lo cual incluye eventualmente la facultad de presentarse en el proceso falencial a fin de solicitar la verificación de su crédito.

No obstante ello, siguiendo con la interpretación realizada por el voto de mayoría, parecería ser contrariamente que el cumplimiento del pago de los aportes previsionales es sólo una “carga” para los trabajadores autónomos dado que *la consecuencia de que aquel no efectúe los aportes es la imposibilidad de obtener la jubilación*¹⁹. Es decir, los trabajadores autónomos sólo realizarán el pago de sus respectivos aportes previsionales en beneficio propio siendo consecuentemente ellos los únicos perjudicados al no realizarlos. A tal efecto, resulta ilustrativo lo expuesto por el Dr. Parodi²⁰ respecto del concepto de “carga”: *La carga se aplica a conveniencia exclusiva del provecho propio, es decir, es precisa respecto de aquel a quien incumbe (beneficiado), en tanto la estructura del vínculo obligatorio*

¹⁸ ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977. Pág. 14.

¹⁹ Voto de la mayoría.

²⁰ En el mismo sentido también expone el Dr. Gómez Leo el concepto de “carga”, el cual es referido de la siguiente manera al hablar de la presentación a la aceptación de las letras de cambio: (...) *no se trata de una obligación que tenga el correlativo sujeto pretensor que pueda exigir su cumplimiento, sino que es un imperativo del propio interés del tenedor a fin de que no se perjudique el papel de comercio. Es una carga suya y un poder suyo.* GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Nuevo Manual de Derecho Cambiario*, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2006. Págs. 127-128.

*evidencia imposición a efecto de tutelar intereses ajenos (del acreedor)*²¹. **La carga denota la subordinación del interés de quien la soporta, a otra conveniencia propia, de ahí que la insatisfacción de carga no genera responsabilidad y el incumplimiento de la obligación sí**²².

Ahora bien, como ya hemos dicho, en primer lugar estamos ante un sistema –el sistema previsional- instaurado en beneficio no solo de aquellos que actualmente realizan el pago de los aportes sino también en beneficio de quienes actualmente reciben las prestaciones. En ese sentido, el incumplimiento del fallido no implica entonces únicamente un perjuicio para con su propia jubilación sino que importa además el desabastecimiento de los recursos necesarios para el funcionamiento del sistema previsional. Consecuentemente, no podría caracterizarse válidamente como “carga” a la obligación de realizar los aportes bajo el régimen previsional dado que su incumplimiento, en base a la definición previamente señalada, excede el perjuicio del propio interés traduciéndose en un perjuicio para el resto del sistema, es decir, para el resto los afiliados.

Siguiendo con ello, dentro del marco del proceso de verificación de créditos la carga –no la obligación- pesará entonces sobre la AFIP para hacer valer su crédito, no así sobre el fallido a fin de poder eximirse del pago de la deuda. A tal efecto resulta ilustrativo lo dicho al respecto por los Dres. Junyent Bas y Molina Sandoval: *Si bien el artículo 32 LCQ habla del deber de verificación, es una carga (un*

²¹ PARODI, Horacio D., *Títulos de Crédito – Tomo 2*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998. Pág. 647.

²² PARODI, Horacio D., op. cit. Pág. 648.

imperativo del propio interés), ya que la obligación se impone en interés ajeno. Constituye una facultad que el interesado puede o no usar; pero el acreedor que se sustrae de cumplir con la carga verificatoria no tiene posibilidad alguna de intervenir en el proceso concursal y gozar de sus beneficios²³.

A su vez, siguiendo con lo previamente expuesto, el incumplimiento de la obligación –a diferencia del incumplimiento de la carga- genera la “responsabilidad” del fallido por lo cual la AFIP, *ahora en actitud francamente activa, estará investida de un poder de agresión que consistirá en la facultad de emplear las vías legales tendientes a obtener la ejecución específica de lo debido o un equivalente indemnizatorio²⁴.* En ese sentido, dicha idea se ve reforzada por el hecho de que la AFIP pueda conminar a los deudores al pago de lo adeudado bajo este régimen, lo cual queda de manifiesto mediante la aplicación, entre otras alternativas, de intereses sobre el importe adeudado –los cuales son mencionados en el voto en disidencia-, situación que no sería factible si se tratara lisa y llanamente de una carga. A mayor abundamiento, vale recordar que los intereses son definidos como los *aumentos que las deudas pecuniarias devengan en forma paulatina durante un tiempo dado, sea como precio por el uso de un dinero ajeno, o como indemnización por un retardo en el cumplimiento de obligación dineraria²⁵,* lo cual nuevamente no hace sino más que reforzar la idea de que el pago de los aportes previsionales es una obligación y no una carga como establece el voto

²³ JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Ley de Concursos y Quiebras comentada*, Depalma, Buenos Aires, 2003. Pág. 198.

²⁴ Cfr. ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de Obligaciones*. Pág. 16.

²⁵ ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004. Págs. 469-470.

de la mayoría. Es más, en la misma ley 18.038 se habla de intereses: en primer lugar para referirlos como fuente de financiamiento²⁶ del régimen previsional, y en segundo lugar para establecer su aplicación con respecto a los aportes en mora²⁷. Consecuentemente, no sólo del análisis de los efectos legales que produce el incumplimiento del pago de los aportes surge la idea de obligación sino que es la misma norma la cual le da status de obligación y no de carga al régimen previsional de los trabajadores autónomos.

Por último, a modo de conclusión de este acápite, es curioso notar que en esta clase de obligaciones –obligaciones de dar sumas de dinero- *queda descartado el incumplimiento definitivo pues, salvo estipulación en contrario, no puede darse el caso de que el deudor se vea liberado por imposibilidad sobrevenida con posterioridad al nacimiento del vínculo*²⁸. Es decir, [e]l dinero existe siempre; si el deudor no se halla en situación de proporcionarlo, habrá una *impotencia meramente subjetiva que no puede actuar como causa de liberación*²⁹. Ahora bien, no obstante ello, según la consideración hecha por el voto de la mayoría parecería ser que el sometimiento del fallido al proceso falencial lo habilita a no cumplir con la deuda contraída con la AFIP. En ese sentido, resulta ilustrativo lo expuesto en el Mensaje de Elevación de la ley 18.038 con respecto al incumplimiento del pago de los aportes: *Entre las normas atinentes al régimen financiero del sistema, se prevé que los aportes en mora*

²⁶ Artículo 8, inciso b), ley 18.038.

²⁷ El artículo 13 de la ley 13.038 establece específicamente lo siguiente: *Los aportes en mora deberán abonarse de acuerdo con el monto de la categoría, vigente a la fecha de su pago, con más el interés punitivo pertinente, sin perjuicios de las sanciones que correspondan.*

²⁸ WAYAR, Ernesto C., *Tratado de la Mora*, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2007. Pág. 659.

²⁹ NUSSBAUM, Arthur, *Teoría Jurídica del Dinero*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929, citado en WAYAR, Ernesto C., op. cit. Pág. 659.

deberán abonarse en función del monto de la correspondiente categoría vigente a la fecha de su pago, con más los intereses punitivos establecidos en las disposiciones legales. De tal modo el afiliado moroso quedará colocado en idéntica situación que el que cumpliera regularmente sus obligaciones, evitándose situaciones de notoria injusticia de las que el régimen jubilatorio actual presenta numerosos ejemplos, y que en definitiva ocasionan perjuicios a la masa de afiliados.

V. Legitimación sustancial para verificar

Antes de comenzar con el desarrollo de este acápite hay que recordar que el pedido de verificación fue rechazado a su vez bajo el argumento de que *la AFIP, al carecer de “potestad persecutoria” para obtener el cobro compulsivo de créditos del tipo específico de que aquí se trata, está privada también de legitimación sustantiva para verificarlo en el concurso preventivo o la quiebra*³⁰. Consecuentemente, resulta entonces necesario fundar la legitimación de la AFIP en este proceso falencial.

En primer lugar, *para actuar en proceso se requiere legitimación siendo esta la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz*³¹, por lo cual *decir que una parte está legitimada (esto es que cuenta con legitimación), significa que es un legítimo (legal) contradictor en el proceso*³². Ahora bien, habiendo ya repasado lo atinente a la determinación de la existencia de la obligación en cabeza del fallido con respecto al régimen previsional, estamos entonces en

³⁰ Voto de la mayoría.

³¹ Cfr. FALCÓN, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006. Pág. 302.

³² FALCÓN, Enrique M., op. cit. Págs. 307-308.

posición de afirmar que la AFIP se encuentra legitimada para ser un “legítimo contradictor” en el proceso de verificación de créditos del fallido. En otras palabras, la AFIP *está dotada de una serie de poderes que son derivaciones, o efectos, de la relación obligacional de la cual es titular activo, todos los cuales llevan –directa o indirectamente, inmediata o mediatamente- a la satisfacción del interés suyo que está involucrado en la obligación*³³ lo cual es canalizado, dado la existencia del proceso falencial, mediante la solicitud de verificación de su crédito. En ese sentido, la solicitud verifcatoria realizada por la AFIP – en su carácter de demanda- no es sino derivación del *poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión*³⁴. Consecuentemente, la resolución judicial por medio de la cual se considera verificado el crédito no hace sino entonces reconocer el derecho sustantivo de quien se presenta en el proceso falencial.

A mayor abundamiento resulta de aplicación lo dicho por Chiovenda: *El Estado puede asumir la distribución de los bienes o limitarse a reconocer la actividad del individuo en cuanto se dirige a ellos y tutelar sus resultados, limitando en correspondencia la libertad de los demás; pero siempre el reconocimiento por parte de la voluntad del Estado confiere una eficacia especial a la inclinación del particular –la AFIP- hacia aquellos bienes*³⁵. Eventualmente, en nuestro caso la admisión del pedido de verificación presentado por la AFIP resultará entonces indispensable a fin de reconocer dentro del proceso falencial el

³³ Cfr. ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de Obligaciones*. Pág. 87.

³⁴ Cfr. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958. Pág. 57.

³⁵ CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil – Tomo I*, Reus S.A., Madrid, 1977. Págs. 51-52.

derecho sustancial de la AFIP como efectivo acreedor del fallido³⁶. En ese sentido, la solicitud de verificación presentada por la AFIP no es sino entonces el medio por el cual se *ejercita una acción solicitando del tribunal la protección*³⁷ dentro de un marco contradictorio en el cual *los acreedores, el síndico y el deudor pueden observar y discutir los créditos que se insinúan*³⁸, a fin de que *cada acreedor pueda lograr el título para cobrar su crédito, con el respectivo privilegio, en la ejecución colectiva*³⁹.

En consecuencia, la potestad persecutoria que dota a la AFIP de legitimación sustancial en el proceso falencial se encuentra basada en la obligación contraída por el fallido bajo el régimen de trabajadores autónomos lo cual habilita consecuentemente a la AFIP, a fin de obtener el pago de los aportes previsionales adeudados, a utilizar los medios legales que se encuentran a su alcance, siendo uno de ellos la insinuación de su crédito en el proceso falencial. En ese sentido, no podría entonces concebirse la posibilidad de que la AFIP despliegue extra-concursalmente su actividad tendiente a obtener el cobro de su crédito –ya sea generalmente en primer lugar mediante determinaciones de oficio, y luego mediante la aplicación de intereses y multas-, y que luego en sede judicial, es decir en el proceso falencial, el mismo no sea ni siquiera admitido. Suponer ello implicaría adoptar una resolución disvaliosa y contraria a los intereses no sólo del Fisco

³⁶ Es que *fe justimar la demanda del actor* –la AFIP- significa, pues, *actuar la ley a favor del actor de un modo positivo o negativo, según los casos, o sea afirmando la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al actor o negando la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al demandado*. Cfr. CHIOVENDA, José, op. cit. Pág. 179.

³⁷ GALÍNDEZ, Oscar, *Verificación de créditos*, Astrea, Buenos Aires, 1990. Pág. 25.

³⁸ GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, *Derecho Concursal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997. Pág. 134.

³⁹ FASSI, Santiago – GEBHARDT, Marcelo, *Concursos y quiebras*, Astrea, Buenos Aires, 1996. Pág. 108.

sino también de todos los particulares que cumplen debidamente con el pago de sus obligaciones fiscales.

VI. El incumplimiento fiscal y algunas consecuencias económicas

Siguiendo con lo expuesto precedentemente hay que destacar que no sólo son argumentos estrictamente jurídicos los que fundamentan el pago de los aportes previsionales sino que también debe darse importancia a las consecuencias económicas que genera su incumplimiento. Éstas últimas pueden distinguirse, como aproximación inicial al problema, según a quién se esté afectando. En ese sentido una primera clasificación permite distinguir como afectados (i) al Estado por un lado, y (ii) a los competidores de quien incumple la obligación por el otro.

Respecto del Estado es muy gráfico el daño que se produce al erario público por la falta de cumplimiento de las obligaciones fiscales. Siguiendo con ello debemos recordar en primer lugar que el artículo 18 de la ley 24.241 hace directa mención a los aportes de los afiliados como una de las fuentes de financiamiento del sistema previsional público. En ese sentido, *el no ingreso en tiempo y forma de los gravámenes legalmente establecidos –es decir los aportes de los trabajadores- generará un aumento del déficit fiscal, con perniciosos efectos económicos, entre los que se cuenta el crecimiento del endeudamiento público*, lo cual se ve reforzado a su vez por la crónica

situación deficitaria que siempre ha vivido el sistema previsional público⁴⁰ -aunque hoy en día pareciera ser lo contrario-.

Asimismo, siguiendo con el análisis de las consecuencias que se generan sobre los competidores, podemos observar que el incumplimiento no sólo genera un perjuicio para el Fisco sino que, como contrapartida, genera también un beneficio para el incumplidor dado que éste tendrá que asumir menos costos en su actividad productiva –p.ej.: no hacer frente al pago de los aportes previsionales-, lo cual repercutirá directamente en su relación con aquellos terceros que compiten en su mismo mercado. En resumidas cuentas, *en su articulación con el sector privado, no hemos de soslayar que la evasión fiscal –es decir, el incumplimiento de las obligaciones fiscales- produce una distorsión de la competencia, dañando gravemente el principio de igualdad y equidad fiscal en perjuicio de aquellos contribuyentes o responsables que cumplen debidamente sus cargas tributarias*⁴¹.

Naturalmente, esta distorsión de la competencia ha dado lugar inclusive a la intervención de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la “CNDC”) en ciertos casos. Para ello resulta interesante ver el reciente fallo “CNCCF, Sala III, *Farmacy SA s./apelación resol. CNDC*, 14-may, 2013, elDial AA8052”, en el cual la CNDC argumentó lo siguiente a fin fundamentar su accionar: *de sostenerse en el tiempo la conducta mencionada ut supra*⁴², algunas

⁴⁰ A tal efecto resulta ilustrativo lo dicho en el Mensaje de Elevación de ley 18.038: *La holgada situación financiera actual de la Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Autónomos, no puede dar lugar a la creación de un sistema aparentemente muy generoso, pero que dentro de varios años resultaría deficitario.*

⁴¹ FOLCO, Carlos M., op. cit. Pág. 24.

⁴² Se refería a la forma en que Farmacity llevaba a cabo la venta de medicamentos de venta libre.

*de las implicancias que podrían darse, en primer lugar, son la obtención por parte de la denunciada de una rentabilidad extraordinaria (...) y, en segunda lugar, la eventual exclusión de competidores que se ajustan a la normativa (...)*⁴³. En ese sentido se ha sostenido que *la principal iniquidad se da porque se altera la sana competencia entre las empresas, toda vez que las pequeñas, medianas y grandes empresas que han incorporado a sus costos toda la carga fiscal están compitiendo en una forma no equitativa con las que no lo han hecho, siendo estas conductas desviadas una tentación para que las empresas sanas también lleguen pronto a tener conductas desviadas porque no pueden sostenerse económicamente frente a esta competencia*⁴⁴.

VII. Conclusiones

En base al análisis realizado sobre el fallo de la Cámara se siguen varias conclusiones. En primer lugar, no puede admitirse que la AFIP por un lado deba desplegar su actividad en la faz extra-concursal mediante intimaciones, aplicación de multas e intereses, etc. a fin de obtener el cobro de lo que le es debido pero que luego en sede judicial ello sea desconocido bajo el argumento de que el pago de los aportes previsionales sólo debe ser realizado por aquel trabajador que quiera recibir en el futuro el beneficio de la jubilación. Admitir ello sería no solo desconocer la obligación establecida legalmente sino también crear un privilegio a favor de los inscriptos en el régimen de trabajadores autónomos por sobre el resto de los particulares.

⁴³ CNCCF, Sala III, *Farmacity SA s./apelación resol. CNDC*, 14-may, 2013, elDial AA8052.

⁴⁴ Honorable Cámara de Diputados de la Nación, versión taquigráfica de la ponencia de la diputada Elena H. Correa en el marco del tratamiento de la modificación de la ley de procedimiento tributario, llevada a cabo en fecha 3 de septiembre de 2003.

Siguiendo con ello, en segundo lugar observamos que lo resuelto por la Cámara puede ser peligroso si se lo proyecta sobre el resto del sistema previsional. En este sentido, los sujetos comprendidos bajo el régimen de trabajadores autónomos pueden ya no sentirse obligados al pago de los aportes previsionales por lo que en definitiva la decisión adoptada por la Cámara no hace sino fomentar la falta de conciencia tributaria en los ciudadanos⁴⁵. En consecuencia, dicha *inexistencia de conciencia tributaria llevará a considerar de mala forma al contribuyente cumplidor, entendiendo, por el contrario, que un empresario, profesional o industrial que evade sus impuestos es una persona hábil en el manejo financiero*⁴⁶.

En tercer lugar, entendemos que el proceso de verificación de créditos *[p]ermite conocer la verdadera situación económica del deudor, orientando el juicio hacia la solución más conveniente*⁴⁷, razón por la cual desconocimiento de la pretensión verificatoria del Fisco no implica sino soslayar la realidad económica en la que se encuentra inmerso el fallido.

En definitiva, como tiene dicho la doctrina⁴⁸, *el proceso de verificación de créditos traduce el punto de encuentro del interés público y de los intereses privados, apuntando a lograr un adecuado equilibrio, ya que*

⁴⁵ En relación con ello notamos el comentario del Dr. Cámara con respecto a la actitud incumplidora del deudor: (...) *alguna jurisprudencia ha reparado en la inmoralidad emergente de una impugnación por el deudor que comporte desconocimiento de la causa fundante de una obligación que él mismo asumió.* CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra: comentario a la ley 24.522 y sus modificatorias* 25.563 y 25.589, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004. Pág. 655.

⁴⁶ Cfr. FOLCO, Carlos M., op. cit. Pág. 18.

⁴⁷ GALÍNDEZ, Oscar, op. cit. Pág. 8.

⁴⁸ En el mismo sentido también encontramos la opinión, entre otros, de los Dres. Rivera, Roitman y Vítolo: *Según ha sido señalado por la doctrina, dicho procedimiento: a) Busca equilibrar los intereses privado y público que convergen en el concurso (...).* RIVERA, Julio C. – ROITMAN, Horacio – VÍTOLO, Daniel R., *Ley de Concursos y Quiebras*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005. Pág. 541

si para el acreedor la verificación se erige en la vía procesal apta para el reconocimiento de su derecho y legitimar sus pretensiones, para los restantes acreedores y el deudor constituye el instrumento de control de la integración del pasivo concurrente, para garantizar transparencia en la composición de este último⁴⁹, razón por lo cual es indispensable entonces que todos aquellos que tienen un crédito legítimo contra el fallido, como en nuestro caso la AFIP, tengan acceso al proceso falencial a fin de hacer valer su derecho.

⁴⁹ Cfr. JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos, op. cit. Pág. 197.