

Doctrina

Cuestiones presupuestarias del contrato de obra pública



Álvaro Bautista Flores

Procurador, abogado, escribano y especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Especialista en Contratos Administrativos (ECAE - PTN). Magister en Contratación Pública (Univ. Castilla-La Mancha, España). Docente de grado y posgrado (UNLP, ECAE-PTN, INAP, ONC, UB y Univ. Austral).

SUMARIO: I. Aspectos preliminares. La relevancia de la temática.— II. La extensión del concepto “fondos del tesoro”.— III. La conformación del presupuesto desde el punto de vista técnico.— IV. El tratamiento del contrato de obra pública en el sistema de administración financiera.— V. La clasificación del gasto y su impacto en el encuadre de los contratos de obra. Su crítica.— VI. El crédito legal previo. Sus alcances.— VII. La incidencia del presupuesto en las diversas etapas de la contratación.— VIII. El sistema nacional de inversión pública.— IX. Consideraciones finales.

I. Aspectos preliminares. La relevancia de la temática

El presupuesto se erige como un elemento central y determinante en el contrato de obra pública, independientemente de la jurisdicción que lo regule, tanto en el derecho vernáculo como en el comparado. El financiamiento de la contratación por parte del Estado implica un compromiso del gasto público, el cual se plasma en las partidas que anualmente contemplan las jurisdicciones para afrontar sus necesidades en materia de infraestructura.

Así las cosas, las erogaciones que realice el Estado o, en otras palabras, el hecho de que sea aquel el que se constriña al pago de las prestaciones debidamente ejecutadas por el contratista, representa la característica distintiva del contrato de obra pública. Ello es así, debido a que si el financiamiento se verifica de otro modo (conf. pago a través de los usuarios, o por parte del sector privado), si bien el objeto presuntivo será una “obra pública” (1), el tipo contractual será otro, como, por ejemplo, la concesión de obra pública.

A partir de los lineamientos reseñados, en el presente trabajo intentaremos abordar los ribetes que presenta el presupuesto en el contrato de obra pública, con espe-

cial referencia a las particularidades que se presentan en el régimen nacional.

II. La extensión del concepto “fondos del tesoro”

Tal como se señalase recientemente, las erogaciones que realice el Estado (sea nacional o provincial) para financiar la obra y, en definitiva, abonarla al contratista, representa un recaudo insoslayable para la aplicación del régimen del contrato de obra pública. Desde antaño, con prescindencia del marco normativo a aplicar (léase nacional, provincial y/o municipal), la jurisprudencia (2) destacó que la necesidad de contar con partidas presupuestarias para afrontar con la contratación de obra pública aparecía como un requisito para su configuración. Más allá de que tal precepto pueda tener una trascendencia mayor desde el punto de vista procedimental (conforme lo veremos en el acápite VI), aquí también es posible colegir su relevancia en el plano estrictamente sustancial, por el cual se define el régimen jurídico aplicable.

En este entendimiento, el art. 1° de la ley 13.064 dispone “Considérase obra pública nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios, que se regi-

rán por ley especial, y las construcciones militares, que se regirán por la ley 12.737 y su reglamentación y supletoriamente por las disposiciones de la presente” (el resaltado no pertenece al original).

Bajo este contexto, la clave radica en discernir cuál es el alcance que reviste, sobre todo en la actualidad, la noción de “fondos del tesoro”. Amén de tratarse de una locución “histórica”, teniendo en cuenta que la ley nacional data del año 1947, entendemos que queda englobada dentro del concepto “fondos del tesoro” cualquier especie de suma dineraria cuya titularidad corresponda al Estado, sin considerar —en principio— el origen de los fondos a invertir. En este contexto, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) entendió que el concepto de “fondos del Tesoro de la Nación” que emplea el artículo 1° de la ley 13.064 comprende tanto los fondos del presupuesto de la administración centralizada como descentralizada, incluidas entidades autárquicas y empresas del Estado (3).

Resultará indistinto si los fondos provienen del presupuesto general, de un fondo de afectación, y/o de un fondo fiduciario público, o incluso si tiene un origen para-fiscal (vgr.: ingresos en concepto de canon o tarifarios). En cualquier supuesto, estaremos en presencia de un “fondo del tesoro”,

a los efectos de aplicar la normativa inherente al contrato de obra pública. Como puede observarse, el factor determinante se encuentra dado por el hecho de que la financiación se encuentre a cargo del Estado (4), con independencia —en principio— de su fuente. La concepción “amplia” que aquí pregonamos ha contado con el beneplácito de la doctrina nacional (5).

La excepción a la regla señalada se encuentra constituida por los fondos provenientes de operaciones de empréstito público, atento a que, en estos casos, las obras que se financien con préstamos de organizaciones internacionales (6) (Vgr. BID, CAF, Banco Mundial, entre otras) quedan desplazadas del ámbito de aplicación del contrato de obra pública (“quien pone el dinero establece las reglas”), sin perjuicio de la aplicación analógica o supletoria de las normas nacionales o locales, usualmente previstas en estos casos.

Por su parte, la PTN, a partir del análisis del concepto de “fondos del tesoro de la Nación”, ha considerado que la aplicación de la ley 13.064 quedaba desplazada en los siguientes supuestos: a) i) obras contratadas por el Estado Nacional por cuenta y orden de una provincia (7); b) las obras ejecutadas por sociedades de economía mixta (8); c) las obras ejecutadas con recursos

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) GORDILLO, Agustín, “Obra Pública y Contrato de Obra Pública”, en *Marchas y contramarchas del derecho y la economía*, Año 2013, Secc. VI, p. 823.

(2) Fallos 283:345

(3) Dictámenes 92:74

(4) A título de ejemplo, el art. 5° del decreto reglamentario de la ley 6.021 de la Provincia de Buenos Ai-

res establece que “Las obras públicas a realizar tendrán prevista su financiación en el presupuesto o la ley especial de modo que permita cumplir con los compromisos que su ejecución implique. Déjase establecido asimismo que el término “Financiación” a que alude el artículo 5° de la Ley, está referido a la obligatoriedad del Ministerio de Economía de prever en cada presupuesto los créditos suficientes para atender los compromisos diferidos de

aquellas obras públicas, cuya ejecución abarque dos o más ejercicios”.

(5) Ver MO, Fernando F., “Régimen Legal de las Obras Públicas”, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 58 y ss.; DRUETTA, Ricardo Tomás - GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, “Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, 2ª ed. ampliada y actualizada.

(6) Ampliar en SALCEDO, Norma, “Contrataciones públicas financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). La actualización de sus políticas”, *Revista de Contrataciones Públicas*, Núm. 4, Dic. 2020, Cita: IJ-MIII-905.

(7) Dictámenes 75:60.

(8) Dictámenes 90:55.

Nota a fallo

Concurso preventivo

Acuerdo preventivo. Exclusión de acreedores. Créditos bajo condición. Parientes del deudor. *CNCom., sala D, 23/08/2022. – Lascombes, María Marcela s/ Concurso preventivo.* 5

Exclusión del cómputo de mayorías y acuerdos preventivos concursales

Una necesaria reinterpretación desde la filosofía del Código Civil y Comercial *Alexis Matías Marega* 6

Jurisprudencia

Defensa del consumidor

Prescripción. Plazo aplicable. Interrupción. *CCiv., Com. y Minería, Viedma, 04/10/2022. – Sunnigual, Cristina Emilce c. Dorinka S.R.L. y otro s/ Daños y perjuicios (ordinario).* 9

Aporte solidario y extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia

Medida cautelar tendiente a que la AFIP no exija su pago. Fiscalización en proceso. Ausencia de peligro en la demora. *CFed. La Plata, sala I, 04/10/2022. – Haehnel, Carlos Alberto c. Administración Federal de Ingresos Públicos s/ Inc. de medida cautelar.* 11

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

que provienen de mutuo o préstamo otorgado por el Estado a favor de una persona física o jurídica privada que asume el rol de *comitente* de la obra (9).

En los términos de la normativa nacional, quedan excluidas del concepto examinado las obras que sean financiadas mediante la técnica del subsidio. A los efectos del citado régimen jurídico, por “subsidio” (10) deberá entenderse cualquier aporte no reintegrable proporcionado por el Estado Nacional a una persona pública o privada.

Actualmente, ha proliferado una gran variedad de programas a través de los cuales el Estado Nacional utiliza la figura del subsidio —en términos latos— para la ejecución de obras públicas. El Ministerio de Obras Públicas ha creado los Programas “Plan Argentina Hace” (11); “Programa de Infraestructura de Centros de Desarrollo Infantil” (12); “Programa de Infraestructura Sanitaria” (13); “Programa de Infraestructura del Transporte, Movilidad y Accesibilidad” (14); “Programa de Infraestructura del Cuidado” (15); “Programa de Apoyo al Desarrollo de Infraestructura Municipal y Comunal” (16); “Programa de Apoyo al Fortalecimiento de la Infraestructura Comunitaria” (17); “Programa de Acceso al Agua, el Saneamiento y la Higiene en Zonas Rurales Dispersas” (18) y el “Programa de Infraestructura Hidráulica para la Adaptación a los Extremos Climáticos” (19).

Adoptando una posición análoga, el Ministerio de Transporte ha creado el Programa “Paradas Seguras de Buses Urbanos” (20) y el “Programa de Movilidad Integral no Motorizada” (21).

La particularidad que tiene cada uno de estos programas es que las jurisdicciones mencionadas distribuyen discrecionalmente fondos presupuestarios —como aportes no reintegrables o subsidios— a los sujetos beneficiarios de cada Programa (vgr. provincias, municipios, instituciones privadas, entre otras), con el cargo de realizar una obra pública y rendir cuentas sobre el destino y ejecución de los fondos involucrados. En lo que aquí interesa, probablemente atendiendo a la naturaleza de aquellos fondos —y por razones de orden práctico—, el régimen jurídico aplicable será el de la entidad o jurisdicción beneficiaria. En otras palabras, será de aplicación la normativa de obra pública provincial y/o municipal.

Esta modalidad no se encuentra exenta de problemáticas, sobre todo cuando sobrevienen inconvenientes en la remisión de los fondos que fueran comprometidos, o por cuestiones propias de la ejecución del contrato (redeterminaciones, trabajos adicionales). Si bien en los convenios que se celebran bajo el amparo de los programas mencionados procuran deslindar cualquier especie de responsabilidad del Estado nacional ante los supuestos mencionados, lo cierto es que la jurisprudencia (22) ha reconocido la legitimación pasiva

de las jurisdicciones nacionales ante los reclamos patrimoniales de los contratistas, a pesar de que aquellas no habían participado —de manera directa— del vínculo contractual.

Retomando las ideas centrales de este acápite, es dable destacar que la preeminencia del financiamiento público para aplicar el régimen del contrato de obra pública es seguida —con algunos matices— por la normativa provincial. En el derecho público local se abre la posibilidad de aplicar las respectivas regulaciones no solamente cuando el financiamiento proviene de la esfera provincial, sino que se extiende dicha opción aun cuando la fuente de inversión es nacional o incluso de los particulares, sin importar el origen de los fondos a ejecutar (23).

Para finalizar, en líneas generales, la normativa de obra pública no hace distinción alguna —a fin de determinar la aplicación del régimen— respecto al momento en el cual deben ser desembolsados los fondos involucrados. El contrato de obra pública tradicional se caracteriza por sujetar el pago de las contraprestaciones a la medición y ulterior certificación de los trabajos ejecutados, el cual habrá de ser satisfecho en el plazo estipulado en la documentación contractual.

Sin embargo, existe otra modalidad del contrato de obra pública (de pago diferido, o también denominada “llave en mano” en el sistema alemán (24)), en la cual el contratista asume el financiamiento del contrato cuando este se ejecuta, aunque a la postre, es el Estado el que termina repagando —con fondos propios— la obra, para un determinado tiempo previsto, resultando más onerosa que la versión tradicional. Si bien no habría impedimento en aplicar el régimen del contrato de obra pública, puesto que, en definitiva, el Estado cargará con su financiamiento, lo cierto es que —por regla (25)— se le ha dispensado un tratamiento particular, por fuera de las previsiones de las leyes atinentes al contrato de obra pública. A nivel nacional (26) esto ha ocurrido con el decreto delegado 1299/2000.

III. La conformación del presupuesto desde el punto de vista técnico

El presupuesto como tal permite colegir la factibilidad del financiamiento de la respectiva obra pública, erigiéndose como un elemento crucial para garantizar la eficiencia de la contratación y, desde luego, la satisfacción oportuna de la necesidad. En esta inteligencia, las diversas regulaciones del contrato de obra pública (nacional y provincial) incluyen al presupuesto de la obra dentro del “proyecto”, cuya responsabilidad recae en el Estado.

A partir de esta vinculación, la razonabilidad del proyecto y la posibilidad de que se materialice se encuentran estrechamente ligadas a la conformación del presupuesto

realizada por las reparticiones estatales. En estos casos, cuando se alude al presupuesto, nos estamos refiriendo a la resolución del interrogante acerca de cuál será el valor de la obra.

Entonces, para dilucidar esta inquietud, las áreas competentes (en especial las técnicas) tienen la obligación de conformar debidamente el presupuesto, incluyendo los distintos costos que vienen asociados a cualquier clase de obra.

Por ello, en el cálculo del presupuesto de una obra o de cualquier ítem o rubro propio es necesario considerar los siguientes componentes: a) costos directos de la obra; b) costos indirectos de la obra y generales de la empresa; c) costo financiero; y d) margen de imprevistos y beneficio.

Se entenderá por *costos directos* a aquellos insumos cuya afectación a un ítem determinado es inmediata, siendo la cantidad gastada de cada insumo directamente proporcional al volumen de obra ejecutada.

Los costos indirectos se emparentan con los gastos de cualquier tipo, indispensables para el conjunto de la obra, que de ninguna manera pueden dejar de efectuarse, por cuanto ello implicaría la paralización de las obras. Esto es así, debido a que su característica fundamental radica en que, establecido el volumen y el plan de trabajos, y definida la organización de la obra, su mayor parte es contemplada en función del plazo de ejecución fijado en el proyecto, de modo que cualquier circunstancia que lo alargue, ocasiona un aumento en la incidencia de los costos indirectos, dividiéndose entonces en móviles o fijos, según sean, o no, función del plazo de ejecución de los trabajos.

Los gastos generales de la empresa comprenden los correspondientes a la organización central —a cuyo cargo está el estudio de licitaciones, confección de presupuestos, presentación de ofertas, asistencia técnica a las obras, registros contables, confección de balances, etc.—, los cuales son llevados a cabo en función del tiempo y, por lo tanto, del plazo real de ejecución.

El costo financiero (27) es aquel que se origina en la necesaria —valga la redundancia— financiación por parte de las empresas constructoras de todos los gastos inherentes a la ejecución de una obra, desde la fecha de la inversión hasta el momento del cobro total de dichas inversiones. Vale señalar que la financiación de una obra es el resultado de la suma de varias clases de financiación que, en épocas de mayor estabilidad, se cubren con créditos básicos y rotativos que resultan en general más económicos (28). Sin embargo, a medida que los aumentos de costos y/o los atrasos en la certificación de los trabajos y/o pago de los certificados hacen crecer las necesidades de crédito, así también sucede con el monto de financiación, que se cubre con los otros tipos de operaciones siempre más onerosas.

Allí se registra un doble tipo de encajecimiento; uno originado en el aumento que, en esas circunstancias y para cada tipo de operación, suele producirse para la tasa de interés respectiva; y, por otro lado, debido a la mayor preponderancia de las operaciones de relativo mayor costo.

Por último, el presupuesto proyectado debe incorporar el margen de ganancia del contratista, partiendo de la premisa de la propia onerosidad que conlleva el contrato de obra pública. La regla indica que el ejercicio de cualquier industria lícita (conf. art. 14 de la CN), como lo representa la celebración de un contrato público por parte de un particular, trae aparejada la obtención de una ventaja económica. El quid de la cuestión finca en la contemplación del rango razonable o prudente de ganancia a fijar, la cual se replicará en la conformación del monto indicativo que arroje el presupuesto. Este aspecto es de suma trascendencia, puesto a que aquí podrá contemplarse la puja entre los posibles interesados, materializando los principios de competencia y concurrencia. Al mismo tiempo, como se verá más adelante, puede aparecer la problemática del precio vil (29).

Por tales motivos, con cierto tino, se ha expresado que el presupuesto oficial —de estar este correctamente confeccionado— es un elemento de juicio objetivo que permite a la Administración apreciar si existe una presunción de temeridad en el precio ofertado (30). Del mismo modo, también se ha señalado que adjudicar obras con valores sensiblemente inferiores al presupuesto oficial —verificada su corrección— representaría el evidente riesgo para la Administración de que la obra no se realice o se ejecute deficientemente (31).

IV. El tratamiento del contrato de obra pública en el sistema de administración financiera

Siguiendo con el análisis propuesto, otra de las perspectivas bajo las cuales es posible examinar al presupuesto en el contrato de obra pública es a partir del tratamiento que recibe en el marco de las normas de administración financiera. La exigencia del crédito legal previo (conf. art. 7° de la ley 13.064) se plasma o materializa a partir de los lineamientos que imponen los regímenes de administración financiera, como lo pueden ser, por ejemplo, la ley 24.156 y sus modificatorias y complementarias a nivel nacional, o la ley 13.767 en el ámbito bonaerense.

Tomando como referencia el régimen nacional (ref. ley 24.156 y su reglamentación) (32), allí se indica (art. 15), respecto a las obras que necesiten un financiamiento plurianual (33), que cuando en los presupuestos de las jurisdicciones y entidades públicas se incluyan créditos para contratar, en este caso obras, cuyo plazo de ejecución exceda al ejercicio financiero, se debe incluir en aquellos información sobre los recursos invertidos en años anteriores,

(9) Dictámenes 182:10.

(10) Para un desarrollo específico sobre las técnicas de fomento, ver FLORES, Álvaro B., “Aproximaciones acerca de la Actividad de Fomento”, *Revista Argentina de Derecho Público*, IJ Editores, Núm. 4, marzo de 2019 (Cita online: IJ-DVC-34).

(11) Res. 12/2020 y 27/2020, unificado por la Resolución 133/2021.

(12) Res. 59/2021.

(13) Res. 167/2021.

(14) Res. 222/2021.

(15) Res. 252/2021.

(16) Res. 269/2021.

(17) Res. 26/2022.

(18) Res. 37/2022.

(19) Res. 38/2022.

(20) Res. 219/2021.

(21) Res. 266/2022.

(22) Conf. CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, “Ansaldo”, 31/05/2016, TR LALEY AR/JUR/31275/2016.

(23) Ej.: art. 5° ley 6021 (Provincia de Buenos Aires); art. 1° ley 2730 (Catamarca); art. 1° ley 4416 (Mendoza).

(24) Sobre esta cuestión, ampliar en GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, “La obra pública como objeto prestacional de la contratación pública: las técnicas colaborativas en pos de su concreción”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), “Tratado General de los Contratos Públicos”, La Ley, Buenos Aires, 2013, t. III, p. 371 y ss.

(25) Un ejemplo en sentido contrario puede hallarse en la regulación que se realiza en la Provincia de Córdoba, en la cual se prevé de manera expresa esta variante en el ordenamiento vigente del contrato de obra pública (ref. ley 8614, arts. 13, 15, 41, 58, 59).

(26) En la Provincia de Buenos Aires podemos mencionar al decreto-ley 8627/1976, y a la ley 10.980.

(27) No es ocioso recordar que la Corte Suprema se sirvió de destacar que “...Con prescindencia de la capacidad financiera que debe poseer la empresa adjudicataria, resulta obvio que en los contratos de obra pública no se puede exigir que un contratista disponga, de antemano, del capital necesario para afrontar la totalidad del presupuesto. Cuenta para ello, como es lógico y natural, con las sumas que va percibiendo durante el curso de los trabajos de acuerdo con las certificaciones pertinentes en el reglamento y pliego de condiciones respectivos” (Fallos 283:345).

(28) GARCÍA, Marcela C., “La determinación del precio en el contrato de obra pública”, LA LEY, 1994-E, 1390.

(29) Ampliar en FLORES, Álvaro B., “El precio vil o anormal en la contratación pública”, “Temas de Dere-

cho Administrativo”, Erreius, julio 2020, p. 605 y ss.

(30) DRUETTA, Ricardo Tomás - GUGLIELMINETTI Ana Patricia, “Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y Anotada”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

(31) CAROL, Guillermo C. - SANSONI, Félix J., “Estudio de la Legislación de Obras Públicas de la Provincia de Buenos Aires”, Scotti Editora, 2004, 2ª ed. actualizada, t. I, p. 354.

(32) Vale mencionar que las mismas previsiones se establecen en la Ley 13.767 de la Provincia de Buenos Aires.

(33) Sobre este tema, ver MERTEHIKIAN, Eduardo, “Acerca de la utilización de fideicomisos por el Sector Público”, en AA.VV. “Organización Administrativa, Función Pública, y Dominio Público, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral”, Ediciones RAP, Año 2005, p. 541.

los que se invertirán en el futuro y sobre el monto total del gasto, así como los respectivos cronogramas de ejecución física.

La aprobación de los presupuestos que contengan esta información, por parte de la autoridad competente, implicará la autorización expresa para contratar las obras y/o hasta por su monto total, de acuerdo con las modalidades de contratación vigentes.

Las autorizaciones para comprometer ejercicios futuros caducarán al cierre del ejercicio fiscal siguiente de aquel para el cual se hayan aprobado, en la medida que antes de esa fecha no se encuentre formalizada, mediante la documentación que corresponda, la contratación de las obras autorizadas.

A dichos efectos, el decreto reglamentario 1344/2007 indica que deberá ser remitida por las jurisdicciones contratantes a la Oficina Nacional de Presupuesto la información relativa al monto total del gasto, su compromiso y devengamiento y su incidencia fiscal en términos físicos y financieros.

Tal como lo examinaremos en breve, en el art. 39 de la ley reproduce en cierta forma la necesidad del crédito legal, lo cual también se complementa con las previsiones establecidas en la ley 24.629 (34).

Por su parte, desde la óptica que venimos abordando, la obra pública aparece como una causal o justificativo de endeudamiento (Conf. art. 57 de la ley 24.156).

Quizás el aspecto más controvertido que estipula la ley 24.156 (conf. art. 34), aun que en cierta forma consecuente con la lógica que pregona la norma, se encuentra dada en la premisa referida a que los pagos —o disposición de los recursos— se encontrará atada a las cuotas de compromiso, las cuales podrán ser modificadas por la Secretaría de Hacienda. En otras palabras, el pago al que se compromete el Estado en un contrato de obra pública estará supeditado a la efectiva recaudación que se realice, de acuerdo con la proyección prevista en la respectiva Ley de Presupuesto.

Sin duda este es un aspecto sumamente delicado, atento a que de antemano el contratista se encuentra sujeto a la incertidumbre que recoge el artículo (la cual puede ser disminuida a partir de la sanción de una Ley de Presupuesto con metas posibles y razonables), que ingresa en el umbral de

la doctrina del sometimiento voluntario. Por ende, si se configura el supuesto contemplado, y se discontinuaren los pagos, el contratista no podrá desconocer tal vicisitud, sin perjuicio de la posibilidad de hacer valer los derechos que le correspondan en los términos de la ley 13.064 y sus complementarias.

V. La clasificación del gasto y su impacto en el encuadre de los contratos de obra. Su crítica

Sobre la base de la normativa de administración financiera, al menos en el ámbito nacional, las “obras” constituyen una de las categorías programáticas del gasto (conf. art. 14 del decreto reglamentario 1344/2007). A los efectos estrictamente contables, esta consideración implica que la categorización hace que se erija como indivisible a los fines de la asignación de los recursos reales y financieros que demande su ejecución.

En este sentido, el decreto 866/1992 y sus resoluciones complementarias (ej.: resolución 421/2001, 180/2018, entre otras) aprueban los clasificadores por objeto del gasto, por rubro de los recursos y por finalidades y funciones.

Como lo hemos señalado en otra oportunidad (35), la clasificación contable que se realice en materia presupuestaria no debe incidir de manera alguna en el régimen jurídico aplicable. A tales efectos, deberá estarse al cumplimiento de los recaudos puntuales que prevea el ordenamiento jurídico y en la naturaleza de las prestaciones comprometidas.

En el marco del Dictamen de la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) 265/07, al tratar de dilucidar la aplicación del régimen del contrato de obra pública y los contratos regidos exclusivamente por el decreto delegado 1023/2001, se sostuvo: “La interpretación armónica de ambos regímenes, a nuestro juicio, impone distinguir entre ‘mantenimientos menores’ (servicios de reparación) y ‘mantenimientos mayores’ (trabajos comprendidos en el régimen de las obras públicas). El límite entre unos y otros, que no es demasiado preciso, debería buscarse en una razonable relación entre el costo de los trabajos y el valor del inmueble objeto de los mismos, o en la circunstancia de que los trabajos a realizarse determinen o no una sustancial alteración del valor del edificio”.

Para sustentar tal posición, amén de su yerro (puesto que, en todo caso, se estaría

en presencia de una obra menor, sin perjuicio de las problemáticas que genera la precisión de sus contornos), la ONC postuló que la distinción entre los regímenes a aplicar podía hallar respuestas en la clasificación de gasto. Específicamente, se afirmó lo siguiente: “La partida parcial 333 del Manual de Clasificaciones Presupuestarias (Servicios No personales - Mantenimiento reparación y limpieza - Mantenimiento y reparación de maquinaria y equipo) se define como ‘Servicios de mantenimiento y reparaciones menores de equipos y maquinarias a efectos de su normal funcionamiento’. Estos trabajos son los que corresponde efectuar conforme con el régimen aprobado por el Decreto 1023/2001 (...) En cambio, se aplica la Ley de Obras Públicas 13.064 cuando se trate de ‘la realización de obras que permanecen con carácter de adherencia al suelo, formando parte de un todo indivisible, como así también las ampliaciones mejorativas, de construcciones ya existentes. Se consideran como tales: caminos, diques, puentes, edificios, canales de riego, desagües o navegación, sistemas de balizamiento, redes de comunicaciones, distribución de energía, de agua, fábricas, usinas, etc...’ (Descripción de la partida principal 42 del citado Manual)”.

Por ello, frente a la necesidad de efectuar trabajos de reparaciones, debería determinarse si se trata de (valga la redundancia) reparaciones mayores —encuadrándose en la ley 13.064— o menores —en el régimen del decreto delegado 1023/2001 y de su reglamento, como locación de obra o servicios—.

En tal inteligencia, el criterio de la ONC postulaba que correspondía efectuar los trabajos según el régimen del decreto delegado 1023/2001 y su reglamentación (36), si aquellos se imputan a la partida parcial del Manual de Clasificaciones Presupuestarias 331 (37), 333 (38), 334 (39) y 339 (40). Por otra parte, corresponderá encuadrar el régimen de obra pública, si se imputan las partidas parciales 42 (41), 421 (42) y 422 (43).

Luego, en el Dictamen ONC 314/07 se añadió: “...se deben aplicar las previsiones de la Ley 13.064 siempre que se encuentre comprometida la realización de una obra nueva, de infraestructura o una ampliación mejorativa de construcciones ya existentes, financiada por el Tesoro de la Nación”. Pareciera en que la locución “ampliación mejorativa” se afirmaba la conclusión sentada en el precedente anterior, sin reparar nuevamente en el contenido del objeto contractual.

tes y vías férreas, fluviales, aeródromos y otros.

(40) 33. 339. Otros no especificados precedentemente: Otros gastos de mantenimiento, reparación y limpieza no especificados precedentemente.

(41) 42.- Construcciones. Comprende la realización de obras que permanecen con carácter de adherencia al suelo formando parte de un todo indivisible, como así también las ampliaciones mejorativas de construcciones ya existentes. Se consideran como tales caminos, diques, puentes, edificios, canales de riego, desagües o navegación, sistemas de balizamiento, redes de comunicaciones, distribución de energía, de agua, fábricas, usinas, entre otros. No incluye el valor de la tierra, el que se preverá en la partida parcial Tierras y Terrenos. Comprende asimismo, relevamientos cartográficos, geológicos, mineros, entre otros, necesarios para la construcción de un proyecto preconcebido en un área y con objetivos determinados. También se incluyen las obras que se realizan bajo la modalidad “llave en mano” por la cual se efectúa un contrato de construcción a riesgo del contratista.

(42) 42. 421.- Construcciones en bienes de dominio privado: Gastos destinados a la construcción de obras del dominio privado tales como: edificios para oficinas públicas, edificaciones para salud, militares y de seguridad, educativas, culturales, para viviendas, para actividades comerciales, industriales y/o de servicios.

Condensando los criterios antes esbozados, en el Dictamen ONC 184/2015 —con mención expresa de los antecedentes citados— se expuso que, para enmarcar una determinada contratación en el régimen general, como una locación de obra o servicio, o en la ley 13.064, debe distinguirse respecto de la naturaleza de las prestaciones involucradas y la clasificación del gasto. En efecto, se expresó que en los supuestos de reparación de edificios deberán evaluarse simultáneamente: 1. La naturaleza de las obras a realizarse (prestaciones involucradas); 2. La clasificación del gasto (mantenimientos menores y mantenimientos mayores); 3. La fuente de financiamiento respectiva.

Luego de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, pareciera advertirse un criterio superador por parte de la ONC, en el cual —haciendo énfasis exclusivamente en el objeto prestacional— realiza importantes aclaraciones con relación al régimen aplicable para los “contratos públicos de obra” (44), sin perjuicio de reiterar la postura asumida en el Dictamen ONC 184/2015. De acuerdo con ello, el órgano rector al examinar el encuadre que correspondía atribuirle al “servicio de mantenimiento integral para la readecuación y puesta a punto de las cocheras presidenciales” (45), destacó que “...Las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto 1030/16 no resultan de aplicación, en principio, a los contratos de obra pública pero sí a los contratos de obras y servicios (anteriormente denominados por el Código Civil locaciones de obras y locaciones de servicios) (...) En relación a estas últimas, bajo el prisma del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994, hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución (arts. 1251 y ss.)”.

A lo expuesto, el artículo 1252 del Código Civil y Comercial de la Nación añade que: “...Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega”. En efecto, de darse alguno de estos supuestos el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional será plenamente aplicable en forma directa (46), apelando a las

(34) Su Art. 5º establece: “Toda ley que autorice o disponga gastos deberá prever en forma expresa el financiamiento de los mismos. En caso contrario quedará suspendida su ejecución hasta tanto se incluyan las partidas correspondientes en el presupuesto nacional. Todos los contratos de locación de obra y/o de servicios que resulten indispensables para la cobertura de servicios esenciales, incluidos los de los entes descentralizados, deberán tener respaldo presupuestario y ser autorizados por decreto del Poder Ejecutivo nacional, por decisión administrativa, o por resolución del ente descentralizado, en la que constarán detalladamente los fundamentos de las contrataciones, sus respectivos montos y las obligaciones que generen. Las jurisdicciones que ejecutan proyectos con financiamiento de créditos de organismos internacionales y/o cualquier otra fuente de crédito público, deberán sujetarse al mismo procedimiento para su aprobación. El funcionario que autorice o concrete actos o contratos que no hayan dado cumplimiento a las normas de la Ley 24.156, sus reglamentaciones y modificaciones, serán personalmente responsables, con sus bienes patrimoniales, si de aquellos resultare la obligación de pagar sumas de dinero. El Poder Ejecutivo Nacional establecerá, por vía reglamentaria, los procedimientos necesarios para efectivizar dicha responsabilidad o para imponer sanciones pecuniarias”.

(35) FLORES, Álvaro B., “Contrato de obra pública y

contrato público de obra. Algunas precisiones”, publicado en *Revista de Contrataciones Públicas*, IJ Editores, Núm. 4, Dic. 2020 (IJ-MIII-886),

(36) Art. 4º - Contratos comprendidos. Este régimen se aplicará a los siguientes contratos: a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.

(37) 33. 331. Servicios de Mantenimiento y reparación de edificios y locales: Servicio de conservaciones y reparaciones de inmuebles que tiende a conservarlos en condiciones adecuadas de funcionamiento, tales como: pintura, desmonte y mantenimiento menores. Incluye el pago de expensas comunes en edificios o locales en propiedad horizontal.

(38) 33. 333. Servicios de Mantenimiento y reparación de maquinaria y equipo: Servicios de mantenimiento y reparaciones menores de equipos y maquinarias a efectos de su normal funcionamiento.

(39) 33. 334. Mantenimiento y reparación de vías de comunicación: Gastos destinados al mantenimiento y conservación de caminos, carreteras, autopistas, puen-

(43) 42. 422.- Construcciones en bienes de dominio público: Gastos destinados a la construcción de obras del dominio público tales como: calles, caminos y carreteras, plazas, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común.

(44) En el ámbito nacional, serían aquellos contratos que tienen como objeto prestacional una obra pública (generalmente obras de escasa magnitud), cuyas jurisdicciones o entidades comitentes no cuentan con la delegación expresa del Poder Ejecutivo para aplicar la Ley 13.064. Ampliar en FLORES, Álvaro B., “Contrato de obra pública y contrato público de obra. Algunas precisiones”, *Revista de Contrataciones Públicas*, IJ Editores, Núm. 4, Dic. 2020 (IJ-MIII-886),

(45) Dictamen ONC IF-2016-03515655-APN-ONC#MM.

(46) Dictamen ONC IF-2016-03515655-APN-ONC#MM. En este precedente, también se destaca el contrato de obra pública -con relación a la aplicación de su régimen- se encuentra supeditado al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Debe tratarse de la construcción, fabricación, instalación, reparación, mantenimiento, modificación, conservación, demolición, etc., de bienes inmuebles o muebles; 2) Debe ejecutarse con fondos del Tesoro de la Nación, a excepción de las obras efectuadas con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones militares; 3) La autori-

competencias del Órgano Rector previstas en el art. 23 inc. 1 del decreto delegado 1023/2001.

En resumen, las contrataciones que tengan como objeto prestacional una obra (contrato público de obra) no les resultará aplicable el régimen del contrato de obra pública (cfr. ley 13.064 y sus complementarias), pero, a la vez, les serán de aplicación las previsiones del decreto delegado 1023/2001 y su reglamentación (conf. decreto 1030/2016). Más allá de las precisiones, como puede colegirse, la solución quedaba a mitad de camino, debido a la insuficiencia del régimen “general” para abordar el tratamiento de un contrato que nuclea a una obra.

Al momento de examinar el encuadre que correspondía asignarle a la contratación cuyo objeto recaía en la provisión, instalación, montaje y puesta en servicio de un sistema de cableado estructurado de telecomunicaciones y una red de distribución de energía eléctrica en un inmueble donde funcionaba la Secretaría General de la Presidencia, se volvió a abordar el tema que nos convoca. Partiendo de la base de la naturaleza que revestía la contratación, un típico contrato bajo la modalidad “llave en mano”, reiteró el criterio antes aludido, precisando que en este tipo de supuestos —al aplicarse el decreto 1030/2016— los interesados deberán inscribirse en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO).

Posteriormente, comienza tenuemente a perfilarse cuál será el régimen aplicable, tomando dimensión sobre la insuficiencia del esquema del marco normativo general. Al respecto, la ONC no advierte reparos para la aplicación supletoria del Reglamento aprobado por el decreto 1030/2016 con relación a todo lo no previsto por la ley 13.064, siempre y cuando la pretendida aplicación subsidiaria del Reglamento no resulte incompatible con el régimen propio y específico de los contratos de obra pública, extremo que deberá examinarse en cada caso concreto (47).

A un criterio similar el organismo arribó al evaluar la naturaleza de una contratación referida al “servicio de estudio y remoción de tanques de combustible”, impulsada por la Gendarmería Nacional (48).

Por lo tanto, ante la insuficiencia del régimen general (cfr. decreto delegado 1023/2001, decreto reglamentario 1030/2016, y la normativa complementaria), la redacción de los Pliegos de Condiciones Particulares adquiere aún mayor relevancia (49). Esto es así, debido a que los pliegos deberán prever soluciones que no contempla el decreto reglamentario, el Manual y el Pliego Único de Adquisición de Bienes y Servicios, para dotar de eficiencia a la contratación. Por obvias razones, las adaptaciones que se realicen en los pliegos no implicarán una transgresión al principio de legalidad o juridicidad, sino que —por el contrario— constituye una acción ineludible para el éxito del cometido perseguido.

De acuerdo con este derrotero, en la actualidad —con cierta lógica— el criterio oportunamente seguido para discernir los marcos normativos aplicables en los contratos que involucren a una obra pública parecería haber desaparecido.

VI. El crédito legal previo. Sus alcances

La exigencia relativa al crédito legal previo aparece como una nueva manifestación de la trascendencia del aspecto presupuestario en la contratación de obra pública. Por razones de transparencia y responsabilidad (50), es difícil pensar en una contratación pública eficiente y razonable sin que tenga asignadas las partidas presupuestarias o el financiamiento correspondiente, debido a que aquella resultaría materialmente imposible. Al mismo tiempo, la relevancia de este tópico también se emparenta con el principio de división de poderes, atento a que no puede olvidarse que el presupuesto aparece como un crédito que el Poder Legislativo le extiende al Poder Ejecutivo. En tal contexto, sin perjuicio de las facultades que detenta —sobre todo—, la Jefatura de Gabinete de Ministros en la esfera nacional sobre la reasignación de las partidas, cualquier desvío en la ejecución del gasto decantaría en una tensión entre ambos poderes, generándose un impacto —en lo que aquí interesa— en el ámbito de la contratación pública.

La habilitación presupuestaria es un límite de la competencia de la Administración, por la relación que existe entre esa habilitación y la finalidad (51), porque de allí decanta el cometido tenido en miras por la norma habilitadora para el uso de los fondos públicos que se imputan para un determinado contrato. Por ello, se ha afirmado (52) que se erige como un requisito insoslayable de la contratación administrativa de pago directo, sin cuyo cumplimiento la Administración puede obligarse a comprometer la inversión de los recursos públicos frente a terceros.

La ley nacional 13.064 señala que no podrá llamarse a licitación ni adjudicarse obra alguna, ni efectuarse inversiones que no tengan crédito legal (conf. art. 7º). Con las particularidades que iremos destacando en cuanto a sus alcances, la misma premisa se replica en las regulaciones provinciales.

La excepción a esta regla, al menos en el ámbito normativo, está constituida por las las construcciones nuevas o reparaciones que fueron declaradas de reconocida urgencia. Allí, la ley nacional impone el cargo de solicitar el otorgamiento del crédito correspondiente al Honorable Congreso (53).

A diferencia de lo explicado en el acápite II, en donde se explicó la incidencia del concepto “fondos del tesoro”, el denominado crédito legal guarda relación con los aspectos formales o procedimentales del contrato de obra pública. Así las cosas, su presencia no tendrá influencia en cuanto

al régimen aplicable (puesto a que su mera existencia presumiría la fuente de inversión pública), pero sí detentará importantes efectos en la validez y eficacia de la contratación, con las salvedades que se irán destacando.

En la inteligencia descripta, se ha discutido respecto a si la ausencia de crédito legal al momento de lanzar la contratación se traduce en la nulidad del procedimiento de selección. En la causa “Libedinsky” (54), la Corte Suprema consideró que el llamado a licitación sin la partida correspondiente es un acto susceptible de saneamiento, ya sea aplicando los lineamientos vertidos en los arts. 15 y 19 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos o apelando a algún mecanismo de transformación de partidas.

Sin perjuicio del criterio preminentemente práctico que reviste la tesis señalada, la cual podría también anclarse en el principio de eficiencia y el de economía, lo cierto es que, adhiriendo a lo expresado por Druetta (55), no permite purgar la grave afectación que se produce a los principios de concurrencia y competencia. Teniendo en cuenta la debida diligencia (56) que reposa en cualquier interesado en un contrato de obra pública, la circunstancia de presentar una oferta ante la ausencia de partidas implicaría —cuando menos— una conducta arriesgada. Independientemente de la posibilidad ulterior de subsanar la ausencia de crédito legal, lo cual permite sostener la legalidad del procedimiento, un escenario semejante se traduce en un nuevo riesgo para los potenciales interesados, máxime en un tipo contractual donde la liquidez es fundamental para los derechos de los contratistas, quienes verán satisfechos sus intereses a través del cobro de las sumas resultantes de las certificaciones.

En el derecho comparado (ref. Ley de Contratos del Sector Público de España), la ausencia de crédito legal acarrea la nulidad de pleno derecho del procedimiento de selección (57).

Del mismo modo, con antelación al precedente de la Corte Suprema citado, la doctrina había sido conteste a la posibilidad de subsanar la ausencia inicial del crédito legal (58).

Además de los rubros inherentes al presupuesto propiamente dicho (ref. Acápite III), el crédito legal no solamente abarca al costo inicial (59) de la obra. En este entendimiento, la mayoría de los ordenamientos provinciales (60) estipulan que las partidas asignadas al financiamiento de la obra deberán incrementarse en un porcentaje que oscila entre el 10 y 30 por ciento, a fin de afrontar el eventual pago de trabajos adicionales, ítem no previstos o bonificaciones.

Asimismo, el crédito legal podrá incluir los montos que demanden la adquisición de los terrenos sobre los cuales se ejecute la obra (61).

VII. La incidencia del presupuesto en las diversas etapas de la contratación

En función de las aproximaciones esbozadas en los acápites anteriores, es posible colegir los distintos escenarios a configurarse cuando acontecen problemáticas en torno al presupuesto en el contrato de obra pública.

El hecho de contemplar el presupuesto de rigor, bajo los lineamientos que apuntáramos en el Acápite III, que dan cuenta de la existencia de crédito legal, no disipa la chance de que puedan acontecer inconvenientes, sobre todo, al momento de examinar las ofertas. Aquí corresponde realizar un distinguo, fundamental por cierto, referido a la seriedad con la cual haya sido estimado el presupuesto para la obra. Si se parte de la premisa de la fiabilidad del monto indicativo consolidado, una problemática que suele ser recurrente en la práctica se configura a partir de la desactualización ulterior del presupuesto frente al aumento de precios ocasionado durante el lapso en el cual se ha tramitado el procedimiento de selección. Esto puede dar lugar a la presentación de ofertas que superen el monto oportunamente previsto, lo cual indicaría que las ofertas resultan inconvenientes, generando el fracaso del procedimiento.

Ante esta circunstancia, corresponderá la intervención de las áreas técnicas para que determinen si el monto que fuera consignado es representativo de los valores actuales de los componentes del presupuesto. Si esto ocurre, es decir, si el presupuesto original había quedado obsoleto —por el impacto de la inflación—, las autoridades encargadas de examinar las ofertas contarán con un elemento trascendental, sobre todo, para evitar que el procedimiento fracase. Todo ello sin perjuicio de las discrepancias que se generan en la práctica al momento de considerar qué se entiende por “precio razonable”, básicamente, determinar el umbral o porcentaje —en más o en menos— para considerar que una oferta cuenta con un precio conveniente (62), la cual permite considerarla como admisible, pudiendo con ello ingresar dentro del orden de mérito. El mismo temperamento, es decir, la intervención de las áreas técnicas deberá tener lugar cuando se presuma o denuncie un precio vil en alguna de las cotizaciones.

En otro orden de ideas, la presencia de ofertas con precios que no guarden relación (ya sea por altos o bajos) con el presupuesto estipulado puede poner de manifiesto una deficiencia en su conformación. Allí debería seguirse el mismo procedimiento explicado en el párrafo anterior, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que puedan derivarse.

Retomando someramente la cuestión atinente a la ausencia inicial del crédito legal, este podría ser integrado al momento de realizar el registro de compromiso del contrato —en función del monto preadjudicado—, o incluso, con posterioridad al acto de adjudicación, más allá de los in-

dad, organismo o funcionario que la ejecute debe contar con la correspondiente delegación por parte del Poder Ejecutivo Nacional, para considerárselo legalmente autorizado a tales fines.

(47) Dictamen ONC IF-2017-09040121-APN-ONC#MM.

(48) Dictamen ONC IF-2018-23715003-APN-ONC#MM.

(49) Sobre esta cuestión, ampliar en FLORES, Álvaro B., “Breves reflexiones en torno al principio de eficiencia de la contratación pública”, TR LALEY AR/DOC/208/2020. Vale mencionar que la ONC tiene dicho que “...La etapa de elaboración de los pliegos de bases y condiciones particulares adquiere relevancia suprativa, ya que en ella está en juego el éxito o el fracaso

de la contratación” (conf. dictámenes ONC 23/2013 y 157/2014, 353/2013).

(50) Conf. leyes 24.629 y 25.152.

(51) HUTCHINSON, Tomás “El procedimiento como presupuesto de la formación del contrato de la administración”, en CASSAGNE, Juan C. (dir.) “Tratado General de los Contratos Públicos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. II, p. 1140.

(52) DRUETTA, Ricardo T. “La contratación administrativa irregular”, Hammurabi, 2021, p. 99 y ss.

(53) El citado Art. 7º aclara que “...En caso de que el mismo no se hubiera pronunciado dentro del período ordinario correspondiente, se tendrá por acordado el crédito solicitado, así como la autorización para financiarlo”.

(54) Fallos 310:548.

(55) DRUETTA, Ricardo T., ob., cit., p. 101.

(56) Fallos 311:2831; 319: 1681; 324:4199; 330:1649.

(57) Conf. Art. 39.

(58) MO, Fernando ob., cit., p. 96; MAIRAL, Héctor A., “Licitación Pública”, Depalma, 1975, p. 25 y ss.

(59) Decimos inicial, debido a que el precio del contrato de obra pública es susceptible de ser redeterminado, máxime ante una economía inflacionaria como la de nuestro país.

(60) Ej.: Leyes de las provincias de Buenos Aires (Art. 7), Santa Fe (Art. 12), Corrientes (Art. 8), Entre Ríos (Art. 8), Salta (Art. 7), Misiones (Art. 11), La Rioja (Art. 16), Salta (Art. 17), Formosa (Art. 7), Jujuy (Art. 16), Catamarca (Art. 9), Mendoza (Art. 9), San Juan (Art. 8), La Pampa (Art. 13), Neuquén (Art. 8), Río Negro (Art. 8).

(61) Conf. Art. 8º de la ley 13.064.

(62) Como lo señalásemos en otra oportunidad (FLORES, Álvaro B., “Precios máximos, razonabilidad de precios y contrataciones públicas”, Boletín informativo de Rubinzal Culzoni del día 30 de abril de 2020, cita online RC D 1670/2020), en el ámbito o jerga de la contratación pública suele hablarse o sostenerse un margen de tolerancia —en más o en menos— del veinte por ciento (20 %), a fin de contemplar la razonabilidad de los precios. Aunque los precedentes administrativos no han acuñado este criterio, en algún caso aislado, se ha podido inferir que los precios que superan en un más de un 30 % al valor fijado en el presupuesto oficial son reputadas inconvenientes sin objeción alguna (conf. dictámenes 268:345).

convenientes que puedan generarse (63). Desde otra atalaya, el Estado —ante la inexistencia o insuficiencia sobreviniente de fondos (64)— podrá dejar sin efecto el procedimiento de selección antes de perfeccionar el contrato, lo cual —por regla— no generaría responsabilidad patrimonial alguna.

La cuestión examinada se altera cuando aparecen vicisitudes una vez firmado el contrato, atento a que, a partir de dicho momento, el contratista ha adquirido un derecho de propiedad que —por estrictas razones constitucionales— deberá ser tutelado por el sistema. En estos términos, la falta o insuficiencia de crédito legal posterior a la formalización del contrato acarreará la responsabilidad contractual del Estado (65), a partir de la posibilidad de rescindir —por culpa de la administración— el contrato suscripto.

Sin embargo, a fin de evitar la extinción anticipada del contrato atribuyendo culpabilidad al Estado, se abren otras opciones, a las cuales las autoridades públicas suelen echar mano para resolver esta delicada situación. Si se optase por intentar conservar la virtualidad del contrato, la ausencia transitoria de liquidez para afrontar el contrato podría dar lugar a la neutralización o suspensión del contrato (66). La aplicación de una u otra herramienta trae aparejadas consecuencias patrimoniales, sobre todo si se tiene en cuenta que la suspensión del contrato da lugar al reconocimiento de gastos improductivos (conf. art. 35 de la ley 13.064). Por tal motivo, atento a que la situación se agravaría aún más (se ampliaría una deuda que de momento tampoco puede ser afrontada), suele recurrirse a la celebración de actas-acuerdo en las cuales se “neutraliza” el contrato, supeditando el reinicio de las labores a la existencia de financiamiento.

A todo evento, la Administración podría acudir a la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia para concluir el contrato, invocando un hecho objetivo, como lo representa la insuficiencia de partidas para poder cubrir los costos de la contratación, que no es ni más ni menos que el pago al contratista. A su vez, tal como se ha examinado en la jurisprudencia (67), la inclusión de una cláusula que admite la rescisión del contrato frente a la no aprobación de las partidas presupuestarias correspondientes constituye un riesgo previsible que deberá ser tomado en consideración por el contratista.

VIII. El sistema nacional de inversión pública

Junto con las previsiones ya examinadas en materia de administración financiera, en el ámbito nacional hallamos otro elemento que permite vincular a la ejecución del presupuesto y al contrato de obra pública. En virtud de lo resaltado, debe recordarse que el art. 75 inc. 8, . CN, estatuye que la Ley de Presupuesto debe ser fijada, entre otros parámetros, por el plan de inversiones públicas.

En este contexto es donde se comprende la aparición de la ley 24.354 por la cual se crea el “Sistema Nacional de Inversiones Públicas”, cuyos objetivos son la iniciación y actualización permanente de un inventario de proyectos de inversión pública nacional y la formulación anual y gestión del plan nacional de inversiones públicas (68) del Sector Público Nacional (69), el cual formará parte de la Ley de Presupuesto de cada año. Dicha normativa define como “Inversión Pública Nacional” a la aplicación de recursos en todo tipo de bienes y de actividades que incrementen el patrimonio de las entidades que integran el sector público nacional, con el fin de iniciar, ampliar, mejorar, modernizar, reponer o reconstruir la capacidad productora de bienes o prestadora de servicios. Como puede colegirse, dentro de la definición legal, queda incluida la “obra pública”, siempre y cuando, esta cumpla con los recaudos antes descriptos.

Si bien la ejecución de un contrato de obra pública ha sido englobada dentro de las facultades discrecionales de la Administración (70), lo cierto es que el diseño del régimen de inversión pública —a nuestro juicio— mitiga estas prerrogativas, atento a que la ley 24.354 determina los sectores prioritarios para el destino de las inversiones públicas y en la búsqueda de fuentes de financiamiento para los proyectos de inversión. Vale reparar que en su decreto reglamentario 720/1995 se establece que el órgano responsable solicitará opinión a los gobiernos provinciales sobre los programas y proyectos ubicados en sus territorios provinciales, incluidos en el anteproyecto de Plan Nacional de Inversiones Públicas (71).

La propuesta de selección de los proyectos la realizará el órgano responsable del Sistema Nacional de Inversiones Públicas [actualmente en cabeza de la Jefatura de Gabinete de Ministros (72)] en coordina-

ción con los correspondientes organismos integrantes del sector público nacional que presentaron los proyectos incluidos en el plan nacional de inversiones públicas, sobre la base de la tasa de retorno individual y social de cada proyecto. Dicha autoridad elevará la propuesta del presupuesto anual de inversiones y de otorgamiento de avales del Tesoro Nacional a la Secretaría de Hacienda; y en coordinación con la Oficina Nacional de Presupuesto compatibilizarán los proyectos seleccionados, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, con los créditos presupuestarios asignados a cada jurisdicción.

El decreto 720/1995 estableció que el órgano responsable del Sistema Nacional de Inversiones Públicas es la Dirección Nacional de Inversión Pública (73). En su ámbito es creado el Banco de Proyectos de Inversión Pública (BAPIN), cuya función será el mantenimiento y actualización permanente del Inventario de Proyectos de Inversión Pública. Allí las jurisdicciones y entidades deberán enviar la información básica y los estudios completos de los proyectos o programa, inherentes —en este caso— a la obra pública que se pretenda contratar, a fin de ser ingresada en la Ley de Presupuesto del año entrante. Este procedimiento actualmente se encuentra regulado por la resolución 1/2021 de la Secretaría de Evaluación Presupuestaria, Inversión Pública y Participación Público Privada.

En un aspecto de singular trascendencia, la ley indica que el Poder Ejecutivo Nacional podrá facultar a la autoridad de aplicación para fijar el monto máximo del programa o proyecto de inversión que podrá ser aprobado directamente por el organismo o ente iniciador para su inclusión en el Plan Nacional de Inversión Pública. Dicho monto máximo no podrá superar en ningún caso el uno por mil (1 %) del presupuesto anual de inversión pública nacional, correspondiente al ejercicio anual inmediato anterior.

La determinación de este monto (el cual hoy en día asciende a la suma, en pesos, de ochocientos ochenta y tres millones —\$ 883.000.000—) es importante para definir el procedimiento a seguir, debido a que si la contratación de obra pública es igual o superior a dicho monto, no bastará con informar el proyecto al BAPIN, sino que se deberá obtener la aprobación correspondiente por parte de la autoridad de aplicación.

des anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias, y los entes binacionales que integre el Estado Nacional.

(70) Fallos 314:1202.

(71) La norma complementa este punto señalando que Los gobiernos provinciales deberán comunicar dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días corridos su opinión al respecto, vencido dicho plazo se interpretará que no existen observaciones que realizar al anteproyecto que corresponde a su jurisdicción. Al momento de elaborarse el Proyecto de Plan Nacional de Inver-

Obtenidas las calificaciones respectivas con carácter satisfactorio, tendrán una vigencia de dos [2] años contados a partir de la fecha de emisión del informe. Pasado este lapso, la calificación caducará si el proyecto de inversión pública no hubiera iniciado su ejecución (74). Si el organismo responsable del proyecto continuara con la intención de ejecutarlo, deberá volver a presentar la información requerida por la presente resolución para la emisión de un nuevo informe.

IX. Consideraciones finales

A lo largo de estas líneas hemos intentado destacar las diversas aristas que ofrece el presupuesto o financiamiento público en la contratación de obra pública, procurando sistematizar sus incidencias en distintas facetas del contrato.

En prieta síntesis, el elemento analizado ha de tener impactos en la posibilidad de encuadrar el contrato bajo el régimen del contrato de obra pública, que goza de un tratamiento específico en la normativa financiera y contable (con las limitaciones señaladas más arriba) y, asimismo, representa un hito clave en el debido procedimiento adjetivo.

A través de este trabajo hemos intentado poner de resalto la relevancia que reviste esta temática, procurando ordenar el impacto que, tal como se ha puesto de manifiesto, genera en todas las etapas del contrato de obra pública.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2974/2022

Más información

[Ojeda Gonçalves, Joaquín](#), “La autonomía de la ciudad de buenos aires a propósito del dictado del ‘régimen de contrataciones de obra pública’”, LA LEY 23/09/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/2719/2021

[Bonina, Nicolás](#), “Sistemas de contratación en el contrato de obra pública. La trampa del ajuste alzado”, RDA 2020-131, 234, TR LALEY AR/DOC/2802/2020

Libro recomendado

[Contratos de Participación Público Privada](#)

Autor: Carlos J. Regazzoni

Edición: 2017

Editorial: La Ley, Buenos Aires

siones Públicas (PNIP), se ponderarán las observaciones recibidas de los gobiernos provinciales, teniendo carácter de consulta no vinculante.

(72) Actualmente la Secretaría de Evaluación Presupuestaria, Inversión Pública y Participación Público Privada.

(73) La cual depende al día de la fecha de la mencionada Secretaría de Evaluación Presupuestaria, Inversión Pública y Participación Público Privada.

(74) A dichos efectos se entenderá por *inicio de ejecución* la fecha de firma del contrato o bien el inicio de los trabajos en caso de ejecución por administración (conf. art. 8º de la res. 1/2021).

Nota a fallo

Concurso preventivo

Acuerdo preventivo. Exclusión de acreedores. Créditos bajo condición. Parientes del deudor.

1. - Tratándose de un crédito inexigible y cuantitativamente indeterminado al

tiempo del vencimiento del período de exclusividad, corresponde concluir que carece de aptitud para ser considerado en el cómputo de las mayorías requeridas para aprobar el acuerdo.

2. - Los titulares de créditos bajo condición resolutoria deben ser considera-

dos con los mismos derechos que los titulares de créditos puros y simples; de modo que, una vez verificados, tienen el derecho de participación y de votar la propuesta de acuerdo preventivo, mientras que, en el caso de acreencias bajo condición suspensiva, el acreedor puede ser computa-

do a los efectos de las mayorías del art. 45 de la LCQ, solo si la condición se cumple antes de vencer el período de exclusividad.

3. - La apelación deducida por la concursada respecto de los honorarios regulados en favor de una abogada mantiene en

suspense los efectos de la decisión jurisdiccional que los fijó.

4. - La incertidumbre acerca de su exigibilidad y cuantificación justifica que los créditos litigiosos sean tratados de forma análoga a los créditos suspensivamente condicionados, perdiendo su condición de contingentes cuando

sean determinados por sentencia firme.

5. - El art. 45 de la LCQ, que prevé la exclusión del cómputo de las mayorías a los parientes cercanos del deudor, resulta de aplicación cuando se verifica objetivamente la relación familiar tipificada e independientemente de que el acreedor

carezca de la voluntad de beneficiar a la concursada, pues la ley no prevé la posibilidad de evadir esa prohibición.

CNCom., sala D, 23/08/2022. – Lascombes, María Marcela s/ Concurso preventivo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/109987/2022]

Costas

Se imponen en el orden causado.

Véase el texto completo en p. 8

Exclusión del cómputo de mayorías y acuerdos preventivos concursales

Una necesaria reinterpretación desde la filosofía del Código Civil y Comercial



Alexis Matías Marega

Abogado (UCSF). Doctorando en Ciencia Jurídica (UCSF). Diplomado internacional en DDHH (UCC) y en Razonamiento Legal aplicado (USP-T). Profesor de Derecho Civil parte General (UCSF) y de Concursos y Quiebras (US21).

SUMARIO: I. Introducción.— II. El crédito de carácter condicional.— III. La exclusión de votos.— IV. Cierre parcial.

I. Introducción

El 23 de agosto de 2022 la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dictó un fallo en el cual aborda dos cuestiones referidas a la exclusión de acreedores para formular su adhesión a la propuesta concordataria: los créditos verificados como condicional y la relación de parentesco del acreedor con el deudor.

La primera cuestión llega a su conocimiento por un recurso planteado por una acreedora cuyo crédito originado por honorarios fue declarado admitido con carácter condicional. La profesional se queja de que tal condición sirvió de sustento para excluirla de la base de las mayorías y con ello aprobar el acuerdo concordatario propuesto.

Paralelamente, la exclusión de la base del cálculo respecto del crédito del otro quejoso se fundamentó en su relación de parentesco con la concursada, lo que también fue apelado por aquel argumentando que no iba a adherir a la propuesta y, por lo tanto, la *ratio legis* de la exclusión no estaba alcanzada.

En el presente trabajo se analizará ambas situaciones, siguiendo los fundamentos dados por el tribunal para arribar a su solución, buscando analizar el decisorio con base en antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.

II. El crédito de carácter condicional

En el considerando 3º, el fallo trata con exquisita lucidez la naturaleza del crédito condicionado, analizando cómo su calidad influye en el derecho a participar en la votación del acuerdo preventivo [*rectius*: a que el crédito no sea excluido del cómputo de las mayorías].

Para ello se enrola en la discusión sobre si la condición resulta ser suspensiva o

resolutoria, pues los efectos de una y otra serán distintas y por lo tanto se proyectará en el cálculo de las mayorías que prevé el artículo 45, LCQ. Así, indaga sobre si lo subordinado del crédito es la adquisición de un derecho (en cuyo caso la condición será suspensiva), o si lo subordinado es la resolución de un derecho ya adquirido (de modo tal que la condición resultaría ser resolutoria).

Para arribar a una conclusión, se aleja de las reglas clásicas de la interpretación recurriendo a lo que denomina “pautas para casos dudosos o difíciles”, y analiza el efecto de la condición durante el estado de pendencia. Así, si queda en suspenso la eficacia del acto, la condición es suspensiva; si, en cambio, el acto tiene efecto inmediato, la condición es resolutoria (1).

Al tratarse la cuestión de los honorarios que no se encontraban firmes, y por lo tanto haciéndose la verificación con carácter condicional, con atino el tribunal interpretó que la incertidumbre acerca de su exigibilidad y cuantificación justifica que esta clase de créditos sean tratados de forma análoga a los créditos suspensivamente condicionados, perdiendo su condición de contingentes cuando sean determinados por sentencia firme.

Adviértase que no escapa al análisis efectuado por la Sala D que el crédito existe, pues este nace con el despliegue profesional de la abogada reclamante (2). Resta solamente la determinación de su cuantificación; y ello es óbice para que su exigencia sea plenamente válida en la inmediatez. Esto es, sin perjuicio de la existencia del crédito, este no es exigible y por lo tanto los efectos que acarrea su existencia están supeditados a la confirmación de una sentencia firme.

En esta hermenéutica es que el tribunal manifiesta que tratándose de un crédito inexigible y cuantitativamente indetermi-

nado al tiempo de vencimiento del período de exclusividad, no corresponde sea considerado en el cómputo de las mayorías.

Compartimos la solución arribada, en tanto no se pone en discusión la existencia del crédito; pero para una verificación plena, la ley exige: causa, monto y privilegio (art. 32, LCQ). Al faltar uno de los requisitos esenciales (el monto, que está controvertido), su validez queda pendiente de ese cumplimiento y con ella los derechos que como acreedor trae aparejado.

Así, podemos concluir que no se la excluye porque su crédito está pendiente de condición, sino que, al estar pendiente de condición, los derechos del acreedor dentro de un proceso concursal aún no se encuentran perfeccionados en cabeza de su titular, razón por la cual se le prohíbe participar en la propuesta concordataria excluyéndose su crédito del cómputo de las mayorías (art. 45, LCQ).

III. La exclusión de votos

III.1. Cuestiones preliminares

¿Por qué hablamos de “exclusión de votos”, si tal terminología no se encuentra contemplada en la ley 24.522, como así tampoco ninguna “votación” está prevista en la ley concursal vigente?

El término “exclusión de voto” tiene su origen en el instituto de las *juntas de acreedores*, en la cual los acreedores se reúnan en un día determinado por el juez para analizar y votar la propuesta concordataria. La exclusión de votos fue introducida por la ley 4156 del año 1902 (3), reconociendo el concurso preventivo en nuestra legislación nacional y se mantuvo vigente durante las modificaciones de las leyes 11.719 del año 1933 (denominada “Ley Castillo”) y 19.551 de 1972, hasta que en el año 1995 mediante la ley 24.522 se eliminó la tan criticada junta de acreedores (4).

Desde entonces, los acreedores no votan, sino que adhieren (o no) a la propuesta de concordato efectuada por el deudor, cuyas conformidades deben ser recopiladas de manera privada y llevadas ante el juez antes del vencimiento del período de exclusividad. En razón de ello, técnicamente no se puede hablar de acreedores “excluidos de la votación”, sino de acreencias excluidas del cómputo; y, por lo tanto, su adhesión a la propuesta no es contabilizada a los fines de la doble mayoría exigida por el art. 45, LCQ.

No obstante este cambio, hay un acuerdo implícito pero unánime en la doctrina en mencionar “exclusión de votos” como sinónimo de “exclusión del cómputo de las mayorías”.

III.2. La exclusión de votos por parentesco

III.2.a. La presunción de connivencia

A diferencia del caso analizado en el pto. 2, esta situación se encuentra expresamente contemplada en el segundo párrafo del extenso art. 45, LCQ, cuyo origen se remonta al año 1902, mediante su incorporación al art. 20, tercer párrafo la ley 4156, que disponía: “no podrá formar parte de la junta el esposo o esposa o pariente del concursado dentro del cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad...”

Malagarriga explicaba que esta exclusión se fundamentaba en dos órdenes de consideraciones. Por un lado, por la suposición de que tales acreedores no votarían teniendo en vista el interés de todos, sino el interés del deudor; y en segundo lugar, la prohibición responde a un temor del legislador de que si los parientes cercanos pudieran votar —en caso de ser acreedores—, sería general en las convocatorias la simulación de créditos a su favor y quedaría entregada a la familia del deudor la solución de sus dificultades sin que pudieran intervenir eficazmente los acreedores verdaderos (5).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Cfr. MESSINEO, F., “Manual de derecho civil y comercial”, Edic. jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 466.

(2) Expresa el tribunal: “véase, desde esa perspectiva que la letrada [...] podría razonablemente alegar que en tanto efectivamente desplegó tareas profesionales en el marco de un juicio en el cual la concursada fue condenada en costas mediante pronunciamiento firme, adquirió el derecho creditorio correspondiente, aunque su definiti-

va cuantificación se encuentre supeditada a la revisión de un tribunal de apelaciones y su exigibilidad a las reglas procesales locales”.

(3) El Código de Comercio Nacional de 1862 y el del año 1889 no disponían la exclusión de votos. Tampoco lo hacía la legislación comparada. La cuestión tomó un giro inesperado cuando el proyecto de Ley de Quiebras italiano de 1901 introdujo un cambio visceral, carente de precedentes en el derecho positivo, y establecía que los parientes y afines hasta el cuarto

grado inclusive y aún los adjudicatarios (v.gr.: por vía de subasta) dentro del año del período de concordato, y los cesionarios de esos créditos en forma ulterior a la apertura de la convocatoria de acreedores, se encontraban afectados por la veda del voto. Ese proyecto apenas pudo convertirse en ley el 24 de mayo de 1903, pero el legislador argentino tomó la normativa proyectada, con anterioridad a la propia legislación italiana. Ver DASSO, Ariel, “Exclusión de voto. Vínculos familiares y societarios (relaciones de domina-

ción-subordinación), *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, t. XVI, N° 197, abril 2004.

(4) Sobre la cuestión, ver MAREGA, A. M., “Viejas soluciones para nuevos problemas: el glorioso regreso de la junta de acreedores”, *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Julio, 2021.

(5) Cfr. MALAGARRIGA, C., “Código de Comercio comentado”, Lajouane, Buenos Aires, 1922, t. IX, p. 114.

Desde hace mucho tiempo Cámara advertía que la prohibición radicada en la posibilidad de tratarse de créditos ficticios era muy difícil que se diera en nuestro régimen legal; y que la creencia de que los vínculos familiares puedan influir en las decisiones de estos acreedores en detrimento de los demás era insospechado (6). Entendía que tales resguardos eran válidos en un sistema extremadamente privatista como lo fue la ley 4156, pero que carece de vigencia en el ordenamiento de la ley 19.551 (y en el actual, agregamos), no solo por las amplias facultades del magistrado para la verificación de los créditos —donde puede rechazarlos, incluso cuando no haya oposición—, sino también por su amplia potestad para la homologación del acuerdo preventivo, en que podría escudriñar si los votos necesarios han sido dados por los parientes (7).

Si esta fuera la *ratio legis* de la prohibición, entonces sería absolutamente válido, como lo interpretó Cámara, que los parientes que votaran en contra pudieran expresarse. Cuestión que ya no es aplicada a nuestro ordenamiento en tanto no existen “votos”; más bien podría un familiar no adherir a la propuesta concordataria, mas sin embargo tal cuestión se encuentra expresamente prohibida en la ley falimentaria vigente, al mandar excluir del cómputo los créditos correspondientes a tal acreedor.

La ficción legal de que por tener un vínculo de sangre el familiar adherirá a la propuesta concordataria sin importar si tal acuerdo le ocasiona un perjuicio económico presenta, por lo menos, dos aristas a analizar. La primera de ellas, reconocer tal tesis implicaría admitir que los familiares no tienen sus patrimonios separados, o que actúan tan desinteresadamente de su economía personal que prefieren arriesgar su propia familia para beneficiar a un familiar —tal vez lejano—.

La segunda arista importante es que, si de voto complaciente se trata, en idéntica actitud estarían sus subordinados y amigos del deudor, pues, como lo sostuvo con brillantez absoluta Armengol hace más de cien años, “*no son pocos los casos en que los lazos de amistad obligan más desinteresadamente que los del parentesco*” (8).

III.2.b. La protección de los vínculos afectivos

Más acá en el tiempo, otros autores interpretaron que la *ratio legis* del instituto era el mantenimiento de la armonía familiar, porque no siempre estamos ante parientes que no conservan esa simpatía con el deudor que se vieron sorprendidos con la insolvencia (9).

Esta forma de interpretar la cuestión engendra una concepción romántica de los vínculos familiares, prácticamente idílica, donde todos los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad conviven se conocen y generan vínculos socio-afectivos de gran estrechez. Algo realmente inusual en las sociedades contemporáneas.

El ejemplo más vivaz de ello resultan ser los abarrotados tribunales de familia, donde las discusiones por diversas materias muestran tal vez la cara más triste, pero más realista, de los seres humanos y sus vínculos intrafamiliares.

Las concepciones modernas de familia muestran el papel trascendente de la socio-afectividad (10), cuestión que, si bien no se contraponen al factor biológico, tiene un presupuesto subjetivo de tal importancia que puede modificar el estado de familia (11).

Este término marco (o idea-fuerza) tiene un componente social y afectivo que no se asocia al parentesco. Su desarrollo responde a la receptividad de manifestaciones de vivir en familia que encuentran su cauce en vínculos de apego significativos para la persona que convive o no con vínculos parentales. A modo de ejemplo mencionemos, entre otros, el vínculo entre convivientes; el vínculo entre el progenitor afín y el hijo afín sin existir entre ellos parentesco por afinidad, por ausencia de matrimonio; vínculo entre padrino y ahijado no pariente; vínculo entre anciano y cuidador; vínculo entre el hijo adoptado bajo la forma simple o de integración con los parientes y referentes afectivos del adoptante (o de los adoptantes); vínculo entre la persona nacida por una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) con los dadores de material genético o mujer gestante.

Adriana Krasnow explica que el derecho de las familias se debe construir, interpretar y aplicar preservando el *valor humanidad*, exige analizar de forma abierta aquellos datos de la realidad que impactan en la composición interna de cada familia. Y en esta línea, la visión tolerante y plural en la que se enmarca la disciplina de referencia indica que las familias se distinguen por las particularidades presentes en cada tipo, pero en todas ellas un elemento determinante de su nacimiento se encuentra en la existencia de un vínculo afectivo como punto de partida (12).

Si interpretamos que el derecho concursal no es un archipiélago inexpugnable que navega solo por el océano de la ciencia, sino parte de un sistema lógico articulado que debe abrir sus puertas y dialogar con las demás ramas que lo componen, resulta impensado interpretar esta prohibición alejada de las nuevas tendencias del derecho de las familias.

Ello, en tanto si lo que se protege es el vínculo afectivo, no encontramos razón suficiente para limitar taxativamente a los vínculos de sangre o afinidad descriptos en una norma de hace 27 años (imagine el lector, que en 1995 el divorcio vincular era una novedad, el matrimonio igualitario era impensable y las técnicas de reproducción humano-asistida inexistentes en la regulación legal), y cuyo antecedente es de 1902. Huelgan los comentarios.

III.3. La necesaria interpretación restrictiva del instituto de la exclusión de voto

Las disposiciones referidas a la exclusión del cómputo de las mayorías es una afecta-

ción al derecho más importante que tiene un acreedor en un concurso preventivo, que es su poder de decidir avalar una propuesta que incidirá directamente sobre su patrimonio. Y como tal, su interpretación debe ser restrictiva, buscando el fundamento último que se persigue o —en otras palabras— interpretando aquello que la ley quiere proteger.

Enmarcados en tal hermenéutica, Obarrío criticaba la exclusión entendiendo que no hay razón alguna para impedir que la mujer, los padres o los hijos concurren con su voto a la deliberación de concordato. La moral, las relaciones de familia, no se encuentran comprometidas; y habría un grave inconveniente y hasta la violación de un derecho en impedir la emisión de un voto, que puede decidir la suerte del jefe o de un miembro íntimo de la familia (13).

Como se ha venido desarrollando, si se protege el vínculo afectivo de los parientes, la cuestión debe ceñirse al trato frecuente más que a los lazos de sangre, existiendo parientes de segundo o tercer grado que ni siquiera se conocen.

Si, como lo interpretaba Junyent Bas, la razón de la norma es preservar la transparencia del acuerdo, como la libertad de negociación, puesto que en muchos supuestos se produce una virtual confusión entre la voluntad del deudor y la de los acreedores, situación que desfigura la mayoría (14), la solución brindada por la ley concursal aparece como excesiva, disponiendo la privación de participar en la propuesta concordataria a todos los parientes, sin detenerse en las particularidades de cada vínculo filiar.

Como se está disponiendo el cercenamiento de un derecho patrimonial, el legislador debe buscar el camino que produzca el menor daño posible ante la contingencia que se quiera evitar. Y así como la doctrina y jurisprudencia han ido construyendo caso por caso el instituto del acreedor hostil, debe también advertirse la necesidad de modificar *de lege ferenda* el instituto de la exclusión del cómputo de las mayorías referido a los vínculos socio-afectivos.

La cuestión ya ha sido interpretada hace muchos años por el citado Cámara, cuando argumentó que “*no podemos seguir aferrados a principios tradicionales, de lo cual tampoco goza el presente —incorporado por la ley 4156, del año 1902—, para no frustrar la expansión económica y la justicia social*” (15). Y Junyent Bas, comentando una cuestión de privilegios referida a un acreedor involuntario, refería: “*los jueces no pueden sustraerse a la influencia de las nuevas coordenadas jurídicas, diferentes a las que tradicionalmente constituían su arsenal formativo y, en no pocas decisiones, especialmente en el delicado tema de los derechos humanos, han debido renovar el derecho judicial*” (16).

III.4. La postura de la Sala D

Tratado en el pto. 4 de los considerados, la Sala D de la Cámara Nacional en

lo Comercial no innova sobre el instituto y efectúa una interpretación dogmática. El acreedor-pariente —que resulta ser sobrino— argumenta que no iba a adherir a la propuesta presentada por el deudor; y por eso mismo evitar el “voto complaciente” no tenía sentido en este caso.

Sin perjuicio de ello, el tribunal considera que el art. 45, LCQ, que prevé la exclusión del cómputo de las mayorías a los parientes cercanos del deudor, resulta de aplicación cuando se verifica objetivamente la relación familiar tipificada e independientemente de que el acreedor carezca de la voluntad de beneficiar a la concursada, pues la ley no prevé la posibilidad de evadir esa prohibición.

Una conclusión dogmáticamente correcta, pero, como venimos desarrollando, alejada de la realidad comercial y del espíritu proteccionista de la regla. Incluso es de advertir que la doctrina citada por los magistrados es anterior al nuevo Código Civil y Comercial, cuya filosofía vinculada a las relaciones de familia ha cambiado diametralmente.

Un criterio similar al que venimos pregonando fue sostenido por la Cámara de Apelaciones de Mendoza que decidió no excluir del cómputo de las mayorías que tenía un hijo por alimentos adeudados (17), reinterpretaba las disposiciones del art. 45, LCQ, que, por fuera de su taxatividad, consideró que esa obligación fue denunciada por el deudor como causante de su cesación de pagos y, por lo tanto, no existía el peligro de que aquel voto fuera complaciente. Ciertamente, al tratarse de una cuota alimentaria, probablemente tampoco existían vínculos amistosos que proteger.

IV. Cierre parcial (18)

El fallo analizado se muestra ajustado a la ley, con una inteligente interpretación de la verificación condicional y los alcances que esta tiene en orden a la votación del acuerdo, y con una dogmática aplicación del instituto de la exclusión del crédito de parientes.

Utilizando este caso como línea de partida, nos hemos permitido teorizar sobre la posibilidad de reinterpretar el instituto a la luz de las nuevas disposiciones del derecho de las familias, buscando la razón verdadera de su protección.

La ineficacia de nuestro órgano legiferante para modernizar una ley que se reputa ya no vieja, sino envejecida, no debe inhibirnos de abrir el juego hacia una interpretación armónica con todo el ordenamiento buscando arribar a soluciones de justicia y equidad.

Paraphraseando a Armengol (19) (que me perdonen los sabios magistrados de la Sala D), no encuentro argumento válido suficiente que permita justificar la exclusión de un crédito debidamente verificado cuando un familiar ha manifestado expre-

(6) Cfr. CÁMARA, H., “El concurso preventivo y la quiebra”, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 987.

(7) Cfr. *Ibidem*.

(8) ARMENGOL, M., “Fundamentos críticos de la Ley de quiebras”, Imprenta de José Tragat, Buenos Aires, 1914, 2ª ed., p. 318.

(9) Cfr. QUINTANA FERREYRA, F., “Concursos”, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. I, p. 578; TRUFFAT, D., “Otra vez sobre la exclusión del mal llamado ‘voto hostil’ en los concursos”, ED 233-417.

(10) Conclusiones de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mendoza, Argentina, 2022, disponible en <https://bit.ly/3UGelgb>

(11) J.Civ., Fam. y Suc., Monteros, “L.F.F. c. S.C.O. s/

filiación”, 07/02/2020, TR LALEY AR/JUR/132/2020.

(12) Cfr. KRASNOW, A., “La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista de derecho*, Valdivia, vol. 32, N° 1, 2019.

(13) Cfr. OBARRIO, M., “Estudios sobre las quiebras”, Ecyta, Buenos Aires, 1896, t. I, p. 237.

(14) Cfr. JUNYENT BAS, F., “¿Existe el acreedor hostil? A propósito del abuso del derecho en la negativa de voto, DCCyE, 2010 (noviembre), 25

(15) Cfr. CÁMARA, H., ob. cit., p. 988

(16) JUNYENT BAS, F., “Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales”, LA LEY, 2007-E, 552.

(17) C2aCiv., Com., Minas, de Paz y Trib., Mendoza, “P., A. E. s/ concurso preventivo”, 30/03/2009, TR LALEY AR/JUR/4871/2009. Con cita en fallo anterior, los magistrados reflexionan: “el juez no cumple el papel de una boca a través de la cual la ley habla; el juicio implica una decisión y no una conclusión impersonal y necesaria a partir de premisas indiscutidas, puesto que supone la intervención de una voluntad personal”.

(18) Las conclusiones, en su parte pertinente, forman parte del Proyecto de Investigación “La exclusión de votos en los acuerdos preventivos concursales a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial y de la evolución jurisprudencial”, dirigido por la Dra. Paula Cattelan y del cual el autor es parte, financiado por la Universidad Católica de Santa Fe.

(19) ARMENGOL, ob. cit., cuando sostiene: “*Que me perdonen los sabios legisladores italianos y por ende los argentinos que los han copiado, pero disposiciones semejantes rompen en absoluto los lazos de solidaridad familiar, que son justamente la base de la convivencia social. Ignoro las causales de semejante medida, pero desde ya opino que, sean ellas las que fueren, yo siempre habré de considerarlas más especiosas que jurídicas y más aparatosas que reales*”.

samente su intención de no adherir a la propuesta concordataria, eliminando de tal forma toda duda razonable tanto sobre la convivencia como sobre los vínculos familiares que —según algunos autores— se pretende proteger.

No logramos imaginar situaciones en las cuales, aun tomando como base todos los temores que han podido acechar al legislador al momento de presumir que los parientes siempre quieren beneficiarse económicamente entre sí, tal situación pueda poner en peligro un concurso preventivo, si el acuerdo preventivo no se logra solo con

(20) Cfr. JUNYENT BAS, F., “La homologación judicial le otorga al convenio de mayorías el rango de concordato”, Tesis doctoral *honoris causae*, Universidad de

la doble mayoría exigida por ley, sino a través de la necesaria homologación del juez concursal (20).

Y este, tanto en la redacción original de la ley 24.522 [mediante interpretación jurisprudencial (21)], como luego de las reformas del año 2002, tiene la facultad de controlar que tal propuesta no sea abusiva ni fraudulenta. Así no vemos el inconveniente de envergadura tal que deba cercenar el derecho de participar de la propuesta concordataria a un acreedor por su solo vínculo de sangre o afinidad con el deudor.

San Pablo - T, Tucumán, 2012.

(21) CNCom., sala C, “La Naviera”, 27/10/1995, DSC 169-616.

Texto completo de fallo de p. 6

2ª Instancia. - Buenos Aires, 23 de agosto de 2022.

1º) Los acreedores Juan Enrique Bracht y Anabella Paulucci Cornejo apelaron la resolución de fs. 388/389 en cuanto excluyó sus créditos de la base de cálculo para el cómputo de las mayorías y declaró la existencia de acuerdo en los términos del art. 49 de la LCQ.

Fundaron esas apelaciones mediante memoriales de fs. 404/407 y fs. 413/415, respondidos por la concursada en fs. 419/428 y fs. 429/435, respectivamente.

La sindicatura contestó los fundamentos de ambos recursos en su presentación de fs. 437/441 y aconsejó la confirmación de lo resuelto en la instancia de grado.

2º) Resulta pertinente señalar que fue decidido en autos que aquellos acreedores no participen del sufragio concordatario por motivos diversos; la señora Paulucci Cornejo por ser titular de un crédito verificado con carácter condicional, mientras que el señor Bracht por su relación de parentesco con la concursada.

Dada la evidente autonomía conceptual de tales situaciones, los recursos serán analizados separadamente, comenzando por la apelación interpuesta por la señora Paulucci Cornejo.

3º) Se trata de un crédito por honorarios regulados en el expediente caratulado “Bracht Juan Enrique c/ Lascombes, María Marcela s/ ejecutivo” (27935/2005) mediante un pronunciamiento apelado por la concursada y que, por ello, fue verificado, en la oportunidad que prevé el art. 36 de la LCQ, con carácter condicional.

Cabe puntualizar, de modo liminar, que esa calificación del crédito no fue controvertida por las partes.

Así, el carácter condicional del crédito verificado en autos ha quedado firme y la cuestión traída a conocimiento de la Sala se circunscribe a determinar si esa condición era suspensiva o resolutoria, y los efectos que tal decisión proyecta respecto del cálculo de las mayorías que prevé el art. 45 de la LCQ.

Ahora bien, la Sala no ignora:

(a) que, en rigor, la condición (definida como “cláusula” por el art. 343 del Código Civil y Comercial) solo puede emanar de la voluntad de las partes y, si hubiera alguna condición impuesta por ley, ella no

sería una condición en sentido técnico, es decir; como modalidad de los actos jurídicos, sino un requisito legal de eficacia, extrínseco, objetivo y ajeno a la voluntad de los sujetos y que estos no pueden eliminar (conf. Busso, E. Código Civil anotado, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 451, n° 5 y p. 453, n° 19 a 22; Mayo, J., en Belluscio, A. [dir.] y Zannoni, E. [dir.], Código Civil y leyes complementarias, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 745; Fissore, D. en Heredia, P. [dir.] y Calvo Costa, C. [dir.], Código Civil y Comercial comentado y anotado, Buenos Aires, 2022, t. II, p. 558).

(b) que corresponde discriminar entre créditos condicionales y eventuales; pues los primeros refieren a derechos subjetivos que aunque son perfectos en cuanto a su existencia y validez, se hallan en estado de pendencia por faltarles algo para su eficacia o exigibilidad principal, mientras que los segundos importan una fase previa, inferior y menos firme que los derechos pendientes, ya que la incertidumbre concierne a la existencia misma del derecho y no solo a la exigibilidad de la prestación que constituye su objeto principal (conf. CNCom., Sala D, 14/7/2015, “Sociedad Comercial del Plata s/ concurso preventivo” y su cita de Verdier, Jean-Maurice, “Les Droits Éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive de droits”, Rousseau & Cie., Paris, 1955, p. 24 y ss., n° 26 y ss.; Guastavino, E., “Derechos eventuales”, *Revista del Notariado*, n° 738, p. 2109; en similar sentido: Sierra de Desimoni, M., “Verificación de créditos condicionales y eventuales”, en la obra colectiva *Verificación de créditos*, Arecha, M. [dir.], Buenos Aires, 2004, p. 191 y ss.; Casadio Martínez, C., “¿La cesión de créditos en garantía convierte al crédito avalado en condicional o eventual ante el concursamiento del cedente?”, LL 2005- E, p. 47).

Pero no cabe efectuar mayor indagación respecto de tales asuntos, pues, tal como fue adelantado, la cuestión recursiva apenas requiere que la Sala defina si, en el caso de un crédito —derivado de una regulación de honorarios que no se encuentra firme— oportunamente verificado con carácter “condicional”, lo subordinado es la adquisición de un derecho y, por tanto, la condición es suspensiva o si lo subordinado es la resolución de un derecho ya adquirido, de modo tal que la condición es resolutoria.

Y tal distinción es relevante, pues los titulares de créditos bajo condición resolutoria deben ser considerados con los mismos derechos que los titulares de créditos puros y simples; de modo que, una vez verificados, tienen un derecho de participación inmediata y gozan del derecho de votar la propuesta de acuerdo preventivo mientras que, en el caso de acreencias bajo condición suspensiva, el acreedor de que

Las tendencias actuales del derecho nos obligan a repensar situaciones como las que aquí analizamos, pues los cambios no se están produciendo solo desde el derecho de las familias, sino que las mismas mutaciones de la ley societaria nos empujan a un embrollo. Imaginemos la siguiente situación para graficar la postura: dos comerciantes explotan locales comerciales idénticos. Uno de ellos, a los fines de resguardar su patrimonio familiar, crea una Sociedad Anónima Simplificada (SAS), cuyo único socio es él mismo. El otro comerciante continúa su explotación a título personal. Ambos, por diversas cuestiones, se concursan. Los acreedores/familiares del primero quedan excluidos del cómputo de las mayorías. Los del segundo, no.

Una aplicación dogmática como la que utilizó la Sala D nos llevaría a soluciones

se trata puede ser computado a los efectos de las mayorías del art. 45 de la LCQ, solo si la condición se cumple antes de vencer el período de exclusividad (conf. Heredia, P., “Verificaciones de créditos concursales de características o en situaciones atípicas”, RDCO 2012, n° 255, p. 1).

Llegado este punto, y según los términos del análisis propuesto precedentemente, resultaría necesario, en principio, para decidir si se trata de un crédito bajo condición suspensiva o resolutoria, determinar si la ocurrencia del hecho condicional (en el caso, la firmeza del pronunciamiento regulatorio) trae aparejada la adquisición de un derecho.

Pero, tal como se dijo, dudosamente un crédito por honorarios reconocido mediante sentencia judicial, pero cuya cuantificación y exigibilidad depende de lo que se decida en la instancia de revisión, pueda ser calificado, según el sentido técnico de la palabra, como condicional.

Así es que también las reglas y pautas interpretativas propias de la condición difícilmente resulten aplicables en el caso.

Por ello, la cuestión no puede resolverse según aquel criterio inicialmente sentado aquí, que fundamenta la distinción según se trate de que lo subordinado refiera a la adquisición de un derecho o a la resolución de un derecho ya adquirido.

Véase, desde esa perspectiva, que la letrada Paulucci Cornejo podría razonablemente alegar que en tanto efectivamente desplegó tareas profesionales en el marco de un juicio en el cual la concursada fue condenada en costas mediante pronunciamiento firme, adquirió el derecho creditario correspondiente, aunque su definitiva cuantificación se encuentre supeditada a la revisión de un tribunal de apelaciones y su exigibilidad a las reglas procesales locales.

En ese contexto, ajeno al ámbito de la condición *stricto sensu*, pero que exige de todos modos que la Sala determine si se trata de una condición suspensiva o resolutoria por las consecuencias que de ello se siguen a los efectos del tratamiento concursal del crédito, más precisamente, en lo atinente al cómputo de las mayorías, cabe recurrir a las pautas desarrolladas por la doctrina clásica para casos dudosos o difíciles.

Ante las dificultades propias del asunto, algunos autores han considerado que, para no caer en el error, debe analizarse el efecto de la condición durante el estado de pendencia: si queda en suspenso la eficacia del acto, la condición es suspensiva; si, en cambio, el acto tiene efecto inmediato, la condición es resolutoria (conf. Messineo,

disímiles para casos análogos, lo que se reputa contrario a derecho aun cuando se efectúa una aplicación taxativa de la ley. No se logra proteger al acreedor, a la familia ni al deudor; y todo ello sin siquiera ingresar a tratar la protección de la explotación económica, que debe ser el faro guía de nuestra interpretación del derecho concursal.

El presente análisis no tiene ambición de completitud. La temática se encuentra en discusión desde 1902, cuando se la instauró por primera vez y lo seguirá siendo en el futuro; lo que es bueno, porque implica que el derecho está vivo y en movimiento.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2975/2022

F., “Manual de derecho civil y comercial”, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 466; Busso, E., ob. cit., t. III, p. 507, n° 10).

Sobre tales premisas, cabe asimilar el escenario configurado en autos al que resulta propio de la condición suspensiva, pues la apelación deducida por la concursada respecto de los honorarios regulados en favor de la letrada Paulucci Cornejo mantiene en suspenso los efectos de la decisión jurisdiccional que los fijó.

Tal es —valga aclararlo en apoyo de lo anterior— la solución que aprueba la doctrina para los créditos litigiosos, carácter que tiene, obviamente, el honorario apelado. En efecto, la incertidumbre acerca de su exigibilidad y cuantificación justifica que esta clase de créditos sean tratados de forma análoga a los créditos suspensivamente condicionados, perdiendo su condición de contingentes cuando sean determinados por sentencia firme (conf. Bermejo, N., en la obra dirigida por Rojo, Á. y Beltrán, E., “Comentario a la Ley Concursal”, Thomson - Civitas, Madrid, 2004, t. I, p. 1568, n° 4.3; Pulgar Ezquerro, J., “Manual de Derecho Concursal”, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 297).

Así es que se tratándose de un crédito inexigible y cuantitativamente indeterminado al tiempo del vencimiento del período de exclusividad, corresponde concluir que carece de aptitud para ser considerado en el cómputo de las mayorías requeridas para aprobar el acuerdo, solución que es, ciertamente, la del derecho comparado (art. 261, inc. 3º, de la Ley Concursal Española - Real Decreto Legislativo 1/2020).

Solo cabe añadir que no asiste razón a la recurrente en cuanto manifestó —mediante presentación efectuada directamente ante esta Sala— que dado que actualmente sus honorarios se encuentran definitivamente cuantificados (pues luego de la elevación de las presentes actuaciones recayó pronunciamiento de la Sala C de esta Cámara de Apelaciones en el juicio ejecutivo), la condición se ha cumplido y, por tanto, corresponde la fijación de un nuevo período de exclusividad.

Es que si bien el hecho condicionante efectivamente ocurrió, pues la regulación de honorarios —luego de la revisión efectuada en alzada (que implicó una reducción cuantitativa de esa remuneración) y su notificación a las partes— se encuentra actualmente firme, cabe reiterar que el acreedor condicional puede ser computado a los efectos de las mayorías del art. 45 de la LCQ, solo si la condición se cumple antes del vencimiento del período de exclusividad (conf. Sierra de Desimoni, M., ob. cit., p. 193; Vaiser, L., “Verificaciones de

crédito difíciles; una trilogía”, DJ 4/6/2014; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, 10/5/2006, “Trías, Humberto B. s/ concurso preventivo”, LL 2006-D, p. 727).

Aquí, como ya fue explicitado, el período de exclusividad venció antes de que desapareciera la circunstancia determinante de la condicionalidad, de modo que lo ocurrido luego mal puede ser alegado para retrotraer el procedimiento a una etapa consumida.

Como corolario de lo expuesto, y en otro orden de ideas, cabe destacar lo improcedente que resultó la cita del fallo “Seidner, Hanna s/ concurso preventivo”, dictado por la colega Sala A el 19/3/2004 (v. p. 4 del memorial), pues ese caso trató sobre la posibilidad de prohibir el voto de acreedores titulares de créditos derivados de la prestación de servicios profesionales a la concursada; mediante la ampliación de los supuestos de exclusión previstos por el art. 45 de la ley concursal, con fundamento en su voto complaciente.

Resulta evidente que esa cuestión difiere notoriamente de aquella traída a conocimiento de la Sala, lo cual revela que se trata de un asunto cuyo planteo resultó inapropiado.

4º) La decisión relativa a la exclusión del señor Juan Enrique Bracht—y consecuentemente del crédito del cual es titular— de la base de cálculo de las mayorías fue fundada en su relación de parentesco con la concursada.

Fueron incorporados elementos documentales que dan cuenta que se trata del sobrino directo de la señora María Marce-

la Lascombes, y sobre tal aspecto no existe controversia alguna.

Sostuvo el recurrente que la exclusión establecida en el art. 45 de la LCQ tiene como propósito evitar el fraude mediante el voto complaciente de los parientes cercanos del deudor y argumentó que, por ello, esa solución legal no debe aplicarse aquí, pues ninguna connivencia podría configurarse en autos, dado que no prestará su conformidad a la propuesta exteriorizada por la concursada.

Ese planteo es improcedente; cualquiera sea la postura que se adopte respecto de la *ratio legis* de la prohibición de voto.

La mayoría de la doctrina ha considerado que el fundamento de la exclusión se encuentra en la presunción de que el acreedor intentará favorecer al deudor, en función de la relación familiar que los une (conf. García Martínez, R. y Fernández Madrid, J., “Concursos y quiebras”, Buenos Aires, 1976, t. 1, p. 526; Heredia, P., “Tratado Exegético de derecho concursal”, Buenos Aires, 2000, t. 2, p. 108; Rivera, J., “Instituciones de derecho concursal”, Santa Fe, 2004, t. 1, p. 441; Rouillon, A., “Código de Comercio comentado y anotado”, Buenos Aires, 2007, t. IV-A, p. 568; Roggero, F., “Exclusión de voto”, Buenos Aires, 2010, p. 35). Así, la ley presume *iuris et de iure* que la voluntad del acreedor se identifica, por su relación de parentesco, con la del deudor, de modo tal que esa presunción legal no admite prueba en contrario, es decir; no se le permite al acreedor expresar ni justificar el sentido de su voto contrario a la propuesta, a los efectos de ser eximido de aquel impedimento (conf. Dasso, A., “El concurso preventivo y la quiebra”, Buenos Aires, 2009, t. 3, p. 973;

Lorente, J., “Fundamentos para la exclusión de votos dentro del sistema concursal”, RDCO 2006-A, p. 634/635).

Y aun si se pensara que la prohibición no se apoya en la presunción de voto complaciente del acreedor por el mero hecho de ser pariente, sino que fue establecida en defensa del orden público familiar, ante la necesidad de asegurar la estabilidad y armonía familiares, la solución del caso no sería otra.

Véase que los autores que sostienen que la protección de las relaciones parentales inspiran la exclusión de voto del pariente —y destacan que similar objeto contienen otras disposiciones análogas [art. 81 de la LCQ, que impide que cónyuge, ascendientes o descendientes soliciten la quiebra; art. 185 del Código Penal, que exime de responsabilidad criminal por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren ciertos parientes; art. 427 del Código Procesal: que impide a los familiares declarar como testigos en el proceso civil]—, consideran, por lógica derivación, que su intención —complaciente o contraria a la propuesta efectuar por el deudor— resulta indiferente y, por tanto, en ningún caso integrará el universo de acreedores cuyos créditos serán considerados a los efectos del cálculo de las mayorías (conf. Quintana Ferreyra, F., “Concursos”, Buenos Aires, 1985, t. 1, p. 579; Truffat, E., “Otra vez sobre la exclusión del, mal llamado, “voto hostil” en los concursos”, ED, t. 223, p. 117).

En definitiva, el art. 45 de la LCQ, que prevé la exclusión del cómputo de las mayorías a los parientes cercanos del deudor, resulta de aplicación cuando se verifica objetivamente la relación familiar tipifica-

da e independientemente de que el acreedor carezca de la voluntad de beneficiar a la concursada, pues la ley no prevé la posibilidad de evadir esa prohibición (conf. CNCom., Sala E 10/10/2012, “Grinberg de Aisenberg, Jezabel Adriana s/quiebra”).

Así, dado el tenor del impedimento legal, ninguna indagación relativa al sentido del voto corresponde efectuar en autos, de modo tal que la cuestión fue correctamente decidida en la instancia de grado.

5º) Finalmente, el agravio relativo al contenido de la propuesta, que el acreedor Juan Enrique Bracht calificó como abusiva (v. capítulo II.b del memorial de fs. 404/407), no puede ser atendido por la Sala, pues el control sustancial del acuerdo preventivo debe ser efectuado por el juez del concurso en la oportunidad que prevé el art. 52 de la LCQ.

6º) Por todo lo expuesto hasta aquí, *resuelve*:

Desestimar las apelaciones interpuestas por los acreedores Juan Enrique Bracht y Anabella Paulucci Cornejo, con costas de alzada en el orden causado, pues ante el particular escenario configurado en autos aquellos pudieron razonablemente creerse con derecho a peticionar como lo hicieron (conf. art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal, aplicable en autos en los términos del art. 278 de la LCQ).

Notifíquese electrónicamente, cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15 y 24/13) y devuélvase el expediente al Juzgado de origen. — Pablo D. Heredia. — Gerardo G. Vassallo. — Juan R. Garibotto.

Jurisprudencia

Defensa del consumidor

Prescripción. Plazo aplicable. Interrupción.

1. - Debe aplicarse el plazo genérico de cinco años de prescripción previsto en el art. 2560 del Cód. Civ. y Com. en tanto normativa de fondo, coincidente con el dispuesto en la normativa local, art. 75 de la ley 5414 de Río Negro, con más el tiempo de la interrupción de su cómputo durante el plazo en el que se tramitaran las actuaciones administrativas, hasta que concluyeran por resolución firme.
2. - No corresponde aplicar el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor, pues, a partir de la modificación introducida por la ley 26.944, se eliminó de su redacción toda referencia a “las acciones”, quedando restringida su aplicación a “las sanciones”, con relación a las previstas en el art. 47 de la LDC.
3. - La ley 26.994, al aprobar el Código y Comercial y modificar el art. 50 LDC, no importó dejar a las acciones sin plazo de prescripción, sino prever, a falta de término específico, su encaje en la regla básica instituida por el art. 2560 del Cód. Civ. y Com. (del voto de la Dra. Ignazi).
4. - No es válido pretender, como lo hacen las recurrentes, que el inicio de las actuaciones administrativas perdió idoneidad para impedir el curso de la prescripción por la sola circunstancia

de que la accionante en el transcurso de su marcha haya optado por ejercer el reclamo judicial. Es que la interrupción de la prescripción debe ponderarse sin criterio restrictivo, habida cuenta de que no cabe presumir la abdicación de un derecho (del voto de la Dra. Ignazi).

CCiv., Com. y Minería, Viedma, 04/10/2022. – Sunnigual, Cristina Emilce c. Dorinka S.R.L. y otros s/ Daños y perjuicios (ordinario).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/139951/2022]

2ª Instancia. - Viedma, octubre 4 de 2022.

¿Son procedentes los recursos de apelación interpuestos por Frimetal SA y Walmart Argentina SRL, ambos en fecha 21/10/2021?

El doctor Gallinger dijo:

I) Que llegan las presentes actuaciones a esta Alzada con motivo de sendos recursos de apelación interpuestos por las accionadas condenadas en autos, contra la Sentencia Definitiva dictada en fecha 12/10/2021, por la titular de la Unidad Jurisdiccional N° 1 de Viedma, en tanto resolviera “I.- Rechazar la excepción de prescripción liberatoria interpuesta por las demandadas Wal Mart Argentina SRL (“Changomas”), y Frimetal SA, con costas a las mismas.- II.- Hacer lugar a la demanda interpuesta por la Sra. Cristina Emilce Sunnigual, y condenar a las demandadas Wal Mart Argentina SRL (“Changomas”), y Frimetal SA, en forma solidaria, a pagar a

la actora en el plazo de 10 días, la suma de \$152.315,47 (\$52.315,47 por daño moral y \$100.000 por daño punitivo), con más en caso de corresponder, la suma que surja en la etapa de ejecución de sentencia conforme a los fundamentos dados en concepto de Reintegro del importe desembolsado por la heladera, actualizado al valor actual del producto, con deducción, en caso de resultar mayor, del concepto de daño directo, \$32.000 actualizado a la misma fecha. Monto que de resultar positivo, una vez determinado, trasladada la liquidación a la contraria, en 10 días de estar firme la misma, devengará, en su caso, hasta su efectivo pago intereses conforme a la calculadora oficial de intereses del Poder Judicial o la que en lo sucesivo fije el Superior Tribunal de Justicia”.

Expresión de agravios: La empresa Walmart Argentina SRL expresa agravios en fecha 25/11/2021, en tanto que hace lo propio la firma Frimetal SA el 02/12/2021.

La mencionada en primer término, funda su postura recursiva en cuatro ítem puntuales: a) errónea aplicación de la ley en la determinación y cómputo del plazo de prescripción, y los tres restantes que considera incursos en arbitrariedad, b) errónea aplicación de la carga de la prueba —sentencia arbitraria—, c) arbitraria determinación de la responsabilidad fundada en el artículo 12 de la ley de defensa del consumidor, d) arbitraria determinación y cuantificación del daño.

Por su parte, la empresa Frimetal SA, cuestiona que no se haya declarado prescripta la acción intentada, afirma que la

sentencia resulta arbitraria y desproporcionada y que se ha violado el principio Non Bis in Ídem.

Contesta agravios: Corrido traslado de ambas expresiones de agravios, contesta la representación de la parte actora en un solo libelo inclusivo de los planteos de sendas empresas, peticionando el rechazo de los recursos por los fundamentos que expone.

En fecha 01/02/2022 se certifica por parte de la Actuaría, que la actora ha contestado fuera de término el traslado corrido de los agravios correspondientes a la empresa Walmart Argentina SRL —ahora Dorinka SRL—, en función de lo cual el 16 de febrero/22 se dispone, ante la imposibilidad de producir el desglose material del escrito, que los argumentos expuestos respecto a los planteos de esta empresa, no serán tenidos en cuenta al momento de resolver.

Análisis y solución del caso: Ingresando en la temática recursiva, señalo que las expresiones de agravios satisfacen la exigencia del artículo 265 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, en los términos establecidos por nuestro STJRN *in re* “Harina” Se. 80/2016, “Méndez” Se 36/2014, entre tantos otros, toda vez que constituyen una crítica concreta y razonada de los fundamentos de la decisión que se pretende poner en crisis, pero sin embargo debo anticipar que propondré el rechazo de ambos recursos por los motivos que paso a dar.

Cómputo del plazo de prescripción. La Sra. Jueza de Grado interpretó siguiendo destacada doctrina que cita, que la acción

promovida fue por daños y perjuicios en virtud de un incumplimiento contractual y que por tanto resultaba aplicable la prescripción decenal prevista conforme art. 4023 del Cód. Civil, con el cómputo determinado por los arts. 2537 y 2560 del Cód. Civ. y Comercial, es decir reducido a 5 años computables desde la fecha de compra y entrega de la heladera —05/02/2015—, operando por lo tanto la prescripción el 01/08/2020 aun sin computar la interrupción por inicio de las actuaciones administrativas, por lo que establece que la acción judicial interpuesta el 13/02/2019 fue incoada en plazo hábil.

Sin perjuicio de ello y a todo evento, la Sra. Magistrada también realiza el cálculo a partir de la disposición del art. 50 de la ley de Defensa del Consumidor y el art. 2561 del Cód. Civ. y Comercial, los que prevén un plazo de prescripción de 3 años, y ahora sí, computando el período en el que estuvo interrumpida, es decir durante el tiempo en el que la actora ejerció su derecho mediante la acción administrativa ante el organismo de Defensa del Consumidor —art. 50 de la LDC—, concluyendo que tampoco en dicho caso la acción se encontraría prescripta al tiempo de su promoción, a partir de considerar que se interrumpió el curso de la misma hasta el 17/09/2018, por lo que la demanda incoada el 13/02/2019 estaba en plazo hábil para ser interpuesta.

Frente al razonamiento lógico realizado por la Jueza, ambas partes se limitan a expresar discrepancias con este, pero sin lograr enervar las conclusiones antes reseñadas, pues sostienen que el plazo aplicable es el de 3 años —art. 50 de la LDC— y que la interrupción se produce al momento de realizar la denuncia, comenzando a correr inmediatamente.

A tenor de lo dicho, suscribo el criterio expuesto en primer término por la magistrada de grado, toda vez que no tengo dudas respecto a que el plazo de prescripción aplicable es el de 5 años, con la interrupción de su curso desde el inicio de las acciones administrativas y hasta tanto estas finalicen por resolución definitiva firme. Doy razones.

A los fines de la resolución del presente caso es necesario recurrir a un adecuado trabajo de integración normativa a partir de diálogo de fuentes propuesto por el Código Civil y Comercial, en tanto confluyen distintas normas con soluciones sino contradictorias, al menos diferentes.

En primer lugar debo coincidir con la sentencia de grado, porque entiende que el plazo a aplicar surge de la integración de las disposiciones del Cód. Civil velezano en cuanto establece un plazo genérico decenal —art. 4023 Cód. Civil—, el que por imperio del artículo 2537 del Cód. Civ. y Comercial debe ser reducido a cinco años a tenor de lo dispuesto por el artículo 2560 de este último cuerpo normativo, lo que en nuestro orden local se ve ratificado por la expresa disposición del artículo 75 de la Ley Provincial 5414 que indica y no fuera objetada: “Término de prescripción. Las acciones y penas emergentes de la presente ley prescriben en el término de cinco (5) años. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales”.

Con relación a la posibilidad de estar a los términos de la norma local, entiendo que ya sea por la norma de fondo como de forma se arriba a idéntico resultado, pues el plazo previsto es en ambos casos de 5 años, enervando por lo tanto cualquier conflicto al respecto y toda objeción que se pudiera pretender sustentada a la luz de la doctrina de la CSJN *in re* “Filcrossa”.

Descarto la posibilidad de aplicar el artículo 50 de la Ley de Defensa del Consumidor, pues a partir de la modificación introducida por la ley 26.944, se eliminó de su redacción toda referencia a “las acciones”, quedando restringida su aplicación a “las sanciones”, en relación a las previstas en el artículo 47 de la LDC.

Tampoco considero que deba aplicarse el plazo de 3 años previsto por el art. 2561 Cód. Civ. y Comercial, en tal orden ha señalado destacada doctrina en fundamento de esa posición “...que encuentra sustento en la letra del artículo 1094 del Cód. Civ. y Com. de la Nación por cuanto dispone que “las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”. También, en el texto del artículo 1095 del susodicho código al determinar que “el contrato de consumo se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor...”. Asimismo, en los propios Fundamentos del Anteproyecto del nuevo código que plasma inequívoca y categóricamente el principio de interpretación más favorable al consumidor. Desde luego, en la ley de defensa del consumidor, la cual en el tercer párrafo de artículo 3 determina que “en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”. El principio protectorio de consumidores y usuarios y la interpretación más favorable para estos debe desembocar en la extensión del plazo de prescripción. Coincidimos, entonces, con Federico M. Álvarez Larrondo al considerar que “no surge duda alguna de que el consumidor puede reclamar el cumplimiento del contrato con más daños y perjuicios, en el plazo de cinco años fijado por el artículo 2560 del Cód. Civ. y Comercial, y lo mismo en el caso de que tan solo peticione la indemnización de daños derivados del incumplimiento, atento que en caso de duda, siempre debe optarse como bien dicen ahora ambos cuerpos legales, por la interpretación más beneficiosa para el consumidor, que no es otra que la ampliación del plazo para reclamar” (TR LALEY AR/DOC/1427/2015, “Modificaciones introducidas al régimen de prescripción de la Ley de Defensa del Consumidor por la Ley 26.994”; Corbalán, Pablo S., Pinese, Graciela G.).

En definitiva, debe aplicarse el plazo genérico de 5 años de prescripción previsto en el artículo 2560 del Cód. Civ. y Comercial en tanto normativa de fondo, coincidente con el dispuesto en la normativa local, artículo 75 de la Ley 5414, con más el tiempo de la interrupción de su cómputo durante el plazo en el que se tramitaran las actuaciones administrativas, hasta que las mismas concluyeran por resolución firme —art. 2547 Cód. Civ. y Comercial—. Por lo tanto, y tal como lo expresara la sentencia recurrida, la demanda judicial promovida, fue interpuesta en tiempo hábil para hacerlo.

Otro de los agravios comunes a ambos recursos, refiere a la alegada arbitrariedad de la sentencia. En tal orden, las empresas recurrentes objetan el decisorio por errónea aplicación de la carga de la prueba, la determinación de responsabilidad fundada en el artículo 12 de la Ley de Defensa del Consumidor y la determinación y cuantificación del daño, afirmando que brindaron en todo momento el servicio técnico que impone la ley.

Dichas objeciones no dejan de ser más que meras discrepancias subjetivas con la merituación realizada por la Sra. Jueza en los puntos IV y V de los considerandos de

la sentencia, en la cual se advierte un detallado análisis de la responsabilidad en materia de derechos del consumidor, carga probatoria, análisis de cada uno de los medios de prueba aportados por las partes y las deficiencias respectivas, sin que los recurrentes logren poner eficazmente en entredicho la mencionada línea argumental, exponiendo en que consistiría específicamente el error que se le adjudica.

En tal sentido se ha expresado: “El supuesto de arbitrariedad debe descartarse, pues, más allá de los argumentos invocados por el recurrente, la sentencia se encuentra fundada en los hechos ventilados en la causa, de conformidad con la prueba rendida y oportunamente valorada así como en el derecho aplicable, sin que pueda advertirse omisión en el tratamiento de cuestiones introducidas y decisivas para la resolución del conflicto, o decisiones sobre cuestiones no planteadas, el exceso de jurisdicción o el apartamiento en la aplicación de un texto legal” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M - 27/02/2020 - Cervera, Norberto c. Castro, Graciela Eva y otro s/ desalojo: otras causales - La Ley Online - TR LALEY AR/JUR/2321/2020).

Por último, también se agravia la empresa Frimetal SRL, indicando que se la condena dos veces por el mismo motivo —*non bis in idem*— en tanto sostiene que en sede administrativa la parte actora ha aceptado y percibido la suma de Pesos Treinta y Dos Mil (\$32.000) en el año 2019 en concepto de daño directo, y ahora, se establece en el punto VIII de la sentencia la condena a reintegrar el importe desembolsado, actualizado al valor del producto, con deducción en caso de resultar mayor del concepto de daño directo abonado y actualizado.

Tampoco en este ítem el recurso puede prosperar, es que el sustento normativo y los presupuestos fácticos de la reparación son distintos, mientras el daño directo se encuentra previsto en el artículo 40 bis de la Ley 24.240 y refiere a “todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios”, que fuera ordenado indemnizar en sede administrativa, en sede judicial, se ordena reparar el daño sufrido y encuadrado en el artículo 17 inc. b de la Ley de Defensa del Consumidor: “Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales...En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder”.

Se trata de dos supuestos independientes de daños, que incluso hubiesen podido ser reparados ambos, con sumas dinerarias por cada rubro. En este caso la Jueza entendió que el perjuicio del artículo 40 bis quedaba subsumido en el correspondiente al artículo 17 de la norma tuitiva de los derechos consumeriles, y mandó que en la etapa de ejecución se descontara lo ya abonado, lo que aparece razonable y no fuera objetado por la accionante.

Por todo ello, propongo al acuerdo, rechazar los recursos incoados, con costas a las empresas recurrentes (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial), regulando los honorarios de la Dra. Fernanda Rodrigo y del Dr. Fernando Chironi, en forma conjunta, en el 25%, al Dr. Gabriel Entraigas en el 25%, y a la Dra. Cecilia Crisol en el 35%, de lo que les correspondiese por sus intervenciones

en la instancia de origen —Art. 15 Ley G 2212—. Mi voto.

La doctora *Ignazi* dijo:

Comparto la solución propiciada por el señor juez que me precede en orden de votación, de convalidar la decisión adoptada por el Grado, pues tengo la convicción que la Ley 26.994, al aprobar el Cód. Civ. y Comercial y modificar el art. 50 LDC —v. Punto 3.4 del Anexo II—, no importó dejar a estas acciones sin plazo de prescripción, sino prever, a falta de término específico, su encaje en la regla básica instituida por el art. 2560 del Cód. Civ. y Comercial —cfr. Cám. Com., Sala C, en autos “Loto, Emiliano Norberto c. Seguros Sura SA s/ ordinario” sent. de fecha 22/12/2020—.

El razonamiento perfilado por las apelantes a fin de desplazar el plazo quinquenal que acorde a aquella norma correspondiese, e instar su encuadre en las previsiones del art. 2561, 2º párrafo del Cód. Civ. y Comercial, instituyente del plazo trienal que invocan, omite considerar que por mandato del art. 2 del Cód. Civ. y Comercial, la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades y de modo coherente con todo el ordenamiento, y en particular que, en el supuesto, rigen las previsiones del art. 1094 del citado código, determinantes del principio de protección del consumidor, y una disposición constitucional instituyente de una especial tutela (art. 42 de la CN), que reclama adoptar la posición más beneficiosa a este (art. 3, 2º párrafo de la LDC).

En mi visión, y de seguirse el criterio enarbolado por las recurrentes, cabría preguntarse ¿qué sentido tuvo la precisa reforma introducida por la Ley 26.994 al art. 50 de la LDC?, cuando de mantenerse este en la redacción dada por la Ley 26.361, los asuntos relativos a la materia consumeril, prescribirían a los tres años, al igual que la previsión actualmente realizada para la responsabilidad civil en el art. 2561, 2º párrafo del Cód. Civ. y Comercial. Es decir, nada habría variado, pese a mostrarse la cuestión como de especial relevancia para el codificador, al grado de generar una puntual modificación al plexo legal.

Aparte, pretender que solo se quiso unificar bajo esta última disposición las acciones enmarcadas en la responsabilidad civil, no parecería resultar una respuesta factible de ser sostenida a la luz del sistema jurídico vigente. Es que, importaría desconocer que, en el marco del derecho en debate, ante dos alternativas posibles —art. 2560 (5 años) o art. 2561, 2º párrafo (3 años)—, debe estarse a aquella más favorable a los consumidores. —art. 3, 2º párrafo de la Ley 24.240—, y más cuando la primera sienta un principio general y al que siempre se podrá recurrir, por su carácter residual.

Definido ello, vale recordar que la prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere. Por lo que, requiere para su operatividad, el transcurso del tiempo, la inactividad del titular del derecho durante el plazo fijado por la ley para que ella opere, a más de que se trate de derechos o acciones susceptibles de prescribir, que sean exigibles y que la prescripción sea opuesta por el interesado en su declaración —cfr. “Código Civil de la República Argentina —Explicado—”, T. VIII, Rubinzal Culzoni Editores, p. 819—.

Entonces, y desde esa concepción del instituto, el elemento tiempo —visto desde un ángulo jurídico y no meramente cronológico— y su transcurso, es esencial, ya que

le da sentido y fundamento. Tan es así que junto con la prescripción el codificador ha previsto la posibilidad tanto de su interrupción, aniquilando el tiempo pasado, como de su suspensión, permitiendo que lo anterior y lo posterior cuenten como inactividad —cfr. esta Cámara en sent. N° 32/2013, dictada el 07/05/2013 en autos “Entraigas, Aída Rosa c. Colombo, Carlos Antonio s/ daños y perjuicios (Ordinario)”, detallando expresamente como opera cada una de estas.

De ahí que, para determinar los efectos interruptivos del curso de la prescripción no sea dable escapar de las previsiones del art. 2547 del Cód. Civ. y Comercial, cuando instituye que “permanecen hasta que deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión, con autoridad de cosa juzgada formal”.

Y, desde esa perspectiva, no es válido pretender, como lo hacen las recurrentes, que el inicio de las actuaciones administrativas perdió idoneidad para impedir el curso de la prescripción por la sola circunstancia que la accionante en transcurso de su marcha, haya optado por ejercer el reclamo judicial. Es que, la interrupción de la prescripción debe ponderarse sin criterio restrictivo, habida cuenta que no cabe presumir la abdicación de un derecho.

Por lo expuesto, por compartir en lo demás lo sostenido tanto por el Grado, como por el Señor Juez que con sus reflexiones me precede en este pronunciamiento, acompaño en todos sus alcances, la decisión propuesta. Así voto.

La doctora *Filipuzzi de Vázquez* dijo:

Atento a la coincidencia de criterio de los Señores Jueces que me preceden en orden de votación, me abstengo de sufragar.

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede el Tribunal resuelve: I. Rechazar los recursos incoados, con costas a las empresas recurrentes (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). II. Regular los honorarios de la Dra. Fernanda Rodrigo y del Dr. Fernando Chironi, en forma conjunta, en el 25%, al Dr. Gabriel Entraigas en el 25%, y a la Dra. Cecilia Crisol en el 35%, de lo que les correspondiese por sus intervenciones en la instancia de origen —Art. 15 Ley G 2212—. Notifíquese conforme Acordada N° 09/22 STJ, Anexo I, apartado 9 a) con la constancia de que la Dra. *Filipuzzi de Vázquez* no suscribe la presente por encontrarse en el día de la fecha en uso de licencia y, oportunamente, radíquense los autos en el Organismo de Origen. —*Ariel A. Gallinger*. —*María L. Ignazi*.

Aporte solidario y extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia

Medida cautelar tendiente a que la AFIP no exija su pago. Fiscalización en proceso. Ausencia de peligro en la demora.

1. - La medida cautelar tendiente a que se ordene a la AFIP que se abstenga de exigirle el pago del “Aporte Solidario y Extraordinario” establecido en la ley 27.605 debe ser rechazada, pues las alegaciones del actor en torno a la inconstitucionalidad de las normas que impugna no aparecen suficientemente acreditadas; sobre todo cuando todavía no se advierte cuál es el importe objeto

del impuesto, atento a que la etapa de fiscalización de la AFIP no habría culminado. [1]

2. - El interés público al que debe darse prevalencia cuando se examina el dictado de este tipo de medidas cautelares se encuentra en la situación económica que ha generado la pandemia del COVID-19 y a la que el Estado intenta hacer frente con diferentes medidas, entre las que se encuentra el aporte aquí cuestionado —previsto por la ley 27.605—.
3. - En cuanto al requisito del peligro en la demora, teniendo en cuenta que la pretensión del actor enerva el ejercicio de facultades tributarias que afectan derechos de exclusiva naturaleza patrimonial, no se encuentra demostrado aún que el cumplimiento de la obligación fiscal —cfr. ley 27.605— le pueda causar un perjuicio económico de tal magnitud que autorice el otorgamiento de la medida peticionada, produciéndose un daño irreversible, toda vez que dicho monto estaría pendiente de determinación fiscal.

CFed. La Plata, sala I, 04/10/2022. – Haehnel, Carlos Alberto c. Administración Federal de Ingresos Públicos s/ Inc. de medida cautelar.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/139955/2022]

Jurisprudencia vinculada

[1] Ver también. Entre otros: Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II, “Muiña, Nélica Noemí c. AFIP s/ Amparo Ley 16.986”, 06/07/2022, TR LALEY AR/JUR/89754/2022

Costas

Se omite el pronunciamiento al respecto hasta la oportunidad de dictar sentencia.

2ª Instancia. - La Plata, octubre 4 de 2022.

Considerando: I. Llega la causa a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por el letrado apoderado de la parte actora, contra la resolución del juez de primera instancia que denegó la medida cautelar solicitada, tendiente a que se ordene a la AFIP que se abstenga de exigirle el pago del “Aporte Solidario y Extraordinario” establecido en la Ley 27.605 y sus reglamentaciones, así como sus accesorios y/o multas y/o recargos por cualquier vía, administrativa o judicial, comprendiendo el juicio de apremio y la traba de medidas cautelares, y de adoptar cualquier acción y/o medida y/o procedimiento, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la presente causa.

II. Para así decidir, el juez de primera instancia consideró los recaudos necesarios para la concesión de la medida peticionada, y concluyó que del material obrante en autos no surgía acreditada la verosimilitud del derecho de manera suficiente, toda vez que los elementos aportados no le permitieron deducir *prima facie* que el acto señalado como lesivo de los derechos del accionante sea arbitrario o irregular. En consecuencia, tampoco halló configurada la vulneración de derechos constitucionales ni del ejercicio del derecho de defensa.

Por último, ponderó que tampoco se encontraba verificado el peligro en la demora, ya que el daño que la actora expuso es posible, futuro y potencial, razón por la cual no configura el mencionado requisito.

III. Adentrándonos en la fundamentación de los agravios, la recurrente expresa que su petición se realiza con motivo de que el cumplimiento del tributo le provoca un perjuicio de imposible, tardía e insuficiente reparación ulterior, toda vez que, su implementación se convierte en un acto confiscatorio. Relata que tal perjuicio fue debidamente informado a la AFIP el día 15 de junio de 2021 en respuesta al inicio de un procedimiento de fiscalización comprensivo del Impuesto Aporte Solidario y Extraordinario del período 2020, el que refiere encontrarse en proceso de finalización con la consiguiente determinación de oficio.

Se agravia por cuanto, según su criterio, el juez ha desconocido la palmaria confiscatoriedad sumada a la imposibilidad de pago del impuesto, ya que para poder afrontarlo debería necesariamente proceder a la liquidación de su capital.

Aduce el recurrente que la verosimilitud del derecho surge de la simple exposición de los hechos, sustentados en la certificación contable acompañada, elaborada por un contador público nacional y luego certificada por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires (conforme Ley 20.488 art. 13). Destaca que dicha certificación evidencia que, al 18 de diciembre de 2020, el actor poseía en el país y en el extranjero, activos y tenencias que en pesos argentinos ascendían a la suma total de \$400.750.075,76.-; las rentas generadas por dichos bienes, ascienden a pesos \$7.639.475,27; mientras que el impuesto que deberían abonar de acuerdo con lo establecido por la Ley 27.605, equivale a la suma de \$14.352.029,18; es decir más de un 748,51% sobre la renta, lo que implica necesariamente un despojo en su patrimonio. Si a eso se le suma el Impuesto sobre los bienes personales arroja un 1187,59%.

Por otro lado, se agravia el apelante por la consideración realizada por el juez de primera instancia en relación a la supuesta ausencia de arbitrariedad. El actor sostiene que la manifiesta ilegalidad del tributo se evidencia al momento de aplicar las alícuotas que dispone la ley convirtiéndose en una tributación confiscatoria y, en consecuencia, contraria a los artículos 17, 19, 28, 33 y concordantes de la CN.

Prosigue sus agravios refiriéndose al peligro en la demora. Sostiene que no efectuó las declaraciones juradas que impone la norma impugnada, toda vez que su presentación y consiguiente pago resulta violatorio de toda norma constitucional. Relata que la demandada ya inició el proceso de fiscalización en relación al “aporte solidario”, y que este se encuentra en un estadio avanzado por lo que el próximo paso será la determinación de oficio, con las consiguientes acciones judiciales para perseguir el cobro del impuesto. Ante tales condiciones, señala que no se encuentra ante un posible daño futuro e incierto, sino que es un daño actual y real, que cuando recaiga sentencia definitiva, AFIP habrá procedido a ejecutarlo, violentándose de forma efectiva e irreversible su derecho.

Según su criterio, la voluntad de ejecución se materializó con la notificación del inicio de la fiscalización (de fecha 7 de abril de 2021), denotando una clara intención de perseguir su cobro, lo que le generará un perjuicio de imposible reparación posterior.

Concluye señalando que el peligro en la demora se constata de la simple lectura de la certificación contable y en el inicio de fiscalización por parte de AFIP. Pone de resalto que, en su caso particular, la “vía de repetición” resultaría insuficiente.

IV. Corrido el pertinente traslado, la demandada Administración Federal de Ingresos Públicos contestó los agravios esgrimidos por la actora, solicitando se rechace el recurso interpuesto con imposición de costas.

V. Como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud. El juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877 y 324:2042).

Por otro lado, los recaudos para la procedencia genérica de las medidas precautorias previstos por el artículo 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar.

VI. Efectuadas las precisiones que anteceden, cabe destacar que cuando la medida cautelar se intenta contra la Administración Pública, es menester que se acredite *prima facie* y sin que ello implique prejuzgamiento de la solución de fondo, la manifiesta arbitrariedad del acto cuestionado, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Y ello es así porque los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, razón por la cual en principio ni los recursos administrativos ni las acciones judiciales mediante los cuales se discute su validez, suspenden su ejecución, lo que determina, en principio, la improcedencia de las medidas cautelares (Fallos: 313:521 y 819, entre muchos otros).

Asimismo, en esta clase de litigios dirigidos contra la Administración Pública o sus entidades descentralizadas, además de los presupuestos de las medidas de no innovar establecidos en general en el artículo 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, se requiere, como requisito específico, que la medida solicitada no afecte un interés público al que deba darse prevalencia o, expresado con el giro que emplea la Corte Suprema, resulta imprescindible la consideración del interés público comprometido (Fallos: 314:1202).

También debe tenerse presente que el régimen de medidas cautelares suspensivas en materia de reclamos y cobros fiscales debe ser examinado con particular estrictez, pues la percepción de las rentas públicas en el tiempo y modo dispuestos por la ley es condición indispensable para el funcionamiento regular del Estado (conf. Fallos: 312:1010; 235:787; 321:695; entre otros).

VII. Ahora bien, resulta pertinente reseñar la normativa involucrada y, en consecuencia, recordar que la ley 27.605 instauró “con carácter de emergencia y por única vez, un aporte extraordinario, obligatorio, que recaerá sobre las personas mencionadas en el artículo 2º según sus bienes existentes a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, determinados de acuerdo con las disposiciones de la presente ley” (ver art. 1º). El art. 2º establece los sujetos alcanzados por el mencionado aporte mientras que los arts. 3º a 5º precisan las cuestiones atinentes a la base de la determinación y forma de cálculo del aporte.

El art. 6° define el concepto de “reparación” y el alcance que cabe otorgar al término “activos financieros del exterior” y el art. 7° en cinco incisos, enuncia los destinos a los que será aplicado el producido de lo recaudado en concepto de aporte solidario.

El art. 8° dispone que el Poder Ejecutivo nacional deberá realizar una aplicación federal de los fondos recaudados. Por otra parte, el art. 9° pone a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos la “aplicación, percepción y fiscalización” del aporte y establece que las disposiciones de la ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones, y el Régimen Penal Tributario del título IX de la ley 27.430 y sus modificaciones, resultan de aplicación su-

pletoria, facultando al ente recaudador a dictar las normas complementarias para la determinación de plazos, formas de ingreso, presentación de declaraciones juradas y demás aspectos vinculados a la recaudación de este aporte.

La reglamentación de la norma fue concretada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el decreto 42/2021 —B.O. 29/01/2021—. A su vez, la AFIP dictó las resoluciones generales Nros. 4930/2021, 4942/2021, 4945/2021, 4960/2021 y 4996/2021. En la RG (AFIP) 4930/2021 —B.O. 08/02/2021— se dispone que “los sujetos alcanzados —y en su caso, los responsables sustitutos— deberán cumplir con la presentación de la declaración jurada e ingresar el aporte solidario y extraordinario por la totalidad de

los bienes, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 4° y 5° de la ley, cuando el valor de los mismos supere los pesos doscientos millones (\$200.000.000)” (art. 4°).

Por otra parte, la RG (AFIP) 4942/2021 —B.O. 12/03/2021—, instituyó un régimen de facilidades de pago a los efectos de la cancelación del saldo resultante de la declaración jurada del aporte solidario, juntamente con los intereses —en caso de corresponder—.

En la RG (AFIP) 4954/2021 —B.O. 30/03/2021—, se establece que “el vencimiento de las obligaciones de presentación de la declaración jurada y de pago, del aporte solidario y extraordinario previsto en la Ley N° 27.605 por parte de las personas humanas y las sucesiones indivisas indicadas en el artículo 2° de la mencionada ley, operará —en sustitución de lo previsto en la Resolución General N° 4930 y su complementaria— el 16 de abril de 2021, inclusive”.

La RG (AFIP) 4997/2021 —B.O. 26/05/2021— estableció un nuevo plan de facilidades de pago cuya adhesión era factible concretar hasta el 30 de septiembre de 2021, inclusive.

VIII. En el caso de autos, se encuentra acreditado que el señor Haehnel se encuentra alcanzado por el supuesto del artículo 2 inc. a) de la ley 27.605 que textualmente dispone: “Se encuentran alcanzadas por el presente aporte: a) Las personas humanas y sucesiones indivisas residentes en el país, por la totalidad de sus bienes en el país y en el exterior, comprendidos y valuados de acuerdo a los términos establecidos en el título VI de la ley 23.966, de impuesto sobre los bienes personales, texto ordenado en 1997 y sus modificatorias, independientemente del tratamiento que revistan frente a ese gravamen y sin deducción de mínimo no imponible alguno, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley”; y que esa situación es reconocida tanto por la AFIP, como por el propio actor en tanto, en sus presentaciones, explicó en qué consistía su patrimonio y su imposibilidad para afrontar el pago del aporte por carecer de liquidez.

Surge asimismo de la documentación obrante, que la Administración Federal de Ingresos Públicos ha iniciado una fiscalización al contribuyente en relación al Aporte Solidario Extraordinario.

Además, junto con el escrito de demanda, el actor presentó un informe suscripto por un contador público nacional con el que pretendería dar cuenta de la confiscatoriedad del impuesto.

Con relación a este último, es menester destacar, sin que esto implique un inadecuado examen de esta pieza probatoria para esta instancia provisoria, que dicha certificación contable ha sido confeccionada de manera unilateral por un contador público contratado por la parte interesada, en función de la información proporcionada por ella.

Sobre el punto, corresponde precisar que resulta más adecuado que la confiscatoriedad alegada pueda ser analizada

oportunamente a través de una pericia a realizarse en autos, con el debido control de la parte demandada y bajo las reglas de la sana crítica que rigen la actividad jurisdiccional.

Con este marco, las alegaciones del actor en torno a la inconstitucionalidad de las normas que impugna, no aparecen —ni aún consideradas con amplitud en razón del estadio procesal por el que atraviesa la causa— suficientemente acreditadas; sobre todo cuando todavía no se advierte cuál es el importe objeto del impuesto, atento a que la etapa de fiscalización de la AFIP no habría culminado. Ello sin perjuicio de lo que pueda resultar del examen final al momento de la sentencia definitiva.

Por su parte, el interés público al que debe darse prevalencia cuando se examina el dictado de medidas cautelares de este tipo, se encuentra en la situación económica que ha generado la pandemia del COVID-19 y a la que el Estado intenta hacer frente con diferentes medidas, entre las que se encuentra el aporte aquí cuestionado.

En cuanto al requisito del peligro en la demora, teniendo en cuenta que la pretensión del actor enerva el ejercicio de facultades tributarias que afectan derechos de exclusiva naturaleza patrimonial, no se encuentra demostrado aún que el cumplimiento de la mentada obligación fiscal le pueda causar un perjuicio económico de tal magnitud que autorice el otorgamiento de la medida peticionada, produciéndose un daño irreversible, toda vez que dicho monto estaría pendiente de determinación fiscal.

Por su parte, tampoco corresponde admitir el agravio que plantea la parte actora con sustento la falta de liquidez alegada, en ese sentido cabe recordar que la AFIP ha previsto, —a través de la Resolución 4942/2021— un plan de facilidades de pago destinado a estos contribuyentes, con el fin de atenuar el impacto que la ley pudiese producir sobre su patrimonio y facilitar el cumplimiento de este aporte excepcional en tiempo de emergencia.

En relación a los demás agravios esgrimidos por la apelante, todos ellos exceden el estrecho marco cognitivo propio de esta etapa cautelar y deben ser analizados en la etapa final de la causa.

En virtud de lo expuesto, dentro de la precariedad cognoscitiva propia de la instancia precautoria y sin que ello importe adelantar opinión sobre el fondo del asunto, los elementos arrimados al promover la acción no parecen satisfacer los requisitos exigidos para otorgar la medida cautelar solicitada y, por lo tanto, en orden a las consideraciones que anteceden, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución apelada. Se omite el pronunciamiento sobre costas hasta la oportunidad de dictar sentencia. Regístrese, notifíquese y devuélvanse las actuaciones de manera electrónica y comuníquese la remisión por DEO al juzgado interviniente. — Roberto A. Lemos Arias. — César Álvarez.


THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

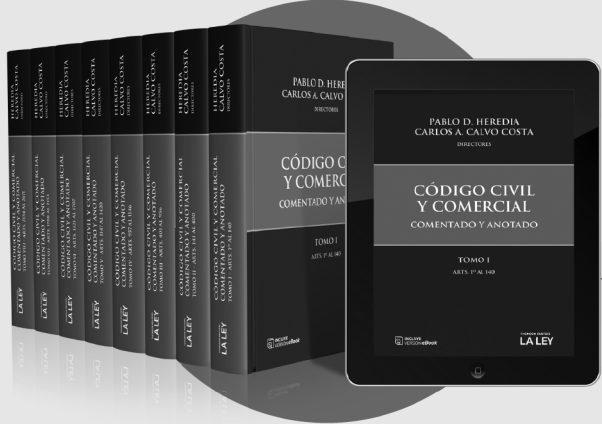
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL


COMENTADO Y ANOTADO

Directores: **Pablo D. Heredia**
y **Carlos A. Calvo Costa**



2022






8 Tomos
disponibles en
papel y eBook.

CON EL ANÁLISIS DE EXPERTOS JURISTAS


La **obra más completa y actualizada del mercado** desde el lanzamiento del Código Civil y Comercial hace 7 años.


Desarrolla más de 2600 artículos y brinda respuestas para resolver problemáticas diarias. Algunas de las novedades de esta edición son: Compensación económica • Mandato irrevocable • Persona Jurídica • Tecnología.





Obtené más información
sobre esta obra imprescindible
escaneando este código QR


*Consultar promociones vigentes



ThomsonReutersLaLey 

@TRLaLey 

Thomson Reuters Argentina | LEGAL 

Thomsonreuters_ar 

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliari

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Florencia Candia

Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.


Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.

 Thomsonreuterslaley

 TRLaLey

 [linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/](https://www.linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/)

 thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

 Centro de atención
al cliente:

0810-266-4444