Informe Legal Nº 74/2018.-
Letra: T.C.P. - C.A.
Cde. Expte. Nº 17578/2006 Letra: M.O.
Expte. Nº 23/2011 Letra: T.C.P. - P.R.

Ushuaia, 23 de mayo de 2018 .-

SEÑOR SECRETARIO LEGAL
DR. SEBASTIAN OSADO VIRUEL:

Viene a la Secretaría Legal el expediente Nº 17578/2006 Letra: M.O. del registro de la Gobernación, caratulado: *"S/ EDIFICIO DE ENSEÑANZA INICIAL – RÍO PIPO – USHUAIA"* y el expediente Nº 23/2011 Letra: T.C.P. - P.R., caratulado: *"S/ ANÁLISIS CUMPLIMIENTO RESOLUCIÓN PLENARIA Nº 307/2010 ART. 3º"*, a fin de emitir dictamen jurídico en relación a las actuaciones de referencia.

ANTECEDENTES

Las presentes actuaciones giran en torno a la obra pública referenciada, que data del año 2006 y fue tramitada mediante una Licitación Privada.

El Contrato de Obra Pública Nº 11760 se firmó el 31 de enero de 2007 con la empresa INVERSUR S.R.L.

En la contratación se tramitaron quince (15) certificados de obra básica. De acuerdo a la necesidad manifestada en el expediente se aprobó un Adicional de Obra, consistente en la realización de dos (2) aulas más, que se abonaron a través de cuatro (4) certificados de obra adicionales.

La obra *"EDIFICIO ENSEÑANZA INICIAL RÍO PIPO – USHUAIA"* se desarrolló de manera irregular según surge del Informe Técnico Nº 210/2015 Letra: T.C.P. - S.C. - A.T. -Control Posterior- como consecuencia de los atrasos en los pagos de certificados de obra, derivando en sucesivas modificaciones de plazos de obra y planes de trabajo, generando el reclamo de la contratista por supuestos gastos improductivos.

La empresa INVERSUR S.R.L. efectuó el referido reclamo por medio de numerosas misivas, en el marco del expediente Nº 3682/2011 Letra: M.O. caratulado: *"S/ RECLAMO INTERESES POR MORA EN PAGO DE CERTIFICADOS DE OBRA – EMPRESA INVERSUR S.R.L. OBRA EDIFICIO DE ENSEÑANZA INICIAL RIO PIPO USHUAIA"*.

La Obra Pública de referencia concluyó el 8 de junio de 2015; mediante Resolución M.I.O. y S.P. Nº 245/15, que aprobó el Acta de Recepción Definitiva con fecha 13 de enero de 2013; el Certificado de Liquidación Final y autorizó la devolución a la contratista de las pólizas de seguro de caución y el Fondo de Reparo.

Es necesario destacar, que la empresa manifestó su disconformidad en el certificado de liquidación final expedido e indicó que se encontraba pendiente la liquidación del pago de los intereses por mora, que fueron reclamados y valorizados mediante pedidos de pronto despacho, recurso administrativo

presentado el 16 de septiembre de 2013 como así también, la devolución de los importes retenidos en concepto de fondos de reparo.

En virtud de ello, este Tribunal de Cuentas emitió la Nota Externa Nº 329/18 Letra: T.C.P. - A.O.P., dirigida al señor Ministro de Obras y Servicios Públicos -Profesor Luis Alberto VAZQUEZ- suscripta en el marco de lo establecido en la Resolución Plenaria Nº 307/2010 el 25 de octubre de 2010 y el Acuerdo Plenario Nº 2187, referidos al reclamo de intereses por mora en el pago de certificados de obra, efectuados por INVERSUR S.R.L.

En el artículo 3º de la Resolución citada, se solicitó al Ministerio de Obras y Servicios Públicos que: "(...) *informe a este Tribunal de Cuentas, acerca del reclamo de intereses efectuado por el contratista en la Nota de Pedido Nº 72, a efectos de evaluar la eventual configuración de perjuicio fiscal, todo ello conforme lo previsto en el artículo 4º inciso c) de la Ley Provincial Nº 50".*

El 22 de febrero de 2018, este Organismo de Control solicitó al Ministro de Obras y Servicios Públicos: *"1- Informar si la Empresa Inversur SRL desistió del reclamo de liquidación de intereses por mora en el pago atrasado de los certificados de obra.*

2- Qué resolución se adoptó por parte del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, respecto del reclamo de intereses efectuado por la empresa contratista, mediante Nota de Pedido Nº 72.

3- Se solicita, dar intervención al Área Legal del organismo, a efectos de dictaminar si, de acuerdo a las pautas temporales excedidas, el reclamo de los intereses no se encontraría prescripto."

Con motivo de lo requerido por este Tribunal, la Dirección de Certificaciones del Ministerio de Obras y Servicios Públicos envió la Nota N° 47/2018 a la empresa INVERSUR S.R.L., en la que solicitó: "(...) *se informe si se dio respuesta formal al reclamo efectuado por INTERESES POR MORA en cuanto al pago de los certificados para la Obra: EDIFICIO DE ENSEÑANZA INICIAL RIO PIPO – USHUAIA (EXPTE. 17578MO/06) y en virtud de haber firmado la Liquidación Final en disconformidad. Ello por cuanto se desconoce si por cuerda separada se dio resolución a lo planteado oportunamente. Caso contrario se solicita remitir documentación respaldatoria a fin de dar respuesta al órgano de control T.C.P., quienes por Nota Externa N° 89/18 de fecha 22/02/18 solicitaron información al respecto".*

En el expediente N° 17578/2006 Letra: M.O., a fojas 4505 vta. obra nota del señor Marcelo A. PUEBLA -Dirección de Certificaciones del Ministerio de Obras y Servicios Públicos- en la que manifestó la falta de respuesta de la nota girada a la empresa INVERSUR S.R.L.

Posteriormente, intervino el servicio jurídico del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, mediante Informe D.G.A.J. (M.O. y S.P.) N° 15/18, el que dictaminó: "(...) *Gordillo considera que corresponde la prescripción liberatoria de 5 años, por aplicación del art. 4027 inc. 3 del anterior Código civil y, considera que la prescripción debe contarse a partir de cada certificado empezando a correr desde* ***el primer día que sigue al plazo concedido por la ley para el pago de los certificados y corre independientemente para cada certificado****, utiliza para decir ello el mismo fundamento por el que no corresponde el reajuste de los intereses engendrados por la mora en el pago de los certificados provisionales, ya que los intereses que corresponden en ese caso son definitivos,*

en cuanto responden a la privación, durante un período determinado, de un capital a que el contratista tenía derecho a gozar.

Ahora bien, dado que desde el primero de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, cabe tener presente que una de las cuestiones modificadas por el nuevo texto es aquella relativa a la prescripción. Así el instituto de la prescripción se encuentra contenido en el título I del libro sexto del Código Civil y Comercial de la Nación. Por su parte ***el artículo 2562 reemplaza el viejo artículo 4027 en lo que se refiere al plazo de prescripción para el reclamo de obligaciones que se devengan por años o plazos periódicos más cortos reduciendo el plazo de 5 a 2 años.***

Respecto de las obligaciones cuya prescripción ya se encontraba en curso previo a la modificación de régimen, ello fue contemplado por la reforma en el siguiente artículo: 'Art. 2537.- Modificación de los plazos por ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior'.

Por lo tanto, en el caso si aplicamos el plazo de dos años de prescripción liberatoria, puede entenderse que ya tan solo considerando la resolución que aprobó la liquidación final del 8 de junio de 2015 -donde la empresa efectuó la reserva de intereses- el reclamo de todo lo que se devenga por años, o plazos más cortos se encontraría prescripto, ello sin entrar a considerar

como dijimos que los plazos en realidad corren independientemente para cada certificado (con lo cual serían todos anteriores a la fecha señalada)".

Por último, el 24 de abril de 2018 mediante Nota Interna N° 739/18 Letra: T.C.P. - S.C. el Auditor Fiscal a cargo de la Secretaría Contable, C.P. Rafael A. CHORÉN, solicitó que se proceda a dictaminar en relación a si de acuerdo a las excedidas pautas temporales, el reclamo de intereses por parte de la empresa INVERSUR S.R.L. se encontraría prescripto, tal como lo indicó la Dra. Evangelina DI GIACINTI en su Informe D.G.A.J. (M.O. y S.P.) N° 15/18.

ANÁLISIS

En primer lugar, cabe delimitar el marco normativo aplicable al caso de marras.

La Ley provincial N° 13.064 -Obras Públicas- dentro del artículo 48 referido al pago del precio, expresa: *"Si los pagos al contratista se retardasen de la fecha en que, según contrato, deban hacerse, éste tendrá derecho a reclamar intereses a la tasa fijada por el Banco de la Nación Argentina, para los descuentos sobre certificados de obra.*

Si el retraso fuere causado por el contratista, debido a reclamaciones sobre mediciones u otras causas con motivo de la ejecución de la obra, y ellas resultasen infundadas, o se interrumpiese la emisión o el trámite de los certificados u otros documentos por actos del mismo, no tendrá derecho al pago de intereses".

La Ley comentada y anotada expone lo siguiente en cuanto a la puntualidad de la cancelación de pago del precio pactado: *"La principal contraprestación del comitente, retributiva de la obligación esencial de resultado que asume el contratista, es la de pagar a éste un precio según regulaciones objetivas y predeterminadas en el pliego, por lo que se ha destacado que los pagos al contratista, por principio, deben efectivizarse con regularidad.*

Esta obligación de pago, por lo general, nace a partir del momento en que el contratista ejecuta su prestación en un todo de acuerdo con las exigencias del contrato, sin perjuicio del plazo que se hubiera estipulado para la efectiva cancelación del precio.

Es importante que los pagos se efectivicen puntualmente para evitar que la Administración se vea constreñida al pago de intereses, e impedir que el contratista se perjudique al soportar una carga financiera extracontractual derivada de la mora. Caso contrario, el empresario asumiría un rol extraño al que le compete dentro del marco del contrato de pago directo, esto es, el de prestamista forzoso de la Administración.

A mayor abundamiento, el comitente no podría voluntariamente dejar de cumplir en término su obligación de pago, so pretexto de que el artículo en comentario reconoce el derecho del contratista a la percepción de intereses por mora en la cancelación del importe de los certificados." (Ricardo Tomás DRUETTA – Ana Patricia GUGLIELMINETTI, *"Ley 13.064 de Obras Públicas Comentada y anotada"*, Páginas 366-368, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013).

El Contrato de Obra Pública registrado bajo el Nº 11760 el 31 de enero de 2007 establece en su cláusula séptima la forma de certificación y pago:

"La forma de pago será mediante certificados y el plazo de pago será a los QUINCE (15) días corridos contados a partir de la fecha de presentación de los mismos, en la Mesa General de Entradas de la Gobernación y con la debida conformidad por parte de la Provincia, en un todo de acuerdo a lo previsto a fs. 337 Circular Aclaratoria N° 1 (sin consulta) y a fs. 348 Artículo 20° C.E. - Medición de los Trabajos – Certificaciones, con la debida retención correspondiente a los fondos de reparos establecidos en la Ley 13.064 de Obras Públicas".

A su vez, el Pliego de Bases y Condiciones obrante a fojas 340-439 prevé en su artículo 9° C.E. el plazo de pago de los certificados: *"El plazo de pago de los certificados será de cuarenta y cinco (45) días corridos, contados a partir de la fecha de la presentación de los mismos.*

Será requisito esencial previo al efectivo pago del certificado, la presentación por parte del contratista, de los comprobantes que acrediten que las garantías se encuentran vigentes y actualizadas.

En caso de que dichos comprobantes no sean presentados, los plazos de pago se verán interrumpidos hasta tanto se regularice la presentación de los mismos, sin que esta situación de derecho a reclamo de ninguna índole por parte de la contratista.

Será condición de pago del primer certificado por parte de la Provincia la presentación ante la Dirección General de Obras Públicas de la documentación aprobada por la Municipalidad y/u otro organismo para el inicio de la obra".

Conforme lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, es preciso el momento a partir del cual la Administración se encontraría en mora por no efectuar el correspondiente pago de los certificados presentados en tiempo y forma por la contratista.

Surge de la doctrina citada que los pagos a cargo de la Administración deben efectivizarse dentro del período fijado en el contrato de obra pública y su correspondiente pliego, sin posibilidad de adicionar plazo legal alguno libre de intereses.

En tal sentido, la finalización del plazo previsto para el pago de los certificados de obra constituye el elemento esencialmente considerado para establecer el momento a partir del cual comienzan a devengarse los intereses por mora.

La doctrina expone: *"Los intereses corren ipso iure desde la fecha en que deben hacerse los pagos según contrato. Se trata de una mora legal automática que no requiere interpelación previa.*

La obligación de pago de los intereses por mora queda predeterminada legalmente a partir de un criterio de responsabilidad objetiva que no requiere la culpabilidad del deudor -aunque en la realidad de los hechos este supuesto se verifica con frecuencia-, ni la demostración del perjuicio que ocasiona al contratista el pago fuera de término." (Ricardo Tomás DRUETTA – Ana Patricia GUGLIELMINETTI, *"Ley 13.064 de Obras Públicas Comentada y anotada"*, Páginas 369-370, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013).

Ahora bien, en los expedientes sujetos a análisis se manifestó la mora en el pago de los certificados de obra expedidos por la empresa INVERSUR S.R.L. y conforme ello la contratista efectuó los reclamos que consideró pertinentes y la correspondiente reserva del derecho a la percepción de los intereses en el Certificado de Liquidación Final obrante a fojas 4385-4391.

Respecto del plazo de prescripción aplicable a la acción que impulsa la percepción de los intereses por demora en los pagos, los autores consultados coinciden en que: "(...) *la acción tendiente a la percepción de los intereses por retardo en los pagos prescribe a los cinco años, según lo dispuesto en el art. 4027, inc. 3º, del Código Civil.*" (Ricardo Tomás DRUETTA – Ana Patricia GUGLIELMINETTI, *"Ley 13.064 de Obras Públicas Comentada y anotada"*, Página 389, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013).

A su vez, la Sala 1ª de la Cámara Contencioso Administrativa de Córdoba, en los autos caratulados: *"EMPRESA SANTECCHIA S.A. C/ PROVINCIA DE CÓRDOBA"*, citó a SALVAT que afirma que la prescripción quinquenal reposa en consideraciones de orden público: *"... la condición general de la prescripción de cinco años, de acuerdo con esta disposición, es que se trate de obligaciones periódicas, como ocurre en los siguientes casos: a) Intereses de capitales, ya se trate de capitales dados en préstamo, ya del precio de venta, etc. la prescripción de cinco años debe aplicarse a toda clase de intereses, convencionales o legales...". "...La prescripción de cinco años se aplica igualmente, ya se trate de intereses compensatorios, moratorios o punitorios, porque en todos los casos tenemos la condición de la periodicidad...".*

La Jurisprudencia citada en el párrafo anterior expone: "(...)... *La orientación de la doctrina y en especial de la jurisprudencia, es hacia la aplicación amplia. Cualquiera sea la razón de la obligación contraída de pagar*

una suma de dinero que genera intereses, aunque no se trate de un préstamo, la prescripción de los intereses se opera en el plazo de cinco años. (Cita a Planiol y Ripert)".

Como es de público conocimiento, en agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, el que modificó cuestiones relativas al instituto de la prescripción.

El artículo 4027 establecía: *"Se prescribe por cinco años, la obligación de pagar los atrasos:*

1°- De pensiones alimenticias;

2°- Del importe de los arriendos, bien sea la finca rústica o urbana;

3°- De todo lo que debe pagarse por años, o plazos periódicos más cortos".

El mencionado artículo fue sustituido por el actual 2562 que determina: *"Prescriben a los dos años:*

a) *el pedido de declaración de nulidad relativa y de revisión de actos jurídicos;*

b) el reclamo de derecho común de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo;

c) el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas;

d) el reclamo de los daños derivados del contrato de transporte de personas o cosas;

e) el pedido de revocación de la donación por ingratitud o del legado por indignidad;

f) el pedido de declaración de inoponibilidad nacido del fraude".

Clasificada Doctrina determina, en el análisis del inciso referido a la prescripción del reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, que: *"Se entiende, que, al igual que lo que ocurría en el supuesto del art. 4027 inc. 3°: a) Debe mediar, ante todo, periodicidad de las prestaciones; por lo común, se está ante obligaciones cuyo objeto lo constituyan prestaciones de dar que han de satisfacerse en períodos de años o en plazos más cortos. b) Consisten esas prestaciones, por lo general, en un 'dar'. Pero las obligaciones de hacer también caen en el campo de aplicación cuando se traducen en suministro periódico, si no constituyen otro tipo de actos. c) Las prestaciones deben implicar el accesorio de una obligación principal, es decir, que aquellas prestaciones reconozcan en ésta su causa. De ahí que la prescripción de la obligación principal no queda subordinada a la prescripción de estas obligaciones accesorias, y ello no obstante que esa obligación principal haya de satisfacerse en cuotas periódicas (v.gr., al amortizarse el capital dado en mutuo mediante pagos parciales por cada trimestre, semestre o año). d) La ley no impone que la prestación periódicamente debida tenga los caracteres de fijeza, o que sean determinadas previamente: ellas pueden variar como ocurre con algunas prestaciones periódicas de suministro. e) Los períodos en los cuales las prestaciones deben efectuarse no pueden exceder del año"* (Julio César RIVERA – Graciela MEDINA, *"Código Civil y Comercial de la Nación Comentado"*, Página 671, La Ley, Buenos Aires, 2015).

Análogamente, el reconocido doctrinario Guillermo A. BORDA explica dentro del concepto y clasificación de los intereses que: *"Los intereses son frutos civiles del capital; como tales, tienen carácter accesorio. De este carácter surgen las siguientes consecuencias: los intereses vencidos de un crédito quedan comprendidos en la cesión (art. 1458), los intereses vencidos quedan comprendidos en el crédito legado (art. 3786), el recibo de capital sin formular*

reservas respecto de los intereses determina la extinción de éstos (art. 624), las garantías constituidas en seguridad del capital se extienden también a los intereses (arts. 1997, 3152, 3229), el pago de intereses interrumpe la prescripción de la deuda (art. 3989) y vale como reconocimiento de la obligación.

Debe hacerse notar una excepción a esta regla en materia de sociedad conyugal: el carácter accesorio de los intereses debería llevar a la conclusión de que los correspondientes a un capital propio de uno de los cónyuges debería también tener carácter propio; pero no es así, pues se lo reputa ganancial. También es una excepción a esta accesoriedad la diferencia establecida respecto de los plazos de prescripción para el capital y los intereses (arts. 4023 y 4027, inc. 3º)" (Guillermo A. BORDA, *"Tratado de Derecho Civil – Obligaciones"*, Tomo I, Página 331, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1998).

Por lo tanto, sin perjuicio de que los intereses hayan podido surgir por la mora en el pago de los certificados de obra -contrato primordial- ello no implica que la prescripción quede sujeta al régimen aplicable a la obligación principal.

Así lo fija la Jurisprudencia citada en el Código Civil y Comercial de la Nación Comentado: *"8. El capital y los intereses de un mutuo hipotecario constituyen los dos rubros distintos cuya prescripción se rige por sistemas diferentes, quedando comprendido el capital en término ordinario... Mientras que los intereses... prescriben a los... años independientemente de la naturaleza de los mismos -compensatorios, moratorios o punitorios-, pues la distinción se basa en la distinta naturaleza y origen de las deudas (CNFed. Civ. y Com., sala II, 26/4/2000, LA LEY, 2000-D, 895 [42.967 – S]; DJ, 2001-2-1012)"* (Julio César

RIVERA – Graciela MEDINA, *"Código Civil y Comercial de la Nación Comentado"*, Página 674, La Ley, Buenos Aires, 2015).

Ahora bien, en cuanto a las obligaciones cuya prescripción ya se encontraba en curso, como es el caso en particular, el artículo 2537 dispone: *"Modificación de los plazos por ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior.*

Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contando desde el día de su vigencia, excepto que el plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior".

En virtud de lo dicho en los párrafos precedentes y conforme la contratista realizó por última vez la reserva de intereses en el Certificado Final de Obra, el que fue aprobado mediante Resolución M.I.O. y S.P. N° 245/15 el 8 de junio de 2015, el marco normativo aplicable en la especie es el artículo 2537 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que al momento de su entrada en vigencia, el plazo de prescripción de cinco (5) años del anterior artículo 4027 ya se encontraba en curso.

El principio previsto en el artículo 2537 es que los plazos de prescripción que se encuentran corriendo al momento de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación se rigen por la ley anterior, sin embargo si el plazo contemplado por la nueva ley es mas breve que el que resta computar conforme la ley anterior, rige la nueva ley.

En concordancia con lo expuesto, dado que el plazo previsto por el Código para el reclamo de las obligaciones que se devengan por años o plazos periódicos más cortos es de dos (2) años, el mismo debe computarse a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

CONCLUSIÓN

En mérito del análisis de la normativa vigente, se manifiesta con claridad que el reclamo de intereses efectuado por la empresa INVERSUR S.R.L. se encuentra prescripto, en virtud de que el plazo de dos (2) años previsto por el Código Civil y Comercial de la Nación finalizó en agosto de 2017.

Como corolario de lo expuesto, se elevan las actuaciones para la prosecución del trámite.

Dra. Dalana Belén BOGADO
ABOGADA
Mat. N° 817 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Secretaría Contable

Comparto el criterio vertido por la Dra Daiana Bogado en el Informe Legal N° 74/2018 Letra TCP-CA y giro los actuados para continuidad del trámite.

Dr. Sebastián OSADO VIRUEL
Secretario Letrado
Tribunal de Cuentas de la Provincia

24 MAYO 2018