



Universidad de Buenos Aires  
Facultad de Ciencias Económicas  
Biblioteca "Alfredo L. Palacios"



# Aspectos impositivos de la prórroga unilateral de la deuda soberana

Cammarano, Ana Sofía

2003

Cita APA: Cammarano, A. (2003). Aspectos impositivos de la  
prórroga unilateral de la deuda soberana.

Buenos Aires : Universidad de Buenos Aires.

Facultad de Ciencias Económicas. Escuela de Estudios de Posgrado

Este documento forma parte de la colección de tesis de posgrado de la Biblioteca Central "Alfredo L. Palacios".  
Su utilización debe ser acompañada por la cita bibliográfica con reconocimiento de la fuente.

Fuente: Biblioteca Digital de la Facultad de Ciencias Económicas - Universidad de Buenos Aires



Secretaría de Posgrado  
Facultad de Ciencias Económicas

016-0001

**Aspectos impositivos de la prórroga unilateral de la  
deuda soberana**

*Col 1502/0228* CATALOGADO

**Ana Sofía Cammarano**

**Registro N° 7625**

**Universidad de Buenos Aires**

**Facultad de Ciencias Económicas**

**Postgrado de Especialización en Tributación**

**2003**

*cop. N. 23211, O. 291  
CIAI  
Frodo. Posgr.*

	Pag.
<b>I. Introducción</b>	<b>4</b>
<b>II. El impuesto a las ganancias y los principios de la tributación</b>	<b>5</b>
<b>III. Tratamiento de los malos créditos en el impuesto a las ganancias argentino</b>	<b>8</b>
<b>3.1. Introducción</b>	<b>8</b>
<b>3.2. El marco legislativo y el contexto reglamentario</b>	<b>8</b>
3.2.1. Los malos créditos y la interpretación de la ley	<b>12</b>
3.2.2. Los malos créditos y el criterio de la realidad económica	<b>14</b>
3.2.3. Los malos créditos y el alcance de la expresión "gastos necesarios"	<b>15</b>
3.2.4. Requisitos para la deducibilidad en el balance fiscal	<b>17</b>
3.2.5. La deducción de los malos créditos en las diferentes categorías	<b>22</b>
<b>3.3. Los índices de incobrabilidad. Antecedentes judiciales y administrativos</b>	<b>22</b>
3.3.1. Antecedentes judiciales	<b>23</b>
3.3.2. Antecedentes administrativos	<b>33</b>
	<b>47</b>
<b>IV. Antecedentes en la legislación internacional</b>	
<b>V. Naturaleza del crédito otorgado al Estado</b>	<b>50</b>
<b>5.1. Introducción</b>	<b>50</b>
<b>5.2. Los empréstitos públicos</b>	<b>50</b>
5.2.1. Clasificación de los empréstitos	<b>52</b>
5.2.2. Naturaleza jurídica del empréstito público	<b>52</b>
5.2.3. El carácter administrativo del empréstito público	<b>53</b>
5.2.4. Caracteres jurídicos del contrato de empréstito público	<b>54</b>
<b>5.3. Jurisdicción de las cuestiones suscitadas por incumplimientos</b>	<b>55</b>
<b>5.4. Incumplimientos de contrato administrativo</b>	<b>55</b>

<b>5.5. La responsabilidad del Estado</b>	<b>56</b>
<b>5.6. Clasificación de la responsabilidad del Estado</b>	<b>57</b>
	<b>59</b>
<b>VI. Aspectos relevantes en la prórroga unilateral de las deudas soberanas</b>	
<b>6.1. La ruptura de los contratos por parte del Estado</b>	<b>59</b>
<b>6.2. La prórroga unilateral de la deuda soberana</b>	<b>60</b>
<b>6.3. Como se manifiesta el default de un Estado</b>	<b>60</b>
<b>6.4. El cuestionamiento del Estado Argentino a nivel internacional</b>	<b>61</b>
6.4.1. Casos concretos en tribunales foráneos	<b>64</b>
6.4.1.1. Leading Case	<b>64</b>
6.4.1.2. Otras querellas en contra de la República Argentina	<b>65</b>
<b>6.5. El cuestionamiento a otros Estados</b>	<b>67</b>
<b>6.6. La reestructuración de las deudas</b>	<b>70</b>
6.6.1. Introducción	<b>71</b>
6.6.2. Desarrollo de la problemática	<b>73</b>
6.6.3. La solución propuesta por el Fondo Monetario Internacional	<b>73</b>
6.6.3.1. Reestructuración por parte de la mayoría	<b>73</b>
6.6.3.2. Disuasión de juicios prejudiciales	<b>73</b>
6.6.3.3. Protección de los derechos del acreedor	<b>74</b>
6.6.3.4. Financiamiento prioritario	<b>74</b>
<b>6.7. Aspectos impositivos relacionados con la propuesta</b>	<b>74</b>
	<b>76</b>
<b>VII. Los malos créditos públicos: la opinión de la doctrina</b>	
<b>VIII. Conclusiones</b>	<b>78</b>
<b>IX. Bibliografía</b>	<b>81</b>

## I. Introducción

Como consecuencia de las variaciones significativas sufridas por el tipo de cambio<sup>1</sup>, tanto empresas privadas, fuertemente endeudadas, como el estado nacional y provincial han decidido la prórroga unilateral en el pago de los intereses y/o amortizaciones de capital.

Esta situación ha generado que los inversores- tenedores de bonos de la deuda pública u obligaciones negociables y los acreedores de deudas comerciales, cíclicamente se encuentren frente a la incertidumbre en el tratamiento en el impuesto a las ganancias de los malos créditos derivados de los préstamos al Estado.

El propósito de este trabajo ha sido analizar las implicancias impositivas derivadas de la prórroga unilateral en los pagos de amortizaciones de capital e intereses de la deuda pública.

Se analizan los efectos de la incobrabilidad de las mencionadas deudas en la legislación y jurisprudencia vigente en nuestro país, así como también los antecedentes en la legislación comparada.

---

<sup>1</sup> Recordamos que el estado nacional ha anunciado públicamente su default en Enero de 2002 (muchos entienden que el megacanje ya implicó el default). Asimismo numerosas empresas de plaza fuertemente endeudadas en obligaciones negociables emitidas en dólares, han entrado en default en el ejercicio 2002.

## **II. Los principios de la tributación y el impuesto a las ganancias**

Bajo la premisa que el impuesto es un instrumento<sup>2</sup> utilizable para maximizar el bienestar de la sociedad, permitiendo una adecuada financiación de la política pública debe reunir estas condiciones: eficiencia económica, justicia fiscal, sencillez administrativa y flexibilidad.

Los impuestos afectan las conductas económicas. Los impuestos que distorsionan son ineficientes dado que existe un costo de eficiencia y exceso del gravamen.

Se dice que se respeta la justicia fiscal cuando la carga impositiva está justamente repartida.

Los dos principios de la equidad impositiva son:

- El principio del beneficio, es decir los impuestos deben pagar los beneficios recibidos.
- El principio de la capacidad de pago, los impuestos deben reflejar la capacidad de pago

Este último puede analizarse desde el punto de vista de la equidad vertical y la equidad horizontal.

---

<sup>2</sup> Albi, E; Contreras, C; González-Páramo, J.M., Zubiri, I; Teoría de la Hacienda Pública, Ariel, Barcelona 1994

**El principio del beneficio** consiste en el pago de impuestos en función del beneficio disfrutado bajo la protección del estado. La contribución impositiva de cada ciudadano debiera tener correspondencia con el beneficio derivado del consumo de bienes públicos -a este principio respondería las tasas y contribuciones territoriales-.

Las críticas que recibe este principio son :

- Si los impuestos se aplicaran en forma voluntaria y el reparto se efectuara de acuerdo con la valoración manifestada sobre la utilidad recibida por el consumo de bienes públicos, todo indica que habría incentivos para subestimar los beneficios revelados. Este es el motivo por el cual los impuestos deben aplicarse coactivamente.
- Su concentración en los objetivos de la eficiencia hace que se ignore los objetivos de redistribución del sector público.

En conclusión, un sistema impositivo basado en el beneficio no sería justo y así lo vieron los economistas clásicos.

**El principio de la capacidad contributiva** considera cuanto pueden pagar los individuos, este el parámetro esencial para distribuir la carga impositiva total. Este principio se concreta a través de los criterios de equidad horizontal – a igual capacidad igual impuesto- y equidad vertical – capacidades diferentes implican impuestos diferentes.

La primera se refiere a la igualdad en el tratamiento impositivo de individuos que son idénticos en los aspectos de mayor significatividad . La equidad vertical trata la diferenciación apropiada de los individuos que son diferentes.

El impuesto a las ganancias parecería ser el tributo óptimo a los efectos del cumplimiento del principio de la capacidad contributiva.

Si bien el impuesto no ha funcionado en nuestro país como en los países desarrollados, ello no obsta al reconocimiento de sus ventajas, encontrando justificación de la particular situación en Argentina tanto en razones del desarrollo de políticas económicas como tributaria poco adecuadas.

Asimismo, el reconocimiento pleno de una imposición adecuada redundaría en el adecuado funcionamiento del impuesto. Esta situación deviene no solamente del reconocimiento acabado de las rentas, sino también de sus deducciones, cuya inexacta medición incide desfavorablemente sobre impuesto y el sistema tributario de un país.

## III. Tratamiento de los malos créditos en el impuesto a las ganancias argentino

### 3.1. Introducción

La ley del impuesto a las ganancias<sup>3</sup> otorga el marco general y particular para la deducibilidad de los castigos por malos créditos. En la armonización de los artículos 17 y 80 encontramos el marco general mientras que en el artículo 87 encontramos la definición de las pautas específicas a seguir para que opere el reconocimiento de la pérdida en el balance fiscal del contribuyente.

Finalmente, en los artículos 133 a 136 del decreto reglamentario se establecen las normas operativas que condicionan la efectiva deducibilidad.

### 3.2. El marco legislativo y el contexto reglamentario

El artículo 17° establece que:

*Para establecer la ganancia neta se restarán de la ganancia bruta los **gastos necesarios para obtenerla o, en su caso, mantener y conservar la fuente, cuya deducción admita esta ley, en la forma que la misma disponga***

En el Título III de la ley, el artículo 80° establece que:

---

<sup>3</sup> Ley 20628 Texto Ordenado por Decreto 649/97 (B.O. 06/08/97).

*Los gastos cuya deducción admite esta ley, con las **restricciones expresas contenidas en la misma**, son los **efectuados para obtener, mantener y conservar las ganancias gravadas** por este impuesto y se restarán de las ganancias producidas por la fuente que las origina. Cuando los gastos se efectúen con el objeto de obtener, mantener y conservar ganancias gravadas y no gravadas, generadas por distintas fuentes productoras, la deducción se hará de las ganancias brutas que produce cada una de ellas en la parte o proporción respectiva.*

*Cuando medien razones prácticas, y siempre que con ello no se altere el monto del impuesto a pagar, se admitirá que el total de uno o más gastos se deduzca de una de las fuentes productoras.*

Mas adelante, en el artículo 87 inciso b) dentro del apartado de las deducciones especiales de la tercera categoría, se consigna que:

*“De las ganancias de la tercera categoría y con las limitaciones de esta ley también se podrá deducir: (...)*

*b) Los castigos y provisiones contra los malos créditos en cantidades justificables de acuerdo con los usos y costumbres del ramo. La DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA podrá establecer normas respecto de la forma de efectuar esos castigos”.*

Por otra parte, en el decreto reglamentario <sup>4</sup>de la ley del impuesto a las ganancias se establece que:

*“A los fines dispuestos en el inciso b), del artículo 87 de la ley, es procedente la deducción por castigos sobre créditos dudosos e incobrables que tengan su origen en operaciones comerciales, pudiendo el contribuyente optar entre su afectación a la cuenta de ganancias y pérdidas o a un fondo de previsión*

---

<sup>4</sup> Decreto 1344/98 (B.O.; 25/11/98).

*constituido para hacer frente a contingencias de esta naturaleza. Una vez que el contribuyente hubiese optado por el sistema de previsión, su variación sólo será posible previa autorización de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS”.*

En lo atinente a los índices de incobrabilidad el artículo 136 establece que:

*“Cualquiera sea el método que se adopte para el castigo de los malos créditos, las deducciones de esta naturaleza deberán justificarse y corresponder al ejercicio en que se produzcan, pudiendo deducirse los quebrantos por incobrabilidades cuando se verifique alguno de los siguientes índices de incobrabilidad:*

- a) Verificación del crédito en el concurso preventivo.*
- b) Declaración de la quiebra del deudor.*
- c) Desaparición fehaciente del deudor.*
- d) Iniciación de acciones judiciales tendientes al cobro.*
- e) Paralización manifiesta de las operaciones del deudor.*
- f) Prescripción.*

*En los casos en que, por la escasa significación de los saldos a cobrar, no resulte económicamente conveniente realizar gestiones judiciales de cobranza, y en tanto no califiquen en alguno de los restantes índices arriba mencionados, igualmente los malos créditos se computarán siempre que se cumplan concurrentemente los siguientes requisitos:*

*I. El monto de cada crédito, no deberá superar el importe que fije la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMIA, teniendo en cuenta la actividad involucrada.*

*II. El crédito en cuestión deberá tener una morosidad mayor a CIENTO OCHENTA (180) días de producido su vencimiento. En los casos en que no se haya fijado el período de vencimiento o el mismo no surja de manera expresa de la documentación respaldatoria, se considerará que se trata de operaciones al contado.*

*III. Debe haberse notificado fehacientemente al deudor sobre su condición de moroso y reclamado el pago del crédito vencido.*

*IV. Deben haberse cortado los servicios o dejado de operar con el deudor moroso, entendiendo que en el caso de la prestación del servicio de agua potable y cloacas, la condición referida al corte de los servicios igualmente se cumple cuando por aplicación de las normas a que deben ajustarse los prestadores, estén obligados a proveer al deudor moroso una prestación mínima.*

*En el caso de créditos que cuenten con garantías, los mismos serán deducibles en la parte atribuible al monto garantizado sólo si a su respecto se hubiese iniciado el correspondiente juicio de ejecución”.*

Asimismo, el decreto 348/2003 <sup>5</sup> introduce una modificación transitoria solamente aplicable para los períodos cerrados entre 2002 y 2003:

*“Artículo 1° - Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 136 de la Reglamentación del Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, aprobada por el artículo 1° del Decreto N° 1344 de fecha 19 de noviembre de 1998 y sus modificaciones, y únicamente por los períodos fiscales que finalicen entre el 31 de diciembre de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, ambas fechas inclusive, siempre que no se trate de los casos comprendidos en el segundo párrafo de la citada norma reglamentaria, los*

---

<sup>5</sup> Decreto 348/2003 (B.O.:21-02-03).

*contribuyentes podrán considerar como índice de incobrabilidad la cesación de pagos del deudor, a cuyo efecto la procedencia de la deducción quedará supeditada a que el acreedor demuestre, como mínimo, que ha impulsado medidas extrajudiciales de cobro”.*

Por otra parte la redacción anterior decía:

*“la cesación de pagos, real o aparente; la homologación del acuerdo de la junta de acreedores, la declaración de quiebra, la desaparición del deudor, la prescripción, la iniciación del cobro compulsivo, la paralización de las operaciones y otros índices de incobrabilidad”.*

Como observamos, se elimina la cesación de pagos real o aparente y otros índices de incobrabilidad, solo aplicables para los ejercicios mencionados.

### **3.2.1. Los malos créditos y la interpretación de la ley**

Jarach<sup>6</sup> afirma que *la autonomía dogmática del derecho impositivo tiene como consecuencia que el impuesto debe ser aplicado a la relación económica prescindiendo de las formas jurídicas toda vez que estas sean inadecuadas para aquella, exista o no la intención de evadir el impuesto y sea este criterio favorable al fisco o al contribuyente.*

*Continúa diciendo que en las leyes tributarias como en todas las leyes que imponen obligaciones de derecho público no existen verdaderas lagunas; las obligaciones que la ley expresamente no impone, no existen.*

Esto se derivaría de las normas constitucionales que no puede exigirse ningún impuesto que no haya sido exigido por una ley.

---

<sup>6</sup> El Hecho Imponible, Dino Jarach, Abeledo-Perrot, Tercera Edición.

Enfatiza también el desbaratamiento en todos los países del principio de la interpretación literal de las leyes impositivas.

Por otra parte sólo en las obligaciones impositivas con hechos formales no es posible la interpretación analógica, ni el hecho imponible puede ser concebido de la manera amplia que su causa jurídica exigiría.

Cuando comparamos la terminología empleada en el decreto reglamentario respecto de la utilizada en la ley, observamos que en esta se refiere a los castigos contra los malos créditos, mientras que el decreto reglamentario menciona los créditos dudosos e incobrables.

En tal sentido la doctrina destaca la relevancia<sup>7</sup> atento que un mal crédito no se identifica necesariamente con la situación de incobrabilidad. Esta última restringiría en mayor medida la deducción a que tiene derecho el contribuyente.

Cuando tenemos que interpretar la voluntad del legislador no debemos perder de vista que la ley se refiere a los malos créditos.

¿Qué significa literalmente un mal crédito?

**Mal:** en su tercer acepción del diccionario<sup>8</sup> significa daño u ofensa que uno recibe en su persona o en sus bienes.

**Crédito:** Reputación, fama, solvencia, opinión de que goza una persona que satisfará puntualmente los compromisos que contraiga, derecho que uno tiene a recibir de otro alguna cosa, por lo común dinero.

---

<sup>7</sup> Tratamiento de créditos dudosos e incobrables en el impuesto a las ganancias; Armando R. Lorenzo, Andrés Edelstein, Gabriel Calcagno, Doctrina Tributaria Errepar (DTE) Tomo XV, Noviembre 1994.

<sup>8</sup> Diccionario Enciclopédico Lexis 22.

La ley prevé la deducción no ya de los créditos incobrables cuya deducción no está sujeta a discusión<sup>9</sup> (si lo está para el fisco y parte de la jurisprudencia), sino de aquellos que han sido otorgados en el transcurso de la gestión del negocio y que han sufrido algún tipo de daño en su integridad.

La doctrina ha definido el mal crédito como aquella obligación que no se encuentra cancelada por el obligado al momento del plazo del cumplimiento de la misma, sin importar si esa obligación se puede llegar a cumplir o no en un futuro próximo. El crédito incobrable es aquel que el acreedor tiene la certeza que esa obligación no se va a cumplir.<sup>10</sup>

### **3.2.2. Los malos créditos y el criterio de la realidad económica**

La realidad económica indica que un mal crédito lo es cuando se cuestiona no ya la simple morosidad, sino la afectación del patrimonio del contribuyente redundando en la pérdida del capital de giro de unidad productora por la vía de la alteración de los plazos estipulados en forma unilateral.

Por ello entendemos que es oportuno mencionar que el principio de la realidad económica, esta vez a favor del contribuyente<sup>11</sup> ha sido recientemente reafirmado y constituye un argumento más al momento de entablar una discusión con el fisco acerca de la deducibilidad de los créditos impositivos.

---

<sup>9</sup> El impuesto a las ganancias y los créditos dudosos. Gastos necesarios. Victor J. Aramburu, Doctrina Tributaria Errepar,( DTE), Tomo XVI, Abril 1996.

<sup>10</sup> Nuevas reflexiones sobre la deducción de malos créditos en el impuesto a las ganancias, Juan P McEwan, Impuestos LVIII-A.

<sup>11</sup> Representaciones Artísticas EAPE S.A. s/rec. apelación I.V.A."; "PINTI, Ricardo Antonio s/rec. apelación I.V.A." y "Fridman, Cecilia Raquel s/rec. apelación I.V.A. Acumuladas". T.F.N., sala B, 2001/11/30. Vocales: Agustín Torres, Carlos Porta y Juan Pedro Castro, Lexco Fiscal.

La armonización de las normas del tributo indica que no solamente es deducible un gasto incurrido, sino el costo en el que se incurrió para realizar la actividad gravada.

### **3.2.3. Los malos créditos y el alcance de la expresión “gastos necesarios”**

La doctrina plantea cual es el alcance del término utilizado en los artículos 17 y 80 de la ley del gravamen.

Cuando la ley habla de gastos estaría refiriéndose a todo aquello que es susceptible de ser deducido de la ganancia bruta<sup>12</sup>, a fin establecer la ganancia neta. Cita como ejemplos de detracciones de la materia imponible que no pueden ser reputados como gastos – amortizaciones del activo fijo, quebrantos por caso fortuito y causa mayor, deducción de los malos créditos, honorarios del directorio y a la sindicatura que constituyen distribución de ganancias contables-.

Concluye que, cuando la ley se refiere a gastos se refiere conceptualmente a todos los conceptos posibles que sean capaces, por su naturaleza de disminuir la utilidad o aumentar el quebranto.

Reig<sup>13</sup> dice que por el criterio de lo devengado empleado para la imputación de los ingresos originados en rentas de la primera y tercera categorías al año fiscal, los alquileres y arrendamientos y las ventas de bienes y servicios o cualquier otro ingreso derivado del comercio e industria, se incorporan a los resultados sobre la base de la consideración del momento en que nace su derecho al cobro.

---

<sup>12</sup> Los malos créditos y el impuesto a las ganancias, Juan O. García Garzón, Doctrina Tributaria Errepar (DTE), Tomo XVII, Setiembre 1996.

<sup>13</sup> Enrique Reig, Impuesto a las ganancias, Ediciones Macchi.

Así, con posterioridad al ingreso al balance comercial e impositivo, es necesario saber -si la cobrabilidad de los respectivos créditos se torna improbable-, las respectivas rentas incorporadas a los resultados deben revertirse, deduciéndolas total o parcialmente en la medida de su incobrabilidad.

La doctrina abona la postura<sup>14</sup> de computar como deducción los conceptos que significan verdaderas pérdidas de capital.

Asimismo Reig afirma que *en otros casos el crédito incobrable no tiene relación tan directa con los ingresos gravables pero su deducción sí mantiene, no obstante vinculación con los negocios, por lo tanto da lugar a que esta se produzca.*

Para este último párrafo, podemos citar a modo de ejemplo el de los malos créditos impositivos considerados en las operaciones de préstamo de dinero realizadas por las entidades financieras.

Asimismo, sostenemos que es aplicable al endeudamiento por parte del estado nacional a través de bonos emitidos tanto bajo leyes locales como internacionales, siempre y cuando los préstamos sean considerados malos créditos en los términos de los índices de la ley impuesto a las ganancias. En tal sentido, a priori, parecería ser que la única vía que tiene un acreedor del estado por títulos de la deuda pública es la judicial, una vez que el estado ha declarado el default, y para que opere la deducibilidad como mal crédito de acuerdo con los requisitos establecidos la ley del impuesto a las ganancias. De los artículos de la ley, se desprende que las deducciones por malos créditos deben cumplir con las siguientes características:

---

<sup>14</sup> El impuesto a las ganancias y los créditos dudosos. Gastos necesarios, Víctor J. Aramburu, Doctrina Tributaria Errepar,( DTE), Tomo XVI, Abril 1996.

- I) Deducción destinada a obtener, mantener y conservar la ganancia gravada.
- II) Las deducciones deben corresponder a malos créditos y no a créditos incobrables.
- III) Fundamentar que la deducción corresponde a un mal crédito, lo cual no implica necesariamente que se realizaron gestiones tendientes al cobro.

En el análisis de las normas del decreto hay un profundo apartamiento del espíritu de la ley.

### **3.2.4. Requisitos para la deducibilidad de los malos créditos en el balance fiscal**

El decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias ha establecido en sus artículos 133 y 136, cuales son las condiciones *generales*<sup>15</sup> que deben darse, a los efectos que el crédito pueda considerarse incobrable.

- I) Los créditos deben tener origen en operaciones comerciales
- II) La incobrabilidad de los créditos debe estar justificada
- III) La incobrabilidad del crédito debe corresponder al ejercicio

- I) Operaciones comerciales

El artículo 133 del decreto reglamentario<sup>16</sup> establece la condición de que el origen del crédito se corresponda con operaciones comerciales.

---

<sup>15</sup> Resaltamos el término generales, habida cuenta que las mismas pueden adaptarse a los diferentes negocios.

<sup>16</sup> Artículo 133 Decreto 1344/98.

Ello significa que la deducibilidad del crédito podrá hacerse efectiva en el balance impositivo, si con anterioridad hubo integrado los beneficios impositivos, los conceptos que le dieron origen o correspondan a operaciones propias del giro del contribuyente.

Jurisprudencia administrativa y judicial<sup>17</sup> <sup>18</sup>, originada varias décadas atrás se había inclinado por considerar que, en los casos de sujetos de la tercera categoría, se consideraba deducible impositivamente los malos créditos derivados de las operaciones de concesión de préstamos. Por otra parte, los sujetos que percibían rentas de la segunda categoría en forma aislada no podrían deducir las incobrabilidades que surgieran por otorgamiento de préstamos. Esto último sobre la base de que las mismas no responden a una actividad habitual de los sujetos mencionados.

En tal sentido, la jurisprudencia<sup>19</sup> ha establecido que, de no existir una acabada acreditación de que los créditos incobrables tienen una relación con el negocio del contribuyente, no pueden considerarse malos créditos impositivos.

En otro fallo<sup>20</sup> no se admitió la deducción en el balance fiscal de malos créditos correspondientes a una actividad de comercio distinta a la del contribuyente.

En este caso se impugnó a un contribuyente la deducibilidad de un incobrable correspondiente a un deudor concursado. El deudor era mandatario del contribuyente y la deducibilidad del mal crédito implicaba el castigo al balance fiscal con un importe que correspondía la mismo contribuyente.

---

<sup>17</sup> Dictamen Dirección General Impositiva (D.G.I) 193/55 Boletín de la DGI 26, página 128.

<sup>18</sup> Kinor S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Derecho Fiscal XIX, página 998.

<sup>19</sup> Seminara Empresa Constructora S.A., Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal 28/7/82, Errepar, Ganancias- B, Tomo III, página 004.002.001.

<sup>20</sup> Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, 26/10/70 Y Tribunal Fiscal de la Nación, 7/9/67, Cuara SCA, Derecho Fiscal Tomo XX-B, página 832.

También se ha dicho que no correspondía la deducibilidad en el balance fiscal de un contribuyente<sup>21</sup>, que, en calidad de avalista de una sociedad había cargado a pérdida en el balance fiscal los importes de los avales pagados, habida cuenta que la actividad de avalista o prestamista no constituía una operación comercial que él desarrollara.

En forma particular Reig<sup>22</sup> se refiere a *los créditos por depósitos en bancos o en otras empresas por intermedio de las cuales se realicen cobros o pagos relacionados con el negocio son deducciones que deben admitirse, aún cuando devenguen interés, siempre que por su naturaleza y cuantía constituyan la forma habitual de tenencia de disponibilidades financieras constituyan la forma habitual de tenencia de disponibilidades financieras y la obtención de una renta adicional a la propia del giro, mientras transitoriamente puedan estar ociosas en él. Si bien el nacimiento del crédito no es ahí una operación comercial, se origina en requerimientos propios de tales operaciones.*

## II) Incobrabilidad justificada

A tales efectos se establecen determinados índices de incobrabilidad, meramente enunciativos, no taxativos.

Recientemente, el Tribunal Fiscal ha opinado<sup>23</sup> que, si bien se estimaba procedente la admisión de otros índices de incobrabilidad sobre la base de las particulares características de la actividad generadora de los créditos siempre que, desde ya, posean entidad suficiente para ser tenidos como tales dentro de la economía propia del tributo; no se considera sustentable la postura del

---

<sup>21</sup> Jack Yael, Tribunal Fiscal de la Nación, 16/12769, Derecho fiscal Tomo XIX-B, página 1110.

<sup>22</sup> Enrique Reig, Impuesto a las ganancias, Ediciones Macchi, 2001.

<sup>23</sup> Banco Francés del Río de la Plata S.A. s/ Recurso de apelación- impuesto a las ganancias; Tribunal Fiscal de la Nación; Sala A; 1/10/2001.

banco de admitir la incobrabilidad en función a los informes de los letrados y de instituciones tales como la Organización Veraz S.A. ya que no resultan constancias fehacientes de los hechos invocados ***no pudiendo confundirse morosidad con incobrabilidad a los fines de la deducción prevista.***<sup>24, 25</sup>.

En cuanto a la deducibilidad por parte de las entidades financieras, los autores recalcan que, además de constituir un ajuste trascendente en orden a su envergadura, representa un factor importante para la economía en su conjunto, ya que. de no poder deducir los malos créditos en forma inmediata en el balance fiscal redundaría de manera indirecta en el traslado del costo del dinero.

Enfatizando el principio de realidad económica el Tribunal Fiscal <sup>26</sup>ha dicho que:

Al analizar el caso surgen dos posiciones que en principio parecen antagónicas: la primera dada por la realidad económica que muestra un banco vaciado, casi sin patrimonio, con más del 90% de sus créditos otorgados a insolventes, intervenido por la máxima autoridad de contralor oficial e imposibilitado para actuar por habersele revocado la autorización pertinente; y la segunda, dada por una ortodoxia tributaria, rígidamente apegada a la normativa legal, que considera que no están dados los elementos probatorios que justifican la incobrabilidad. Lo cierto es que el texto legal, con su flexibilidad al admitir otros índices, está reconociendo, por encima de cualquier especulación teórica, la vigencia de la realidad económica y, por lo tanto, los

---

<sup>24</sup> Malvestiti, Daniel; Periódico Económico Tributario N° 241, Lexco Fiscal.

<sup>25</sup> Calcagno, Gabriel y Cusato, Ariel; la deducción de malos créditos en el balance fiscal de las entidades financieras: Necesidad de un marco regulatorio específico; Doctrina Tributaria Errepar (DTE); Tomo XXIII; Noviembre 2002.

<sup>26</sup> Banco de Italia y Río de la Plata, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D, 7/5/1998.

usos y costumbres contables y las reglas de auditoria impuestas por el Banco Central, se convierten en los elementos decisivos para la liquidación impositiva.

Otros autores opinan que la justificación es la probanza por medio de la documentación o cualquier otro medio de prueba idóneo<sup>27</sup> citando el artículo la ley de procedimiento tributario que dice:

*En los procedimientos en los cuales el contribuyente o responsable ofrezca prueba que haga a su derecho, su admisibilidad, sustanciación y diligenciamiento se regirán por las normas contenidas en el Título VI del Decreto N° 1.759 del 3 de abril de 1972 en aquellos aspectos no reglados por la ley y este reglamento, no admitiéndose el alegato previsto en el artículo 60 del mencionado decreto.*

*La prueba a que se refiere el párrafo anterior deberá ser producida dentro del término de treinta (30) días posteriores al de la fecha de notificación del auto que las admitiera. Este plazo será prorrogable mediante resolución fundada por un lapso igual y por una sola vez.*

*En los casos en que el contribuyente o responsable no produjere la prueba dentro del plazo establecido en el párrafo anterior, el juez administrativo podrá dictar resolución prescindiendo de ella.*

III) La incobrabilidad del crédito debe corresponder al ejercicio.

---

<sup>27</sup> Nuevas reflexiones sobre la deducción de malos créditos en el impuesto a las ganancias, Juan P. McEwan, Impuestos LVIII-A.

### **3.2.5. La deducción de los malos créditos en las diferentes categorías**

Cuando la ley autoriza la deducibilidad de los créditos incobrables en forma expresa, de las ganancias de la tercera categoría, sin embargo, ello no obsta a la deducibilidad en las otras categorías.

Con respecto a las rentas de la primera categoría, al declararse por el método de lo devengado no queda lugar para la discusión.

En lo atinente a la renta de la segunda categoría que se declara por lo percibido, entendemos que son deducibles los malos créditos originados en las operaciones propias del giro del contribuyente. A modo de ejemplo podemos citar el capital correspondiente a la colocación a plazo de una suma de dinero en una entidad financiera por parte de un contribuyente, que deviene en incobrable por paralización de actividades de la misma- revocatoria para funcionar como entidad financiera por parte del Banco Central de la república Argentina-.

### **3.3. Los índices de incobrabilidad. Antecedentes judiciales y administrativos**

El artículo 136 del decreto reglamentario de la ley del gravamen enumera determinados índices de incobrabilidad. El cumplimiento de alguno de los denominados índices es condición necesaria pero no suficiente<sup>28</sup> para justificar la deducción del crédito que se reputa incobrable en determinado ejercicio fiscal.

---

<sup>28</sup>

OMNI S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, , Derecho Fiscal, Tomo XIX- A, página 89.

Reig <sup>29</sup> comenta que, si bien se mencionan en un mismo plano de igualdad índices sucesivos en su aparición respecto de determinados créditos, ello no es óbice para el uso de aquel escogido por el contribuyente:

Aclara que el contribuyente no puede, para un mismo ejercicio y para igual tipo de crédito, optar alternativamente por uno u otro índice<sup>30</sup>, sino que debe proceder a la utilización de un criterio uniforme.

Esto significa que al menos que “los usos y costumbres del ramo” permitan, por así decirlo, la falta de un criterio uniforme por el mismo período fiscal y por el mismo tipo de créditos<sup>31</sup>.

### **3.3.1. Antecedentes judiciales**

Enumeramos los índices mencionados en el decreto reglamentario vigente hasta el dictado del decreto 2442/02 y así como también una breve descripción de ellos y de su aplicación en antecedentes jurisprudenciales administrativos y judiciales.

#### *II.1) Cesación de pagos*

Mediante el decreto 2442/02, el Poder Ejecutivo introdujo modificaciones a la reglamentación del Impuesto a las ganancias en cuanto a los índices de incobrabilidad a partir de los cuales los malos créditos de podrían imputar a pérdida al balance fiscal.

---

<sup>29</sup> Enrique Reig, *Impuesto a las ganancias*, Ediciones Macchi, 2001.

<sup>30</sup> Inmobal Nutrer, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, 20/09/02.

<sup>31</sup> Idem nota anterior.

En este contexto se eliminó el índice de cesación de pagos, real o aparente. Sin embargo fuertes presiones políticas han determinado que se reincorporara para los ejercicios cerrados entre el 31-12-02 y el 31-12-03.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y en particular como vamos a analizar la incobrabilidad del estado y su tratamiento frente al impuesto, creemos que no puede ser soslayado en nuestro trabajo.

El estado de cesación de pagos habilita al acreedor a imputar el mal crédito a pérdida en el balance fiscal.

Si bien en la ley del impuesto a las ganancias argentino no se define el alcance del estado de cesación de pagos, creemos que necesariamente debemos remitirnos a la ley de concursos y quiebras.<sup>32</sup>

El artículo 79 de la ley de establece una serie de hechos reveladores del estado de cesación de pagos:

“ Pueden ser considerados hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entro otros:

- 1) Reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor.
- 2) Mora en el cumplimiento de una obligación.
- 3) Ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones.
- 4) Clausura de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolle su actividad.
- 5) Venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago.
- 6) Revocación judicial de actos realizados en fraude de los acreedores.
- 7) Cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recursos”.

---

<sup>32</sup> Ley 24522, (B.O.: 09-08-2002)

Esta ley no es aplicable a los créditos que tienen terceros contra el estado, habida cuenta que el mismo no puede declararse en quiebra.

El estado de cesación de pagos se prevé en los artículos 78 y 79 de la ley de concursos.

Asimismo, la jurisprudencia<sup>33</sup> ha definido este estado como la imposibilidad del deudor de cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles y vencidas, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que las generan.

Sin embargo, es habitual que ese momento se dilate hasta que el deudor se presente en convocatoria de acreedores o hasta que estos últimos inicien un arreglo con sus deudores para el cobro del crédito.

Un caso particular es el de los malos créditos otorgados por empresas y entidades financieras al estado nacional, provincial y municipal.

La Sala A del Tribunal Fiscal<sup>34</sup> ha dicho que es inadmisibles la deducción como incobrable de un crédito contra un organismo estatal -en el caso, PAMI- fundado en una normativa que no establece la cesación de pagos -decreto 925/96-, índice que habilita la deducción como incobrable, si tal circunstancia no fue acreditada conforme a las pautas que sobre el particular establecen las disposiciones del impuesto a las ganancias.

En el mismo sentido el Tribunal se ha expedido recientemente<sup>35</sup> en un caso de similares características.

---

<sup>33</sup> Metalúrgica Pergamino s/ Quiebra, Cámara Nacional Comercial.

<sup>34</sup> CLINICA PARRA SRL, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A 25/03/02.

<sup>35</sup> Clínica Sarmiento SRL s/ Recurso de Apelación- Impuesto a las Ganancias, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D 10/03/2003.

La recurrente expresa que resulta incobrable ya que el Dto. 925/96 estableció que debido a la crítica situación financiera que atravesaba dicha institución debía llevarse a cabo un relevamiento de la totalidad de los créditos y deudas, y además que respecto a los contratos en curso de ejecución había que hacer sacrificios compartidos por las partes.

Agrega que, a través de la Resolución 926/96 que reglamentó el referido decreto, se les hizo a los acreedores tres propuestas de pago diferentes para satisfacer el cobro de sus acreencias. Aclara luego que, a raíz del cambio del interventor la propuesta de pago fue dejada sin efecto, con lo cual -sostiene- queda probada la incobrabilidad de sus créditos.

El fisco expresa que el artículo 87 de la ley de impuesto a las ganancias dispone que de las ganancias de la tercera categoría y con las limitaciones de dicha ley se podrá deducir, según lo prescripto en el inciso b), los castigos y previsiones contra los malos créditos en cantidades justificables de acuerdo con los usos y costumbres del ramo. Se agrega que la Dirección General Impositiva podrá establecer normas respecto de la forma de efectuar castigos.

Por su parte, el artículo 133 del decreto reglamentario dispone que es procedente la deducción por castigos sobre créditos dudosos e incobrables que tengan su origen en operaciones comerciales, pudiendo el contribuyente optar entre su afectación a la cuenta de ganancias y pérdidas o a un fondo de previsión constituido para hacer frente a contingencias de esta naturaleza. A su vez, el artículo 136 del citado reglamento establece que cualquiera sea el método que se adopte para el castigo de malos créditos, las deducciones de esa naturaleza deben justificarse y corresponder al ejercicio en que se produzcan, siendo índices de ello: la cesación de pagos real o aparente, la homologación del acuerdo de la junta de acreedores, la declaración de quiebra, la desaparición del deudor, la prescripción, la iniciación de cobro compulsivo, la paralización de operaciones y otros índices de incobrabilidad.

En virtud de lo expuesto, se considera que los requisitos para la deducción de los deudores incobrables son los siguientes:

- que los créditos tengan origen en operaciones comerciales propias del giro del contribuyente;
- que se verifique alguno de los parámetros de incobrabilidad comprendidos en la normativa pretranscripta, advirtiéndose que la descripción obrante en el artículo 136 del decreto reglamentario no es taxativa, sino meramente enunciativa;
- que esté justificada la incobrabilidad;
- que la referida incobrabilidad corresponda al ejercicio en que se produzca la misma.

Por lo anteriormente expuesto y en relación con el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) cabe señalar que el Decreto N° 925/96 (B.O. 12/8/96) si bien en su considerando señala que la situación financiera por la que atraviesa el Instituto exige la adopción de drástica medidas a fin de optimizar la aplicación de los recursos, ***el objeto del mismo se centra en el pago de todas sus deudas***. Asimismo por medio de la Resolución N° 926 se le comunica a la actora que podría optar por alguna de las tres formas de pago propuestas por dicho Decreto. Es decir, que ***en ninguna parte de las normas aludidas se establece que el Instituto se hallaba en cesación de pagos*** sino todo lo contrario, toda vez que se formulan distintas vías orientadas a la cancelación de las obligaciones.

De las circunstancias apuntadas se desprende que la actora, mediante las probanzas aportadas no logró acreditar el carácter de incobrables de las sumas adeudadas por el P.A.M.I. conforme a las pautas que sobre el particular establecen las disposiciones del impuesto a las ganancias.

En tal sentido el tribunal cita jurisprudencia anterior<sup>36</sup> en virtud de la cual se dijo que *"No puede aceptarse la interpretación de que un deudor, por el sólo hecho de ser moroso, se encuentra en estado de cesación de pagos..."*.

Asimismo dice que para que opere la deducibilidad del mal crédito debe evaluarse si se cumplen las condiciones para considerarlo tal al cierre del período fiscal, circunstancia que no se acredita en este caso.

Concluye que el ajuste es confirmado ya que la actora debió demostrar la existencia de los hechos invocados en virtud de que tenía la carga de la prueba, remitiéndose en tal sentido a jurisprudencia de la misma sala<sup>37</sup>.

Asimismo, anteriormente la Sala D del Tribunal Fiscal<sup>38</sup> había afirmado que era inadmisibles la deducción como incobrable de un crédito contra un organismo estatal -en el caso, PAMI- fundada en que los atrasos de pagos es una circunstancia de público y notorio conocimiento, pues no se puede confundir una situación de morosidad con la de cesación de pagos -índice que habilita la deducción como incobrable- en tanto tal circunstancia no haya sido demostrada por la acreedora.

En ambos casos el PAMI era un deudor moroso, no declarado en default, sino que se había comunicado a los acreedores que debían optar por alguna de las formas de pago, si la cancelación fuera inmediata o con plazos de hasta diez años.

En el caso de Serca, a la fecha de cierre del ejercicio no existía convenio entre partes de quita firme, ni gestiones judiciales o de cualquier naturaleza

---

<sup>36</sup> "Compañía Financiera Para la América del Sud s/apelación-", Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B" del 31/12/93.

<sup>37</sup> Cometa S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, sala "A" 03-12-97.

<sup>38</sup> Serca SRL s/ Recurso de Apelación, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D, 20-09-2001.

tendientes al cobro de la deuda y no había prueba alguna que justifique la incobrabilidad.

La base de la deducción fue las publicaciones de los periódicos y cartas documentos presentadas en relación con dichas deudas. Asimismo, se discontinuó la prestación de servicios a los afiliados a dicha entidad.

Las gestiones de cobro ante el PAMI habían sido realizadas por entidades a las cuales la firma estaba asociada lo que no fue controvertido por parte del fisco.

Se adujo que el mal crédito se verificaba por dos índices: cesación de pagos y otros índices. La decisión señala que, si bien son ciertas las manifestaciones de la recurrente con relación a los atrasos de pagos de los organismos estatales, por ser de público y notorio conocimiento, ello no puede dar lugar, como se pretendía, a confundir una situación de morosidad con la cesación de pagos, porque esta última tiene una trascendencia mucho mayor y que no ha sido demostrada.

En consecuencia la deducción no resulta admisible.

En cuanto a otros índices de incobrabilidad, no es aplicable ninguno habida cuenta que no se ha demostrado haber adoptado ninguna iniciativa propia destinada a resguardar su crédito.

En efecto, no consta que haya accionado para intimar el pago, de modo de poder comprobar la iniciación del cobro compulsivo, admitido por el decreto reglamentario -artículo 142-.

Se acompañan cartas documento que se refieren a pedidos de audiencia para analizar el cronograma de pagos y que habían sido enviadas por las entidades a las que está asociada.

El alegato se basa en gestiones y publicaciones realizadas por entidades que agrupan a prestadores de servicios fúnebres, pero no surge que tales entes la hayan subrogado en sus derechos al crédito, ni que hayan reclamado sumas de dinero en nombre de las empresas que nuclean.

De esas notas, no puede decirse que las entidades los representaban para cobrar los créditos dudosos o impagos.

De todo esto, se desprende que la apelante no tuvo una actitud diligente para preservar los créditos o tratar por los medios a su alcance, de obtener un reconocimiento de las facturas por servicios prestados que le pudieron haber sido impugnadas y, por lo tanto, no estaban dadas las condiciones previstas en la normativa vigente para dar de baja considerando que es pérdida ninguna suma de la cual resulte acreedor, perjudicando así su balance y, por ende, la recaudación del tributo.

Reig opina que no afectaría el carácter de incobrable del crédito que se encontrara garantizado y posteriormente se recuperara. El Tribunal Fiscal se ha expedido<sup>39</sup> diciendo que los créditos garantizados pueden reputarse como incobrables. Es decir el hecho que se encuentre garantizado no es óbice para impugnar su deducibilidad, admitiéndose el castigo al balance fiscal.

## II.2) Homologación del acuerdo de la junta de acreedores<sup>40</sup>

El índice de incobrabilidad impositivo se manifiesta a partir del momento en que se homologa el acuerdo de la junta de acreedores. En caso que se ha ya elegido este índice, se imputará como quebranto impositivo en el ejercicio fiscal

---

<sup>39</sup> Banco Real, Tribunal Fiscal de la Nación, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B 01/07/99 confirmado por CNCAF, Sala III, 26/11/02.

<sup>40</sup> Decreto 2442/02 (B.O.: 3/12/02).

en que este hecho tenga lugar. En este caso será por la parte del crédito por la que se otorga una quita en el acuerdo.

### III.3) Quiebra

En estos supuestos la incobrabilidad se considerará impositivamente en aquel ejercicio que el juez dicte el auto declarando la quiebra. Pudo haberse originado a pedido del deudor, de un acreedor o como consecuencia de la convocatoria de acreedores -concurso-. En caso que, con posterioridad se recupere el crédito, se considerará ganancia impositiva del ejercicio fiscal en que este hecho ocurra.

### III.4) Desaparición del deudor

De escogerse este índice, la incobrabilidad impositiva debe establecerse en aquel ejercicio en que se determina que el deudor se ha fugado del país o no puede establecerse su domicilio, imposibilitando esta situación la materialización del crédito.

### III.5) Prescripción

El Código Civil <sup>41</sup> establece que “toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial”

Si se considera que la prescripción como el índice de incobrabilidad impositivo, deberá contarse con pruebas que acrediten que se han realizado gestiones tendientes al cobro del crédito.

De no mediar esfuerzo alguno por parte del acreedor para lograr el efectivo cobro del crédito, la deducción no opera. En tal sentido la Corte Suprema<sup>42</sup> ha

---

<sup>41</sup> Código Civil, Zavalía, 1996, artículo 4023.

fallado en contra de la deducción en un caso en que no se había efectuado acción alguna tendiente al cobro por parte del contribuyente.

En el caso mencionado no se había cuestionado la prescripción de la deuda, sino la inexistencia de acción por parte del contribuyente en el cobro de un crédito.

De lo anteriormente expuesto se derivaría que ante la inexistencia de acción por parte del contribuyente, este no podría oponer la prescripción de una deuda como índice de incobrabilidad impositivo, a los efectos de deducir ese mal crédito en el balance fiscal.

Hay autores<sup>43</sup> que opinan que la prescripción no es un índice en sí “ sino la pérdida por imperio legal, de la facultad de reclamar el pago, lo que convierte al crédito en una obligación natural”.

Entendemos que si bien es un índice de utilización poco común ello no obsta a que se utilice, en armonía con una adecuada acción tendiente al cobro.

La Cámara Federal de Rosario <sup>44</sup> ha dicho que para la deducción de un importe no cobrado, ni siquiera es menester la ejecución judicial del crédito, si median otros elementos justificativos .

---

<sup>42</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fábrega Ernesto vs. Dirección General de Impuesto a los Réditos, 14-6-68, Fallos 211,292.

<sup>43</sup> Fernández, Luis O., Régimen de Deudores Incobrables. Nuevos Índices. Revista Impuestos 2003-A, Lexco Fiscal 2003.

<sup>44</sup> Cristalli , Pablo; Cámara Federal de Rosario, 18/09/56.

### 3.3.2. Antecedentes administrativos<sup>45</sup>

- *Dictamen Dirección de Asesoría Técnica 3/95*<sup>46</sup>

Los créditos incobrables deben resultar de la actividad habitual del contribuyente.

En el caso, los índices de incobrabilidad que motivaron las deducciones no estaban incluidos en el art. 142 del Decreto Reglamentario de la Ley del Impuesto a las Ganancias.

El contribuyente había sometido el caso a un tribunal arbitral conjuntamente con sus deudores. Dicho tribunal se pronunció sobre cada uno de los puntos en discusión y su decisión sirvió de base para la firma de un acuerdo con la firma QQ S.A. y la elaboración de propuestas de acuerdo preventivo en los concursos de las firmas TT S.A. y RR S.A.

En el Dictamen, la DAL cita la jurisprudencia del caso Z.Z. SACIF del TFN, señalando que el criterio apuntado (restrictivo) no fue compartido por la División, quien, partiendo del carácter enunciativo del art. 142 del Decreto Reglamentario citado, y lo prescripto por el art. 87, inc. b) de la ley del Impuesto que autoriza la deducción cuando la situación invocada, debidamente probada, lleve a la convicción de la incobrabilidad del crédito, especialmente cuando sea en “cantidades justificables de acuerdo con los usos y costumbres del ramo”, se pronunció favorablemente respecto de la deducción solicitada.

En el caso Z.Z. SACIF se sostuvo que:

---

<sup>45</sup> Parte del material de este apartado ha sido extraído de trabajo inédito desarrollado por la Dra. Valeria Cardinale, abogada, alumna del Postgrado de Especialización de Tributación de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>46</sup> Dictamen Dirección de Asesoría Legal (DAL) 3/95 Boletín DGI 508, 25/01/95, página 631.

“para que proceda la deducción de los castigos por malos créditos, no basta la mera concurrencia de los índices que menciona la reglamentación (cesación de pagos, real o aparente, quiebra, concordato, desaparición del deudor, etc.), sino que la incobrabilidad del crédito deberá justificarse satisfactoriamente”.

“...el acreedor para poder justificar la deducción del crédito, debe, necesariamente, agotar los medios que la ley le acuerda para preservarlo, ... Si así no fuera se habría creado un instrumento asaz sencillo y de fácil utilización para deducir créditos, **que no se compadecería con una interpretación razonable de los preceptos aplicables, ni con la ‘ratio lege’ que los inspira, que no es otra, sin duda, que la de permitir la deducción por razón de una indubitable incobrabilidad, una vez agotados los medios legales pertinentes para hacer efectivo el ingreso”.**

Es decir no se podría deducir el incobrable si hay una conducta pasiva o negligente por parte del contribuyente.

En el caso F.E. s/ Impuesto a los Réditos”, la Cámara Federal de Rosario expresó el 27/3/47 que:

“... para que el importe no cobrado se deduzca como quebranto, no es menester la ejecución judicial del crédito, si existen otros elementos que justifiquen ese extremo”.

A partir de estas dos causas, la DAL señala que, si bien parecen contradictorios, se complementan a los efectos de arribar a una interpretación acabada de los casos particulares que se presentan. Ello, a raíz de considerar que en el primero se advertía una conducta negligente y de manifiesta pasividad por parte del contribuyente, mientras que en el segundo caso se

entendió que la exigencia de la iniciación del proceso judicial tendiente a obtener el cobro del crédito deducido, era un exceso de formalismo, atento que de las probanzas agregadas en autos, surgía indubitadamente la condición de incobrable del crédito en cuestión.

En opinión de la DAL, tanto en un caso como en el otro, se encuentra insito en el ánimo del juzgador la utilización del método hermenéutico de la realidad económica surgida de las comprobaciones arrimadas al proceso.

Concluye, señalando que la situación concursal de dos de las empresas cuyos créditos fueron deducidos, no implica, de ninguna manera, asumir una conducta pasiva que permita inferir la existencia de una liberalidad, ni siquiera como resultado de una actitud negligente por parte del acreedor que pretende la deducción.

En esta inteligencia, aplicando -tal como lo hiciera la jurisprudencia judicial, y lo propusiera la División Quebrantos Impositivos, **el principio de la realidad económica como criterio de interpretación, es dable concluir, en el caso particular en estudio, que se encuentra suficientemente acreditada en autos la justificación de la incobrabilidad de los créditos cuya deducción se solicita, respecto de las firmas ....**

- *Dictamen Dirección de Asesoría Técnica (DAT) 17/95*<sup>47</sup>

Este dictamen refiere, principalmente, a créditos deducidos por una SA que no corresponden al giro comercial de la empresa.

No obstante, en las conclusiones, la DAT señala:

---

<sup>47</sup> Dictamen Dirección de Asesoría Técnica (DAT) 17/95 Boletín DGI 506, 21/02/95, página 304.

“Debe considerarse que la prueba fehaciente de la incobrabilidad es el medio necesario que permite que esta deducción, admitida por la ley del impuesto, no se convierta en una surte de arbitrariedad en manos de los contribuyentes, a la que puedan recurrir ante el menor signo de riesgo empresario en este sentido, como a un medio idóneo para reducir de esta manera sus obligaciones impositivas, o para transferirlas a ejercicios futuros por vía del recupero de esos mismos créditos ya computados negativamente en períodos anteriores.

“Por lo tanto, se opina que serán deducibles los malos créditos originado en operaciones comerciales siempre que, verificándose o no específicamente algunos de los supuestos previstos por la norma reglamentaria, en cada caso en particular existan concretas razones indiciarias –debidamente probadas- de la imposibilidad material del cobro, previa demostración de haber procurado activamente obtener el resarcimiento del crédito”.

- *Dictamen Dirección de Asesoría Técnica (DAT) 29/96*<sup>48</sup>

Este dictamen sirve para el tema del cambio de criterio de la empresa, en cuanto a que hasta ese momento lo que hacía era reconocer como válido el porcentaje que en el acuerdo homologado en el proceso concursal se reconocía que se iba a pagar en cuotas y como pérdida sólo la quita prevista en el mismo acuerdo. .

No se requeriría autorización del Fisco para este cambio de criterio.

Sumario:

Modificación en el mecanismo de cálculo de la previsión no constituye un hecho que quede comprendido en el supuesto previsto por el artículo 139 del

---

<sup>48</sup> Dictamen Dirección de Asesoría Técnica (DAT) 29/96 Boletín DGI 514, 29/03/96, página 1723.

decreto reglamentario del tributo para que resulte necesaria la autorización previa de esta Dirección General.

El artículo 139 del decreto reglamentario de la ley del tributo dispone: "A los fines dispuestos por el artículo 87, inciso b) de la ley, es procedente la deducción de castigos sobre créditos dudosos e incobrables que tengan su origen en operaciones comerciales, pudiendo el contribuyente optar por su afectación a la cuenta de ganancias y pérdidas o a un fondo de previsión constituido para hacer frente a contingencias de esta naturaleza. Una vez que el contribuyente hubiese optado por el sistema de previsión, su variación sólo será posible previa autorización de la Dirección".

La mencionada división señala ... "... se observa que la contribuyente cambia de procedimiento utilizando para el cálculo y determinación de las Previsiones Impositivas por Incobrabilidad, en las declaraciones juradas rectificativas de los períodos 1990, 1991, 1992 y 1993, realizándolos a valores históricos, mientras que en las declaraciones juradas originales de dichos períodos lo realizó a valores actualizados".

La autorización previa a que se refiere la norma reglamentaria antes transcripta es necesaria para el caso en que el contribuyente, habiendo optado por la constitución de la previsión, decidiera posteriormente imputar la incobrabilidad mediante la afectación a la cuenta ganancias y perdidas. Por ello, en este caso, en que según lo indicado, no se trata de un cambio de método sino que la variación obedece a una modificación en el procedimiento de cálculo seguido para establecer la aludida previsión, se estima que ese hecho no tiene la entidad necesaria para que merezca ser encuadrado dentro del supuesto contemplado por la norma reglamentaria".

- *Dictamen Dirección de Asesoría Técnica (DAT) 91/96*<sup>49</sup>

El contribuyente pretendió considerar pérdida extraordinaria encuadrada en el artículo 82 (c) de la ley del gravamen a los montos de los créditos fiscales impugnados por la AFIP y de los cuales era cesionario.

Sobre la base de lo anteriormente mencionado deduce como quebrantos extraordinarios los créditos fiscales adquiridos mayormente a un grupo empresario, a los efectos de ser utilizados para la cancelación de ciertas obligaciones impositivas.

El fisco opina que no pueden ser deducidos por la vía de considerarlos una pérdida extraordinaria, así como tampoco responden a una deducción por malos créditos, ya que no encuadran en las previsiones del artículo 87 (b) de la ley del gravamen..

El fisco sostiene básicamente que no encuadran en pérdidas sufridas en bienes muebles o inmuebles como se establece en el artículo 130 del decreto reglamentario.

Asimismo, destaca que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 514 del Código Civil, caso fortuito es el que no ha podido preverse o que previsto no ha podido evitarse.

En tal sentido, se menciona que los casos fortuitos o de fuerza mayor son producidos por dos grandes causas: por la naturaleza o por el hecho del hombre, con respecto a este último se comenta:

---

<sup>49</sup> Dictamen Dirección de Asesoría Técnica (DAT) 91/96 Boletín DGI 522 30/08/96, página 1051.

"Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, o fuerza del príncipe, como dicen los libros de Europa. Se entiende por hechos del soberano, los actos emanados de su autoridad, tendiendo a disminuir los derechos de los ciudadanos. Las violencias y las vías de hecho de los particulares, no se cuentan en el número de los casos de fuerza mayor, porque son delitos, y como tales están sujetos a otros principios que obligan a la reparación del mal que causen".

Acaecida la situación de riesgo, ésta no podría catalogarse como imprevisible, habida cuenta que el comprador debe haber evaluado el riesgo y sobre la base de eso fijado el precio a pagar.

Por otra parte, en cuanto a la admisión de la calificación de incobrable y su consecuente deducción, ello no es procedente habida cuenta a que no se ha demostrado la incobrabilidad atento a no haber iniciado las acciones pertinentes para procurar la percepción respectiva.

De lo anteriormente expuesto deducimos que, ante todo la inacción del acreedor aún cuando la situación del acreedor sea de manifiesta falta de vocación al pago lo inhabilita a computar en el balance fiscal la pérdida pretendida.. El dictamen solamente menciona a un grupo empresario, sin especificar si es el caso de Koner Salgado.

- *Dictamen Dirección de Asesoría Técnica (DAT) 12/98*<sup>50</sup>

Para la determinación de los malos créditos deducibles es viable la utilización de índices alternativos a los mencionados en el referido artículo 142, siempre y cuando tales parámetros justifiquen la impracticabilidad de cobro de acuerdo a las particulares características de cada situación.

---

<sup>50</sup> Dictamen Dirección de Asesoría Técnica (DAT) 12/98 Boletín DGI-AFIP 12 , 27/02/98, página 1215.

(El caso sometido a consulta en este dictamen, refería a las normas del BCRA, entre otras)

La DAT reitera lo señalado en el Dictamen 17/95 en cuanto a la importancia que adquiere, a los efectos de la evaluación de la incobrabilidad de un crédito, los distintos elementos de juicio tenidos en cuenta para considerarlo deducible, los cuales deben ser claramente verificados y estar debidamente justificados, con el objeto que la deducción por tal concepto se base en **situaciones de hecho que reúnan los méritos suficientes como para justificar tal tratamiento.**

Luego de citar el dictamen 17/95 concluye que es viable la utilización de índices alternativos a los mencionados en el art. 142, siempre y cuando tales parámetros justifiquen la impracticabilidad de cobro de acuerdo a las particulares características de cada situación.

Así, en el caso bajo análisis las pautas que, según lo informado, establece la empresa para calificar a los créditos como incobrables, no resultan suficientes, por sí solas, para merituar la deducibilidad, **estimándose que resultaría necesario evaluar otras consideraciones fácticas concomitantes que permitan considerar fehacientemente probada la incobrabilidad.**

Finalmente, cita el fallo de la CSJN del 4/6/48 recaído en la causa Frábega, Ernesto en el que dictaminó que no resulta procedente deducir como quebranto el importe de un crédito supuestamente incobrable, **cuando no habiendo otros elementos probatorios sobre el particular, el actor ni siquiera ha iniciado algún tipo de gestión tendiente al cobro de dicho crédito.**

- *Dictamen Dirección Asesoría Técnica (DAT) N° 68/98*<sup>51</sup>

Sumario:

La deducción por incobrables requiere que se haya procurado activamente el resarcimiento del crédito

Hechos a tener en cuenta para considerar procedente la deducción de los malos créditos, a partir de las manifestaciones de la DAT:

Refiriéndose al dictamen 17/95, la DAT señaló

“...pues debe considerarse que la prueba fehaciente de la incobrabilidad es el medio necesario que permite que esta deducción, admitida por la ley del impuesto, no se convierta en una surte de arbitrariedad en manos de los contribuyentes, a la que puedan concurrir ante el menor signo de riesgo empresario en ese sentido, como a un medio idóneo para reducir de esta manera sus obligaciones impositivas, o para transferirlas a ejercicios futuros por la vía del recupero de esos mismos créditos ya computados negativamente en períodos anteriores.

Finalmente, ese antecedente administrativo señala que serán deducibles los malos créditos siempre que, “... verificándose o no específicamente algunos de los supuestos previstos por la norma reglamentaria, en cada caso en particular existan concretas razones indiciarias -debidamente probadas- de la imposibilidad material del cobro, previa demostración de haber procurado activamente obtener el resarcimiento del crédito”.

---

<sup>51</sup> Dictamen Dirección de Asesoría Técnica (DAT) 68/98, Boletín Impositivo N° 26 página 1702.

En atención a lo expuesto, se aprecia que la mera falta de pago de tres cuotas no es en sí misma una pauta que permita la deducción; ello por cuanto existiendo la inacción del acreedor para procurar el cobro, no se manifiestan gestiones o **hechos concretos para considerar fehacientemente probada la incobrabilidad.**

- *Dictamen Dirección de Asesoría Técnica(DAT) N° 73/2001*<sup>52</sup>

Sumario:

No presentarse a la verificación del crédito en el concurso preventivo debido a que el costo de tal proceso sería superior al monto que se reclama, no es prueba suficiente para demostrar la imposibilidad material del cobro, menos aún para demostrar haber procurado activamente resarcirse del crédito, no correspondiendo en tal caso la deducción del monto no cobrado en la determinación del impuesto a las ganancias.

En el caso se indica que el 30/9/99 se había declarado abierto el concurso preventivo de WW S.A. en el Juzgado .... y que la contribuyente (LL) había resuelto no proceder a la verificación de créditos ante la sindicatura, debido a que el costo que implicaba dicho proceso sería superior al monto que se reclamaría.

La DAT señala:

Que a través del art. 136 del decreto reglamentario se establecen los parámetros generales a efectos de considerar un mal crédito como tal. No obstante ello, cabe tener en cuenta que –como se dijo en reiteradas oportunidades- no todo crédito que encuadre en los parámetros antes citados

---

<sup>52</sup> Dictamen Dirección de Asesoría Técnica (DAT) 73/2001, Boletín Impositivo N° 55, 28/09/01, página 295.

resulta deducible a los fines del art. 87, inciso b) de la ley de impuesto a las ganancias.

Ello toda vez que la falta de acción por parte del contribuyente tendiente a lograr su cobro resulta un elemento decisivo para ponderar su deducción en el impuesto, debiendo en cada caso en particular demostrarse la impracticabilidad del cobro.

Tal como se trasluce del escrito presentado, la rubrada no proporciona más detalles que el hecho de no haberse presentado a la verificación del crédito debido a que el costo de tal proceso sería superior al monto que se reclama, **siendo dicha verificación fundamental para el cobro del crédito en cuestión.**

Estima que el motivo aludido por el contribuyente (LL) no es prueba suficiente para demostrar la imposibilidad material del cobro, menos aún para demostrar haber procurado activamente resarcirse del crédito.

Ello porque el hecho de declarar incobrable el crédito no depende de la voluntad del acreedor de que así sea, sino de la imposibilidad real del cobro, ya que la adopción de tal tratamiento debe estar plenamente demostrada, a fin de evitar que las morosidades sean deducidas como incobrables sin mediar acciones concretas tendientes al cobro y desvirtuar así las normas específicas que contienen las disposiciones vigentes.

Recientemente, en la Comisión de Enlace CPCECF- AFIP<sup>53</sup> a dos cuestiones relacionadas con el tema que nos ocupa se ha dado la siguiente respuesta:

En el caso que el Estado fuera deudor, cual es el tratamiento de los malos créditos?

---

<sup>53</sup> Grupo de Enlace AFIP-CPCE-CABA Acta de la reunión del 9 de abril de 2003.

¿Se consideran deducibles como créditos incobrables, las deudas del Estado Nacional, Provincial o Municipal, de darse los requisitos previstos por los art. 133 y 136 (iniciación de la acción judicial) del DR de la ley del tributo?

**Respuesta: Sí, de darse tales supuestos, se consideran deducibles dichos conceptos como deudores incobrables.**

Con respecto al alcance del requisito del origen en operaciones comerciales para la deducción de créditos incobrables:

El art. 133 del DR establece que a los fines dispuestos por el art. 87 inc b) de la ley del tributo, procede la deducción por castigos sobre créditos dudosos e incobrables que tengan su origen en operaciones comerciales (requisito no previsto por la ley). Habida cuenta del hecho imponible definido respecto de empresas, ¿No debería considerarse que dicho requisito ha quedado tácitamente sin aplicación? De corresponder, se solicita elevar el tema a la Subsecretaría de Ingresos Públicos.

**Respuesta: Los créditos que tienen origen en operaciones comerciales son los relacionados con el giro comercial de la empresa. No se incluyen en tal concepto a los supuestos de bonos del Estado que, según la posición de la AFIP, confirmada por la Dirección Nacional de Impuestos (Memo 534/02) no son objeto de su tratamiento como malos créditos.**

Como vemos aquí se desconoce la realidad económica de determinados negocios, en los cuales las operaciones comerciales comprenden el otorgamiento de préstamos la Estado a través de títulos públicos, constituyendo su mal crédito origen en operaciones comerciales.

El fisco ha opinado formalmente en el mismo sentido que lo expresado en el seno de la Comisión a través de un dictamen<sup>54</sup>

**A los efectos de evaluar la viabilidad de deducir por malos créditos los títulos públicos sin cotización que a la fecha de su vencimiento no hubieran sido abonados por el Estado Nacional, debe verificarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 133 y 136 del decreto reglamentario de la ley del gravamen, esto es, que los créditos tengan su origen en operaciones comerciales, que correspondan al ejercicio en que se produzcan y que se justifiquen las circunstancias determinantes del pedido, admitiéndose una suerte de indicios a este último efecto.**

**Si bien el Estado Argentino se declaró en default, razón por la cual se verificaría la cesación de pagos -uno de los índices de incobrabilidad que justifican el pedido según lo previsto en el artículo 136 del decreto citado-, no se cumpliría con el requisito a que alude el artículo 133 de dicho decreto en cuanto exige que se trate de créditos originados en operaciones comerciales, toda vez que la simple tenencia de títulos públicos no implica que la misma esté relacionada con el giro comercial, motivo por el cual la situación planteada no podría encuadrarse como un crédito incobrable.**

**I.- Vienen las presentes actuaciones de la Subdirección General de ..., a los efectos de que este servicio asesor tome conocimiento del informe elaborado por la Dirección Nacional de Impuestos del Ministerio de Economía, a raíz de la consulta efectuada mediante Nota N° ... del 22 de mayo de 2002 , con relación a la viabilidad de aceptar que un**

---

<sup>54</sup> Dictamen de la Dirección de Asesoría Legal y Técnica (DAL) 84/2002, Boletín de la AFIP N° 69, página 799. Este dictamen se ha incorporado a nuestro trabajo a la fecha de su presentación ante el Postgrado, habida cuenta que su publicación se realizó durante el mes de mayo de 2003.

**contribuyente deduzca por malos créditos los títulos públicos sin cotización que a la fecha de su vencimiento no hubieran sido abonados por el Estado Nacional, como asimismo, si es suficiente para ello la declaración formal del Estado Nacional o bien, el responsable debe iniciar las acciones tendientes a demostrar la cesación de pagos, agotando las instancias, inclusive la judicial.**

**II.- Al respecto, la Dirección Nacional de Impuestos del Ministerio de Economía emitió opinión en el Memorando N° .../2002 de fecha 24 de junio de 2002 en el sentido de que, a los efectos de evaluar la procedencia de la deducción aludida en el acápite anterior, debe verificarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 133 y 136 del decreto reglamentario de la ley del gravamen, esto es, que los créditos tengan su origen en operaciones comerciales, que correspondan al ejercicio en que se produzcan y que se justifiquen las circunstancias determinantes del pedido, admitiéndose una suerte de indicios a este último efecto.**

**Ello así, considera que si bien el Estado Argentino se declaró en default, razón por la cual se verificaría la cesación de pagos -uno de los índices de incobrabilidad que justifican el pedido según lo previsto en el artículo 136 del decreto citado-, no se cumpliría con el requisito a que alude el artículo 133 de dicho Decreto en cuanto exige que los créditos se originen en operaciones comerciales, toda vez que la simple tenencia de títulos públicos no implica que la misma esté relacionada con el giro comercial, motivo por el cual la situación planteada no podría encuadrarse como un crédito incobrable.**

Son aplicables a las conclusiones vertidas por el fisco en este último dictamen los comentarios efectuados en la página 44, en oportunidad de analizar la respuesta que sobre este tema había emitido la AFIP en la Comisión de Enlace AFIP-CPCE-CABA.

## IV. Antecedentes en la legislación internacional

A continuación expondremos el tratamiento de los malos créditos en los códigos fiscales europeos y americanos.

Hemos observado que con mayor o menor flexibilidad las administraciones tributarias contemplan la deducibilidad de los créditos incobrables en general y de aquellos pertenecientes al estado en particular.

a. **Estados Unidos** <sup>55</sup> <sup>56</sup> reconoce en la sección 166 del Internal Revenue Code la deducibilidad dentro del período fiscal de las deudas totalmente o parcialmente incobrables. Las deducciones en el balance fiscal deben realizarse en el período correspondiente, no admitiendo la misma con posterioridad. El apartado (e) de la sección 166 remite a la sección 165 (g) cuando los malos créditos se refieran a títulos con valor nulo.

La sección 165 se refiere a las pérdidas sufridas en el caso que bonos que han perdido el valor durante el período fiscal, deben ser tratadas como una pérdida por la venta del último día del año fiscal.

---

<sup>55</sup> 26 USC, Title 26- Internal Revenue Code, Subtitle A- Income Taxes, Chapter a- Normal Taxes and Surtaxes, Subchapter B-Computation of Taxable Income, Part VI –Itemized Deductions for individuals and corporations Sections 166 y 165 (g).

<sup>56</sup> Traducción libre de la autora.

El apartado (c) define entre otros que se define a un título como un bono, debenture, nota o certificado u otra evidencia de endeudamiento emitido por una sociedad con cupones de intereses.

b. **España**<sup>57</sup> establece en el artículo 12 de la ley 43 que serán deducibles las dotaciones para la cobertura del riesgo derivado de las posibles insolvencias de los deudores, cuando en el momento del devengo del Impuesto concurra entre otras que la obligación se encuentre reclamada judicialmente o sea objeto de un litigio judicial o procedimiento arbitral de cuya solución dependa su cobro.

También establece que no serán deducibles los adeudos o afianzados por entidades de derecho público y los que hayan sido de objeto de una prórroga expresa.

Asimismo reglamentariamente se establece las características de la provisión para insolvencia de las entidades financieras en el artículo 6.

Se incluye la posibilidad de deducir una dotación pro riesgo país, en al que se podría incluir el incumplimiento de los estados de economía emergente.

c. **Bélgica**<sup>58</sup> permite las reservas para malos créditos sin límites, siempre que se encuentre relacionada a un costo específico.

d. **Canadá** establece que las reservas para malos créditos deben ser razonables, y en el caso de haber posteriores recuperos estos deben ser incluidos como ingresos del balance fiscal.

---

<sup>57</sup> Ley 43/1995, del 27 de diciembre del Impuesto sobre sociedades <http://www.aeat.es/normlegi/sociedades/ley/soc4.htm> y Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades 537/1997 del 24 de abril. <http://www.aeat.es/normlegi/sociedades/reglamento/reg1.htm>

<sup>58</sup> European Tax Handbook, International Bureau of Fiscal Documentation, 2001.

e. **Dinamarca** permite las deducciones por malos créditos solamente en el año en que se produce la pérdida y su monto puede ser determinado y permite las reservas por malos créditos cuando el contribuyente tiene un número importante de deudores.

f. **Francia** establece que las provisiones deben basarse en la valuación de la deuda, en cada caso en particular, sin embargo se admiten también provisiones globales de riesgo crediticio.

## **V. Naturaleza del crédito otorgado al Estado**

### **5.1. Introducción**

Entendemos que los parámetros aplicados al análisis del riesgo crediticio en el caso de los créditos otorgados a deudores privados no son aplicables al estado habida cuenta que la capacidad de repago del estado no se ve cuestionada, porque en muchos casos los particulares se ven obligados a otorgar préstamos al Estado, por ejemplo a través de la suscripción de títulos públicos y para el otorgamiento de los mismos solamente se evalúa el aspecto político del mismo, dejando de lado la real capacidad financiera..

Sin embargo, entendemos que la incobrabilidad generada por el default de la deuda soberana, bajo determinadas condiciones debería tener un tratamiento similar al de las deudas del sector privado.

Analizaremos la naturaleza de los préstamos al Estado en sus diversas formas, veremos que el estado se endeuda a través de un contrato de empréstito público y que, para los otorgantes de esos créditos, el tratamiento fiscal al momento de su otorgamiento, debería ser de neutralidad.

### **5.2. Los empréstitos públicos<sup>59</sup>**

Para el cumplimiento de sus fines y funciones, el Estado utiliza medios y recursos permanentes: el impuesto, la tasa, el canon, el producido de bienes del dominio privado.

En los casos en que estos recursos resulten insuficientes el Estado se vale del empréstito público. Su uso implica que la utilización del crédito o confianza de que goce, éstos son el reflejo del valor de los bienes totales integrantes del estado y de la eficacia y prestigio de la acción de gobierno.

- El empréstito público es el préstamo oneroso de dinero que el Estado obtiene de los administrados o particulares conforme a las normas de derecho público.
- Es un instrumento de gobierno, que constituye una medida excepcional y extraordinaria. Se recurre a él en momentos económicos aciagos o en circunstancias imprevistas que deban resolverse con notoria urgencia. Cuando se recurre sistemáticamente a los empréstitos, implica no solo que el Estado se aparta de la ley de presupuesto, sino que se vive en el desorden.
- La deuda pública es el conjunto de los títulos de la deuda emitidos por el Estado. El empréstito es el contrato de deuda pública. El crédito público es la facultad en potencia y el empréstito es la facultad en acción.
- El Congreso es el órgano habilitado para disponer la emisión de empréstitos, de acuerdo con lo previsto en los artículos 4° y 75° apartado 4 de la Constitución Nacional. Una vez que el Congreso sanciona la ley que dispone la emisión del empréstito, todos los pasos que continúan están a cargo del Poder Ejecutivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo en el artículo 99° apartado 2 de nuestra Carta Magna.

---

<sup>59</sup> Tratado de Derecho Administrativo, Marienhoff, Tomo III B.

### **5.2.1. Clasificación de los empréstitos**

Los empréstitos pueden ser:

- Internos y externos
- Temporarios y perpetuos
- Voluntarios y forzosos

### **5.2.2. Naturaleza jurídica del empréstito público**

El empréstito público es un contrato administrativo, aunque hay doctrina que sostiene lo contrario.

La doctrina que sostiene lo contrario se basa en una tesis unilateralista, manifestando que los títulos aparejan una obligación unilateral autónoma con valor por sí misma, que los títulos tienen existencia jurídica antes de ser lanzados a la venta, antes de ser colocados o sea antes de encontrarse las voluntades de la administración y de los prestamistas.

En los casos de los empréstitos voluntarios, se toma en cuenta la voluntad y el consentimiento del tenedor de los títulos, prescindiendo de ellos en los casos de empréstitos forzosos.

Marienhoff solamente otorga el carácter contractual al empréstito voluntario, habida cuenta que la falta de voluntad y consentimiento le quita toda naturaleza contractual.<sup>60</sup>

En la teoría contractualista cuando el administrado adquiere los títulos del empréstito simultáneamente se produce la aceptación, en este momento queda

---

<sup>60</sup> Tratado de Derecho Administrativo, Marienhoff, Tomo III B.

perfeccionado el contrato de empréstito público. Los sucesivos adquirentes de los títulos obtenidos por el traspaso de estos quedan siempre colocados dentro de la relación contractual originaria. El derecho de los actuales tenedores es el mismo que adquirió en un principio el tenedor originario y que, sucesivamente, fue transmitiéndose a los tenedores posteriores.

La adquisición de los títulos del empréstito por parte de los administrados o particulares da la pauta de expresión de voluntad y la manifestación de consentimiento idóneas por sí para formar un contrato: esto es el contrato de empréstito público con los consecuentes derechos y obligaciones para cada parte.

El denominado empréstito forzoso no encuadra dentro de la figura de contrato, ni es un empréstito.

El hecho de ser forzoso excluye toda expresión y manifestación de voluntad y consentimiento por parte del administrado y, por lo tanto, no se configura la existencia de un contrato.

El empréstito forzoso es entonces una requisición de dinero impuesta por el Estado.

### **5.2.3. El carácter administrativo del empréstito público**

El carácter administrativo del empréstito público podrá resultar de dos circunstancias:

- del objeto del empréstito, esto es del destino que se le dará a los fondos que se obtengan con la colocación de los títulos en el mercado,
- de contener cláusulas exorbitantes expresas del derecho privado

En lo atinente al objeto debe encuadrar en urgencias de la nación o empresas de utilidad nacional, o a permitir el cumplimiento de las funciones esenciales y específicas del Estado, de fines públicos propios del mismo.

Por otra parte, el empréstito público puede configurar un contrato administrativo sin perjuicio del objeto que tenga cuando contenga cláusulas exorbitantes expresas del derecho común.

#### **5.2.4. Caracteres jurídicos del contrato de empréstito público**

Habida cuenta de que es un contrato administrativo, los caracteres jurídicos son los de ese tipo de contratos:

- a) Bilateral, ambas partes se obligan recíprocamente: el prestador se obliga a suministrar el importe del préstamo correspondiente a los títulos que adquiere, mientras que el Estado se obliga a pagar los intereses en las condiciones estipuladas al emitir el empréstito y a devolver el capital en la oportunidad y forma establecidas.
- b) Oneroso y dentro de ello conmutativo, habida cuenta que las prestaciones de ambas partes están determinadas y se presumen equivalentes.
- c) Formal, resulta de documentos escritos o sea de los títulos respectivos.
- d) Préstamo: el empréstito público voluntario es esencialmente un préstamo, con modalidades propias. El empréstito público tiene su correlativo en el crédito individual del derecho privado, paralelo del contrato de préstamo civil o comercial.
- e) Es un contrato de colaboración.

- f) La consecuencia fundamental de que sea un contrato de buena fe es que sus estipulaciones deben ser cumplidas. El no-cumplimiento deriva en responsabilidad contractual.
- g) En el empréstito público no rige la cláusula de prohibición de transferir, porque los títulos representativos del empréstito son, en principio, transferibles.

### **5.3. Jurisdicción de las cuestiones suscitadas por incumplimientos**

Las cuestiones que puedan suscitarse entre los tenedores de los títulos y el Estado deben debatirse en jurisdicción contencioso-administrativa.

Habida cuenta que se trata de un contrato administrativo, es de carácter público el derecho que se origina para los tenedores originales o para los sucesores.

Marienhoff opina que equivocadamente, se las consideró causa civil, poniendo en movimiento la jurisdicción originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que la acción derivada de un contrato de empréstito público no es una acción civil, sino una acción de carácter administrativo, público, emergente de un contrato de derecho público.

Es decir, en caso de cuestionamientos, la jurisdicción ante la cual debe recurrirse es la que se ha ya establecido para entender en lo contencioso-administrativo.

### **5.4. Incumplimiento de contrato administrativo <sup>61</sup>**

Se puede mencionar que los tribunales de justicia han intervenido en numerosas oportunidades en demandas por daños y perjuicios - básicamente

---

<sup>61</sup> Tratado de Derecho Administrativo, Marienhoff, Tomo III A.

por la extinción o el incumplimiento de un contrato administrativo - en las cuales se sostuvo que esas demandas respondían a una causa civil.

La acción de daños y perjuicios y, en general, la acción donde se reclame una suma de dinero, tanto si responde a la anulación como al incumplimiento del contrato administrativo, participan de la misma naturaleza del contrato cuya extinción o incumplimiento la motiva.

Marienhoff aclara que las acciones participan de la naturaleza del derecho que tutelan en cada caso en particular.

Consecuentemente, la acción que se promueva en el marco de un incumplimiento de la administración en un contrato de empréstito público no es una acción civil de derecho privado, sino que es una acción de derecho público, una acción de carácter administrativo cuyo juzgamiento corresponde a la justicia con competencia en lo contencioso administrativo.

## **5.5. La responsabilidad del estado<sup>62</sup>**

La responsabilidad del Estado por su actuación en el ámbito del derecho público pertenece al derecho administrativo, que, en principio, es local o provincial, de acuerdo con los preceptos del artículo 121 de la Constitución Nacional<sup>63</sup>.

Habida cuenta que el Código Civil sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, algunas prescripciones contenidas en el mismo pueden aplicarse tanto a la Nación como a las demás personas de carácter estatal..

---

<sup>62</sup> Derecho Administrativo, Juan Carlos Casagne, Abeledo- Perrot, 6ta. Edición actualizada.

<sup>63</sup> Constitución Nacional, Santa Fe-Paraná 1994, Parte segunda , Título segundo, Gobiernos de provincia.

Ahora bien debe distinguirse los casos en que el Estado actúa en el campo del derecho privado, de los casos en que la actuación del mismo se encuadran en el derecho administrativo.

En conclusión las soluciones del derecho civil podrían aplicarse a determinados casos de la actuación del Estado.

## **5.6. Clasificación de la responsabilidad del Estado**

En el orden interno la reparación que debe satisfacer el Estado cuando fuera declarado responsable por la realización de un acto o hecho dañosos al patrimonio de los particulares o el incumplimiento de un contrato puede obedecer a una relación de derecho civil o de derecho administrativo.

En el caso que los daños provengan de la responsabilidad del Estado en el campo del derecho civil o mercantil- a modo de ejemplo bienes de dominio privado del Estado, acotado e comercio de los bancos oficiales- son aplicables las normas del Código Civil.

Cuando la causa generadora de la responsabilidad fuera la actuación estatal dentro del campo de la función administrativa, la reparación se regirá por los principios del derecho público, aún cuando pueda aplicarse para uno de los tipos específicos de responsabilidad, el artículo 1112 del Código Civil.

En cuanto a dividir la responsabilidad en contractual y extracontractual puede realizarse en el derecho administrativo. En ambos casos la restitución debe regirse por la justicia conmutativa, es decir no es de justicia legal o general sino de justicia particular, donde se restituye algo a un individuo en proporción a la cosa y no a la posición o participación que ese individuo tenga como parte en la comunidad.

Casagne distingue la responsabilidad por actividad ilegítima de los casos de actividad legítima, ya que es el modo de compensar un sacrificio impuesto por una actuación que el administrado no está obligado a soportar y cuyo daño no se origina en una razón de utilidad pública sino en el ejercicio irregular de la función administrativa

## **VI. Aspectos relevantes en la prórroga unilateral de las deudas soberanas.**

### **6.1. La ruptura de los contratos por parte del estado**

En el apartado anterior nos hemos referido al contrato de empréstito público y a las consecuencias de su incumplimiento a nivel local.

Es claro que la deuda impaga ha sido el disparador de una serie de medidas por parte de los acreedores que comprenden tanto a la formación de comités reclamando en forma grupal sobre los derechos al cobro, hasta la acción individual de determinados acreedores o la inacción por parte de ellos.

En el caso de la deuda soberana, hemos encontrado también acreedores que no han iniciado acción alguna, habida cuenta los temas políticos que rigen a los financieros o económicos. Además del costo de iniciar esas acciones y la dificultad para ejecutar una sentencia favorable.

Por otra parte, con respecto a la deuda privada, nos hemos encontrado ante la situación que importantes empresas – a modo de ejemplo empresas prestadoras de servicios públicos- fuertemente endeudadas a través de obligaciones negociables y préstamos tomados en el exterior en diferentes divisas, han sido objetos de presiones para acordar el cobro, sin llegar a iniciarse acciones judiciales de ningún tipo.

## **6.2. La prórroga unilateral de la deuda soberana**

Nos interesa particularmente considerar desde el punto de vista impositivo el tratamiento de la prórroga unilateral de la deuda soberana.

Específicamente, nos interesa analizar el tema a la luz de la jurisprudencia judicial y administrativa así como también de la opinión de la doctrina.

Recurriremos también a la legislación comparada a los efectos de encuadrar el tema en el orden internacional.

Encuadrar el evento de incumplimiento de un país en las normas del impuesto a las ganancias implica que se verifica el cumplimiento de una serie de requisitos que, normalmente, se analizan para los malos créditos privados. Sin embargo, creemos que existen argumentos para defender la postura de la deducibilidad, así como también sabemos que esta postura va a encontrar resistencia fiscal y doctrinaria.

## **6.3. Como se manifiesta el default de un estado**

La manifestación fáctica del default se plasma a través de la imposibilidad de pago de los vencimientos de capital e intereses de las deudas asumidas tanto con los organismos de crédito internacional tanto como con bancos privados.

Anteriormente, nuestro país había entrado en default<sup>64</sup> y el de 2002 ha sido el cuarto en la historia del endeudamiento argentino.

---

<sup>64</sup> Los eventos fueron: 1828, 1890/1893 y 1988/1989.

## **6.4. El cuestionamiento del estado argentino a nivel internacional**

En el plano internacional , y en los casos de los títulos públicos emitidos con la cláusula de jurisdicción aplicable en tribunales foráneos – habitualmente los Tribunales de Nueva York- nos encontramos que los reclamantes tienen ventajas sobre los tenedores de bonos con jurisdicción aplicable localmente.

Se describen las causales por las cuales Argentina puede ser demandada<sup>65</sup>:

- a) Eventos de incumplimiento, se denominan así a la declaración jurada formal de suspensión de los pagos de la deuda pública formulada por el gobierno argentino hacia fines de 2001, y la prórroga unilateral de pagos de algunos títulos de la deuda pública a comienzos del mes de enero de 2002, de acuerdo con las cláusulas de emisión de los títulos de la deuda.

Dentro de los términos acordados en la emisión internacional de títulos argentinos se establece que los acreedores que representen como mínimo el 25% del capital en circulación bajo cada título puedan decretar la aceleración de los plazos acordados y la exigibilidad de todas las sumas adeudadas. Una vez efectuada la declaración, los acreedores pueden demandar por su cuenta en los tribunales respectivos, de acuerdo con las condiciones de emisión de los títulos- habitualmente Nueva York, pero también Londres, Frankfurt y Tokio.

Para atender tales eventos se formó el Comité de Tenedores de Bonos Argentinos. El principal propósito de este Comité es posicionar y consolidar la negociación de los inversores extranjeros frente al gobierno y la reestructuración de la deuda, y por ejemplo en aquellos casos que se

---

<sup>65</sup> Bruno, Eugenio Andrea; Aspectos Legales del default de la deuda. Los antecedentes judiciales contra países deudores y el riesgo de demandas contra la República Argentina, La Ley, Año LXVI N° 74, miércoles 17 de abril de 2002.

advierta que a los acreedores locales se les ofrece mayores ventajas, se amenaza con iniciar las demandas judiciales ante los tribunales respectivos.

Cabe aclarar que numerosos bancos locales han suscripto bonos argentinos que contienen la cláusula de jurisdicción en tribunales internacionales, para ellos sería aplicable también lo mencionado en el párrafo anterior.

Sobre este tema y su relación con la posición del fisco y los antecedentes jurisprudenciales locales cabe preguntarnos si la preservación del crédito y su renegociación por vías que no son judiciales encuadrarían dentro de las previsiones de la ley del impuesto a las ganancias.

O si, por el contrario, la única vía que aseguraría la deducibilidad del mal crédito una vez acordado que se ve configurado, fuese a través de la demanda judicial, toda vez que el fisco podría sostener que no hay cobro compulsivo por la vida de la negociación.

- b) Renuncia a la inmunidad por parte del Estado Argentino, en tal sentido la legislación americana<sup>66</sup> tiene prevista la inmunidad de un Estado extranjero a la jurisdicción de los tribunales federales y estatales, a menos que el Estado renuncie en forma expresa o tácita a la misma.

En este marco, y a los efectos de cumplir con las normas internacionales, los títulos de la deuda pública argentina emitidos internacionalmente tienen el término de renuncia a la inmunidad mencionada de acuerdo con la legislación estadounidense.

---

<sup>66</sup> Foreign Sovereign Immunities Act.

La consecuencia práctica de la cláusula anterior es que los tribunales americanos entiendan en las causas derivadas del default de las deudas, y llegado el caso se determina el pago de las deudas, así como también y el consecuente embargo de activos.

Ahora bien cabe preguntarnos si un contribuyente local que forma parte de un comité de acreedores del estado argentino puede considerar que se ven satisfechos los extremos previstos en la ley del gravamen argentino en cuanto a que se cumplen los requisitos de deducibilidad para considerar que se configuró un mal crédito.

- c) Determinación de medidas que afectan los activos, la traba de embargos una vez resuelto desfavorablemente a favor del Estado. Solo podrían embargarse los activos con una relación unívoca con la actividad comercial del estado, habida cuenta de la lesión sobre el patrimonio que pudiera producirse. No clasifican como tales los bienes relacionados con la actividad pública del Estado, sin perjuicio que ante una expresa renuncia de inmunidad puedan también ser ejecutados.

Por otra parte y en los casos de empresas públicas, tampoco se considera que los bienes encuadren en estos supuestos, como tampoco los bienes de las empresas privadas.

También son embargables las reservas del Banco Central de la República Argentina afectados a la actividad crediticia a otorgar al sector privado, habida cuenta que forman parte de la actividad comercial del estado. No se incluyen aquellas reservas que el Banco Central utiliza para su propia cuenta.

A los efectos de la compensación de los acreedores se imputaría también cualquier suma de dinero que el estado tenga depositada.

Asimismo, en los casos de reestructuración de las deudas, un deudor debe afrontar los pagos de la misma por un lado y los pagos a eventuales acreedores individuales que a través del accionar fuera de la reestructuración lograron sentencias favorables, poniendo en peligro los pagos a los primeros y corriendo el riesgo de que el default se prolongue en el tiempo.

En el caso de Argentina los recientes pagos de la deuda a los organismos multilaterales de crédito si bien son una señal de la finalización del default, no necesariamente implican que los acreedores individuales han concretado la normalización de los pagos atrasados, razón por la cual podemos afirmar que el default no tiene perspectiva de conclusión en el mediano plazo.

#### **6.4.1. Casos concretos en tribunales foráneos**

##### **6.4.1.1. Leading case**

Así en un célebre caso<sup>67</sup> que llegó a la Suprema Corte de los Estados Unidos se discutió si la prórroga unilateral en el plazo de pago de los BONOD correspondía ser tratada en los Tribunales de la ciudad de Nueva York.

Algunos beneficiarios de los títulos públicos mencionados demandaron al estado argentino en los Tribunales de Nueva York. El país adujo sobre la base de la Ley de Inmunidad del Soberano extranjero que no eran aplicables las acciones judiciales en los Estados Unidos.

---

<sup>67</sup> U.S. Supreme Court, Republic of Argentina and Banco Central de la República Argentina vs. Weltover Inc; ET AL. Certiorari to the United State Court of Apeales for the Second Circuit N° 91-763. Argued: April 1, 1992, Decided June 12, 1992  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&friend=ny>

Sin embargo, el supremo tribunal rechazó estos argumentos habida cuenta el estado argentino no era inmune en relación con sus actos que tenían vinculación con una actividad realizada en Estados Unidos.

La Suprema Corte de Estados Unidos argumentó que<sup>68</sup> (a) la emisión de Bonos y el consecuente endeudamiento constituye una actividad comercial habida cuenta que el gobierno argentino estaba actuando como un particular en el mercado (b) la prórroga unilateral de la deuda tiene un efecto directo en los Estados Unidos – los pagos realizados antes de la misma se realizaron en cuentas de los beneficiarios en Nueva York habiendo sido este contractualmente designado como lugar de cumplimiento de las obligaciones.

#### **6.4.1.2. Otras querellas en contra de la República Argentina**

Si bien el caso mencionado anteriormente ha sido el único que llegó hasta la Suprema Corte de Estados Unidos, podemos mencionar otros casos en los cuales el estado argentino es parte, ya sea a nivel nacional o provincial<sup>69</sup>.

En Allan Applestein DCR Grantor Trust vs. La República Argentina y la Provincia de Buenos Aires, estos últimos han sido demandados por un inversor estadounidense ante los tribunales de Nueva York.

El juicio ha sido iniciado a principios de marzo de 2002. Este inversor es tenedor de títulos internacionales emitidos por Argentina y la Provincia de Buenos Aires. La demanda se ha establecido en la Corte Federal del Distrito Sur de Nueva York.

---

<sup>68</sup> Constituye una traducción libre de la autora.

<sup>69</sup> Bruno, Eugenio Andrea; Los juicios internacionales contra países en default, Master en leyes, Universidad de Pennsylvania; abogado extranjero, Morgan, Lewis & Bockius LLP <http://www.quiebras-consursos.com.ar/doctrina/beh1.doc>

El inversor había adquirido títulos de la deuda pública bonaerense cuyo vencimiento operaba en agosto de 2003. Una de las cláusulas de emisión establecía que un evento de incumplimiento se daba en el caso que la Provincia de Buenos Aires no pague capital o intereses o que Argentina o la Provincia de Buenos Aires declaren una prórroga unilateral de la deuda. Legalmente la Provincia de Buenos Aires renunció a la inmunidad que otorga la ley de inmunidad del soberano extranjero.

El evento de incumplimiento se produjo cuando hacia fines de enero de 2002 la Provincia de Buenos Aires anuncia la prórroga unilateral del pago de capital e intereses que vencían el 1° de febrero de 2002.

El inversor extranjero ha reclamado la totalidad del valor nominal con mas los intereses y gastos.

Asimismo, tal como dijimos, este inversor había adquirido título públicos emitidos por la República Argentina cuyo vencimiento operaba en diciembre de 2003.

Una vez declarado el default por parte del gobierno argentino hacia fines de 2001, este inversor notifica a la República Argentina que declaraba los títulos vencidos y exigibles, y que entonces Argentina debía abonarlos inmediatamente, hecho que en la práctica no se produjo. La demanda se produce por el capital mas los intereses.

Con respecto a la demanda contra la Provincia de Buenos Aires el juez interviniente rechazó el embargo de bienes de la Provincia de Buenos Aires en la Ciudad de Nueva York.

Con respecto a Argentina no se ha dictado sentencia hasta el momento.

Por otra parte, en el mes de mayo de 2002 se había iniciado otros juicios contra la Argentina, en este caso Old Castle y Lightwater interpusieron demandas ante

los Tribunales de Nueva York por el default de los títulos públicos del gobierno argentino.

Si bien hay numerosos juicios, se espera que en todos ellos los resultados no sean favorables al gobierno argentino.

## **6.5. El cuestionamiento a otros Estados**

Los países de economía emergente tienen un amplio historial de demandas por parte de los inversores genuinos como los denominados inversores buitres.

Costa Rica fue demandada en el caso denominado Sindicato de Bancos vs Costa Rica<sup>70</sup>

En esta causa un sindicato de bancos extranjeros había decretado el default por el incumplimiento en el pago de los títulos de la deuda externa costarricense. La demanda se inició en 1982 contra tres bancos del estado, ante la falta de pago en Nueva York de los títulos antes mencionados.

Los bancos demandados habían incumplido el pago como consecuencia de las normas dictadas por el Banco Central de ese país.

Una vez decretado el default, el sindicato de bancos acreedores acelera los plazos de los títulos y presentó un reclamo formal de pago ante los tribunales de Nueva York.

Si bien se alega que la decisión del Banco Central de Costa Rica no es justiciable en tribunales foráneos la Cámara Federal de Estados Unidos resuelve que la decisión de ese no tiene efectos en Estados Unidos, habida

---

<sup>70</sup> Ver nota anterior.

cuenta que los títulos eran pagaderos en Nueva York, no aplicando la doctrina de los Actos de Estado que pretendía la demandada.

Declara la ilegalidad del incumplimiento de la deuda, ordenando a Costa Rica en su carácter de titular de los bancos estatales en cabeza de los cuales se produjo el evento que pague las sumas adeudadas, embargando los bienes.

Pravin Banker Associates <sup>71</sup> había comprado títulos defaulteados de la deuda pública peruana a un banco de Estado Unidos. Si bien la compra fue en 1990, el default se había declarado en 1985, reprogramándose y renegociando mediante el Plan Brady.

Este inversor no participó de las negociaciones del Brady, intima de pago al Perú y luego de la negativa de este país, inicia una demanda formal de pago en los Tribunales de Nueva York.

Finalmente se dicta sentencia en 1997 a favor del acreedor, procediendo al embargo de bienes del Perú en Estados Unidos hasta cubrir el monto del reclamo.

Es importante destacar que, si bien había un acuerdo de reestructuración, este acreedor desistió de intervenir en él siguiendo en forma individual el reclamo contra Perú, esta situación es resaltada en el fallo en donde se respeta tanto la cancelación de una deuda en Estados Unidos, como el carácter de voluntario de la participación de los acreedores en las reestructuraciones de la deuda.

A los efectos de nuestro trabajo cabe preguntarnos si esto se entiende como el agotamiento de todas las vías necesarias para el resarcimiento del crédito o por el contrario si bien estando cubierto el requisito de cobro compulsivo, el

---

<sup>71</sup> Pravin Banker Associates, LTDv Banco Popular del Perú and The Republic of Perú, N° 93 Viv. 0094(RWS)-United States District Court, SD, New York, January 19, 1996.

apartamiento del acuerdo general daría la pauta al fisco de ser negligente en esa tarea.

En otra causa contra Perú<sup>72</sup>, en esta ocasión por la prórroga unilateral de un préstamo internacional otorgado al Banco Popular de Perú, garantizado por el Estado Nacional y regido por las leyes y tribunales de Nueva York, se intima en forma extrajudicial al deudor y finalmente se interpone demanda a Perú.

Si bien los tribunales de primera instancia fallan en contra del inversor considerando que la adquisición del crédito por parte de este tenía como único fin establecer una demanda al Perú, acto prohibido bajo las leyes del Estado de Nueva York, finalmente la Cámara de Apelaciones revierte el fallo otorgando la razón al inversor y afirmando que la posibilidad de la demanda había sido contingente y que el propósito primero era obtener el pago de la suma adeudada.

Políticamente, se establece que, de afirmarse lo actuado por el tribunal de primera instancia el mercado de los tenedores de deuda se vería en problemas toda vez que los deudores no pagaran voluntariamente, agregando a su vez mayor riesgo al financiamiento de países de economías emergentes, coadyuvando a su vez en financiamientos más caros.

Resalta la importancia de contar con un mercado secundario de deudas originadas en títulos públicos u otras obligaciones pertenecientes a países de economías emergentes, habida cuenta que el funcionamiento de aquel funciona como un incentivo para los que prestan en el mercado primario, bancos internacionales fundamentalmente.

Se destaca también que de este modo los deudores no se verán estimulados a rehusar el cumplimiento del pago de sus deudas, toda vez que los espera una

acción judicial y por otra parte los agentes intervinientes en el mercado secundario podrán adquirir sus inversiones a sabiendas que no van a ser imputados de que se efectuaron con el sólo propósito de la obtención del cobro previo inicio de una demanda judicial.

Finalmente, Perú es condenado a pagar a la demandante el capital y los intereses, obteniendo este último un embargo contra los bienes del gobierno peruano, finalmente el gobierno peruano abona lo adeudado.

## **6.6. La reestructuración de las deudas**

### **6.6.1. Introducción**

Hemos comentado que mientras que algunos inversores- denominados buitres- actúan en forma individual, la mayor parte de ellos actúan en forma conjunta a los efectos de obtener ventajas en la negociación colectiva.

Es importante destacar que mientras que los deudores privados son regidos por la ley de concursos y quiebras, estas normas no son aplicables al estado.

Sin embargo, los comités de acreedores funcionarían como una suerte de concurso de acreedores en el ámbito privado.

Recientemente, el Fondo Monetario internacional<sup>73</sup> (FMI) ha emitido una propuesta de reestructuración ordenada de la deuda pública.

Los esfuerzos del FMI para la prevención de las crisis tiene como principal objetivo reducir el número de crisis financieras, temiendo conocimiento que no

---

<sup>72</sup> Elliot Associates, LP against banco de la Nación and the Republic of Peru- N° 96 Civ. 7916-United States District Court Southern District of New York- September 29, 2000.

<sup>73</sup> International Monetary Fund, Proposals for a Sovereign Debt Restructuring Mechanism, January 2003, <http://www.imf.org> Extractado de la version en idioma ingles.

se ajustaría a la realidad si esperara que los países miembros las evitaran justo a tiempo.

Afirma que en la actualidad el sistema financiero internacional carece de un marco legal sólido para llevar adelante la reestructuración ordenada y previsible de la deuda soberana de un país. Esta carencia redundaría en un más elevado costo del default.

El organismo está tratando de crear un marco que apunte a la reestructuración equitativa de la deuda, restaurando la viabilidad y el crecimiento, sin incluir incentivos que abonen el riesgo involuntario de incumplimiento.

El Comité Monetario y Financiero Internacional (CMFI) han respaldado el trabajo del FMI y solicitado que desarrolle una propuesta concreta relacionada con el mecanismo de reestructuración de la deuda soberana para que sea considerada en las reuniones del mes de Abril de 2003.

Este marco legal nos interesa especialmente a los efectos de nuestro trabajo, y si bien no está concluido aún consideramos valiosa su inclusión en nuestro trabajo.

### **6.6.2. Desarrollo de la problemática**

Como es ampliamente conocido, los países han incrementado sustancialmente su endeudamiento a través de la emisión de los títulos de la deuda pública en lugar de préstamos.

Esto ha redundado en la diversificación y eficientización del mercado internacional de capitales.

Con esto aumenta el número de inversores dispuestos a financiar la deuda soberana de países de economías emergentes, incrementándose también la diversificación del riesgo.

Como consecuencia de la atomización de los acreedores, en el caso que un país deba hacer frente a una deuda cuyo nivel se ha tornado insostenible es que la negociación debe realizarse con numerosos inversores anónimos y difíciles de coordinar.

Los reclamos realizados deben manejarse en diversas jurisdicciones en los cuales los variados instrumentos de deuda se han emitido.

En este contexto los acreedores individuales -a los cuales llamamos activos o buitres- tienen mayores posibilidades de obtener ventajas que los bancos no podrían obtener ya que los primeros pueden emprender acciones judiciales en forma más dinámica porque al actuar en forma no corporativa pueden soslayar el tema político de demandar al Estado en cualquiera de sus formas.

Aquí tenemos entonces un punto interesante para nuestra discusión, si bien legalmente se pueden emprender acciones la realidad económica indica que no es un uso y costumbre del ramo, en el ámbito internacional, dejando las querellas para los inversores particulares.

En esta instancia nos encontramos con países de economía emergente como el nuestro que permite que el nivel de endeudamiento llegue a cifras insostenibles para la marcha saludable de la economía, porque conocen que si reestructuran sus deudas en forma ordenada, este saneamiento va a involucrar un colapso en de su sistema bancario y económico, pero si lo hacen en forma desordenada ello va a implicar la falta de acceso al crédito internacional por un tiempo prolongado derivando también en una crisis.

### **6.6.3. La solución propuesta por el Fondo Monetario Internacional**

El organismo abona la propuesta de una reestructuración ordenada ventajosa para acreedores y deudores. El modelo que brindan las leyes de concursos y quiebras locales serían una pauta a seguir en un contexto de insolvencia, por supuesto con las características particulares de las deudas soberanas de cada país. Así se establecería:

#### **6.6.3.1. Reestructuración por parte de la mayoría**

Por medio de este mecanismo se permitiría que la decisión para llegar a un acuerdo de una mayoría calificada de acreedores vinculara a todos los acreedores. La importancia radica que no se permitiría la iniciación de juicios por parte de los acreedores disidentes.

#### **6.6.3.2. Disuasión de juicios perjudiciales**

Este mecanismo tiene como objetivo desincentivar a los acreedores de fortalecer su posición durante el proceso de reestructuración. Se aclara que la propuesta no incluye una suspensión automática del ejercicio de los derechos del acreedor, sino mas bien apuntaría a que cualquier monto recobrado por un acreedor a través del juicio sería deducido de lo quede de su reclamo una vez que esté aprobado el acuerdo de reestructuración.

#### **6.6.3.3. Protección de los derechos del acreedor**

El mecanismo de reestructuración de la deuda soberana debería otorgar suficientes garantías de los intereses de los acreedores durante el proceso de reestructuración.

#### **6.6.3.4. Financiamiento prioritario**

A los efectos de estimular nuevas líneas de financiamiento, la propuesta podría excluir una cantidad especificada de financiamiento fresco de la negociación de reestructuración, en caso que tal exclusión fuera acordada por la mayoría.

Ahora bien, el tema se está analizando desde dos ángulos:

- Creación de un marco legal universal con las características antes señaladas.
- Emisión de bonos con una cláusula de acción colectiva que impediría que los tenedores de instrumentos de deuda soberana pudiesen trabar una reestructuración cuando esta está ampliamente respaldada.

#### **6.7. Aspectos impositivos relacionados con la propuesta**

Si bien el tema central de nuestro trabajo no radica en el análisis de la viabilidad, ventajas y desventajas de la propuesta del Fondo, creemos oportuno hacer un breve comentario.

Teniendo en cuenta que estamos analizando la viabilidad de la deducción como mal crédito en los términos del artículo 87 inciso (b) de la ley del impuesto a las ganancias, es necesario evaluar como influirían las medidas a tomar por el FMI.

Podemos señalar que claramente se beneficia a los acreedores institucionales en detrimento de los acreedores individuales, siendo estos cuestionados por los organismos multilaterales de crédito por su supuesto propósito de invertir en

títulos de la deuda pública en default con el principal propósito de demandar al país deudor y obtener ventajas adicionales.

Sin embargo, no podemos soslayar que se está limitando la posibilidad de demandar que tengan los inversores no institucionalizados.

Ahora bien, si estamos ante un deudor privado y la verificación del crédito ante el concurso es la medida indiciaria que permite la deducibilidad como mal crédito en el impuesto a las ganancias, una medida similar tal cual sería la reestructuración de la deuda soberana siguiendo el modelo de las normas locales de concursos y quiebras podría configurar la medida indiciaria que indicaría la posibilidad de deducir al incobrable por parte de los inversores en títulos de la deuda pública.

Teniendo en cuenta que las medidas serían obligatorias para todos los inversores, poca entidad tiene si un tenedor de los títulos de la deuda pública adhiere o no, ya que de todos modos debe entrar en la reestructuración. Por otra parte, en el caso de las entidades financieras locales, se entiende que entrarían en la propuesta en forma individual, a través de las casas matrices de corresponder o a través de las entidades que las aglutinan.

Desde el punto de vista del segundo enfoque, esto es considerar la inclusión de una cláusula de acción colectiva que impida trabar la negociación general, entendemos que no sería óbice para la deducibilidad habida cuenta que los asuntos impositivos nunca deberían constituir un obstáculo para la realización de actividades económicas.

En conclusión el acreedor utilizando la vía de la reestructuración o la vía de la demanda individual estaría probando que está llevando a cabo las gestiones necesarias para resarcirse del crédito

## **VII. Los malos créditos públicos: la opinión de la doctrina**

Son escasos los antecedentes que abonen la postura de deducir el monto de las inversiones en títulos públicos como malos créditos en los casos de las prórrogas unilaterales en el pago de los mismos.

Kaplan<sup>74</sup> decía con motivo de la moratoria del estado a principios de los 90, que los acreedores del estado se encontrarían ante la paradoja de tener que cumplir con sus obligaciones tributarias derivadas de los créditos otorgados al Estado en alguna de sus formas sin tener los fondos para cubrirlos.

Recordemos que, a raíz de la cesación de pagos del estado nacional, algunas provincias y municipios, luego de una dilación en el pago de los pasivos contraídos, reconocieron formalmente la imposibilidad de afrontar sus deudas.

Proponía encuadrar esta situación en las normas del artículo 136 del decreto reglamentario -con la redacción previa a las modificaciones introducidas por el decreto 2542/02 -antes de la modificación.

Se analiza entonces el estado de cesación de pagos y, si fuese aplicable, a un mal crédito contra el Estado. Admite que sea dudoso desde el punto de vista legal admitir la insolvencia del Estado. Sin embargo, la ley 23982, de

---

<sup>74</sup> Cuestiones tributarias referidas a la consolidación de deudas del Estado, Hugo E. Kaplan, Doctrina Tributaria Errepar, DTE, Tomo XII.

consolidación de deudas del Estado configura un reconocimiento unilateral de la impotencia de hacer frente a las obligaciones.

Según su opinión *no sería necesaria la iniciación del juicio para obtener el cobro compulsivo para reconocer el carácter de incobrable del Estado desde el punto de vista impositivo.*

En tal sentido aclara que durante un período prolongado la iniciación de este tipo de acciones fue suspendida en el ámbito judicial y administrativo.

En un contexto como este rechaza la aplicación de la jurisprudencia del caso Omni<sup>75</sup>. Recordemos que en este caso se había impugnado la deducibilidad de un incobrable por no haberse ejercido la acción pertinente para hacer efectivo el crédito.

Otros opinan que la declaración oficial del Estado de cesación de pagos por parte del Estado Nacional<sup>76</sup>, es sumamente significativo al momento de caracterizar a las tenencias de títulos públicos como “malos créditos”.

Esto sobre la base de considerar que los títulos en cuestión se encuentran sujetos a un posterior proceso de reestructuración que reduce sensiblemente las expectativas futuras de la totalidad de las sumas involucradas en dicho diferimiento, urgiendo al dictado de normas que aclaren la cuestión.

---

<sup>75</sup> OMNI SA 21-10-68, Derecho Fiscal T XIX-A.

<sup>76</sup> Calcagno, Gabriel, Títulos públicos en “default”: su deducción como incobrables, Ambito Financiero, Novedades Fiscales Errepar, 1º de Abril de 2003.

## VIII. Conclusiones

Para concluir sobre la naturaleza de las condiciones a partir de las cuales se podría considerar deducible el crédito que se otorgó al estado específicamente a través de títulos valores representativos de la deuda pública debemos tener en cuenta si es necesario que haya un cuestionamiento judicial por parte del acreedor/ inversor, si el hecho que los cuestionamientos de reestructuración global de la deuda serían admitidos o si la declaración del default habilita a la consideración a pérdida en el balance fiscal.

En aquellos casos que los títulos tengan cotización , los mismos se valúan impositivamente a cotización, reconociéndose la pérdida en el balance fiscal, por lo que el análisis mencionado en el primer párrafo se aplicaría a los casos en que los títulos no tienen cotización, situación bastante común en 2002 y 2003.

Con respecto a la intervención a la justicia para que sea deducible<sup>77</sup>, debemos resaltar que en los casos de la cesación de pagos de sociedades del derecho privado el Tribunal Fiscal ha entendido que no es necesario acudir a acciones judiciales para considerar un crédito como incobrable cuando se acredite la cesación de pagos, concordato o quiebra habida cuenta que constituyen supuestos de incobrabilidad.

En el marco del proyecto presentado por el Fondo Monetario Internacional, relacionado con la reestructuración de las deudas soberanas, el cuasi concurso

de acreedores implica el reconocimiento de que los países tal como las empresas del derecho privado incumplen los contratos asumidos y reorganizan sus pasivos.

En este contexto sería notablemente inequitativo que los acreedores/inversores de préstamos/títulos otorgados a empresas privadas deduzcan del balance fiscal malos créditos cuando las empresas se encuentren en el estado de cesación de pagos o en concurso de acreedores, mientras que en situaciones similares los inversores en títulos de la deuda pública no puedan hacerlo.

Ahora bien fuera del contexto en el cual se ha estructurado un verdadero concurso de acreedores del Estado, cabe analizar si una declaración formal de prórroga unilateral de pagos de la deuda podría considerarse que está acreditada sin que medie acción judicial alguna por parte del contribuyente.

Entendemos que aquí es necesario distinguir como ya lo ha hecho la jurisprudencia la simple mora en el pago de las deudas del verdadero estado de cesación de pagos, el cual no deja duda que si bien no está previsto en la redacción del artículo 136 del decreto del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias, entendemos que está incluido en la redacción del artículo 87 inciso b) de la ley del gravamen cuando se refiere a los malos créditos.

Desconocer esto último sería hacer una distinción en donde el legislador no distinguió, y consecuentemente recargar a determinados contribuyentes con una incidencia real del impuesto a las ganancias notablemente superior, por el solo hecho de haber intervenido en el mercado de capitales, otorgando créditos al sector público.

---

<sup>77</sup>

Alvarez Fermín, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, 25/05/2000, Impuestos 2000-B, 2068.

Como hemos visto, en la legislación estadounidense claramente se permite la deducción de este tipo de incobrables, ya que de otro modo atentaría contra la participación del Estado como tomador de capitales.

Si bien el fisco argentino ha reconocido recientemente que la cesación de pagos del estado encuadra en los índices de incobrabilidad previstos en los índices mencionados en el artículo 136 del decreto reglamentario de la ley de ganancias<sup>78</sup>, también ha opinado que en el caso de los títulos públicos no se observa el requisito de vinculación con el giro comercial de la empresa.

Creemos que la opinión es totalmente cuestionable habida cuenta del nexo que este tipo de empréstito guarda con el giro comercial en los casos de sociedades cuyo objeto es la provisión de capitales al sector público y privado.

No podemos desconocer que un amplio sector podría cuestionar la deducibilidad como malos créditos a las inversiones en bonos del Estado, habida cuenta que se pone en tela de juicio la legitimidad de la deuda contraída por el estado. Pero creemos que los canales de cuestionamientos deben ser necesariamente diferentes, habida cuenta que solamente analizamos la deducibilidad de los malos créditos en cuestión en el marco de la ley del impuesto a las ganancias y no en el marco de la ética de la administración pública.

---

<sup>78</sup> Dictamen de la Dirección de Asesoría Legal y Técnica (DAL) 84/2002, Boletín de la AFIP N° 69, página 799.

## **IX. Bibliografía**

El impuesto a las ganancias, Enrique J. Reig, Ediciones Macchi, 2001

El impuesto a los réditos, Enrique J. Reig, Ediciones Contabilidad Moderna, 1961

El Hecho imponible, Dino Jarach, Abeledo-Perrot, Tercera Edición  
Tratado de Derecho Administrativo, Marienhoff

Derecho administrativo, Juan Carlos Casagne, Abeledo- Perrot, 6ta. Edición  
actualizada

Musgrave, Richard A, Y Musgrave, P.B. Hacienda Pública Teórica y Aplicada ,  
5ta. Edición Mc Graw Hill, Madrid 1992

Albi, E; Contreras, C; González-Páramo, J.M., Zubiri, I; Teoría de la Hacienda  
Pública, Ariel, Barcelona 1994

Due, John - Friedlander, Ann, Análisis Económico de los Impuestos y el Sector  
Público, El Ateneo, Buenos Aires, 1981

Recientes modificaciones en las normas sobre deducción de deudores  
incobrables en el impuesto a las ganancias, Jacobo Luterstein. Doctrina  
Tributaria Errepar (DTE) Tomo XXIV, Página 111, Febrero 2003

Proposals for a Sovereign Debt Restructuring Mechanism (SDRM), International Monetary Fund, January 2003, <http://www.imf.org>

Tax Aspects of Debt Restructuring in Argentina by cristin E. Rosso Alba and Matías Olivero Vila, Tax Notes international, Special reports, 10 February 2003

El tratamiento de los malos créditos en el impuesto a las ganancias, Paula Olego, Impuestos , 2002 B

La deducción de los malos créditos en el balance fiscal de las entidades financieras: Necesidad de un marco regulatorio específico; Calcagno, Gabriel y Cusato, Ariel, Doctrina Tributaria Errepar (DTE), Tomo XXIII, Noviembre 2002 Bruno, Eugenio Andrea; Los juicios internacionales contra países en default, Master en leyes , Universidad de Pennsylvania;, Morgan, Lewis & Bockius LLP <http://www.quiebras-concursos.com.ar/doctrina/beh1.doc>

Bruno, Eugenio Andrea;,Aspectos Legales del default de la deuda. Los antecedentes judiciales contra países deudores y el riesgo de demandas contra la República Argentina, La Ley, Año LXVI N° 74, miércoles 17 de abril de 2002.

Colegio de Graduados en Ciencias Económicas, XXXI Jornadas Tributarias, Mar del Plata 2001, Comisión N° 3 Los malos créditos en el impuesto a las ganancias

European Tax Handbook, Internacional Bureau of Fiscal Documentation, 2001

La deducción de los créditos dudosos e incobrables en el impuesto a las ganancias, Armando Lorenzo, Andrés Edelstein, Gabriel Calcagno, Doctrina Tributaria Errepar (DTE), Tomo XXII, Diciembre 2001

La mediación frente a la deducción por incobrables, Claudio E. Luis, Doctrina Tributaria Errepar (DTE) Tomo XXI, Abril 2000

La incobrabilidad y el impuesto a las ganancias, Rubén Karschemboim, Doctrina Tributaria Errepar (DTE), Tomo XVIII, Diciembre 1997

El impuesto a las ganancias y los créditos dudosos. Gastos necesarios, Víctor J. Aramburu; Doctrina Tributaria Errepar (DTE), tomo XVI, Abril 1996

Los malos créditos y el impuesto a las ganancias, Juan O. García Garzón, Doctrina Tributaria Errepar (DTE), Tomo XVII, Septiembre 1996

Tratamiento de créditos dudosos e incobrables en el impuesto a las ganancias, Armando R. Lorenzo, Andrés Eidelstein, Gabriel Calcagno, Doctrina Tributaria Errepar (DTE) Tomo XV, Noviembre 1994.

Malos créditos en nuestro impuesto a las ganancias, Carlos de la Véga, Impuestos LII-B

Nuevas reflexiones sobre la deducción de malos créditos en el impuesto a las ganancias, Juan P. McEwan, Impuestos LVIII-A

La deuda externa ilícita, El valor de un pronunciamiento judicial y sus posibilidades, Alejandro Olmos Gaona, Conferencia Internacional de Jubileo 2000 de Bamako, <http://www.derechos.org>

Cuestiones tributarias referidas a la consolidación de deudas del Estado, Hugo Kaplan, Doctrina Tributaria Errepar (DTE), Tomo XII, 1992

Tarsitano, Alberto “ La realidad económica y la calificación jurídica en la interpretación de la ley tributaria”, El Derecho, T° 198, 2002, páginas 691-705.