

Cuestiones en torno al Certificado de Obras Públicas

(Artículo enviado para su publicación en libro homenaje al Dr. Julio R. Comadira)

Por Beltrán Gorostegui

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Concepto y naturaleza; III.- Tipos de certificados; IV.- Su transmisión como mecanismo de financiamiento: IV.1.- Consideraciones generales; IV.2.- Cesión del certificado; IV.3.- ¿Cesión en garantía o prenda?; V.- Intereses: V.1.- Constitución en mora y pagos a los que son aplicables; V.2.- Oportunidad de formular reservas; V.3.- Tasa aplicable; V.4.- Certificados e intereses y la consolidación de deudas; V.5., Tratamiento impositivo; V.6.- Prescripción; VI.- Conclusiones.

- I -

INTRODUCCIÓN

1. El pago del precio en el contrato de obra pública, constituye la principal obligación de la Administración comitente y, en consecuencia, el derecho primordial del sujeto contratista.
2. Dada la magnitud que por lo general tienen este tipo de obras, su pago no se suele diferir para el momento de su culminación, sino que se va materializando simultáneamente con la marcha de los trabajos.
3. Existirían en teoría, al menos, tres formas posibles de determinar los períodos y montos de pago en un contrato de locación de obra, a saber: una, fijando metas de avance parcial, de modo que al alcanzarse cada una de esas metas, el contratista adquiriera el derecho a percibir el importe parcial correspondiente. Por ejemplo, tratándose de una obra vial, las metas podrían consistir en la liberación total de la traza, el movimiento de suelos, etc., y por cada

una de ellas, correspondería el pago proporcional del precio. La segunda modalidad, sería prorrateando el pago de la obra en tantos períodos preestablecidos, independientes de su grado de avance. Así, una obra de 20 meses de duración, podría pagarse en diez cuotas bimestrales iguales y consecutivas. Finalmente, la tercera, y la que combina de algún modo las dos alternativas precedentes, consiste en predeterminar plazos fijos de medición y pago, por ejemplo, mensuales, sujetando la determinación del monto parcial a liquidar, al grado efectivo de avance de las tareas en cada período.

4. La Ley Nacional de Obras Públicas 13.064 (B.O. del 28.10.47), en adelante LOP, no regula específicamente la cuestión sino que remite a lo que establezcan los pliegos de cada obra en particular. Así, el art. 45 establece que “Las condiciones de pago se establecerán también en los pliegos de condiciones generales y en los particulares para cada obra”¹.

5. En la práctica, los pliegos de condiciones para la construcción de obras públicas, adoptan la tercera de las modalidades enunciadas anteriormente.

6. En cualquier caso, la forma en la que los créditos entre el contratista y el comitente se documentan durante la marcha del contrato, recibe el nombre de certificados de obra pública².

- II -

CONCEPTO Y NATURALEZA

7. La LOP no define a los certificados de obras públicas. En la Provincia de Buenos Aires, por el contrario, la Ley 6021, t.o. Decreto 4536/95 (B.O. 27.2.96) en

¹ En las aclaraciones parlamentarias se explica esta disposición, de la siguiente manera: “La forma de hacer los pagos dependerá también del sistema de contratación escogida y las modalidades de cada obra, siendo ésta la razón por la que en este artículo se establece de que tales cláusulas se insertarán en los pliegos de condiciones generales y especiales”, reproducido por Mó, Fernando F., “Régimen Legal de las Obras Públicas”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1966, pág. 289.

² Fiorini, Bartolomé A. “Certificado de obras públicas”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina, t. II – “B-Cia”, 1955, ps. 959 y ss. Ver las distintas denominaciones que reciben los certificados según su especificidad, *infra*, en el cap. III.

su artículo 41 establece que “A los efectos de esta ley se entiende por certificado todo crédito documentado que expida la Administración al Contratista con motivo del contrato de Obra Pública”.

8. En doctrina, también se han ensayado diversos conceptos, entre los que cabe destacar los siguientes:

- Fiorini, expresa que “El certificado de obras públicas es un instrumento documental emitido por la ejecución parcial de una obra pública. Es un documento probatorio creado por el Derecho administrativo, que comprueba la realización de una parte determinada del trabajo convenido con la administración pública”³.

- Mó, considera que se trata de “un instrumento fehaciente con el cual se acredita que el contratista ha realizado un determinado monto de obra, cuya existencia la Administración ha verificado y mensurado”⁴.

- Dromi y Kemelmajer de Carlucci, desde un enfoque técnico formal, dicen que es “un instrumento público que prueba la existencia de créditos –parciales o definitivos- a favor de un contratista de obra pública”⁵.

- Bezzi⁶, al igual que Marienhoff⁷, adoptan el concepto antes transcrito de la Ley 6021 de la Provincia de Buenos Aires.

9. En la jurisprudencia, siguiendo a Barra⁸, se lo ha definido recientemente, como una “declaración de la Administración comitente referida a una relación de derecho público – contrato de obra pública – destinada a reconocer un crédito a favor del contratista”⁹.

10. La Procuración del Tesoro de la Nación, por su parte, considera que se trata de un documento que, al hacer constar los trabajos realizados durante un período

³ Fiorini, Bartolomé A., ob. cit., pág. 959.

⁴ Mó, Fernando F., ob. cit., pág. 287.

⁵ Dromi José R. y Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La cesión de los certificados de obra pública frente a la quiebra del contratista”, La Ley, Tº 156 – 1155.

⁶ Bezzi, Osvaldo M., “Contrato de Obra Pública”, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1982, pág. 172.

⁷ Marienhoff, Miguel B., “Tratado de Derecho Administrativo”, 1970, Ed. Abeledo – Perrot, Tº III-B, Buenos Aires, pág. 552.

⁸ Barra, Rodolfo C., “Contrato de Obra Pública”, Buenos Aires, Ed. A' baco Rodolfo Depalma, Tº 3, pág. 923.

⁹ Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala V, *in re* “Badner, Sapirstein, Samuel A. C. Ministerio de Economía de la Nación”, 31.10.2005, Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley, septiembre de 2006, pág. 60.

de tiempo determinado, posibilita el cobro de pagos parciales y a cuenta, sujetos al ajuste que resulte de la liquidación final¹⁰.

11. Las definiciones transcriptas, justifican asignarle una doble naturaleza a los certificados de obras públicas; la primera, desde el punto de vista del Derecho Administrativo y, la segunda, desde la óptica del Derecho Comercial:

12. Así, desde el Derecho Administrativo, diremos que la naturaleza del certificado es la de un acto administrativo¹¹. Ello, por cuanto nos encontramos frente a “una declaración emitida por un órgano estatal, o un ente público no estatal, en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros”¹².

13. En efecto, una “declaración...”, por cuanto con ella se certifica la existencia de una deuda o de un crédito¹³; “...emitida por un órgano estatal, o un ente público no estatal...”, es decir, por el órgano o ente que haga las veces de comitente¹⁴; “...en ejercicio de función administrativa...”, que en el caso se materializa a través de una de sus manifestaciones principales, esto es, en el marco de un contrato administrativo; “...bajo un régimen jurídico exorbitante...”, que es propio de toda función administrativa; “...productora de efectos jurídicos...”, en el caso,

¹⁰ Dictamen N° 87/95, Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, N° 23, 1995, pág. 178.

¹¹ Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, *in re* “Coviara c. Savico S.A. y otra”, 15.12.87, La Ley 1988 – B, 471, cap. VII; Cám. Nac. Civ., Sala D, *in re* “Plan Obra c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 2.5.2002, El Derecho 12.2.2003. Así lo define también el art. 85 inc. c) de la Ley de Obras Públicas de la Provincia de Salta, citado y analizado por Barra, Rodolfo C., ob. cit., pág. 923 y ss.

¹² Para un desarrollo analítico del concepto de acto administrativo, ver Comadira, Julio R. y Monti, Laura (colaboradora) “Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y Anotada”, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2002, pág. 182 y ss.

¹³ Aclaración 1: preferimos limitarnos a manifestar que lo que se certifica es la existencia de un crédito, y no el grado de avance de la obra como se suele agregar, pues, en ese concepto, sólo se encuadra el certificado parcial de obra, y no el resto de los certificados. Ver, *infra*, en el cap. III, la clasificación de los certificados. Aclaración 2: nos referimos a “una deuda o un crédito”, porque si bien es poco frecuente, no es imposible que por especiales circunstancias, de la certificación surja un crédito a favor del comitente, lo que sería una “certificación negativa”.

¹⁴ Los certificados son siempre expedidos por el comitente, aún cuando en ciertos pliegos se prevé que sean los contratistas los que elaboren y eleven sus proyectos. Con relación a la posibilidad de que los llamados entes públicos no estatales puedan ser contratantes de una obra pública, en el orden nacional, debe tenerse en cuenta el requisito del art. 1º de la Ley 13.064 de que la obra deba solventarse con fondos del tesoro nacional, y la doctrina desenvuelta alrededor de dicha disposición, a la que remitimos para no sobrepasar los límites de este trabajo. Así, se puede ver, Bezzi, Osvaldo M., ob. cit., págs. 11 y ss; Mó, Fernando F., ob. cit., págs. 55 y ss.

consistentes en el reconocimiento o imputación de una deuda¹⁵; “...directos e individuales respecto de terceros”, es decir, respecto del contratista que, como sujeto ajeno a la estructura estatal, resultará, según corresponda, acreedor o deudor de la suma certificada.

14. Consecuentemente, el régimen aplicable al certificado de obra pública, tal como se confirmó con la modificación –por la Ley 25.344 (B.O. del 21.11.2000)- del párrafo final del artículo 7º de la Ley 19.549 (B.O. del 27.4.72), será el propio de todo acto administrativo (Título III, arts. 7 a 22), adecuado a su naturaleza.

15. Desde el punto de vista instrumental, no creemos que los actos administrativos puedan ser considerados instrumentos públicos de los del inciso 2º del artículo 979 del Código Civil como se ha sostenido¹⁶. Y tampoco pensamos que los certificados de obras públicas en particular lo puedan ser por asimilación a las “cuentas sacadas de los libros fiscales”, como se ha sugerido en doctrina¹⁷. Pues los efectos probatorios de los instrumentos públicos, irrefragables salvo por acción de redargución de falsedad, aconsejan precisamente que su consideración sea de carácter restrictivo y no amplia¹⁸. Adherimos entonces a la posición que considera que los actos administrativos pertenecen a la categoría de los denominados “documentos públicos”, susceptibles de ser desvirtuados por su prueba en contrario¹⁹.

¹⁵ Según que el certificado arroje un saldo a favor o en contra del contratista, respectivamente, pero recordando que el caso de que el certificado arroje un saldo a favor del comitente es de carácter excepcional.

¹⁶ Spota, Alberto G., “Carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas”, *Jurisprudencia Argentina* 1995-I-119; Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Segunda Edición, t. IV, 1999, pág. 424/425, y nota 36.

¹⁷ Spota, Alberto G., “Naturaleza Jurídica de las cuentas de afirmados extraídas de los libros municipales”, citado por Dromi, José R. y Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob. cit., pág. 1156, nota 10.

¹⁸ Señala Fiorini que “La errónea interpretación que considera la existencia de instrumento público por la presencia de un agente público que lo suscribe, no ha tomado en cuenta las diversas disposiciones establecidas en el Código Civil que limitan en forma restrictiva su extensión analógica, y que con mayor razón deberá regir en el mundo jurídico del derecho público”, en Fiorini, Bartolomé A., “Acto administrativo e instrumento público. El método constitucional”, *La Ley* 146 - 1017, en esp. pág. 1023.

¹⁹ Comadira, Julio R., “Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios”, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2003, pág. 28; ver también, Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Tº 3, 8va. edición, cap. VII, págs. 13/14; Mata, Ismael, “Procedimientos Administrativos. Expedientes, escritos, representación”, *Jornadas de Organizadas por la*

16. Cabe destacar que, por su naturaleza, es decir, por consagrar una obligación en contra de la Administración y no una prerrogativa en su favor, este acto administrativo carece de ejecutoriedad (Ley 19.549, art. 12). Con la salvedad del ya mentado caso excepcional, de que algún certificado pudiera arrojar un saldo positivo a favor de la Administración, por ejemplo, si tuviera que descontarse una penalidad que superara el monto del certificado, o si se rectificara el monto de un certificado anterior mal liquidado, en cuyo caso, ella podría hacerlo efectivo por sí, ya sea efectuando directamente un descuento en el certificado inmediato posterior, o bien, descontándolo de la garantía contractual²⁰.

17. Los certificados también pueden ser cuestionados administrativamente. Los pliegos generalmente prevén procedimientos específicos de impugnación, respecto de los cuales cabe predicar la aplicación supletoria de las normas específicas (Título VIII, arts. 71 a 102) del Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos, Decreto 1759/72, t.o. Decreto 1883/91 (B.O. 24.9.91). Y desde ya, también pueden ser impugnados en sede judicial²¹.

18. Desde la óptica del Derecho Comercial, se sostiene pacíficamente en doctrina, que el certificado de obra pública no constituye un medio ni una orden de pago, que no se trata de un papel de comercio, ni de un título de crédito, puesto que no reúne los caracteres de literalidad, necesidad y autonomía propios de dichos títulos²². No es constitutivo de un crédito nuevo, sino un simple medio

Universidad Austral, Buenos Aires, 1998, págs. 211 y ss. Téngase en cuenta, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema, al menos en materia fiscal, en cuanto a que dada la presunción de legitimidad de los actos administrativos, en materia probatoria no puede hacerse “una remisión simplista y mecánica a las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...” (*in re* “Romero S.A.”, 29.6.2005, La Ley 2005-D, 48 y su cita de Fallos: 310:2682, cons. 9º).

²⁰ Barra, Rodolfo C., ob. cit., pág. 981/982. Aunque este autor, a diferencia de lo expuesto en el texto, pareciera sostener la ejecutoriedad de todo tipo de certificado, pág. 905, en esp. nota 1.

²¹ Sobre este tema, ver Laura M. Monti de Hitzfelder, “La aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 en el ámbito de los contratos administrativos”, Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Derecho Administrativo del 6.11. 96. Ver también, Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, “Tecnobra S.A.”, 4.10.90.

²² Mó, Fernando F., ob. cit., pág. 288; Dromi, José R. y Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob. cit., pág. 1157; Ferrer, Patricia y Ferrer, Ricardo O., “Certificado de Obra Pública. Su transmisión. La administración ante la quiebra del contratista”, La Ley 1981 – D, 1036; Mertehikian, Eduardo, “El costo financiero en el contrato de obra pública”, La Ley 1997 - C, 782, ap. IV, pto. C).

probatorio de uno preexistente²³. Tampoco son títulos públicos, pues si lo fueran, ellos constituirían el pago efectivo de la deuda²⁴.

- III -

TIPOS DE CERTIFICADOS

19. Los certificados que emite el comitente no siempre son la contrapartida de determinado avance alcanzado en la ejecución de la obra por el contratista sino que, antes de ello y más genéricamente, son la forma en que se documenta todo tipo de créditos del contratista contra el comitente, e incluso de éste último contra aquél, si el resultado de la certificación es negativo. Reseñaremos los principales tipos de certificados que pueden emitirse durante la ejecución de una obra pública:

- Certificado parcial de obra: sin dudas, el certificado por excelencia. Es el que refleja en términos económicos la marcha material de la obra en un período de tiempo determinado, generalmente, de un mes. Se suele destacar la provisionalidad de este certificado, como contraposición al certificado final.

Pero lo cierto es que éste no sería el único certificado de carácter provisional, sino que, en rigor, lo son todos aquellos que se emiten en el curso de la obra con excepción, precisamente, del certificado final. Pues nada impide que en el certificado final, se ajusten cualquiera de los certificados emitidos durante la marcha del contrato, como el de acopio de materiales, de anticipo, etc.

Esta provisionalidad, torna innecesario formular reserva en cada certificado para el cobro de intereses moratorios en los casos de pago fuera de término²⁵; determina que los pagos efectuados en su consecuencia sean a cuenta²⁶; permite rectificar

²³ La Corte nacional admitió que ante certificados deficientes, los créditos podían ser probados por otros medios de prueba (Fallos 310:2278, considerando 14).

²⁴ Gordillo, Agustín A., "Intereses por mora en el pago de los certificados de obra pública", Jurisprudencia Argentina, 1962-III, Sección Doctrina, pág. 82.

²⁵ Ver *infra*, cap. V, pto. 2.

²⁶ Gastón Jèze, "Principios Generales del Derecho Administrativo", Buenos Aires, Ed. De Palma, Tº V - Teoría General de los Contratos de la Administración-, 1950, pág. 276 y ss.

los errores que pudieran contener sin infringir la “cosa juzgada administrativa”²⁷ y; justifica que su emisión no implique conformidad de la Administración con la calidad de la obra ejecutada por el contratista hasta ese momento²⁸. Sin embargo, ella no obsta a que de los certificados se pudieran devengar intereses “firmes y definitivos” por la mora en su pago²⁹, ni a la transmisibilidad del crédito que ellos documentan³⁰.

Por último, cabe agregar que estos créditos, dado su destino de solventar la ejecución de una obra pública en la que está comprometida el interés público y, con excepción del eventual remanente de la liquidación final -precisamente por no tener ya ese destino-, están exentos de embargo judicial por parte de los acreedores del contratista, salvo el caso que ellos sean obreros empleados en la construcción, o personas a quienes se deban servicios, trabajos o materiales por aquélla (LOP, art. 47)³¹.

²⁷ Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, *in re* “Astilleros Costa Guta”, 1º.6.89.

²⁸ Fiorini, Bartolomé A., *ob. cit.*, pág. 960; Marienhoff, Miguel S., *ob. cit.*, págs. 552/553. En el mismo sentido, Aberasturi, Pedro (H.), “El pago en el contrato de obra pública”, *Revista de Derecho Administrativo*, Año 2, N°s 3 a 5, pág. 347. Desde el punto de vista de la jurisprudencia, puede verse el fallo de la Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala V, *in re* “Dycasa Dragados y Construcciones Argentina S.A.I.C.I. c/ Ministerio de Defensa s/ contrato de obra pública”, 15.2.2000, en esp. cap. V, del voto del juez Dr. Nestor H. Buján.

²⁹ En un antiguo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación sobre el tema, se lee que: “...si a raíz de la certificación provisoria se hubiera hecho un pago mayor del que hubiera correspondido según el resultado de la medición definitiva y liquidación final, el contratista no debe devolver la parte proporcional de los intereses correspondientes a aquel exceso verificado posteriormente y que se le pudiera haber abonado por el atraso incurrido en el pago con relación a las fechas estipuladas en el contrato. Lo mismo ocurre en el caso inverso, es decir, si el pago hecho sobre la base de un certificado provisorio hubiera sido menor del que en definitiva correspondía, la Administración no debe intereses al contratista sobre la diferencia que en exceso debía pagarse según la liquidación final”, Ver dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación del 30.8.61, en el “Expediente 41.136/958 s/ pago de intereses por certificados parciales de obra a Mechanical Works Engineering Cº y Pedro Monserrat SRL. Tribunal de Cuentas de la Nación”. Ver también, Gordillo, Agustín A., *ob. cit.*, pág. 85.

³⁰ Tiene dicho la Corte nacional que “el certificado parcial de obra ejecutada importa el reconocimiento de un crédito a favor del contratista, siendo extraña a la posibilidad de su cesión o descuento en una institución bancaria, la circunstancia de que por hechos posteriores, imputabilidad incierta, puede ser disminuido su importe...” (*in re* “Banco de San Juan”, Fallos 283:354, considerando 16. Ver también el desarrollo de este tema *infra*, cap. IV.

³¹ Las legislaciones provinciales no han seguido unánimemente esta modalidad de protección del crédito del contratista. En la Provincia de Buenos Aires, la Ley 6021, establece que: “En caso de inhibición al contratista o embargo sobre bienes o créditos afectados o provenientes de la obra contratada, se le intimará a levantarlos en el plazo de quince días, y si así no lo hiciera se podrán suspender las obras sin interrupción de los plazos del contrato” (art. 47). Mientras que la norma reglamentaria establece que: “Dentro de los tres días de recibido el oficio que comunique la inhibición o embargo, la repartición intimará al contratista a levantarlo en el plazo fijado por el

- Certificado de anticipo: en ciertos casos, los pliegos prevén el otorgamiento de un anticipo a favor del contratista, para agilizar económica y financieramente el comienzo de la obra. Esto se da generalmente en las obras que requieren de fuertes inversiones en su inicio, por ejemplo, para liberar la traza para la construcción de un camino público, o para adquirir el terreno para la ejecución de un plan de viviendas, en los casos en que ello es a cargo del contratista. La Ley 6.021 de la Provincia de Buenos Aires, admite expresamente la posibilidad de otorgar anticipos de hasta un 30% (art. 48).

- Certificado de acopio de materiales: con este certificado, el objeto del reconocimiento del crédito no es el avance de la obra propiamente dicho ni la agilización de su inicio, sino la acumulación en el mismo emplazamiento de ejecución, en depósito o en fábrica, de los materiales que se incorporarán a la obra. La justificación de este certificado proviene del volumen extraordinario de los materiales necesarios en determinadas obras públicas que, de no reconocerse de este modo, tornaría inviable su ejecución o, en el mejor de los casos, sólo sería privativa de grandes empresas con gran capacidad financiera, y aún en esos casos la obra se encarecería innecesariamente, con perjuicio, principalmente, para el Estado³².

- Certificado de movilización de equipos: por los mismos motivos económico financieros que justifican los certificados de anticipo y de acopio de materiales, en ciertas obras, que requieran movilizar equipos con un costo considerable para la contratista, los pliegos prevén la certificación de dicha movilización. Esto se advierte, por ejemplo, en ciertas obras viales que requieren la movilización de grandes plantas asfálticas y demás equipamiento vial de consideración. Generalmente, cuando se utiliza esta modalidad, no se prevé el otorgamiento de anticipos.

- Certificado de redeterminación de precios: en el ámbito nacional, así como en las provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios con régimen propio,

artículo 47 de la ley”. Una norma de este tipo, ha traído diversas dificultades en la provincia de Santa Fe, según el comentario de Carrara, Miguel F., “El embargo del certificado de obra pública, una práctica abusiva en la provincia de Santa Fe”, publicado el 6.2.97, en Zeus Editora S.R.L.

³² Mó, Fernando F., ob. cit., pág. 288.

con motivo de la devaluación, crisis y emergencia de los años 2001/2002, se instituyeron mecanismos de redeterminación de precios de los contratos de obras públicas.

En el ámbito nacional, el Decreto reglamentario, de necesidad y urgencia y delegado 1295/2002³³ (B.O. 22.7.2002), complementado por su similar 1953/2002 (B.O. del 3.10.2002), y normas reglamentarias, establecieron este sistema, por el que se readecuan los precios de los contratos en la medida en que se van distorsionado como consecuencia de la inflación. En el orden nacional existía ya un antecedente de este sistema, a través del Decreto 1312/93 (B.O. del 30.6.93), pero de escasa aplicación en la práctica, y finalmente derogado por el art. 1º del Decreto 1295/2002.

Lo cierto es que estos mecanismos de redeterminación, nacieron como consecuencia de la prohibición de indexar precios contractuales proveniente de los artículos 7º y 10 de la denominada Ley de Convertibilidad 23.928 (B.O. del 28.3.91), revalidada en este aspecto por la Ley 25.561 (B.O. del 7.1.2002).

En tal sentido, se sostiene que existe una distinción esencial entre los sistemas de redeterminación de precios y los de variación de costos, que hacen compatibles al primero con las prohibiciones de la Ley de Convertibilidad. Esa diferencia radica en que en la primera “el precio está siempre determinado para el momento que se ejecute el tramo de la obra pertinente, y ese precio es inmodificable, no pasible de ajuste. En cambio, en la ‘variación de costos’, el precio existente al momento de ejecutar la obra es todavía susceptible de ajuste según las variaciones que hayan ocurrido entre el establecimiento del precio y la ejecución del tramo respectivo de obra”³⁴.

En el marco de este sistema, cuando se dan sus supuestos de aplicación, se emiten certificados de redeterminación de precios.

³³ Fundado en el art. 99 incs. 2 y 3 de la Constitución Nacional y en las facultades delegadas por la Ley 25.561.

³⁴ Ymaz Videla, Esteban M., “Redeterminación de Precios vs. Variación de Costos. Una diferencia esencial”, Revista de Derecho Administrativo, Nº 51, págs. 163 y ss, en esp. págs. 166/167.

La normativa nacional, a fin de morigerar las consecuencias perniciosas de la demora en el trámite de la redeterminación, desdobra la certificación por este concepto en dos etapas. En la primera, se emite el certificado de redeterminación provisoria, que se calcula de conformidad con la denominada fórmula de Variación de Referencia. En la segunda, una vez concluido el trámite, se emite el certificado de redeterminación definitiva, en cuya oportunidad se realizan los ajustes en más o menos que pudieran corresponder con relación a los montos provisionales que hubiera arrojado la redeterminación provisoria³⁵.

- Certificado de indemnización por mayores costos³⁶: en el curso de la obra pueden producirse alteraciones a lo convenido por diversas circunstancias, ya sea imprevisibles o previsibles pero irresistibles, o en ocasiones provenientes de decisiones del poder público, que irrogan al contratista mayores gastos de los que tenía presupuestados en su oferta, y que, si se reúnen todos los requisitos de procedencia, le deben ser reconocidos. Como ejemplos podemos citar el caso de los adicionales por sujeciones materiales imprevistas, el caso de los perjuicios por supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, o los gastos improductivos derivados de una paralización -total o parcial- de la obra no imputable al contratista. En estos supuestos, el reconocimiento del crédito al contratista, también se materializa a través de un certificado.

- Certificado final: una vez recibida la obra en forma definitiva, corresponde realizar su liquidación final y cierre de cuentas. En ella, como se anticipó, deben ajustarse todas las diferencias todavía pendientes entre las partes, y con el resultado de dicho ajuste, se emitirá el certificado final³⁷, que ya no será a cuenta sino el cumplimiento pleno del objeto de la obligación (Código Civil, art. 725). Como puede inferirse de una interpretación *a contrario* de ciertas características

³⁵ Anexo del Decreto 1295/2002, arts. 5º y 7º.

³⁶ Tomamos aquí el concepto amplio de “mayores costos”, comprensivo de las diversas causas, ya sea materiales, jurídicas o económicas, que pueden dar lugar a una indemnización a favor del contratista, adoptado por Diez, Manuel M., “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, Tº III, 1967, pág. 78.

³⁷ Ambos actos, la recepción definitiva y la certificación final, son independientes y distintos en sus efectos, pues el primero se vincula estrictamente con la correcta ejecución material de la obra, mientras que, el segundo, con la correcta cancelación de su precio. Ver, en este sentido, Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, *in re* “Entel c/ Iecsa S.A. s/ contrato administrativo”, 11.3.97, voto del juez Dr. Pedro J.J. Coviello, en esp. cap. III.

derivadas de la provisionalidad de los anteriores certificados³⁸, con el ahora analizado, el contratista debe formular la respectiva reserva para no perder todos los intereses pendientes de pago³⁹, y su monto ya puede ser objeto de embargo por parte de cualquier acreedor del contratista⁴⁰.

- IV -

SU TRANSMISIÓN COMO MECANISMO DE FINANCIAMIENTO

IV.1.- Consideraciones generales:

20. Los extensos plazos que transcurren desde la ejecución efectiva de un porcentaje de la obra, hasta su efectivo pago –generalmente no menor a 60 días– en muchas ocasiones tornan necesario, o al menos conveniente, echar mano a un financiamiento más inmediato, en cuyo caso los certificados juegan un papel fundamental.

21. Sin pretender agotar las diversas herramientas financieras a las que pueden acudir los contratistas de obra pública⁴¹, nos referiremos en el presente trabajo al medio más tradicional, y de plena vigencia en la actualidad, conocido como descuento de certificados. También haremos referencia a la utilización del certificado como garantía de una obligación principal⁴².

IV.2.- Cesión del certificado:

³⁸ Ver *supra*, en este cap., el apartado correspondiente a “certificado parcial de obra”.

³⁹ Ver *infra*, cap. V, pto. 2.

⁴⁰ Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, *in re* “Sideco Americana S.A.C.I.F. c/ Comisión Nac. de Energía Atómica s/ contrato de obra pública”, 21.11.97.

⁴¹ Ver Aguilar Valdés, Oscar R., “Principios Aplicables a las Infraestructuras Públicas”, “Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público”, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ed. Ediciones RAP s.a., 2005, págs. 375 y ss; Guiridlian Larosa, Javier, “Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras (nuevas formas de gestión y financiación)”, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, Abeledo – Perrot, 2004.

⁴² En el Derecho Francés, se han sancionado normas específicas que regulan estas mismas operaciones como medios esenciales en el financiamiento de las obras públicas (ver Moderne, Franck, “La Ley Dailly y el Financiamiento de los contratos de obras públicas en el derecho francés contemporáneo”, exposición brindada en el Encuentro Internacional sobre Nuevos Aspectos de la Obra Pública, Revista de Administración Pública (RAP), N° 217, año 1996, págs. 20 y ss.).

22. El descuento de certificados, como mecanismo indispensable para la financiación de estos contratos, está presupuesto en el art. 48 de la Ley N° 13.064, en cuanto establece que la mora en el pago de su precio se compensa con los intereses que el Banco Nación cobra por el descuento de certificados de obra pública⁴³.

23. La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho al respecto, que “Es pues desde todo punto de vista legítimo que esos certificados –cualquiera sea la naturaleza jurídica que se les atribuya– puedan ser descontados en una institución bancaria, con todos los efectos legales que a favor de ésta genera la cesión y subrogación (arts. 1434 y sigtes. del Código Civil)”⁴⁴.

24. La naturaleza de la operación de descuento de certificados, es la de una cesión de créditos de carácter onerosa.

25. La cesión del certificado de obra pública, implícitamente reconocida en su artículo 48 antes aludido⁴⁵, y pacíficamente aceptada por toda la doctrina⁴⁶ y por la jurisprudencia, entre otros, en el fallo recién transcrito en lo pertinente, sin embargo, no fue específicamente regulada en la Ley N° 13.064⁴⁷, ni en sus reglamentaciones generales aplicables a este contrato.

26. De modo que, como regla general, para determinar la regulación aplicable en cada caso, corresponde verificar primero en las leyes y reglamentaciones de la materia, y luego en las bases de la licitación⁴⁸, en los pliegos de condiciones

⁴³ En los fundamentos de esta disposición dados en la Cámara de Diputados por el miembro informante, José Martota, del proyecto que luego se sancionaría como la Ley de Obras Públicas 13.064, se lee: “El interés a reconocer es el de la tasa fijada por el Banco de la Nación, para los descuentos sobre certificados de obra. Este es el perjuicio real que sufre el contratista, ya que la tasa que fija el Banco de la Nación, es la que adoptan los otros bancos, y es sabido que salvo casos excepcionales, las empresas financian sus contratos con instituciones bancarias” (Anales de Legislación Argentina, VII, Pág. 404).

⁴⁴ *In re* “Banco de San Juan”, Fallos 283:354, considerandos 11 y 12.

⁴⁵ Ver también *infra*, cap. V.

⁴⁶ Por todos, Bezzi, Osvaldo M., *ob. cit.*, págs. 172 y ss.

⁴⁷ Sí lo estaba, sin embargo, en el proyecto de ley de obras públicas para la Nación del año 1969, art. 62.

⁴⁸ El Pliego General de Condiciones para la Licitación y Ejecución de Obras por Contrato de la Dirección Nacional de Vialidad, Edición 1971, regulaba detalladamente la cuestión, bajo el título Cesión de Acciones y Derechos o de Créditos, en su art. 28.

particulares y en los términos del contrato propiamente dicho y atenerse al régimen que ellos establecieron⁴⁹.

27. A falta de disposiciones especiales en el régimen legal y reglamentario de obras públicas y en las normas contractuales, la cesión de certificados quedará regida por las disposiciones relativas a la cesión de créditos del Código Civil⁵⁰. Y en el mismo sentido, cabe razonablemente afirmar, que si el tema tuviera una regulación parcial por esas normas especiales, en lo no regulado y en la medida que fuera compatible, debe hacerse también aplicación de las disposiciones del Código Civil.

28. Pero teniendo siempre en cuenta que, dado el principio del efecto relativo de los contratos (art. 1195), las limitaciones que pudiere contener la normativa específica del contrato de obra pública, no ya legal o reglamentaria con efectos *ergas omnes*, sino de carácter contractual, tendrán eficacia únicamente entre el cedente y deudor cedido, sin afectar al tercero cesionario (tercero respecto del contrato de obra pública), ni a otros terceros, salvo el caso de mala fe.

29. El Código Civil, contempla el contrato de cesión de créditos, en su Libro Segundo, Sección Tercera, Título IV, artículos 1434 a 1484. Y en el caso, por tratarse de una cesión onerosa, será juzgada también por las disposiciones sobre el contrato de compra y venta, que no fuesen modificadas en ese Título (art. 1435).

30. Según el Código, el objeto de la cesión puede ser todo objeto incorporal, todo derecho y toda acción sobre una cosa que se encuentra en el comercio, a menos que la causa no sea contraria a alguna prohibición expresa o implícita de la ley, o al título mismo del crédito (art. 1444)⁵¹.

31. Más específicamente, en el artículo 1446 se estipula que los créditos condicionales, o eventuales, como los créditos exigibles, los aleatorios, a plazo, o litigiosos, pueden ser el objeto de una cesión.

⁴⁹ "Banco de San Juan", Fallos 283:354, considerando 9°.

⁵⁰ Ídem, considerando 13; Bezzi, Osvaldo M., ob. cit., pág. 174.

⁵¹ Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Contratos", Buenos Aires, Ed. Perrot, vol I, 1990, pág. 419.

32. De modo, pueden ser cedidos los certificados a partir de su expedición, ya sea que todavía se encuentre pendiente su plazo de pago o luego de su vencimiento⁵².

33. Creemos también, que pueden cederse los derechos derivados de certificados todavía no expedidos en un contrato de obra pública ya suscripto. Pues el de obra pública es un contrato que se perfecciona con la firma del instrumento entre el comitente y el contratista (LOP, arts. 21 a 24), lo que implica que ya al momento de su celebración nace el derecho del contratista a ejecutar la obra y la obligación del comitente de pagar el precio acordado⁵³. De todos modos, incluso podrían cederse, en el caso de considerárselos como créditos futuros⁵⁴.

34. La posibilidad de ceder créditos aleatorios, permite también ceder los intereses que ellos pudieran devengar, y en forma independiente de la cesión del capital.

35. El contrato de cesión es de carácter formal y debe celebrarse por escrito bajo pena de nulidad (art. 1454), aunque no necesariamente debe instrumentarse por escritura pública, ya que el certificado de obra pública, en tanto que acto administrativo, no puede ser asimilado al instrumento público del art. 979, inc. 2º, del Código Civil⁵⁵.

36. En cuanto a su eficacia, cabe distinguir entre los efectos que se producen entre las partes, vale decir, entre el contratista cedente y el cesionario (generalmente, una entidad financiera), y entre ellos, y el deudor cedido, es decir, el comitente de la obra obligado al pago de los certificados, y frente a cualquier otro tercero interesado.

⁵² Ello fue reconocido por la Corte Suprema en “Banco de San Juan”, Fallos 283:354, considerandos 13 a 16, y en Fallos 304:919, considerando 29, respectivamente.

⁵³ Correa Luna, Alejandro y Oneto, Claudio A., “Estudio legal de la garantía y pago del financiamiento de proyectos petroleros (su aplicación a contratos de locación de obras y servicios en general)”, La Ley 1988 - D, 1074. La Corte, en “Lo lacono Construcciones S.A.”, consideró válida la ejecución del contrato antes de su firma (Fallos 310:1019, considerandos 7º y 8º).

⁵⁴ Rezzónico, Luis M. “Estudio de los Contratos en Nuestro Derecho Civil”, Buenos Aires, Ed. Depalma, tercera edición, 1967, págs. 551/552 y nota 13.

⁵⁵ Barra, Rodolfo C., ob. cit., págs. 988/989, con cita de Cassagne. Ver, *supra*, cap. II, la referencia al carácter instrumental de los certificados.

37. No obstante la opinión contraria de algunos autores con base en el artículo 1457 del Código Civil, creemos que el contrato de cesión se perfecciona sin necesidad de hacer entrega efectiva del título aún cuando existiere⁵⁶.

38. Con relación al deudor cedido, la propiedad del crédito no es transmisible al cesionario, sino a partir de que se le notifique tal traspaso, o por su aceptación de la transferencia (art. 1459). En este aspecto, parte de la doctrina señala que el requisito de la aceptación por parte del deudor cedido no tiene relevancia jurídica, sino únicamente como prueba de su conocimiento de la cesión, pues no está en su poder aprobar o rechazar la cesión ni impedir la producción de todos sus efectos⁵⁷.

39. Respecto de los restantes terceros que no sean el deudor cedido, y que pudieran tener algún interés en la cesión, por ejemplo, los acreedores del cedente, el Código exige para que la cesión sea eficaz, que la notificación se realice por acto público (art. 1467).

40. Una vez perfeccionada la cesión entre las partes, y notificada o aceptada por el deudor cedido, éste puede oponer al cesionario todas las excepciones y defensas que hubiera podido hacer valer contra el cedente, sin necesidad de efectuar reserva en el acto de notificación o aceptación (arts. 1469 y 1474).

41. Sin embargo, al interpretarse el art. 1474, parte de la doctrina y jurisprudencia ha efectuado la siguiente distinción respecto a la excepción de compensación: si la cesión sólo fue notificada al deudor cedido, éste puede oponer la compensación que hubiera podido oponer al cedente; pero si además hubo aceptación, tal acto implicaría una renuncia tácita del derecho a oponer la compensación⁵⁸.

⁵⁶ Ver, en el sentido expresado en el texto, a Borda, Guillermo A., ob. cit., pág. 448. En el Derecho francés, ante una norma similar a nuestro art. 1457 (art. 1689 del *Code*), se dio fundamento a lo que sostenemos en el texto, expresando que “no existe una entrega del crédito, puesto que la entrega es un acto material que no puede cumplirse con respecto a una cosa incorpórea como es un derecho”, Georges Ripert y Jean Boulanger “Tratado de Derecho Civil -Según el Tratado de Planiol-”, Buenos Aires, Ed. La Ley, T° V, 1965, págs 460/461.

⁵⁷ Salvat, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. Contratos”, Buenos Aires, Ed. La Ley, T° 1, 1946, pág. 304; Borda, Guillermo A., ob. cit., pág. 449; en el mismo sentido, en el Derecho francés, Georges Ripert y Jean Boulanger, ob. cit., pág. 458.

⁵⁸ Rezzónico, Luis M., ob. cit., pág. 649, nota 99; Guillermo A. Borda, ob. cit., pág.460, y notas 912 y 913.

42. Independientemente de ello, es claro que una vez efectuada y notificada a la Administración la cesión del certificado, o aceptada por ella, por el monto líquido correspondiente, el comitente no podrá oponer al cesionario nuevas defensas o excepciones, nacidas con posterioridad a ello⁵⁹.

43. En ocasiones, sin embargo, la Administración pretende descontar o compensar créditos posteriores a la emisión del certificado, para lo cual, el cesionario financista, en la práctica, reduce un porcentaje determinado del valor nominal del certificado, constituyendo lo que se conoce como “aforo”. De este modo, el cesionario, busca quedar a cubierto de cualquier contingencia que pudiera presentarse al momento del pago del certificado, ya sea por aplicación de multas, por rectificaciones de errores de liquidación, etc. Y luego de efectuado el pago por la administración, de no ser necesario el uso de dicho aforo, la entidad financiera lo entregará al contratista⁶⁰.

IV.3.- ¿Cesión en garantía o prenda?

44. La cesión de derechos en garantía no fue prevista en nuestro ordenamiento civil. Y en doctrina se discute su aceptación, entendiéndose algunos autores que en rigor se trata de una prenda encubierta, mientras que otros la asimilan a la cesión de créditos en las relaciones de las partes frente a terceros, sin perjuicio de que entre ellas se la considere una verdadera garantía⁶¹.

⁵⁹ Así fue consagrado en la Ley 6021 de la Provincia de Buenos Aires para el supuesto de prenda (art. 44), pero razonablemente cabe extenderlo también al de cesión (Carol, Guillermo C. y Sansón, Félix J., “Estudio de la legislación de obras públicas de la provincia de Buenos Aires”, La Plata, Ed. Scotti Editora, 2000, pág. 537). La Corte sostuvo el mismo principio en “Banco de San Juan”, Fallos 283:354, considerando 16.

⁶⁰ También hay casos, en que la administración pretende implementar una especie de “aforo” en la cesión de certificados. De este modo limita el importe transmisible, dejando a su resguardo un porcentaje del valor del certificado para atender con ello eventuales créditos que pudieran surgir contra el contratista. Un ejemplo de ello es la Resolución de la Dirección Nacional de Vialidad 425/2003, que estableció un régimen de copias negociables de certificados de obras públicas, por un 75% de su valor nominal.

⁶¹ Correa Luna, Alejandro y Oneto, Claudio A., ob. cit., ap. III, y las citas allí efectuadas, y en notas 6 y 7. No obstante ello, existen precedentes en que se otorgó pleno valor, tanto entre las partes como respecto de terceros, a la cesión en garantía de certificados de obras públicas. Así, la Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, *in re* “Compañía General de Obras Públicas S.A. c. Estado Nacional –Ministerio de Obras y Servicios Públicos”, dejando en parte sin efecto la sentencia del *a quo*, otorgó legitimación a la actora para reclamar por los intereses de la totalidad de los certificados que habían sido cedidos ‘en garantía’ al Banco Hipotecario Nacional (29.6..93, La Ley 1993 - E, 536, pto. 6). Una solución similar se había adoptado por la Sala I de dicha Cámara, en la causa

45. De ahí que la forma de garantía que generalmente se utiliza en la materia, es la prenda. De este modo se le otorga al prestamista que adelanta al contratista el valor del certificado, un derecho real de garantía sobre él.

46. Pero entendemos que no sólo los certificados pueden ser objeto de prenda, sino también el propio contrato de obra pública. Pues como dijimos *supra*, el crédito del contratista, si bien sujeto a condición, nace con la suscripción del mismo contrato de obra pública⁶².

47. La prenda de créditos nominales se regula por el Código Civil, ya que la prenda comercial es la que recae sobre instrumentos de crédito transmisibles por endoso en la que es innecesaria la notificación del deudor cedido⁶³.

48. El artículo 3209 de ese Código establece específicamente con relación a la prenda de créditos que “Si el objeto dado en prenda fuese un crédito, o acciones industriales o comerciales que no sean negociables por endoso, el contrato, para que la prenda quede constituida, debe ser notificado al deudor del crédito dado en prenda, y entregarse el título al acreedor, o a un tercero aunque él sea superior a la deuda”.

49. De modo que a diferencia de la cesión de créditos, para que la prenda quede perfeccionada, debe entregarse el instrumento del crédito al acreedor o a un tercero. Así se busca evitar que el deudor pignoraticio constituya sucesivas prendas sobre el mismo crédito.

50. Para que la prenda surta efectos entre las partes, más allá de la entrega de la cosa (en el caso, del instrumento del crédito), no se requiere de ninguna forma en particular. Sin embargo, para que pueda oponerse a terceros, el contrato de prenda debe constar por instrumento público o privado de fecha cierta (art. 3217), y debe notificarse al deudor del crédito pignorado (art. 3209), con datos suficientes

“Empresa Constructora Carlos B. Peuser, S.R.L. y otra c. Estado Nacional (D.N.V.)”, en la que se discutía la procedencia del régimen de actualización; aunque allí se identifica a la figura de la cesión en garantía con la de la prenda comercial, que había sido el negocio que efectivamente se había celebrado en el caso según surge del fallo (20.12.90, La Ley 1991 - C, 488).

⁶² Moderne, explica cómo funcionaba el sistema que mencionamos en Francia: “la administración debe entregar al contratista un documento denominado ‘ejemplar único’ del contrato público. Se trataba de una copia certificada como conforme al original, con la mención expresa de que existe un solo ejemplar para la prenda del crédito correspondiente”, Moderne, Franck, ob. cit., pág. 21.

⁶³ Correa Luna, Alejandro y Oneto, Claudio A., ob. cit., ap. III.

que permitan individualizar dicho crédito e individualizar el importe que pretende garantizarse con él (art. 3217).

51. El acreedor pignoraticio mantiene su derecho real de garantía hasta tanto se haya satisfecho su crédito, intereses y expensas (art. 3229), y tiene sobre los intereses que genere el crédito del certificado, los mismos derechos que sobre el capital, aunque la propiedad sigue siendo del titular del crédito, en el caso, el contratista (arts. 3231 y 3232).

52. La prenda se extingue al extinguirse la obligación principal a la que accede (art. 3236) o cuando por cualquier título la propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor (art. 3237).

- V -

INTERESES POR MORA EN EL PAGO DE CERTIFICADOS

53. A partir de la reforma dispuesta por el artículo 8º de la Ley 21.392 (B.O. del 26.8.76), el primer párrafo del artículo 48 de la LOP quedó redactado de la siguiente manera: “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”. Con lo que, de la simple lectura de la norma, no surgirían *-a priori-* dificultades de comprensión ni interpretativas.

54. Sin embargo, en torno de dicha disposición, se han erigido sin dudas las cuestiones más intrincadas y complejas de esta materia. Entre ellas, cabe destacar a las siguientes: constitución en mora del comitente y pagos a los que son aplicables los intereses; oportunidad de formular reservas; tasa de interés aplicable; consolidación de deudas; tratamiento impositivo y prescripción⁶⁴.

⁶⁴ Con la redacción original, lejos de ser más simple, se agregaban dos cuestiones controvertidas más. La primera, porque allí se establecía una especie de plazo de gracia a favor del Estado de treinta días a contar desde la fecha de vencimiento prevista en el contrato, dentro del cual, si el Comitente hacía efectivo el pago, no correspondía liquidar intereses moratorios a su favor. La

V.1.- Constitución en mora y pagos a los que son aplicables:

55. Con la redacción del artículo 509 del Código Civil a partir de la Ley 17.711 (B.O. del 26.4.68), la mora en el cumplimiento de las obligaciones a plazo se produce por su sólo vencimiento (párrafo primero).

56. Pero de la combinación de esa norma con la del artículo 48 de la LOP, se advierte que es necesario para que la mora se produzca en forma automática, que el contrato fije un plazo en el que deban abonarse los certificados. Si el plazo no estuviera expreso pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el contratista deberá interpelarlo en cada caso para constituirlo en mora (Código Civil, art. 509, párrafo segundo). Y si directamente no hubiera plazo, ni expreso ni tácito, deberá solicitarse a un juez que lo fije (Código Civil, art. 509, párrafo tercero).

57. En este estado, corresponde incorporar al análisis la excepción del segundo párrafo del artículo 48 de la LOP. Él dispone que “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 interrumpiere la emisión o trámite de los certificados u otros documentos por actos del mismo, no tendrá derecho al pago de intereses”.

58. Como señala Gordillo, esta disposición debe ser aplicada con prudencia, de modo de no encubrir con una aplicación irrazonable de ella, una limitación al

segunda, era porque en la redacción originaria del artículo, se estipulaba que en caso de mora en los pagos, el contratista tenía derecho “únicamente” al cobro de intereses. Se ha criticado la expresión por su carácter limitativo de los derechos del Contratista ante incumplimientos del Estado, los que se reducirían al cobro de intereses. A diferencia de esta norma, su antecedente, el art. 64 de la Ley 775, empleaba la expresión “además”. Sin embargo, se sostuvo que esa redacción no era óbice para que se compensen al contratista otros perjuicios distintos que él pudiera demostrar, generados por el mismo incumplimiento de la Administración. Agregando que la expresión “únicamente”, se refería sólo a la compensación que el Estado debía al contratista frente a la obligación incumplida de dar sumas de dinero (Ávila, José María, “Curso para graduados año 1962. Intereses por mora en el pago de certificados de obras públicas”, citado por Mó, Fernando F., ob. cit., pág. 297, nota 306). Pero cualquiera fuera la redacción de la ley, es evidente que ella no puede evitar que la mora en el pago de certificados acarree consecuencias, tales como la reducción del ritmo de obra o, incluso, su paralización (Bercaitz, Miguel Angel, “Teoría General de los Contratos Administrativos”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980, págs. 372/375; Ver también, Spota, Alberto G., “Tratado de Locación de Obra”, Buenos Aires, Ed. Depalma, Tº II, pág. 402 y nota 194).

derecho de defensa de los contratistas para cuestionar eventuales errores en la tramitación de sus acreencias⁶⁵.

59. Los principios enunciados en este punto son de aplicación a los certificados parciales de obra, y a todos los otros que se emitan durante la marcha del contrato, tal como surge de la genérica expresión “los pagos al contratista...” que utiliza el primer párrafo del artículo 48 de la LOP.

60. Aclarando por último, que la categoría de intereses prevista por dicha norma, es la de intereses moratorios⁶⁶.

V.2.- Oportunidad de formular reservas:

61. El artículo 624 del Código Civil establece que “El recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna sobre los intereses, extingue la obligación del deudor respecto de ellos”.

62. En el caso de los certificados de obra pública, dado su carácter provisorio salvo el final, basta para cumplir con el requisito de “reserva de intereses” al

⁶⁵ Gordillo, Agustín A., “Intereses por mora en el pago de certificados de obra pública”, cit., págs. 82 y 83. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, para determinar la procedencia, no ya de intereses, sino del reajuste de un crédito, pero abonando su decisión en este segundo párrafo del art. 48 de la LOP, sostuvo que la mera iliquidez de la deuda no permite, por regla, ampararse en ella al comitente para privar al acreedor del goce del capital. Y afirmó que sólo cuando la iliquidez de la deuda se originara en el hecho del acreedor que dificultara su ajuste definitivo, cuadraría eximir al deudor de las consecuencias de la demora en el pago de lo debido (*in re* “Vialco S.A. c/ Agua y Energía Eléctrica”, 29.6.82, La Ley 1983 - A, 166, considerando 6º). En ese mismo caso, analizando la fecha de determinación del crédito por un adicional por mayor costo de transporte, y remitiendo al mismo sustento normativo, descartó la pretensión sosteniendo que “dada las particularidades de la deuda, la determinación precisa de su existencia y monto dependía de la actividad de la actora, quien debía acreditar efectivamente el mayor costo real que el transporte carretero le había ocasionado como consecuencia de no habérselo podido efectuar por ferrocarril” (considerando 10). La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría de votos, consideró que no pueden extenderse las consecuencias tipificadas en materia de mora en el pago de los certificados a cuestiones referidas a su emisión, pues no existe norma que lo autorice. Y agregó que el plazo de emisión de certificados se integra con su plazo de plazo de pago, con lo cual carece de trascendencia que se incurra en demora en la expedición del certificado si luego se sana con el pago en término del crédito (*in re* “Pypsa S.A. c. Provincia de Buenos Aires – Ministerio de Obras y Servicios Públicos-”, 19.4.2004, La Ley Buenos Aires, 1994 – 541). Por nuestra parte, no creemos que carezca de trascendencia la emisión en término de los certificados, toda vez que ello le otorga la posibilidad al contratista de hacerse de inmediato con los fondos a través de su negociación. Ver, *supra*, cap. IV.

⁶⁶ Ver su distinción respecto de los intereses compensatorios, en Ymaz Cossio, Esteban R. “El Impuesto al Valor Agregado y las Actualizaciones o intereses por causa de mora”, Legislación Argentina, Nº 154, Agosto de 1979, pág. 18 y ss., en esp. párrafo 19; también en Barbero, Ariel E., “Intereses monetarios”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000, pág. 19.

momento del cobro de éste último. Así se sostiene pacíficamente en doctrina⁶⁷ y jurisprudencia⁶⁸.

63. Vale recordar aquí lo expuesto *supra*, en el capítulo III, respecto a que la provisionalidad de los certificados, y su factible rectificación y ajuste con los certificados provisorios posteriores o con el certificado final, no obsta a la firmeza de los intereses que devengan.

V.3.- Tasa de interés aplicable:

64. De todos los temas abordados en este capítulo, se verá que éste es el que largamente ha sido objeto de mayor controversia. Son elocuentes las palabras de la Procuración del Tesoro de la Nación en ese sentido, al ingresar al análisis de la cuestión en un dictamen reciente, sosteniendo que se trata de "...una cuestión objeto de arduo debate en la doctrina y la jurisprudencia nacional y que también ha dado lugar a opiniones diversas por parte de esta Procuración del Tesoro de la Nación: las tasas de interés a aplicar en materia pagos a los contratistas de obra pública, ante la mora del contratante"⁶⁹.

65. El análisis exhaustivo de la evolución normativa y jurisprudencial que ha experimentado esta cuestión, es un objetivo que, por sí sólo, implicaría el desarrollo de un trabajo de equivalentes dimensiones al presente.

66. Analizaremos aquí, no obstante, el principal interrogante que se plantea en esta temática, es decir, si "la tasa fijada por el Banco de la Nación Argentina, para los descuentos sobre certificados de obra" (LOP, art. 48), más conocida como "tasa activa", se encuentra actualmente vigente.

⁶⁷ Ymaz Cossio, Esteban R., "La actualización de los Certificados de obras públicas nacionales y el decreto N° 1938/79", cit., párrs. 18, 19 y 20; Mó, Fernando F., ob. cit., págs. 307/309; Gordillo, Agustín A., "Intereses por mora en el pago de certificados de obra pública", cit., págs. 84/85; Diez, Manuel M., ob. cit. pag. 74; Spota, Alberto G., "Tratado de Locación de Obra" cit, pág. 406. Escola, Héctor Jorge, "Tratado Integral de los Contratos Administrativos", Buenos Aires, Ed. Depalma, T° II, 1979, pág. 267.

⁶⁸ Fallos 178:196; 288:108; 312:1321 (aunque en el último, era una previsión expresa del Pliego).

⁶⁹ Dictamen 150 del 30.6.2006, pto. III.1.

67. Y nuestra opinión en tal sentido, siguiendo el mencionado dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación⁷⁰, es afirmativa.

68. Ello así, fundamentalmente, por los siguientes dos argumentos: esa norma nunca fue derogada por otra norma y; esa norma nunca fue declarada inconstitucional. Repasaremos los principales hitos de esta evolución:

69. Nunca fue derogada: hasta la sanción de la Ley 21.392 de actualización de deudas de valor del Estado originadas en la ejecución de contratos de locación de obra, la vigencia del artículo 48 de la LOP, y de su tasa de interés en particular, era un tema que estaba totalmente fuera de discusión.

70. A partir de esta nueva norma, el debate se centró en si el régimen de actualización que instituyó vino a sustituir el régimen de intereses moratorios de la LOP o si, por el contrario, se limitó a crear una alternativa más a favor del contratista acreedor.

71. Por nuestra parte, y más allá de las variantes que introdujo en sus supuestos de aplicación⁷¹, creemos que la vigencia del sistema de la LOP fue ratificada al modificarse su artículo 48⁷², sin alterar la tasa de interés prevista para los casos de mora en el pago de certificados.

72. Por su parte, la Ley de Convertibilidad del Austral 23.928 (B.O. del 28.3.91), que con sus artículos 7º y 10, restableció el principio nominalista⁷³ y derogó todas las normas legales o reglamentarias referidas a indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o

⁷⁰ Dictamen 150 del 30.6.2006. En lo que aquí interesa, en el dictamen se analizó la validez de las Resoluciones de la Dirección Nacional de Vialidad 365/97, 405/97 y 777/2001, que desarrollaron un proceso de verificación y reconocimiento de intereses por mora, con aplicación de la tasa activa prevista en el art. 48 LOP, frente a la observación de la Sindicatura General de la Nación, mediante Nota 107 del 22.4.2005, que en el caso particular había observado el procedimiento llevado a cabo por esa Dirección, sosteniendo su tradicional posición en el tema de que los únicos certificados a los que se le podía aplicar esa tasa eran los cedidos, mientras que los restantes debían ser calculados a la tasa pasiva del Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo previsto en el Decreto 941/91.

⁷¹ Conf. art. 4º de la Ley 21.392.

⁷² El art. 8º de la Ley 21.392, eliminó la expresión “únicamente” y el plazo de gracia de 30 días de la Administración para el pago de certificados.

⁷³ Ver el impacto de la Ley de Convertibilidad en las obras públicas, en “El precio de la obra pública y la ley de convertibilidad”, Periódico Económico Tributario, del 31.3. 93, págs. 2 y ss.

servicios, no alteró el régimen de intereses moratorios de la LOP, pues él no afectaba el principio nominalista, ni encuadraba en ninguna de las categorías derogadas precitadas⁷⁴.

73. Las dudas surgieron con el último párrafo del artículo 5º del Decreto 941/91 (B.O. del 17.5.91), introducido por su similar 2289/92 (B.O. del 10.12.1992), en cuanto dispuso “Los intereses moratorios que correspondan por los pagos que se hubieran realizado o que se realicen fuera de término a partir del 1º de abril de 1991, se calcularán conforme al promedio de tasas de interés pasivas mensuales para operaciones en pesos que publica el Banco Central de la República Argentina, de acuerdo a su comunicado N° 14.290 del 5 de agosto de 1991”.

74. Pero se disiparon con el Decreto 1936/93 (B.O. del 27.9.93), que aclaró que esa disposición sólo se aplicaba a deudas actualizadas hasta el 1º de abril de 1991 por el método de indexación dispuesto por las Leyes 21.391, 21.392 y toda otra norma legal, reglamentaria o contractual análoga, y con carácter supletorio en todos los demás casos en los que no existan normas legales, reglamentarias o contractuales especiales que hayan dispuesto otra tasa de interés para el caso de mora en los pagos.

75. Como la LOP regula la tasa de interés moratorio para los contratos de obra pública, la aplicación supletoria del Comunicado N° 14.290 del 5 de agosto de 1991, no era procedente en estos casos.

76. La Ley 23.982 (B.O. del 23.8.91) de Consolidación de Deudas del Estado, tampoco innovó el régimen del artículo 48 de la LOP, sin perjuicio de que, reglamentariamente, se introdujeran requisitos para su aplicación a deudas consolidadas⁷⁵.

77. Otro capítulo importante de este desarrollo, que corroboró la vigencia de los intereses de la LOP, es el del malogrado artículo 71 de la Ley de Presupuesto para el año 1998 N° 24.938 (B.O. del 31.12.97), que sustituía al artículo 48 de la

⁷⁴ Ver una clara distinción entre la función de la actualización de deudas y de los intereses moratorios, en Bianchi, Alberto B., “El caso ‘Balpalá Construcciones’: un decisorio importante en materia de depreciación monetaria”, La Ley 1990 – C, págs. 444 y ss.

⁷⁵ Resolución MEYOSP 1516/93.

LOP introduciendo la tasa pasiva del Comunicado N° 14.290 del 5 de agosto de 1991, y que fuera vetado por el Poder Ejecutivo Nacional por el Decreto de promulgación parcial 1463/97 (B.O. del 31.12.97). Como motivación del veto, en los considerandos de esta norma se explica que la sustitución de la tasa del art. 48 de la LOP “por el promedio de las tasas de interés pasivas mensuales para operaciones en pesos que publica el Banco Central de la República Argentina, puede ocasionar reclamos judiciales de los contratistas que repercutan negativamente en las cuentas fiscales, razón por la cual se estima conveniente observar el artículo 71 del Proyecto”.

78. Y finalmente, nada varió con la Ley 25.561 de emergencia pública y reforma del régimen cambiario, cuyo artículo 4º, en lo que aquí interesa, mantuvo los principios de los artículos 7º y 10 de la Ley 23.928.

79. Tampoco fue declarada inconstitucional: la Corte Suprema de Justicia de Justicia de la Nación, emitió los siguientes fallos de estricto interés para lo que aquí se analiza.

80. En “YPF”⁷⁶, si bien no referido específicamente a los intereses moratorios por el pago de certificados de obras públicas, el Alto Tribunal expresó que la tasa de interés pasiva promedio, es a la que regularmente se deberá acudir para esos supuestos de mora. “Caso contrario, la ‘desindexación’ perseguida por la ley de convertibilidad mediante la supresión, en general, de los procedimientos de actualización sustentados en la utilización de indicadores, quedaría desvirtuada por la aplicación de la tasa de interés activa...” (considerando 32).

81. Pero en el caso “Banco Sudameris”⁷⁷ por un crédito bancario, atenuó la jurisprudencia anterior, considerando que la tasa a aplicar según se trate de obligaciones civiles o comerciales no es por necesidad la tasa pasiva del Comunicado N° 14.290, quedando diferida a la razonable interpretación de los ordenamientos aplicables por los jueces de la causa.

⁷⁶ Fallos 315:158, del 3.3.92.

⁷⁷ Fallos 317:507, 17.5.94.

82. En el caso “Cartellone”⁷⁸, la Corte dejó sin efecto un laudo arbitral en el que se había dispuesto la aplicación de la tasa activa del Banco Nación, sin que se hubiera acreditado la efectiva cesión del crédito como lo preveía para ese supuesto la Resolución MEYOSP1516/93, entendiendo que en el caso particular, la aplicación de la tasa implicaba un despojo para el deudor, cuya obligación no podía exceder el crédito actualizado con un interés que no trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres.

83. La postura de la Procuración del Tesoro de la Nación sobre el tema, según surge de la evolución de su doctrina recopilada en un dictamen del 24.5.2001⁷⁹, tuvo muchas idas y vueltas, entendiendo en algún caso que el régimen de la Ley 21.392, sustituyó al de la LOP⁸⁰, pasando luego por la idea de que el contratista contaba con una opción entre ambos regímenes⁸¹, lo que fue luego abandonado en otros pronunciamientos⁸², y luego nueva y definitivamente retomado⁸³.

84. En suma, adoptamos sobre el tema la conclusión a la que se arriba en el Dictamen 150/2006 que hemos seguido en lo sustancial, en cuanto a que “En definitiva, de todos los elementos examinados, surge que la mora en los pagos comprometidos en el contrato de obra pública tiene un régimen específico, que es el establecido en el artículo 48 de la Ley 13.064, que previó como única indemnización para el contratista la aplicación de la tasa del Banco de la Nación Argentina para descuento de certificados (tasa activa)” agregando que “...a partir del fallo José Cartellone debe considerarse vigente una nueva excepción, representada por los casos en los cuales la aplicación de esta norma produzca un resultado superior (...) al crédito actualizado con un interés que no trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres”, salvo que “el acreedor acreditase haber descontado efectivamente los respectivos certificados y abonado los

⁷⁸ Fallos 327:1881, 1º.6.2004.

⁷⁹ Dictámenes 237:282.

⁸⁰ Dictámenes 182:22, 182:34, 193:205, citado en Dictámenes 237:282.

⁸¹ Dictamen 317/90, citado en Dictámenes 237:282.

⁸² Memorando 23/90 y Dictámenes 209:394, citado en Dictámenes 237:282.

⁸³ Dictámenes 237:282.

correspondientes intereses, dado que en tal supuesto no estaría sino recuperando los gastos en que debió incurrir como consecuencia de la mora de su comitente”⁸⁴.

V.4.- Certificados e intereses y la consolidación de deudas:

85. El artículo 13, del Capítulo V -“De la consolidación de deudas”- de la Ley 25.344, remite a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 23.982, que en lo que nos importa establece que “Quedan excluidas (de la consolidación) las obligaciones que corresponden a deudas corrientes, aun cuando se encuentren en mora...”

86. En ese sentido, el artículo 7º, inciso b) del Decreto 1116/2000 (B.O. del 30.11.2000), reglamentario de la Ley 25.344, estableció que “Artículo 7º: Exclusiones. Quedan excluidas de la consolidación dispuesta las obligaciones de causa o título posterior al 31 de marzo de 1991 y anterior al 1º de enero de 2000⁸⁵, que consistan en:...b) Deudas corrientes, aun cuando se encuentren en mora”.

87. Estas disposiciones, permitieron concluir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que las deudas de los certificados de obras públicas, por resultar deudas corrientes, quedaban excluidas del régimen de consolidación⁸⁶.

88. Por su parte, el artículo 1º, inciso d), de la Ley 23.982, como el artículo 5º, inciso c), del Anexo IV del Decreto 1116/2000, prevén la consolidación de los accesorios de la obligación consolidada.

89. Con lo que a partir de una interpretación *a contrario* de estas últimas disposiciones, la Corte expresó que “...en este marco normativo, la deuda reclamada no se encuentra consolidada, pues es accesoria de una deuda corriente, derivada de la obligación de pago de los certificados de la obra pública respecto de los cuales se devengaron los intereses que se reclamaron en autos, esto es, de una deuda nacida ‘de acuerdo a las previsiones originales, por la ejecución normal de los contratos celebrados regularmente por cualquiera de los órganos o personas jurídicas comprendidas en el art. 2º de la ley’ que tuviera o

⁸⁴ Cap. III, pto. 8.

⁸⁵ Por el art. 58 de la Ley 25.725 (B.O. del 10.1.2003) se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2001, la fecha de consolidación de obligaciones de carácter no previsional, vencidas o de causa o título posterior al 31 de marzo de 1991.

⁸⁶ In re “Mandataria de Negocios”, Fallos 326:4053, considerandos 12, 13 y 14.

hubiere tenido ejecución presupuestaria (arts. 2º inc. f, dec. 2140/91 reglamentario de la ley 23.982, art 4º inc. h, del Anexo IV del dec. 1116/2000, reglamentario de la ley 25.344)” (considerando 14).

90. La Procuración del Tesoro de la Nación, también sostiene que tratándose de intereses correspondientes a certificados de obra, ellos no quedan en principio comprendidos en la consolidación establecida en las Leyes 23.982 y 25.344, por tratarse de accesorios de deudas corrientes, y siempre que no se produjera a su respecto, controversia judicial o administrativa⁸⁷.

V.5.- Tratamiento Impositivo:

91. A fin de brindar un panorama más completo del tema que nos concierne, aún a riesgo de incursionar en aspectos que pueden excedernos, es interesante destacar las conclusiones de un valioso pronunciamiento de la Procuración del Tesoro de la Nación⁸⁸, por cuanto pone fin, al menos en el ámbito de la Administración⁸⁹, a la discusión sobre el tratamiento frente al Impuesto al Valor Agregado (IVA) y al Impuesto a las Ganancias, de los intereses de los certificados de obras públicas.

92. Con relación al IVA, la Procuración se apartó de la opinión de la Asesoría Legal Tributaria de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), consistente en que los intereses deben ser considerados a los efectos del Impuesto al Valor Agregado como un hecho imponible autónomo e independiente de la operación que les diera origen, quedando sólo exentos los comprendidos en el punto 16 del artículo 7º de la ley del tributo, entre los cuales no se cuentan los intereses de certificados de obra pública⁹⁰.

⁸⁷ Dictamen 150 del 30.6.2006, pto. III.10. Puede verse en materia de consolidación de deudas, el trabajo de Lamoglia, Marcelo C. “Consolidación de deudas y ejecución de sentencias contra el Estado”, Revista de Derecho Administrativo, Nº 51, págs. 45 y ss.

⁸⁸ Dictamen 91 del 10.4.2006 (Dictámenes 257:30).

⁸⁹ Dado el carácter obligatorio de su doctrina para todo el Cuerpo de Abogados del Estado, según surge de las disposiciones del art. 6º, primer párrafo *in fine*, de la Ley 12.954 (B.O. del 10.3.47), y por el art. 4º del Decreto 34.952/47 (B.O. del 8.11.47), que la reglamenta. Se puede ampliar este tema, en nuestro trabajo “El dictamen jurídico”, publicado en el Suplemento de Derecho Administrativo de El Dial.com del 11.2.2005.

⁹⁰ Dictamen 91 del 10.4.2006 (Dictámenes 257:30), cap. III, pto. 1.

93. La Procuración del Tesoro, con su discrepancia, se adhirió a los términos del pronunciamiento de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal⁹¹, mediante el que se consideró una vulneración al principio de reserva legal en materia tributaria sustantiva (Constitución Nacional, arts. 4º y 17) y como un exceso reglamentario en los términos del artículo 99 inciso 2º de la misma Constitución, a la norma del artículo 1º del Decreto 2633/92 (B.O. del 31.12.92), que estableció que los intereses originados en la financiación o pago diferido del precio correspondiente a las ventas “resultan alcanzados por el impuesto aun cuando las operaciones que dieron lugar a su determinación se encuentren exentas o no gravadas”, concluyendo que por su jerarquía normativa no pueden modificar la norma legal (la Ley de IVA). Y agregó la Procuración, reseñando ese fallo, que la norma objetada desconoce el principio de unidad del hecho imponible receptado en la ley, estableciendo un nuevo principio de divisibilidad extraño a la naturaleza del impuesto⁹².

94. Respecto al Impuesto a las Ganancias, la cuestión era determinar a qué ejercicio correspondería imputar el cobro de los intereses, es decir, si al período en que los intereses son devengados, o bien al ejercicio en que son percibidos, teniendo como presupuesto -lo que no es excepcional que suceda- la falta de habilitación presupuestaria para su pago. Y la Procuración, si bien reconoció que por la naturaleza del contribuyente (empresas) así como por el principio de unidad del hecho imponible mencionado, los intereses deberían encuadrarse en la categoría en la que están comprendidos los cobros de certificados de obras – tercera categoría, regidos por el método de lo devengado (art. 18 de la Ley 20.628 B.O. del 31.12.73)- entendió que existen fundamentos de carácter normativo para aplicar el método de lo percibido.

95. Pues ese artículo de la ley, autoriza en ciertos casos en que en principio corresponda aplicar el método de lo devengado, imputar las ganancias al momento de producirse la respectiva exigibilidad. Y más puntualmente la norma

⁹¹ *In re* “Chryse SA c/ Administración Federal de Ingresos Públicos”, 15.10.2002.

⁹² Dictamen 91 del 10.4.2006 (Dictámenes 257:30), cap. III, pto. 2.

establece que los dividendos de acciones y los intereses de títulos, bonos y demás títulos valores se imputarán en el ejercicio en que hayan sido puestos a disposición.

96. Con base en ello, la Procuración concluyó que “Teniendo en cuenta que aquí se trata de intereses resarcitorios originados precisamente en el pago fuera de término de certificados de obra pública, sería dable aplicarles por analogía la solución prevista en las normas precedente mencionadas que (...) es similar a la que el artículo 18, inciso a) de la ley del tributo, aplica a los dividendos de acciones y los intereses de títulos, bonos y demás títulos valores, instrumentos éstos que guardan cierta similitud con los certificados de obra pública”⁹³.

V.6.- Prescripción:

97. Otro tema que ha sido discutido, es el del plazo de prescripción de los intereses de los certificados de obras públicas. Se pueden sostener dos grandes posturas en este tema:

98. La primera y la prevaleciente, es la que considera aplicable al caso la prescripción quinquenal, con base en lo dispuesto en el artículo 4027 del Código Civil, que expresa en lo pertinente que: “Se prescribe por cinco años, la obligación de pagar los atrasos:... 3º De todo lo que debe pagarse por años, o plazos periódicos más cortos”.

99. La segunda, es la que considera aplicable la prescripción decenal, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4023 del Código Civil, que establece que: “Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial”⁹⁴.

⁹³ Ídem, cap. III, pto. .2.1.

⁹⁴ Ver Diez, Manuel M., ob. cit., págs. 74 y ss; Mó, Fernando F., ob. cit., págs 301 y ss. Ambos autores mencionan una tercer postura además de las referidas en el texto, consistente en considerar aplicable la prescripción comercial de cuatro años. Ello con base en el art. 847 del Código de Comercio, que dispone: “Se prescriben por cuatro años: 2º los intereses de capital dado en mutuo, y todo lo que debe pagarse por años o por plazos periódicos o más cortos. El término para la prescripción correrá desde que la prestación se haga exigible”. Sin embargo esta interpretación supone considerar al contrato de obra pública como un contrato comercial, lo cual, actualmente, no tendría ninguna cabida en doctrina ni en jurisprudencia.

100. El fundamento de ésta, de escasa recepción en la jurisprudencia, reposa en la distinción entre intereses compensatorios y moratorios, e indica que los últimos si bien se devengan diariamente, se pagan por una sola vez, con lo cual no encuadrarían en el supuesto del artículo 4027, reservado sólo para obligaciones periódicas⁹⁵.

101. El plazo comienza a computarse a la medianoche del día en que empezaron a devengarse⁹⁶, y corre independientemente para cada certificado⁹⁷.

102. La interrupción de la prescripción liberatoria, se produce por la demanda contra el deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio (Código Civil, art. 3986), por el compromiso arbitral efectuado por escritura pública (Código Civil, art. 3988) y por el reconocimiento, expreso o tácito, que el deudor hace del derecho de aquel contra quien prescribía (Código Civil, art. 3989).

103. Parte de la doctrina equiparó el reclamo administrativo previo con la demanda judicial del primer párrafo del art. 3986 del Código Civil, con el objeto de asignarle efectos interruptivos del curso de la prescripción⁹⁸. A partir de la reforma del segundo párrafo del artículo 3986 del Código Civil por las Leyes 17.711 y 17.940, se interpretó también que los reclamos en sede administrativa, tenían el efecto de suspender el curso de la prescripción por el término de un año⁹⁹. Pero ante el régimen específico de interrupción y suspensión de la Ley 19.549 (art. 1º, inc. e,

⁹⁵ Diez, Manuel M., ob. cit., págs. 75/76. Destacamos que el autor sugiere una reforma legislativa para zanjar definitivamente esta cuestión.

⁹⁶ Respecto al momento en que comienzan a devengarse, ver *supra* en este cap., apartado V.I.

⁹⁷ Gordillo, Agustín A., "Intereses por mora en el pago de certificados de obra pública", cit., págs. 85 y 87.

⁹⁸ Aunque la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema, criticada por cierto en doctrina, le negaba cualquier efecto al reclamo administrativo respecto del curso de la prescripción (Fallos 103:155).

⁹⁹ En este sentido, la Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., en un plenario del año 1984, se expidió afirmativamente sobre la aplicabilidad del plazo de suspensión del art. 3986 del Código Civil, pero aclarando que ello "no implica emitir juicio alguno respecto de la eventual aplicación a casos similares en los que medie un reclamo administrativo y las actuaciones se cumplan con intervención del órgano competente, de lo previsto por el Artículo 1º, apartado e), inciso 9º, de la Ley 19.549", (*in re* "González, Aníbal Samuel c/ Estado Nacional (Comando en Jefe de la Armada) s/ ordinario", del 25.10.84).

aparts. 7º y 9º, respectivamente), algunos entendieron que las previsiones del artículo 3986 del Código Civil, quedaron desplazadas por aquellas normas¹⁰⁰.

104. Lo cierto es que el nuevo escenario en la materia, a partir de la sanción de la Ley 19549, no quedó exento a la controversia.

105. Nos referimos a la discusión entre si los términos “interrupción” y “suspensión”, de los apartados 7º y 9º, respectivamente, del inciso e) del artículo 1º de la Ley 19.549, tienen el mismo significado que en el Derecho Civil (arts. 3998 y 3983, respectivamente), es decir, si en el primer supuesto, el plazo transcurrido hasta el momento de la interrupción queda borrado a los efectos del nuevo cómputo “post interrupción” y, en el segundo, si el plazo previo a la suspensión de la prescripción se acumula con el que ocurra una vez reanudado su curso, o si; por el contrario, ambos conceptos constituyen sinónimos. Por nuestra parte, nos inclinamos por sostener que salvo la interposición de recursos administrativos que, según el Artículo 1º, inciso e), ap. 7º de la Ley 19.549, producen la interrupción del curso de los plazos, las actuaciones administrativas practicadas con intervención de órgano competente, incluyendo las derivadas de un reclamo administrativo, sólo “suspenden” (en su significado tradicional) los plazos legales y reglamentarios¹⁰¹.

¹⁰⁰ Ver, por ejemplo, Halperín, David y Cattani, Horacio, “Procedimiento Administrativo”, Revista de la Administración Pública Nº 6, págs. 6 y ss., cap. IV.

¹⁰¹ Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, *in re* “Sosa, Nestor M. c/ Estado Nacional (Gendarmería Nacional) s/ Retiro Militar y Fuerzas de Seguridad”, 12.10.95, Revista de Administración Pública (RAP) Nº 209, págs. 108 y ss, cap. VI, pto. 2, del voto del juez Dr. Pedro J.J. Coviello, y precedentes allí citados. Lo que creemos que fue corroborado en 1997 por la Corte Suprema en el caso “Wiater”, Fallos 320:2289 (considerando 10), confirmado por la doctrina (Jeanneret de Pérez Cortés, María, “Los reclamos. Reflexiones sobre el reclamo administrativo previo”, Jornadas sobre Procedimiento Administrativo organizadas por la Universidad Austral en 1998, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 1998, págs. 145 y ss.), aunque admitimos que en fundados trabajos se ha sostenido lo contrario (Durand, Julio C. “El efecto del reclamo administrativo previo sobre el curso de la prescripción liberatoria”, en “Procedimiento y Proceso Administrativo”, Juan Carlos Cassagne (Director), Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, UCA, 2005, págs. 187 y ss.). Y que la doctrina tradicional de la Procuración del Tesoro en este sentido, es la de considerar como sinónimos los conceptos de interrupción y suspensión (Dictámenes 132:184, 159:533), con lo que, según ella, el plazo renacerá siempre en forma íntegra luego de producirse cualquiera de los supuestos –de suspensión o interrupción- previstos por la ley. También la Suprema Corte de Mendoza, extiende los efectos interruptivos previstos en la legislación local para los recursos administrativos, a los reclamos (Sala 1ª, *in re* “Quiroz, Nestor v. Gobierno de Mendoza”, 11.8.2006, www.lexisnexis.com.ar), aunque es menester destacar que allí no existe una norma similar a la del art. 1º, inc. e), ap. 9º de la Ley Nº 19.549.

106. En ambos casos, el plazo de la prescripción volverá a computarse (ya sea “desde cero”, en el caso de interrupción o, aprovechando el tiempo anterior, en el caso de suspensión) a partir de la conclusión, por cualquiera de los medios normales o anormales, del procedimiento administrativo¹⁰², y también a partir de la configuración del silencio administrativo que habilita la instancia judicial¹⁰³.

- VI -

CONCLUSIONES

107. Podemos concluir todo lo aquí desarrollado, de la siguiente manera:

a) El pago del precio de la obra constituye la principal obligación de la Administración comitente y el principal derecho del contratista, que se instrumenta a través de certificados de obras públicas.

b) Analizados desde el Derecho Administrativo, los certificados de obras públicas constituyen actos administrativos, a los que se le aplica, ajustado a su naturaleza, todo su régimen; instrumentalmente, son documentos públicos pasibles de ser desvirtuados por prueba en contrario y; desde la óptica del Derecho Comercial, son simples medios probatorios de un crédito preexistente.

c) Los certificados pueden clasificarse en: parcial de obra, de anticipo, de acopio de materiales, de movilización de equipos, de redeterminación de precios, de indemnización por mayores costos y final.

¹⁰² Halperín, David y Cattani, Horacio, ob. cit., cap. VI.

¹⁰³ Así se sostuvo, aunque específicamente para un caso de silencio provocado en un reclamo administrativo previo, con fundamento en la disponibilidad para acudir a la acción judicial (y con base en el anterior art. 31 de la Ley 19.549), en el citado caso “Sosa, Nestor M. c/ Estado Nacional (Gendarmería Nacional) s/ Retiro Militar y Fuerzas de Seguridad”, cap. VII, pto. 3, del voto del juez Dr. Pedro J.J. Coviello, lo que nosotros creemos que, por ese mismo fundamento debe extenderse a los supuestos de silencio del Título VIII, del Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos, y también al genérico del art. 10 de la Ley 19.549, en este último caso, reforzado por la previsión del art. 26. Destacamos, como bien lo sugiere Durand, Julio C., ob. cit. pág. 175 y 198/199, que a partir de la reforma de los arts. 30, 31 y 32 de la Ley 19.549, si se acepta que la resolución expresa o tácita del reclamo administrativo previo tiene la aptitud de “disparar” el plazo de caducidad del art. 25, esta cuestión de la interrupción o suspensión de la prescripción, perdería mucha importancia práctica en este ámbito.

d) Los certificados de obras públicas, pueden ser objeto de diversas operaciones financieras, siendo las más comunes el descuento por cesión de créditos, y la prenda, a las que se les aplican supletoriamente las normas del Código Civil.

e) La constitución en mora del comitente, se producirá en forma automática, si el contrato fija un plazo de pago; si éste resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el contratista deberá interpelarlo en cada caso para constituirlo en mora y; si directamente no hubiera plazo, ni expreso ni tácito, deberá solicitarse a un juez que lo fije.

f) Dado el carácter provisorio de los restantes certificados, basta para cumplir con el requisito de la reserva de intereses, con su expresión en oportunidad de la liquidación del certificado final.

g) La tasa de interés aplicable es la del Banco de la Nación Argentina para descuento de certificados (tasa activa), con excepción de los casos en los cuales la aplicación de esta norma produzca un resultado superior al crédito actualizado con un interés que no trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres, salvo que el acreedor acredite haber descontado efectivamente los respectivos certificados y abonado los correspondientes intereses.

h) Los certificados de obra pública, por representar una deuda corriente del Estado, no están sujetos a la consolidación de las Leyes 23.982 y 25.344, y los intereses de esos certificados tampoco lo están, por tratarse de accesorios de deudas corrientes.

i) Los intereses de certificados de obras públicas están exentos del Impuesto al Valor Agregado, y puede aplicarse respecto de ellos –al menos en los casos en que no hubiera habilitación presupuestaria para su pago- el método de lo percibido, a los fines de la aplicación del Impuesto a las Ganancias.

j) Los intereses de los certificados se prescriben a los 5 años según la posición prevaleciente, y esa prescripción, en lo que nos interesa, se interrumpe por demanda judicial, compromiso arbitral efectuado por escritura pública, reconocimiento del deudor o interposición de recursos administrativos, y se suspende por el reclamo en sede administrativa. En estos dos últimos casos, los

plazos vuelven a computarse desde la conclusión del procedimiento por un modo normal o anormal, o desde la configuración del silencio administrativo.

Buenos Aires, noviembre 26 de 2006