

## CONTRATO DE OBRA PUBLICA

### El precio. Modalidades. Procedimiento de certificación y pago. \*

Por el  
Dr. Rodolfo Carlos BARRA

#### 165. *El Precio.*

El precio, en el contrato de obra pública, es la contraprestación en dinero que paga la comitente de la obra a cambio de la ejecución y entrega de la misma (1). Acreedor del pago del precio es, naturalmente, el constructor de la obra, sobre quien pesa, a su vez, la obligación de realizar su prestación en la calidad, plazo y condiciones pactadas. y según. resulte de la naturaleza a ejecutar, pues es propio del régimen jurídico de este contrato que el cumplimiento de la obligación de una de las partes sea causa y efecto, a la vez, del cumplimiento de la contraprestación a cargo de la otra contratante. El contrato de obra pública se caracteriza así por ser un contrato oneroso y conmutativo (2) donde la existencia de prestaciones recíprocas en una armónica relación de equivalencia real (3) pone en evidencia a los elementos fundamentales del acuerdo, que en sus relaciones principales configuran el "régimen exorbitante" o sistema jurídico del contrato en estudio (ver supra, T.I, Cap. 1, parág. 3).

El precio es así un elemento esencial del contrato (4) por lo que, como tal, tiene que encontrarse determinado en el momento mismo en que se celebra el acuerdo contractual y conforme ello haya sido convenido como consecuencia del previo procedimiento de selección del contratista estatal. Por ello se ha se-

. El presente trabajo corresponde al Capítulo xv del Temo 3 del libro "Contrato de Obra Pública", Editorial Abaco, de próxima publicación.

ñalado en supra T.I. Cap. IV, parág. 32, no es aplicable al caso la hipótesis prevista en el Artículo 1627 del Código Civil, lo que contradeciría lo dispuesto en los Artículos 4, 7, 21 y concordante de la L.N.O.P. N° 13.064, salvo supuestos de excepción como las contrataciones directas por especial urgencia (Artículo 9, inciso c), Ley N° 13.064) que por las características propias de la necesidad comunitaria a satisfacer no se cuenta con tiempo, no sólo de llamar a una licitación pública o privada, sino siquiera a discutir el precio con el constructor. Como se ve este es un supuesto realmente excepcional que sólo confirma la regla antes enunciada: el precio, en el contrato de obra pública, debe estar expresamente pactado.

Los principios antes enunciados tienen también aplicación, sin perjuicio de sus variantes propias, en los distintos sistemas de ejecución de la obra pública (supra, T.I. Cap. V, parág. 34). En todos ellos el contratista (constructor; concesionario) realiza su prestación a cambio de una contraprestación determinada o determinable en dinero, la que estará a cargo, directa o indirectamente, de la comitente de la obra. Es que en ningún caso el contratista podrá verse privado de percibir el verdadero valor de la obra, que queda" resumido, en última instancia, en una determinada suma de dinero.

Así sucede con las hipótesis que suelen ponerse como excepciones al principio analizado, como por ejemplo el caso del contratista que es pagado con los materiales resultantes de la demolición de una construcción ya existente. (5). En este caso, cualquier circunstancia ajena a la responsabilidad del contratista que impida que con el valor de realización o utilización de los materiales obtenidos por la demolición, aquél pueda cobrarse el verdadero precio o valor de la obra ejecutada, impondrá a la comitente el pago de la diferencia en dinero, sin perjuicio de que pueda cumplir con otras modalidades siempre equivalentes a la suma de dinero adeudada. La misma situación ocurre con el contrato de concesión de obra pública donde, como ya se ha visto (supra T.I, Cap. VI, parág. 50) el concesionario-constructor percibe el precio de la obra mediante el resultado de su explotación. Pero esto es sólo una modalidad instrumental

que no exime a la comitente-concedente de su obligación de pagar el precio real de la obra (en dinero o con cualquier modalidad reconducible a dinero, por ejemplo mediante la extensión del plazo de concesión) si la explotación de la obra ejecutada no produce un resultado ajustado al "cierre" de la ecuación económico financiera contractual (supra, T.I, Cap. VII, págs. 53 a 58). Es decir que, aún cuando la contra prestación en favor del constructor se encuentre fijada en bienes distintos que el dinero, la naturaleza jurídica del contrato impondrá que se valore a dicha contraprestación conforme al precio en dinero de la obra, y no según la cantidad de los otros bienes comprometidos. La obra valdrá siempre un determinado precio en dinero y no una determinada cantidad de años de explotación o una determinada cantidad y/o calidad de materiales rescatados de la demolición, etc.

#### 166. *Determinación del precio y principio de la remuneración del contratista*

En el parágrafo anterior se ha dicho que el precio del contrato de obra pú-

blica tiene que encontrarse determinado en el momento en que se celebra el acuerdo contractual, y ello por un imperativo legal, como ya se ha dicho, salvo supuestos de excepción que normalmente serán de escasa significación económica.

Pero la afirmación anterior exige una mayor aclaración, por cuanto, en realidad, por la naturaleza misma del contrato de obra pública, lo determinado es sólo el precio en su valor nominal, pero no en su valor real, el que dependerá de distintas alternativas que podrán producirse durante la ejecución de los trabajos y será recién determinado en el momento de la confección del certificado final de cierre de cuentas.

Es que en realidad, por aquel principio de la equivalencia real mencionado en el párrafo anterior y por las razones que se irán desarrollando en los párrafos y capítulos siguientes, el verdadero precio en el contrato de obra pública se adecua más al concepto de "valor" destinado a compensar la prestación efectivamente ejecutada, que a la identificación de "un determinado monto de medios de pago", de acuerdo con los criterios utilizados por la doctrina civilista para distinguir a las llamadas "obligaciones de valor" de las "obligaciones de dinero" (6) y como tuve ocasión de sostener en otra oportunidad (7).

Pero si el precio nominal es determinado, mientras que el precio real dependerá de la efectiva obra ejecutada, la *remuneración* del contratista, es decir la resultante de aplicar el criterio de la igualdad proporcional o comparativa durante el procedimiento de selección contractual, deberá mantenerse intangible durante toda la vida del contrato para respetar aquel criterio de igualdad antes mencionado.

Se distinguen así dos conceptos: el del *precio* del contrato, en tanto que medida de la contraprestación a cargo del comitente de la obra, y el de *remuneración del contratista, como valor resultante de la oferta y adjudicación que dio vida al contrato*, al que se llegó en razón de un análisis comparativo de las exigencias económicas (amén de otras condiciones) del conjunto de los oferentes. La remuneración se convierte así en un concepto jurídico que indica una esfera de protección patrimonial del contratista, destinada a evitar que: por circunstancias ajenas a su responsabilidad, la contraprestación esperada pierda su "valor comparativo" (que, hipotéticamente, también existe aún cuando, en el caso concreto, no haya ocurrido una verdadera puja, por ejemplo, por no haber concurrido otros oferentes) que fue aquel que incidió para que su oferta fuese calificada como "la más conveniente" y en razón del cual se celebró el acuerdo de voluntades.

Así el precio del contrato (el nominal, o básico contractual) variará para mantener intangible la remuneración comprometida. Es que aquel "precio" es sólo un dato diferencial, un modo de expresar, a un momento dado, el "valor comparativo" de la prestación del administrado que resultó adjudicatario. El verdadero precio, es decir la expresión numérica definitiva de la remuneración del contratista, será aquella que resulte de la certificación de los trabajos ejecutados (por los distintos conceptos que más adelante se analizarán) sometidos a corrección hasta la emisión de la certificación final.

Intangibilidad de la remuneración o equivalencia real de las prestaciones, son formas de expresar el alcance del especial régimen conmutativo del contrato de obra pública, que no puede ser analizado sin tener en cuenta el sentido último del procedimiento de selección del contratista, según fue desarrollado en capítulos anteriores.

#### 167. *Modalidades de Determinación del Precio.*

La determinación del precio del contrato está sometida a ciertas modalidades de índole técnica - con alguna relevancia jurídica - que hacen referencia a los distintos métodos de valorar la formación misma del precio de la obra y medir y contabilizar a los trabajos ejecutados, los que suelen clasificarse bajo la denominación genérica de "Sistemas de contratación" (8).

En nuestro medio tales modalidades suelen clasificarse en las categorías principales de: a) *unidad de medida*; b) *ajuste alzado* y c) *costo y costas*, admitiéndose también la combinación de distintos sistemas entre sí (9). Esta es también la clasificación que han seguido las legislaciones nacionales y provinciales en materia de obra pública, con muy ligeras modificaciones (10).

a) *Unidad de medida*: En este caso se determinan precios por singularidades determinadas de la obra o por cada unidad elemental de la misma. Esta categoría puede, a la vez, subdividirse en dos especies (11):

- Por *unidad simple*: en este caso se fija un precio por unidades o piezas determinadas de la obra, sin que se convenga el número de unidades totales que deben ser ejecutadas, por lo cual, como lo establece el Artículo 1639 del Código Civil " ... el contrato puede resolverse por una y otra parte, concluidas que sean las partes designadas, pagándose la parte concluida ". En realidad este sistema sólo excepcionalmente será aplicado en el contrato de obra pública, donde lo habitual (salvo supuesto de trabajos menores, generalmente referidos a ciertas tareas de reparación de obras ya existentes) será la existencia de un compromiso tendiente a la obtención de una obra completa y apta para su destino final.

- Por *unidad en el conjunto*: De acuerdo con este sistema, si bien se establece un precio por cada unidad elemental de la obra, las partes se comprometen a la realización de una obra completa, susceptible de descomponerse en aquellas partes o unidades elementales previamente identificadas y valoradas. De esta manera el precio total de la obra resultará de la suma de los valores correspondientes a cada unidad, siempre en la cantidad efectiva de unidades que haya sido necesario ejecutar. Así, el Artículo .3.2.10 del Pliego General único de Bases y Condiciones para la contratación de obras públicas del Neuquén (Ley 687 y Decreto 108/72) siguiendo lo dispuesto en el Proyecto CIMOP de 1970, establece bajo la denominación de "unidad de medida y precios unitarios" (es de destacar que en este cuerpo legal, como en todos aquellos que siguieron el Proyecto CIMOP, no se contempla expresamente al sistema de la unidad de medida simple): "Los proponentes deberán cotizar precios unitarios por cada ítem del presupuesto oficial; tales precios constituirán su oferta. Se aplicarán

a los cálculos métricos del Presupuesto Oficial y la consiguiente suma de valores será el precio total de la propuesta". Y aclara: "Los precios unitarios cotizados por el adjudicatario serán aplicados a la cantidad de obra ejecutada dentro de cada ítem a efectos del pago de la obra".

En este sistema, en realidad, cada unidad elemental de la obra tiene asignada un precio que es, en sí mismo, *alzado*, con las características que se verán al analizar la siguiente categoría (12) y así deberá. cada " ítem", ser considerado a efectos de la valoración de su precio total de ejecución, manteniéndose siempre vigente la obligación de las partes en cuanto a la realización de la totalidad del trabajo público comprometido.

Es suficientemente descriptiva de la mecánica de aplicación de esa modalidad de determinación del precio de la obra, la regulación incorporada al Reglamento General de Contrataciones (Edición 1971) de Ferrocarriles Argentinos. en sus Artículos 106 a 108:

"Artículo 106. INDIVISIBILIDAD DE LAS OBRAS: Las obras a contratar forman un conjunto indivisible y serán adjudicadas a un solo oferente, salvo indicación expresa en otro sentido que señale el Pliego de Condiciones Particulares".

"Artículo 107. UNIDAD DE OBRA: Unidad de obra es la descrita en cada uno de los ítems del Presupuesto Oficial. Sub-ítem es cada una de las partes de obras o trabajos que componen un ítem. Se utilizarán los ítem para la liquidación de las obras o trabajos que se realicen por el sistema de ajuste alzado, y los sub-ítem para la liquidación de las diferencias entre el cómputo métrico oficial y la cantidad de obra o trabajo realmente ejecutado en los casos de contrataciones por Unidad de Medida".

"Artículo 108. PRECIO UNITARIO SU INTERPRETACION: El precio unitario de cada ítem y sub-ítem se entiende por la parte de obra o trabajo terminado conforme con su finalidad y comprende todos los gastos necesarios para la completa terminación de la parte de la obra o trabajo".

Como se ve se parte de considerar a las obras como un "conjunto indivisible" sin perjuicio de su detalle o discriminación por unidades o ítems, como una metodología que es igualmente apta para la contabilización del precio de la obra tanto en los contratos por unidad de medida como para los que han sido celebrados por el sistema de ajuste alzado. El Artículo 108 indica que el valor de cada unidad está establecido también de manera "alzada". lo que no quiere que su precio resulte absolutamente invariable, como se verá más adelante. Precisamente el Pliego de Cláusulas Generales de Bases y Condiciones para Licitaciones en Obras Públicas" reglamentario de la Ley N° 9595 de obras públicas de la Provincia de Formosa, aprobado por Decreto 2115/84, establece al definir la contratación por unidad de medida (Artículo 9, apartado a) que "Los precios unitarios del proponente al que se le adjudique la obra, pasarán a ser, oportunamente, precios básicos contractuales y quedarán sujetos al régimen de variaciones de costos establecidos en la legislación vigente".

b) *Ajuste Alzado*. Desde la perspectiva del Artículo 1633 este sistema o modalidad consiste en determinar un precio global para la realización de una

obra total y definida en sus aspectos esenciales y característicos. De esta manera el empresario o constructor asume totalmente el riesgo de la variación de los costos de la obra (salvo lo que corresponda por la aplicación de la teoría de la imprevisión, regulada en el Artículo 1198 del Código Civil) tanto respecto de los derivados de variaciones en el mercado (aumento del precio de las materias primas, por ejemplo) como por la necesidad de realizar mayores inversiones en la obra, debido a modificaciones inevitables en el proyecto, dificultades del suelo, y otras razones generalmente de índole técnica. Por supuesto que el comitente también asume un riesgo, pues la obra pudo haberse ejecutado, cumpliendo con el proyecto y con los requisitos de calidad, características esperadas y correspondencia con el fin al que la obra debe servir, con una menor inversión (quizás producto de una menor cantidad de trabajo o un mayor aprovechamiento de la materia prima) que la prevista inicialmente (13).

Como se verá más adelante, este sistema es jurídicamente contradictorio con el régimen del contrato de obra pública, o régimen jurídico exorbitante, de este contrato (14). De aquí que la práctica haya impuesto el término de "*ajuste alzado relativo*" (15) para identificar a aquellos contratos que si bien se adecuan a la metodología de formación del precio y de medición y contabilización de los trabajos propia del ajuste alzado (no obstante la posibilidad de discriminar los valores o precios unitarios por los rubros en que se descompone la obra) no admiten las consecuencias jurídicas que el derecho privado se reconoce para este tipo de contrataciones.

Esto es lo que establece el ya citado Pliego Tipo de la Provincia de Formosa, en el apartado b) del Artículo 9: "El proponente dará un precio global para ejecutar la obra que se licita, presentando con la oferta el cómputo métrico y precios unitarios para cada ítem o partida del Presupuesto Oficial, como así también el análisis de precios de cada uno; estas cantidades y precios servirán de base para las certificaciones de trabajos y la conversión de las modificaciones. La Administración pagará al Contratista por la obra concluida de acuerdo con el proyecto, la suma global establecida en el contrato, con la variación que resulte, de las modificaciones establecidas entre las partes y de la ampliación del régimen de variaciones de costos dado por la legislación vigente' , .

c) *Costo y costas*: También denominado "coste y costas", consiste este sistema en un estricto traslado al comitente de todos los costos insumidos en la ejecución de la obra, de tal manera que el constructor aparece, desde esta perspectiva como un administrador del contrato que cobra por su servicio las "costas" generalmente fijadas en un porcentaje sobre el "costo" o "expensas de obra" - que cubre su beneficio y gastos generales, sin perjuicio de que puedan establecerse contenidos diferentes para estos dos conceptos (15 bis). De esta manera no hay precio fijado para el contrato, el que será sólo posible de determinar al finalizar la construcción de acuerdo con la efectiva cantidad de inversiones realizadas. Por ello, en la etapa de selección del contratista, además de las calidades propias de la empresa, lo que se compara es el porcentaje ofertado por los distintos oferentes como "costas" o beneficio, o bien una retribución fija, que puede ser, en reemplazo del porcentaje, una alternativa de esta moda-

lidad contractual. No obstante lo expuesto, se trata también aquí de un verdadero contrato de construcción, en la medida que el empresario no deja de asumir todos los riesgos y responsabilidades propias de su calidad de constructor. Es decir, en contra de lo que aparenta, no es un contrato de los llamados "en economía" o "de administración" (16) sino una modalidad de contabilizar el precio del contrato de obra, que se utiliza generalmente en construcciones de una especial complejidad técnica, en las que no es posible fijar un precio de antemano, o en aquellas en las que se exige una determinada calidad en los materiales a emplear, por lo que la Administración comitente prefiere, entonces, llevar un especial control sobre las inversiones del contratista.

Este sistema de "costo y costas" es mirado con desconfianza, seguramente por las complejidades administrativas que presenta, relativas a lo que se denomina "seguimiento del contrato". Por ello el Artículo 5, apartado c) de la Ley 13.064 sólo lo admite en casos "de urgencia justificada o de conveniencia comprobada", salvedad que si bien no se encuentra reiterada en sus proyectos de reformas, sí es receptada por las legislaciones más modernas, como es el caso del Artículo 15 de la Ley 4416 de Mendoza (17).

En realidad, en la medida que se establezca un correcto método de seguimiento contractual (lo que es posible de hacer, dado los medios técnicos y humanos con que cuenta o debe contar la Administración) y se admite la contratación en base a partidas presupuestarias meramente estimativas (que es lo que ocurre en la realidad, frente a los desfases de valor que sufren las obras como consecuencia de las distintas alternativas que las pueden afectar durante la realización de los trabajos), este sería el mejor método de valorización de las obras y de pago de la prestación del contratista (18), con beneficio para los intereses de ambas partes contratantes. La Administración tendría así una absoluta certeza de las inversiones efectivamente realizadas, y un mejor control de la calidad de los elementos incorporados a la obra, y el contratista se vería también resguardado frente a posibles alteraciones en la ecuación económico financiera contractual que, si bien deben serles compensadas por la comitente, siempre dan lugar a discusiones o litigios, con retardo en la percepción del crédito. En definitiva, el principio de la "intangibilidad de la remuneración del contratista" (ya analizado, en sus aspectos generales, en supra T.I, Cap. 1, parág. 8) convierte a todo contrato de obra pública en una suerte de "costo y costas" real, bajo el "ropaje" de cualquiera de las otras modalidades de determinación del precio, que sólo conservan valor como metodologías de medición del avance de las obras, lo que, por otra parte, no es contradictorio con el "costo y costas" .

De todas maneras la utilización de esta metodología (costo y costas) en sentido propio, sólo será posible en aquellas obras en las que se pueda precisar con un grado máximo de detalle el proyecto e ingeniería de la obra, para tener así identificados la cantidad y calidad de los insumos a invertir en la obra, sin perjuicio de las variaciones que posteriormente se impongan durante su construcción.

De no ser esto posible, el "costo y costas" puede resultar desaconsejable pues podría ocurrir que el contratista eleve innecesariamente los costos para

ver así incrementadas las costas, si bien esto ,podría evitarse fijando a este último concepto en una suma determinada (no un porcentaje) sin perjuicio de su reajuste por actualización monetaria, en caso de resultar ello necesario.

El párrafo anterior resulta contradictorio con la habitual afirmación relativa a que el sistema de "costo y costas" sólo procede cuando la falta de certeza acerca de los costos de ejecución de la obra es muy grande. Pero esta es una afirmación no armónica con el sistema jurídico del contrato de obra pública, pues se origina en la vieja tradición privatista del contrato (ya sea por ajuste alzado o por unidad de medida, aunque cada uno según sus características propias) a "precio fijo". Pero en el contrato de obra pública el precio es siempre variable, para mantener la remuneración intangible, según lo visto en supra, párr. 166. Por ello no es necesario "proteger" al contratista (en los casos de falta de certeza, siquiera aproximada sobre el costo de la obra) de eventuales desajustes, mediante el sistema del reembolso asegurado del costo. En el contrato de obra pública dicha protección es parte de su naturaleza jurídica de ahí que, precisamente, el método de "costo y costas" es el que más se parece (en su concepto) a lo que en realidad ocurre en el sistema remuneratorio del contrato en estudio. Por ello su aplicación se hace más sencilla (si se quiere utilizar esta expresión) en los casos de posible predeterminación, siquiera básica, de la cantidad y calidad de los insumos de la obra, ya que así se evitarán sorpresas desagradables en perjuicio de la Administración comitente.

Cuando se carezca de tal certeza, parece resultar más razonable que el contratista oferte un precio (por ajuste alzado o por unidad de medida, según la naturaleza de la obra) que, por ser el valor básico sobre el cual se computarán todas las futuras variaciones sobre las que el constructor tenga derecho a que le sean reconocidas, siempre supondrá la asunción de un riesgo de su parte, riesgo que será trasladado, seguramente, al monto mismo del precio básico. Pero esta es ya una cuestión comercial, muchas veces influida por el grado de competencia que existe en orden a obtener un determinado contrato, que en sí misma no afecta a la esencia del sistema. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que con el método del "costo y costas", ambas partes eliminan esta incidencia del riesgo: el contratista porque todos los costos serán pagados por la comitente; y esta última porque, si bien asume a tales costos, elimina el riesgo potencial de las ofertas de los concursantes, con lo cual ayuda a la "transparencia" y abaratamiento de las propuestas.

De esta manera, en el procedimiento previo de selección, sólo se discutirán las "costas", además de la valoración de los antecedentes de los proponentes. Además, en algunos casos en que la naturaleza de la obra lo admita, se podría exigir la presentación de alternativas con propuestas para abaratar el "costo" de la obra, sin afectar a su calidad y funcionalidad, lo que también debería ser un elemento de importante ponderación en orden a decidir la adjudicación.

Claro está que los comentarios hechos en los párrafos anteriores son de "lege ferenda". De "lege data", ya se ha visto que existe una especial desconfianza sobre la utilización del "costo y costas", lo que seguramente es una expresión de la desconfianza que la Administración tiene sobre sí misma, en

cuanto a su capacidad para establecer un sistema eficaz y razonable de proyección y presupuestación de la obra (en la faz preliminar del procedimiento contractual) y de control y seguimiento del contrato, en su etapa de ejecución.

Superada esta desconfianza en sí misma, nada impedirá que la Administración generalice la utilización de la modalidad del "costo y costas" que, como ya se ha visto está admitida por los proyectos de reformas de la ley nacional, al no considerado un sistema de excepción, regulación que ya es vigente en todas las legislaciones provinciales que han seguido, en el punto, los lineamientos del proyecto CIMOP de 1970.

#### 168. *El pago.*

No cabe duda que la principal obligación de la Administración comitente es efectuar puntualmente el pago del precio convenido con el contratista como contraprestación por la ejecución del trabajo público y entrega de la obra terminada. Debe entenderse que esta obligación se refiere al pago del precio en cuanto éste signifique o responda a la remuneración integral e intangible a que el contratista tiene derecho, es decir, el precio básico contractual adicionado o disminuído por el juego de la obra, considerada en referencia a aquel valor básico por el cual se celebró el contrato.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "la oferta más las cláusulas de reajuste constituyen el precio del trabajo. Que pactado en tal forma, representa para el adjudicatario un derecho de carácter patrimonial protegido por el Artículo 17 de la Constitución Nacional" (19). En realidad, como fue visto en supra pag. 166, es el valor de adjudicación -comparativamente definido- el que más el régimen de reconocimiento de variación de costos (por cualquier tipo de variación y no sólo por la contemplada en la Ley 12.910 y concordante, relativas a la variación de costos de los insumos) conforman la remuneración del contratista, la que debe mantenerse intangible por su calidad de derecho patrimonial constitucionalmente protegido. Lo realmente intangible es, entonces, aquella relación comparativa que estableció la Administración en el momento de adjudicar, entre otras las ofertas presentadas y en su examen o consideración frente a las exigencias del pliego y a las circunstancias exteriores (precios de mercado de los insumos, condiciones de terreno conocidas o supuestas, etc.) que objetivamente se tomaron en cuenta para otorgar e una base homogénea a aquella comparación de ofertas. "Por ello -siguió diciendo la Corte en el fallo citado- si se modificara la cláusula (de variación de costos) o se adoptara otro criterio de reajuste, existiría violación de la igualdad que debe regir el procedimiento, en perjuicio de la adjudicataria, respecto de las demás firmas oferentes, que presupuestaron conforme con las previsiones contractuales a precios superiores". Por supuesto que, como se verá más adelante, en muchas ocasiones el mantenimiento de esta igualdad comparativa exigirá la modificación de distintas estipulaciones contractuales, dado que no sólo se debe tener en cuenta que los otros proponentes ofertaron precios superiores, sino que la adjudicataria presupuestó un precio inferior *en*

*una determinada relación, que es la que no debe modificarse, salvo circunstancias imputables al mismo contratista.*

Basta por ahora retener esta idea acerca del verdadero alcance de la obligación de pago de la comitente para ser susceptible de saldar el precio (en tanto que remuneración) del contrato.

169. *El procedimiento contractual y el carácter provisional o definitivo de los pagos.*

El pago en el contrato de obra pública participa de la misma estructura procesal que le corresponde a este contrato como a todo otro contrato administrativo.

Es que, en definitiva, el precio del contrato es estrictamente la contraprestación a la que la comitente se compromete en cambio o en retribución del cumplimiento de la prestación del contratista. Ya se ha visto que este último aspecto, el cumplimiento de la prestación del contratista, está signado por la realización del trabajo público en aras a la concreción de una determinada obra pública (ver supra, T.I. cap. 11, parág. 10, y cap. IV, parág. 25). Desde esta perspectiva el empresario se encuentra obligado a ejecutar un trabajo según unas determinadas condiciones y a entregar la obra pactada en el tiempo y condiciones de calidad y características también convenidos.

¿Qué es lo que paga el comitente? ¿La ejecución del trabajo o la obra terminada? Es obvio que el precio pactado está orientado al pago de la obra terminada pero en tanto ésta es consecuencia de un determinado trabajo público, con las características ya estudiadas. Pero también es cierto que, hasta tanto la obra no se encuentre concluida a satisfacción, el constructor no habrá satisfecho su obligación y por lo tanto no será acreedor a la contraprestación esperada, es decir el pago del precio de la obra.

Lo expuesto permite afirmar que el cumplimiento de las obligaciones asumidas por ambas partes transita como en dos andariveles: el primero es el *dinámico, siempre de carácter instrumental respecto del resultado buscado, pero que tiene importancia, jurídicamente tiene exigibilidad en sí mismo, pues ambas partes aceptaron comprometerse en este tipo de contrato teniendo también en vista la naturaleza de las obligaciones a cumplir y a exigir en el estadio dinámico.*

El segundo de esos andariveles en realidad se establece en un punto fijo, no hay verdadero tránsito sino un punto de llegada y de permanencia. Es el momento *estático* del contrato, y también final, por cuanto todo aquello que se cumplió en la etapa anterior sólo tiene sentido en razón de este punto final que es la entrega de la obra y pago del saldo del precio adeudado.

La obra y, la remuneración comprometidas serán entonces los verdaderos criterios para establecer si hubo solutio de las respectivas obligaciones, sin importar los cumplimientos (ejecuciones de trabajos, pagos periódicos) efectuados con anterioridad, pues éstos, para ambas partes, *serán siempre provisionales y a cuenta.*

Por consiguiente, durante la etapa dinámica, la etapa de ejecución de los trabajos, no hubo, para ninguna de las partes contratantes, cumplimientos defi-

nitivos. Todo será provisional, hasta la entrega de la obra y la realización de la liquidación final de la misma. Esto quiere decir que todo lo hecho y todo lo pagado será rectificable (siempre en razón de obtener la obra y la remuneración que, respectivamente, ambas partes esperan), sin que existan preclusiones o caducidades o pérdidas de derecho, salvo respecto de aquellos aspectos que expresamente pudiere estar exigido por la norma aplicable.

Desde el punto de vista del precio del contrato, salvo casos de excepción (generalmente contratos de breve plazo de ejecución y de poco valor económico) el contrato de obra pública se *va pagando* a medida que se *va ejecutando*. *Pe-*~o no se *paga* ni se *ejecuta* (y en esto los tiempos de los verbos tienen especial importancia) durante la llamada etapa dinámica. Se paga y se ejecuta al final, en la etapa conclusiva del mismo, cuando se entrega la obra y se liquidan las cuentas, comprobando si la remuneración pactada fue satisfecha.

Si esto es fácil de comprender desde el punto de vista del cumplimiento de la prestación del constructor, ya que no se puede admitir que éste considere que ha cumplido una parte de su obligación como consecuencia de la ejecución de determinadas tareas (el principio de indivisibilidad de la obra no tolera cumplimientos, *solutio*, parciales, salvo que así esté expresamente pactado) no lo es tanto desde la perspectiva del comitente, pues éste va realizando pagos que ingresan al patrimonio del contratista (aunque siempre de manera provisional) y que tienen una fecha cierta de exigibilidad. Pero debe recordarse que esta adquisición patrimonial no puede dejar de ser provisional, lo que se advierte fácilmente si se tiene en cuenta el derecho de la comitente a descontar pagos efectuados en demasía (por ejemplo, por mal medición de lo hecho) de las posteriores certificaciones o del fondo de reparos, siempre hasta el certificado final de cierre de cuentas.

La razón de esta aparente anomalía reside en que conviene a la economía del contrato (para ambas partes) no hacer soportar todo el costo de financiación de la obra en el contratista, lo que en algunos casos sería imposible (obras muy costosas y de larga duración) y siempre supondrían un excesivo recargo en el valor de oferta, en perjuicio de la Administración comitente (20).

Por esta razón, en el contrato de obra pública (salvo pacto en contrario, y esto con ciertas limitaciones) el pago que cancela la obligación con los efectos del Artículo 724 del Código Civil sólo ocurre con el certificado final de cierre de cuentas o documento que lo reemplace, precisamente porque este certificado supone la anterior (o contemporánea) recepción definitiva de la obra, con plena conformidad de la comitente. Ningún pago anterior puede ser cancelatorio, por cuanto la obra no está ejecutada, por consiguiente no existe, todavía, el cumplimiento de la prestación del contratista; del cual el precio de la obra es su contraprestación. Por ello se ha interpretado (21) que los pagos realizados durante la ejecución de la obra son provisionales y a cuenta, lo que le permite, por ejemplo, a la comitente descontar en los sucesivos certificados las sumas liquidadas de más en los anteriores, sin necesidad de invocar (y demostrar) el instituto de la repetición del pago hecho por error, que en la mayoría de los casos no sería procedente. Sin perjuicio de ello, el pago de cada certificado es exigible

por la contratista en las fechas de vencimiento pactadas (22) dado que, salvo pacto en contrario (o, por ejemplo, los casos de concesión de obra pública) la financiación de la obra queda a cargo de la comitente mediante la realización de estos pagos parciales. En definitiva, las fechas de pago pactadas en el contrato (que deben ser respetadas por las partes, como todo acuerdo contractual) hace a la *oportunidad* del pago, pero no a su *carácter o naturaleza*: parcial o a cuenta; provisional o definitivo o cancelatorio.

También Cianflone (23), afirma que el principio general es que el pago de la contraprestación por parte de la Administración, es sólo debida después de finalizada, comprobada, liquidada y aceptada la obra. Esto es el "principio della postnumerazione del corrispettivo". Sólo después de esta operación el crédito del constructor al precio se convierte en cierto, líquido y exigible. Esto -sigue diciendo Cianflone- es propio de la estructura de este tipo negocial, donde las dos prestaciones contrapuestas no deben ser seguidas contemporáneamente, pero el cumplimiento de una (la del comitente) es subordinada a la completa ejecución de la otra.

Esto no le quita valor a los pagos parciales, que son exigibles, *pero no cancelatorios, de lo contrario, si lo fuesen, tampoco serían revisables por parte de la Administración* las partes de avance de obra a que tales pagos se corresponden, conforme con el principio de la equivalencia de las prestaciones, según lo ya analizado (24).

Por último, afirma Cianflone que el pago a cuenta no prejuzga ninguna cuestión sobre la efectiva entidad del crédito final del constructor. El pago a cuenta en *carácter provisional, sin efectos cancelatorios* y no implica reconocimiento del crédito del contratista (y tampoco agrego, de la entidad del débito del comitente) reconocimiento que sólo ocurrirá en el momento de la recepción definitiva y liquidación final.

También Laubadere, afirma que 'las liquidaciones provisionales son extractos de cuenta, establecidos periódicamente por la Administración para ser- vides de informe y como base para el pago de los anticipos a efectuar al contra- tista... Por su naturaleza, las liquidaciones provisionales no ...gozan de los bene- ficios de ninguna irrevocabilidad ..No pueden ser invocados por ni contra el contratante". En cambio... la liquidación definitiva se caracteriza por un alcan- ce Jurídico que se puede resumir de la 'siguiente manera: aceptada por 'el con- tratante, la liquidación definitiva constituye un pago contractual que determina la deuda de la Administración y vincula en adelante a las dos partes de manera irrevocable" (25).

La jurisprudencia nacional ha establecido idénticos principios: - "Los cer- tificados y liquidaciones parciales de obras públicas siempre conllevan el carác- ter de provisorio, salvo supuesto excepcional, hasta el ajuste y decisión defini- tivos" (26).

- "Los certificados de obra - sean de acopio de materiales, de obra reali- zada o de mayores costos - no constituyen sino órdenes parciales de pago, que no implican conformidad con la obra realizada y que no impiden los reajustes realizados en el certificado final" (27).

La provisionalidad de los certificados (tema que será analizado in extenso en infra Cap. XVI, pág. 175) también ha sido aceptada por la doctrina nacional, al señalar que los efectos del Artículo 624 del Código Civil sólo deben ser considerandos en relación con el certificado final de cierre de obra 'y no con respecto a los mensuales, que son provisorios" (28).

Escola, en el mismo sentido (29) aclara que "...con la recepción definitiva la Administración Pública debe efectuar al cocontratante el pago del precio total de la obra, o el saldo que en ese momento faltare pagarle, *una vez practicada la liquidación final correspondiente* ".

Es decir, la recepción definitiva (la provisional para nada interesa a este respecto) implica una atestación acerca del estado de la obra, con la cancelación del plazo de garantía y la purga de los vicios ocultos. Por ello el contratista tiene derecho a la devolución de las garantías constituidas. Pero ese acto no cierra el contrato, pues todavía resta la liquidación final o lo que en la práctica se llama "el certificado final de cierre de cuentas" (e) "collaudo" en el derecho italiano) donde se cancelan los créditos y débitos del contratista.

Este acto, que normalmente pero no necesariamente, es contemporáneo a la recepción definitiva, es el que salda el contrato, y es la oportunidad para realizar el reclamo por los saldos pendientes. Por eso es que hasta ese momento, los pagos *no son cancelatorios*: simplemente porque la cuenta permanece abierta.

Esta especial naturaleza de los pagos que se van efectuando durante la etapa dinámica del procedimiento del trabajo público, impone también que aquellos mismos pagos se estructuren según un régimen procesal que, a la vez que desarrolla la serie de actividades materiales que deben ser ejecutadas con anterioridad al pago, permiten ubicar a estos pagos en una serie formal de etapas, sin perjuicio de su valor de instrumentación del crédito del contratista. Este es el denominado procedimiento de certificación y pago.

#### 170. *Finalidad del Procedimiento Certificatorio en la Obra Pública.*

La obra pública es el resultado, material o intelectual, de un contrato de ejecución prolongada (ver supra, T.II, Cap. XIV, parág. 146) en el cual un empresario promete y realiza una obra, y un comitente estatal se obliga a pagar por ésta un precio cierto. Sus efectos, por lo tanto, se prolongan necesariamente en el tiempo, va que las obras públicas en ocasiones duran varios años. Correlativamente, la ejecución de los trabajos prometidos insume cuantiosos fondos. De allí que, como se vio en los párrafos anteriores, *se Plantee como una necesidad, la financiación de la obra pública, puesto que difícilmente la Administración encontrará un empresario que tenga disponibilidades suficientes para asumir la ejecución de los trabajos y recibir su remuneración recién contra la entrega de la obra como lo establece el Artículo 1636 del Código Civil.*

Efectivamente, el principio vigente en materia de pago del precio en la locación de obra civil' es el de la norma citada, si bien que atento su carácter supletorio de la voluntad de las partes, tal solución deviene excepcional en la prác-

tica. Para el pago del precio de la obra pública, se pueden concebir, teóricamente, las siguientes modalidades: a) en única solución al momento de la formalización del contrato; b) con liquidaciones provisionales a cuenta, durante la ejecución de la obra y en períodos determinados; c) en liquidaciones provisionales, pero según avanza los trabajos; d) en el momento de conclusión y entrega de la obra (30).

Respecto de la última modalidad descrita, es casi imposible hallada en la práctica, por razones ya expuestas. En realidad, la obra pública se va pagando según se ejecuta, a lo largo del tiempo. Se establece entre las partes una necesaria y fluida corriente financiera que permite la ejecución de obras que, de otro modo, difícilmente podrían afrontar los contratistas particulares. Recordemos que en la gran mayoría de los casos, los montos de los trabajos superan varias veces el patrimonio de los empresarios.

Esa *corriente de financiación*, que tiene características jurídicas y económicas que más adelante se analizarán, se materializa en el procedimiento de certificación y pago de la obra pública.

El *procedimiento de certificación* puede ser definido como aquel conjunto de actos emanados de la Administración comitente con la participación del contratista particular, destinados a inspeccionar, reconocer y evaluar distintos presupuestos de hecho a los que el régimen normativo y contractual de la obra pública hace producir efectos jurídicos en relación con el pago de la obra.

En efecto, es doctrina del Artículo 896 del Código Civil que el *hecho jurídico es aquel acontecimiento de la vida al que una norma hace producir efectos jurídicos*. En este caso la "norma", integrada por la legislación de obras públicas y la voluntad de las partes, configura su hipótesis con determinados hechos como son, vgr., la iniciación y avance de los trabajos, el acopio de materiales aún no incorporados a la obra, la variación en más o en menos de los valores originarios de los insumos, etc. Tales presupuestos han de ser *verificados* por el comitente en su inspección periódica de la obra y posteriormente, *reconocidos y evaluados a los efectos de su oportuno pago*. El documento por el que el comitente, tras el procedimiento indicado, reconoce una deuda por tales conceptos, es el *certificado de obra pública*.

A causa de la ejecución prolongada en el tiempo, la certificación -como presupuesto de los pagos - ha de extenderse durante toda la vida del contrato. Esta *continua correlación entre trabajo, certificación y pago* permite mantener al contratista particular en la posibilidad económica de ejecutar la *obra que*, de otro modo, no podría en la mayoría de los casos.

El interés público comprometido en la *continuidad de la ejecución de la obra pública ha llevado en la práctica a establecer el procedimiento de certificaciones parciales* por ejemplo, según períodos de ejecución, generalmente mensuales (vgr. Decreto 2348/76, Artículo 2). El mencionado *principio de continuidad en la ejecución de los trabajos también se manifiesta en la ayuda financiera que la Administración presta con los certificados de acopios y de medios auxiliares, y en la inembargabilidad de las sumas pagadas por la ejecución de obra* (Artículo 47, Ley 13.064). En un sentido más general, puede decirse que hay co-

*rrespondencia de fines - no equivalencia - entre este principio de continuidad y el de intangibilidad de la remuneración del contratista particular.*

En consecuencia de lo expuesto, surge claro que la certificación de la obra pública es- un procedimiento característico de este contrato que tiene peculiaridades jurídicas y financieras destinadas a satisfacer - entre otros - al fin de la *continuidad y remuneración de los trabajos concertados.*

#### 171. *Naturaleza Económica.*

Resulta conveniente profundizar lo analizado en supra pág. 169, a la luz de la realidad económica que exterioriza el procedimiento de certificación y pago, conforme a como tal realidad es receptada por los mecanismos jurídicos del sistema contractual de la obra pública.

La certificación de la obra pública es un instituto destinado primariamente a *remunerar el sacrificio económico del contratista particular. La certificación* es el presupuesto mediato de exigibilidad del pago. En cambio, el presupuesto o antecedentes *inmediato* del pago es la orden o promesa de pago -cheque o pagaré- que la Administración emite a posteriori del certificado (31).

Secundariamente, una certificación periódica -que supone por tanto periodicidad en los pagos - significa velar por la *continuidad en la ejecución de la obra.*

La continuidad es protegida por la ayuda financiera de estos pagos periódicos -y, por ende, parciales- según avanza la obra. Sin embargo, todas las reglas ordinarias del derecho presupuestario del Estado y de la locación de obra se oponen, en principio, a esta certificación y pago parcial.

En efecto, es un *principio de contabilidad pública* el que exige que el pago sólo se haga cuando se lo ha justificado con *servicio prestado*. Esta disposición, propia de la dinámica presupuestaria, está contemplada expresamente en numerosas legislaciones extranjeras (Ley General de Contabilidad de Italia, Artículo 12, párrafo 4°; Decreto de la República Francesa del 31 de mayo de 1862, Artículo 10), ha ocasionado serias dificultades que han debido ser afrontadas con el sistema de anticipos y entregas a cuenta (32). Sin embargo, se justifica su permanencia en materia de gastos públicos, en la etapa de la "liquidación", con la finalidad de proteger los caudales del Estado (33).

Así las cosas, y siendo el "opus" prometido por el contratista particular una obligación de brindar los medios apropiados para obtener el resultado esperado (ver supra, T.I, Cap. 11, parág. 10 y Cap. IV, parág. 25) su prestación es jurídicamente indivisible (arg. Artículo 667 y 680 del Código Civil). En consecuencia, el "servicio" que el contratista promete, sólo será prestado tras el íntegro cumplimiento de los trabajos, es decir, con la entrega de la obra ejecutada mediante la realización de los trabajos necesarios y convenientes. Por lo tanto, la certificación y pago parciales riñen con el principio de contabilidad pública mencionado, pues una certificación y pago anteriores a la consumación del *opus prometido, significa una erogación sin "servicio prestado" antecedente.* Por ello ya se ha visto que los pagos hechos durante la ejecución de los trabajos no configuran el "pago" a los efectos del Artículo 725 del Código Civil.

Así es, no cancela la obligación solutoria con carácter definitivo por cuanto aún no ha acaecido el "resultado indivisible" que satisface al comitente. Recién a la entrega de la obra, se debe el pago (Artículo 1636). La solución., obviamente inspirada en la necesidad de continuidad de los trabajos, es la de interpretar el principio de pago por servicio prestado -tanto presupuestario como privativo- de un modo más *amplio*. Así, *a los estrictos efectos contables y financieros, el contrato de obra pública no es de resultado "íntegro" sino de resultados "parciales" pero continuados*. Estos son pasibles de medición y pago (a cuenta) por separado, aunque sin independencia respecto del "precio" (en el sentido de *remuneración*) total de la obra.

Esta solución tiene la ventaja de que, aún permaneciendo indivisible la obra desde el miraje jurídico, se puede calificar de "servicio prestado" a la parte de obra ejecutada, en un sentido contable y financiero (34).

Una errada apreciación de los estrictos fines contables y financieros de la división del precio ha hecho sostener a algún autor que en la obra pública el precio es divisible (35). En realidad esta "divisibilidad" sólo contable y financiera busca mantener al contratista en la posibilidad económica de ejecutar la obra. Especialmente clara en sus definiciones es la sentencia del 19 de abril de 1967 del Tribunal Supremo de España. Allí dice que "al ser el contrato de obra de la clase de los de resultado, la Administración no debe el precio sino cuando el resultado final ha sido realizado a satisfacción, con independencia de los pagos fraccionados correspondientes a las diferentes medidas de obra, y que *sólo significan una facilidad de financiación, ya que siendo el resultado final indivisible, no puede admitirse tampoco una división en las prestaciones a cargo de la Administración* (36).

De allí que la certificación y pago periódicos y parciales tengan ciertas *peculiaridades jurídicas*.

a) En primer término, son exigibles en los plazos previstos en el contrato (generalmente las certificaciones son mensuales, en tanto que los plazos de pago varían en todos los casos, sin perjuicio de las limitaciones máximas establecidas, en el orden nacional, por el Decreto 2348/76) sin que intereses que la "obra" aún no ha sido cumplida desde el punto de vista jurídico. Esto, claro está, rige salvo el caso en que las bases de contratación hubieren dispuesto que los trabajos se financiarán y pagarán con el sistema de "concesión" de obra pública. En este caso, como se ha visto, el pago no está directamente a cargo de la Administración sino que los obligados son "ciertos" administrados, generalmente beneficiarios, actuales o potenciales, de la obra pública (vgr. pago por sistema de peaje, contribución de mejoras, etc.).

b) Correlativamente, los certificados parciales revisten el carácter de *provisionales, en tanto 'que los pagos parciales que en consecuencia se realizan, lo son en buena cuenta* (37). Quedan ambos, por tanto, sujetos a las rectificaciones y variaciones que produzca la medición final. En esa oportunidad, en la última etapa del procedimiento certificadorio, se medirán todos los trabajos y se practicará la liquidación final. Así, tales pagos parciales no son sino a cuenta

de tal liquidación final, que se documenta en el certificado de cierre de cuentas que se emite a posteriori de la recepción definitiva (38).

Cuando los certificados se emiten en base al avance de las obras - "certificados de obra" - los pagos a cuenta que en su consecuencia se efectúen tienen distinta interpretación según sea el 'sistema de contratación escogido. Si se ha convenido el precio de la obra por "ajuste alzado", el certificado parcial de obra implica un pago 'a cuenta del monto alzado' que se ha fijado al contratar.

Si el sistema elegido es el de "precios unitarios" o "unidad de medida" , , los pagos parciales serán "a cuenta de la medición final", en relación con las unidades convenidas.

c) Es menester dejar aclarado que la conformidad de los trabajos con el proyecto previsto, y la misma responsabilidad del constructor, son calificadas en el procedimiento certificatorio. La expedición de tales documentos no juzga -ni prejuzga- acerca de la *calidad* de la obra ejecutada. Es más bien, en todos los casos, una análisis *cuantitativo* de los trabajos, que *no libera de responsabilidad al empresario. Para producir ese efecto liberatorio está previsto otro procedimiento distinto del certificatorio. Es el de recepción de obra, específico para el análisis de las calidades del trabajo realizado, que tiene naturaleza contradictoria, se despliega con posterioridad a la terminación de los trabajos y tiene una estricta finalidad de garantía de la Administración y de seguridad de terceros. En efecto, si bien los certificados se emiten previa 'verificación del presupuesto de hecho dado (por ejemplo avance de obras) tal verificación es meramente contable y no constituye vínculo de aceptación de las porciones verificadas. Ello se debe, como decimos, a que por el principio de indivisibilidad de la obra, sólo la verificación y mensura final y el proceso de recepción pueden liberar al empresario de la responsabilidad por vicios y defectos de construcción.*

La verificación final, por tanto, consiste en un acto de inspección de la obra total terminada, dirigido a calificar su correspondencia con las cláusulas contractuales, las reglas del arte, y con la finalidad que fue prometida al comitente. Constituye así una verdadera 'declaración de ciencia' que conforma la base según la cual la Administración aceptará o no el "opus" 'entregado. Por esa razón, tanto el de "certificación" como el de "recepción" son dos "procedimientos", pero de distinta naturaleza. En ambos está vinculada la Administración en cuanto a su forma y contenido, y ambos tienden, *complementariamente*, a garantizar la consumación del contrato (vgr. perfecta ejecución de la obra, y pago del precio).

El procedimiento certificatorio supone una tarea de inspección durante la ejecución de los trabajos, conoce como antecedente los documentos administrativos y contables necesarios para el reconocimiento de los trabajos (Fajas de Medición, Registros de Acopios, Estados de Avance de Obras, etc.) y un contradictorio entre las partes que se manifiesta en un sistema de impugnaciones y reservas, que serán estudiados más adelante.

El procedimiento de recepción supone, además de la verificación final - no meramente la parcial durante la ejecución- un acto de juicio y una aprobación.

o no sobre los aspectos técnicos, jurídicos y financieros de la obra.

Entendiendo el contrato de obra pública como un gran procedimiento que comienza con la exteriorización de la decisión política de ejecutar la obra y culmina con la cancelación de las cuentas con el empresario, tanto la certificación como la recepción son capítulos necesarios para la consecución del objeto final que todo el procedimiento tiene en común.

En efecto, el ordenamiento normativo brinda al Estado una posición jurídica que le permite celebrar contratos para alcanzar sus propios cometidos públicos, y un poder de autonormación para la regulación de los propios intereses - que son los de la comunidad condicionado todo ello a un *procedimiento* que está dado en prenda de la eficacia y seriedad de la actividad administrativa y que es, por tanto, imperativo.

Tal procedimiento, notoriamente señalado en la selección del cocontratista particular, como ya fue estudiado, no se agota en esta instancia. Perdura más allá del acto de adjudicación y acompaña toda la vida del contrato. Es un pronunciamiento compuesto de actos administrativos (técnicos, jurídicos y contables) y actos del contratista particular en que se manifiestan todas las contingencias de hecho y de derecho de la relación contractual administrativa. Tal conjunto de actos, están dirigidos al cumplimiento de una actividad, con la única finalidad y un único efecto dominante: la consumación de las prestaciones concertadas en el contrato (es decir, la ejecución según reglas del arte y normas contractuales, la adecuación de la obra a las necesidades del bien común y el pago del precio correctivo). Todos estos actos "antecedentes" (adjudicación, contrato, replanteo, certificaciones parciales, notas de la inspección de obra y del contratista, certificados, actas de recepción, etc.) concurren a la formación del acto "final" que representa la formal aceptación de la obra, la concretización definitiva de la contabilización y, por tanto, la cancelación de la remuneración debida al contratista particular.

Coincidiendo con lo dicho anteriormente, resulta de importancia la lectura del siguiente precedente jurisprudencial español, suficientemente explicativo de lo que hasta aquí se lleva dicho (39): "Con el fin de resolver lo más acertadamente posible el problema planteado, conviene empezar su análisis remontándonos a los principios inmanentes de la *naturaleza* de la institución de que se trata: la de las certificaciones de obras, en la contratación administrativa: para ello, a su vez, debe tenerse muy presente que estas certificaciones son piezas integrantes del mecanismo procedimental y contable propio de la contratación mencionada, referido al pago de los contratos de obras; pues bien, recordemos a este respecto, que es regla general de la contabilidad pública, la de que los pagos sólo deben hacerse cuando queda justificada la realización del trabajo o de la obra; estos contratos son convenciones de resultado, y, por consiguiente, la Administración no debería estar obligada al pago sino cuando el contratista hubiera efectuado la ejecución de la obra o servicio, de forma completa y satisfactoria; en este sentido, en el primitivo pliego de condiciones generales, aprobado por Real Decreto de 18 de marzo de 1846, y en el

Real Decreto de 27 de febrero de 1852, la contratación se realizaba por cantidad alzada, a abonar al contratista al terminar la obra. Los principios que se dejan enunciados tuvieron que sucumbir ante el imperativo de otros, no tan ortodoxos, pero con mi gran sentido pragmático; nos referimos a los derivados de las necesidades de la Administración de poder contar con contratistas dispuestos a colaborar con ella, sobre todo en las grandes obras públicas, de cuantiosos presupuestos y larga duración, para lo que fue preciso fraccionar y escalonar el pago, dando a estos contratos una nueva versión, a base de considerados como de resultados parciales, susceptibles de ser medidos y abonados por separado; de esta forma, permaneciendo indivisible la obra, desde el punto de vista jurídico, se admite la divisibilidad contable, estimando que, financieramente, en cada parte de obra prestada existe un cumplimiento parcial del contrato. Para atender a las necesidades antedichas, en el pliego de condiciones de 13 de marzo de 1903 se establece -en su art. 37 - que en cada una de las épocas se fijan los pliegos de condiciones facultativas o particulares de la contrata, formará el ingeniero encargado una relación valorada de las ejecutadas durante el período de tiempo anterior...' y, 'tomando por base la relación, expedirá el Ingeniero la certificación de las obras ejecutadas'; por su parte, en el Artículo 36 del mismo Real Decreto de 1903 se consigna que 'los pagos se harán en las épocas que fijan las condiciones particulares de la contrata, por medio de libramientos expedidos en virtud de las certificaciones de obras dadas por el ingeniero'. No obstante estas concesiones al pragmatismo, la doctrina no ha dejado de destacar que ello no debe ocurrir a costa de la desnaturalización de la verdadera naturaleza de estos contratos de obras, esto es, de la indivisibilidad jurídica del contrato y de la obra o servicio en su conjunto, lo que quiere decir que, desde el punto de vista jurídico, el contrato no se debe considerar cumplido sino con la ejecución total, y, por lo tanto, el contratista no tiene en verdad derecho al pago hasta el momento de la recepción definitiva, ni los pagos parciales hechos por la Administración con anterioridad tienen carácter definitivo, sino sólo a cuenta de la liquidación final que corresponda, por lo que se les llama 'pagos a buena cuenta'; de ahí que en el repetido pliego de condiciones de 1903 se disponga (art. 37) que 'Las certificaciones y abonos periódicos tendrán el carácter de documentos y pagos provisionales en buena cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que produzcan la mediación final, no suponiendo tampoco dichas certificaciones, aprobación ni recepción de las obras que comprendan'; lo que significa que en la contratación administrativa de obras públicas, a diferencia del criterio sentado en el artículo 1.592 del Código Civil; la obligación no se entiende cumplida, desde el punto de vista jurídico, sucesivamente, sino que pervive en toda su integridad hasta el momento de la ejecución total y de la conformidad prestada mediante el trámite de la recepción definitiva. De tal modo esto es así, que se considera que las cantidades abonadas al contratista en los pagos a buena cuenta no pasan con carácter definitivo a su patrimonio, sino que constituyen fondos públicos, en cierta forma, afectos a la obra de servicio, reconociéndose esto expresamente en el artículo 36 del tan repetido pliego de condiciones de 1903 al

disponer que 'Los libramientos y su importe se entregarán precisamente al contratista a cuyo favor se hayan rematado las obras o a personas legalmente autorizadas por él, y nunca a ningún otro, aunque se libren despachos o exhortos por cualquier Tribunal o autoridad para su detención, pues que se trata de fondos públicos destinados al pago de operarios y no de intereses particulares del contratista'; apostillando el mismo precepto a continuación que únicamente del saldo que la liquidación arroje a favor del contratista y de la fianza, si no hubiera sido necesario retenerla para el cumplimiento de la contrata, podrá verificarse el embargo dispuesto por las referidas autoridades o Tribunales'. En interpretación fiel de esta ordenación, la jurisprudencia tiene dicho que 'los abonos que se van haciendo al contratista durante el período de ejecución de las obras representan liquidaciones parciales y provisionales de la contrata, realizadas por la Administración en vista de la debida continuación de las obras, por lo que es evidente que afectan al interés público y no exclusivamente al particular del contratista, y no pueden, por tanto, ser objeto de retención ni embargo' ..

En definitiva el procedimiento de certificación y pago en el contrato de obra pública, amén de sus implicancias presupuestarias' internas para la Administración comitente, no significa otra cosa que una técnica de contabilización de los trabajos consistentes, como se verá en el capítulo siguiente, en un relevamiento o mensura de los trabajos realizados (o la actividad que corresponda con la categoría de cada certificado en cuestión) con la aplicación, sobre lo medido, ' de los precios contractuales. Debe notarse, como lo señala Cianflone (40) que esta expresión contable no es más que la valorización, según las proporciones contractuales, de las prestaciones cumplidas por el contratista y de las que, consiguientemente, deben quedar a cargo de la comitente. Pero el alcance de tal contabilización es el de fijar los elementos de la liquidación y pago final a cargo de la comitente, la que deviene en definitiva sólo con la emisión del certificado final de liquidación y cierre de cuentas (operación de "collauda").

#### 172. *Inembargabilidad de los Créditos del Contratista.*

Ya se ha visto (sin perjuicio de lo que será ampliado a lo largo del próximo capítulo) que el procedimiento certificador ordenado sobre la base de una secuencia certificatoria provisional que acompaña al avance de la obra hasta su finalización, tiene como finalidad no hacer soportar al contratista la totalidad del costo de -financiación de la obra, asegurando, en beneficio de la Administración comitente, la continuidad de los trabajos según el ritmo establecido en el plan respectivo. De esta manera el contratista cuenta con un flujo de fondos permanente, en la exacta medida requerida para cumplir con su obligación contractual.

Claro está que pueden existir situaciones, extrañas al contrato y a la obra en sí misma, capaces de alterar este flujo de financiación, que supone una armonía económica y temporal entre la obra ejecutada y los fondos disponibles. Esto es lo que puede ocurrir si el contratista, por efecto de relaciones obligacionales extrañas al contrato y a la obra, tiene que soportar embargos u otras me-

didias precautorias planteadas por acreedores terceros, que provoquen la indisponibilidad de los fondos aportados por la Administración. En estas condiciones el flujo financiero en favor del contratista se *interrumpirá, con peligro* para la normal ejecución de los trabajos que es precisamente lo que el sistema jurídico del contrato de obra pública quiere evitar al estructurar el procedimiento certificatorio y de pago que es materia de análisis en este capítulo y en el siguiente. Por esta razón, el legislador, a pesar de los legítimos intereses de los terceros acreedores del contratista, ha limitado la embargabilidad de los fondos suministrados a aquél, hasta tanto la obra se encuentre concluida o el contrato sea extinguido por cualquier razón con anterioridad a la finalización de los trabajos.

Así se encuentra la cuestión regulada en el Artículo 47 de la L.N.O.P., al igual que en el resto de la legislación provincial, resultando claro que la intención del legislador no ha sido otra que la mencionada más arriba (41) y no el supuesto carácter de "fondos públicos" que mantendrían las sumas debidas al contratista hasta la liquidación final de la obra (42).

Como lo sostiene el autor citado en la nota anterior, lo que el tercero acreedor del contratista pretende embargar no es una suma de dinero en su carácter de "fondo público" (cuya inembargabilidad en nuestro derecho es por demás discutible, dependiendo ello de diversas circunstancias que escapan del presente análisis) sino el *crédito* que su deudor tiene contra la comitente, derivado de la ejecución del contrato de obra. Ahora bien, coincidiendo y dando la razón al principio de la provisionalidad de todos los pagos anteriores a la certificación final, dichos créditos tienen como una afectación especial: la Administración los reconoce y paga para que su contratista los invierta en la ejecución de la obra. Por supuesto que el dinero es fungible y, al ingresar al patrimonio del contratista, se confundirá con todas sus disponibilidades. Pero en la medida en que el contratista continúe con la normal ejecución de los trabajos, cabrá interpretar que le ha dado a esos fondos el destino querido por la Administración. Por el contrario, si no cumple con regularidad sus obligaciones contractuales, cabrá interpretar que le otorgó a esos fondos una finalidad distinta y así será sancionado por la comitente, incluso con la rescisión del contrato.

Este privilegio de la inembargabilidad, que como fue dicho se encuentra consagrado por la casi totalidad de la legislación provincial en materia de obra pública (43) tiene sus límites objetivos y subjetivos de aplicación.

Debe notarse, en el aspecto objetivo, que el Artículo 47 LNOP declara inembargables a las "las sumas *que deban entregarse* al contratista...", naturalmente en razón de ese concreto contrato de obra, pero no beneficia a las sumas ya entregadas. Estas, como ya fue dicho, ingresan plenamente al patrimonio del contratista (sin perjuicio de su obligación contractual de destinarlas o invertirlas en la continuación de los trabajos) patrimonio con el cual este contratista responderá a todos sus acreedores, sin distinción de origen o naturaleza. Por tanto nada impide que, una vez saldado el certificado provisional por parte de la Administración, el tercero acreedor embargue esos fondos, por ejemplo, de la cuenta bancaria de su deudor.

Desde el punto de vista subjetivo, la inembargabilidad no es susceptible de afectar a los acreedores que "... sean obreros empleados en la construcción o personas a quienes se deban servicios, trabajos o materiales por ella" (Artículo 47 LNOP). Cabe señalar que esta disposición sólo beneficia a los obreros o empleados del contratista que puedan demostrar que su empleo está directamente vinculado con la obra en cuestión; es decir, no alcanza a los empleados del contratista que trabajan en el giro general "de la empresa, pues de lo contrario la ley hubiese utilizado la expresión "empleados del contratista" y no la de "obrerros y empleados en la construcción" que es obviamente limitativa. Esta interpretación se ajusta, además, a la intención del legislador, pues la excepción a la inembargabilidad sólo pueden alcanzar (teniendo en cuenta la tesis de la afectación de los pagos hechos al contratista, antes esbozada) a aquellos que debían ser pagados con las sumas entregadas provisionalmente por la comitente al constructor, en orden a la continuación de las obras. Hay que interpretar también que este beneficio se hace extensivo a los empleados administrativos del contratista, que trabajan exclusivamente para la obra del caso, aún cuando hayan sido contratados para prestar sus servicios en otras obras anteriores o las que la continúen, pero siempre el beneficio se limitará a los salarios devengados mientras dura su afectación personal a la obra en la que el embargo se pretende. Por las mismas razones, el beneficio de la inembargabilidad no alcanza a los acreedores por las llamadas "cartas sociales" (obras sociales, cajas de jubilaciones, etc.) siempre que sus créditos se refieran al salario del dependiente en las condiciones de afectación antes indicadas.

La excepción al privilegio de la inembargabilidad también debe predicarse en beneficio de quienes sean acreedores del contratista por "... servicios, trabajos o materiales..." prestados con relación directa a la obra, según lo establecido por la norma de la ley nacional comentada.

En este caso la misma razón de afectación antes mencionada: el legislador parte del supuesto que estas obligaciones debían ser solventadas con los mismos fondos que ahora son materia de embargo.

La situación contemplada alcanza a toda clase de acreedores del contratista por prestaciones cumplidas en beneficio directo de la obra, se trate de prestaciones de trabajo personal no dependiente (lo que incluye el honorario de profesionales, por ejemplo, ingenieros, abogados, que se han asesorado al contratista para la contratación y ejecución de los trabajos, etc.) proveedores de materiales, vendedores o locadores de equipos, de instalaciones (por ejemplo, el crédito por el alquiler del obrador, o por el alquiler de viviendas para el personal de la obra), subcontratistas, e incluso prestamistas, siempre que el crédito haya tenido como específico destino el solventar las inversiones en la obra. Por consiguiente, quedan excluidos de esta excepción a la inembargabilidad, los acreedores del contratista por prestaciones que ingresan al giro general de la empresa, tal el supuesto de suministro de materiales que el contratista emplea en distintas obras que tiene en ejecución y que no fueron vendidos con un destino específico, el locador de las oficinas centrales de la empresa, etc.

El beneficio de la inembargabilidad, tal como está legislado en la mayoría

de las legislaciones de nuestro país, alcanza a cualquier crédito, dentro de los límites antes explicados, sin importar la fecha en que tal crédito fue asumido o, incluso, la fecha en que se produjo la mora. Una disposición distinta, sin mucha justificación, se encuentra en el Artículo 66 de la L.O.P. mendocina, cuando señala, luego de sentar el principio de la inembargabilidad, que "... Podrán sin embargo obtener embargo los acreedores por causa anterior a la adjudicación...". Más adelante acuerda idéntica situación en orden al secuestro de los bienes prendados a los acreedores prendario cuya prenda haya sido inscrita antes de la adjudicación, ventaja de la que carecen los acreedores prendarios posteriores, como se verá más adelante. Realmente esta excepción al régimen de la inembargabilidad no tiene razón de ser y contradice los principios del sistema según lo analizado en los párrafos anteriores. A los efectos de la normal continuación de los trabajos ¿qué diferencia hay entre un acreedor anterior a la adjudicación y uno posterior, si el embargo trabado por cualquiera de ellos es susceptible de causar los mismos inconvenientes y perjuicios para el interés general que el legislador quiso evitar al consagrar el principio general de la inembargabilidad? .

Las razones que justifican al principio aludido, hacen también que (aún cuando la legislación nacional no lo establezca expresamente) el beneficio de la inembargabilidad alcance no sólo a las sumas que debe abonar la comitente al contratista, sino al embargo de materiales, maquinarias, etc., como lo establecen las legislaciones provinciales y los proyectos nacionales de reforma de la Ley 13.064. En realidad, debería interpretarse que no es el embargo de estos bienes lo que está impedido por la ley, sino su secuestro y ejecución, es decir, toda medida que suponga la indisponibilidad de esos bienes para las necesidades de la obra (Artículo 58, L.O.P. de Formosa). Por ello cabría afirmar, de lege ferenda en el orden nacional, que el embargo de tales bienes es posible, siempre que no se trate de bienes cuyo destino sea el incorporarse definitivamente a la obra, como sucederá con la mayoría de los materiales, pero no con los equipos y maquinarias. Es que, salvo el mencionado caso de los materiales a ser incorporados físicamente a la obra (por lo que no cabría la posibilidad de su ejecución por parte del acreedor embargante) el embargo es sólo una medida precautoria que tiende a impedir que el bien salga del patrimonio del deudor en menoscabo de la garantía del acreedor. Por ello, mientras que dicha medida precautoria se limite a su traba, sin importar desapoderamiento (sin perjuicio de los restantes e importantes efectos jurídicos que tiene) dicho embargo en nada afectará a los intereses de la Administración comitente, puesto que el bien embargado podrá seguir siendo utilizado en la obra, hasta la finalización de la necesidad de su empleo o la finalización de la obra. Distinta es la situación, obviamente, del dinero, pues su percepción por parte del contratista en orden a ser invertido en las necesidades de obra, supone su salida del patrimonio, que es lo que el embargo busca evitar, razón por la cual dicha medida no es admitida por el legislador en las condiciones analizadas. Pero en relación con otros bienes, se satisface el interés del acreedor sin perjudicar a la Administración, si se admite el embargo, pero no el secuestro del bien, por lo menos hasta que la co-

mitente certifique que tal bien ya no es de utilización necesaria en la obra (porque se concluyó con la etapa del trabajo en que, por ejemplo, esa maquinaria estaba comprometida; porque puede ser reemplazado por otro existente en la obra, etc.). tal como lo regula el ya citado Artículo 58 de la L.O.P. de Formosa: "El embargo sobre herramientas, útiles, instalaciones y equipos, afectados a la obra no impedirá su uso mientras se ejecuten los trabajos a que están destinados" .

Esta misma situación es la que ocurre respecto del acreedor prendario, quien no podrá secuestrar "el objeto de la prenda hasta la recepción definitiva de la obra", como lo dispone el Artículo 66 de la L.O.P. de Mendoza, norma que debería ser corregida permitiendo el secuestro del bien cuando éste ya no sea de utilización necesaria en la obra, o pueda ser reemplazado por otro bien existente en la misma, sin necesidad de esperar hasta la recepción definitiva de los trabajos. En cambio, la L.O.P. de Formosa le acuerda al acreedor prendario una situación diferente, que parece más acorde con la seguridad que debe recibir el régimen de garantía prendaria: "Los derechos acciones y privilegios especiales conferidos al acreedor prendario por la Ley 12.962, u otras similares, no sufrirán menoscabo por razón de afectación a la obra de los bienes gravados. La Administración podrá, no obstante, subrogar totalmente en sus derechos al acreedor en esos derechos, acciones y privilegios, de conformidad con los Artículos 767 y los siguientes del Código Civil. A tal efecto aquélla gozará de un plazo de quince días hábiles administrativos, contados a partir de la notificación fehaciente dispuesta por el juez competente" (Artículo 58, Ley 959). Es decir, los derechos del acreedor prendario no pueden verse menoscabo por el hecho de encontrarse el bien prendario afectado a la realización de una obra pública. Pero esto no puede dañar al interés público, pues si la Administración, en resguardo de tal interés lo considera necesario, deberá desinteresarse al acreedor prendario, subrogándose en sus derechos contra el deudor, que es su contratista. De no hacerlo en el plazo que la norma le impone, se entenderá que no se encuentra, en el caso, comprometido el interés público (se pueda o no continuar con la obra) o que la Administración decidió que es preferible no asumir el riesgo del crédito contra el contratista que dejar que la obra se paralice o continúe con un menor ritmo de avance. En cualquier caso el acreedor prendario podrá hacer efectivo su crédito según el régimen normal de tal garantía.

De acuerdo con el citado Artículo 47 de la L.N.O.P. el beneficio de la inembargabilidad alcanza a las "sumas que deban entregarse al contratista en pago de la obra". Esta redacción podría generar dudas en cuanto a si toda suma adeudada por la... comitente con ocasión de la obra se encuentra beneficiada con tal principio, o bien si éste sólo se aplica sobre aquello que directamente hace al precio pactado: el valor básico y su variación de costos, por la obra básica y por sus eventuales adicionales. Si esto fuese así, podría sostenerse que quedarían excluidos otros créditos del contratista contra la comitente, como por ejemplo, los denominados gastos improductivos y otras indemnizaciones que, en sentido estricto, no forman parte del precio contractual. Sin embargo, la finalidad de la norma obliga a interpretarla en un sentido opuesto al anterior, lo que

no contradice a su texto, que habla del "pago de la obra" y no del "pago del precio de la obra". En definitiva, los improductivos, como las indemnizaciones por daños causados por caso fortuito, las compensaciones por las dificultades materiales imprevistas, los mayores costos por vicios en el proyecto de la obra, etc., integran el *valor* de la obra, considerando a éste como todo el esfuerzo económico-financiero que el contratista invierte en ella y que debe ser reconocido por la Administración al no generarse en la impericia o negligencia de aquél. Por ello hace al "pago de la obra", aunque no formen parte del precio de la misma, siempre en el estricto sentido de aquella palabra. Con mayor claridad, y evitando toda duda interpretativa, el Artículo 66 de la L.O.P. de Mendoza establece: "los créditos del contratista contra la Administración son inembargables..." .

Debe señalarse, por último, que el beneficio de la inembargabilidad no alcanza a los subcontratistas. Es decir, los acreedores del o los subcontratistas del contratista principal podrán trabar contra los créditos y bienes del subcontratista deudor todas las medidas precautorias admitidas por la legislación. Esto es así porque los textos legales que consagran esta excepción al régimen normal de ejecución de los créditos (que deben ser interpretados, por tanto, en forma restrictiva) sólo hablan de "contratista" y frente a la circunstancia de que el subcontratista carece de relación jurídica directa con la Administración comitente (ver supra T.I, Cap. 111, parág. 22). En definitiva si el subcontratista, por efecto de los embargos o por otras razones, no puede continuar con la ejecución normal de los trabajos subcontratados, para la comitente tal situación será de responsabilidad del contratista principal, quien deberá arbitrar los medios para solucionar la cuestión planteada, so pena de incurrir en responsabilidad frente a la comitente, con la imposición de sanciones y la eventual rescisión del contrato.

El beneficio de la inembargabilidad no es permanente, sino que dura sólo mientras las necesidades de la obra así lo exijan, más el tiempo en que puede estar comprometida la garantía del contratista en favor de la comitente. Por eso, el Artículo 47 de la L.O.P.N. dispone que el embargo será permitido para todos los acreedores sin excepción, "... sobre la suma liquidada que quedase a entregarse (al contratista) después de la recepción definitiva de la obra", es decir, sobre las sumas que hagan al "saldo de la liquidación final" como lo establece el Artículo 55 del Proyecto CIMOP aludiendo al resultado del certificado final de cierre de cuentas, así expresamente mencionado por los actuales proyectos de reforma de la ley nacional y por las legislaciones provinciales más modernas, como la de Formosa.

Aún cuando no se trata de la misma situación analizada en este párrafo (en realidad es el caso inverso) cabe mencionar que el Artículo 1645 del Código Civil protege a la Administración comitente de los acreedores del contratista por prestaciones afectadas a la obra (dependientes, o por otras prestaciones personales o reales) de manera que ésta no se encuentra obligada a responder por tales créditos" . . . sino hasta la cantidad que éste (la comitente o dueño de la obra) adeuda al empresario", como establece la norma citada. Es decir,

frente a la posibilidad de que el acreedor del constructor, por prestaciones afectadas a la obra, pretenda dirigir su acción contra la Administración comitente que se ha beneficiado con el resultado de tal prestación, la ley limita esta acción *omiso medio a las sumas efectivamente debidas por la comitente al empresario constructor*, independientemente del régimen del embargo antes estudiado, aunque, en la práctica con idénticos efectos.

#### NOTAS

(1) RUBINO, ob. cit. "L'APPALTO", pág. 177: "La causa dell'appalto sta appunto in questo scambio di un'opera o di un servizio, come risultato di un lavoro, con un corrispettivo". También CIANFLONE ob. cit. "L'APPALTO ...", pág. 269 Y en pág. 273 destaca que la regla general consiste en que "il corrispettivo deve consistire in denaro".

(2) ESCOLA, ob. cit. "TRATADO INTEGRAL..." T. n, pág. 191, quien cita la conformidad con la calificación de conmutativo respecto del contrato en estudio, de FLORINI; DIEZ; MARIENHOFF y MO, además de la suya propia, y la opinión contraria de BIELSA. También califican al contrato de obra pública como conmutativo, JURISTO SANCHEZ, ob. cit., "LA EJECUCION oO.", pág. 301; RUBINO, ob. cit., pág. 213, entre otros.

(3) El principio de "la equivalencia real" es desarrollado por JURISTO SANCHEZ, ob. cit., pág. 301 y 302 en estos términos: "Cuando los artículos 12 LCE y 30 RCE dicen que el precio se abonará al empresario en función de la importancia real de la prestación efectuada y de acuerdo con lo convenido, está poniendo de manifiesto el carácter esencial del precio y también las notas antes indicadas de la reciprocidad, onerosidad y conmutatividad del contrato. Además, estos preceptos ofrecen una idea objetiva o material de la equivalencia de las prestaciones al hablar de su importancia real, si bien la palabra importancia debió sustituirse por la de valor, ya que en definitiva lo que se está promulgando es la 'equivalencia'. La misma LCE y RCE emplean otras ocasiones la expresión 'precio justo del contrato' (artículos 37 y 118, respectivamente) para reflejar la misma idea de la equivalencia de las prestaciones. Esta precisión tiene su interés no como cuestión teórica o de principios, sino de carácter práctico para resolver los conflictos entre las partes y proporcionar un criterio al juez que haya de resolverlos. Además, la idea de la equivalencia económica debe también mantenerse para corregir las desviaciones que necesariamente surgen de la posición desigual de las partes, evitando que la Administración tenga mayor ventaja".

En el texto, en supra T.I, Cap. 1, parág. 8 y también en los capítulos posteriores al presente, se engloba a ciertos aspectos de tal principio dentro del concepto de "la intangibilidad de la remuneración del contratista particular". De todas maneras el principio de la "equivalencia real" indica obligaciones para ambas partes contratantes: es el precio real por la obra realmente realizada.

(4) JURISTO SANCHEZ, ob. cit., pág. 301.

(5) Ejemplo citado por CIANFLONE, ob. cit., pág. 273.

(6) BORDA, ob. cit., "Tratado... Obligaciones", T.I, pág. 47.

(7) BARRA, "La Naturaleza jurídica de los Mayores Costos en la Obra Pública y la Desvalorización Monetaria", ED, 73-330.

(8) BEZZI, ob. cit. "El Contrato..." , pág. 19, utiliza la denominación genérica de "sistemas de ejecución", expresión que aquí se ha rechazado, para este uso, por las razones dadas en supra T. I, Cap. V, parág. 34. A la vez la expresión "modalidades de determinación del precio" es utilizada por JURISTO SANCHEZ, ob. cit. pág. 302.

(9) FLORINI, ob. cit., "Derecho Administrativo", T.I, págs. 623 y siguientes; MO, ob. cit. págs. 79 y sigts.; entre otros. En el derecho comparado las clasificaciones son, en general, parecidas. Así por ejemplo, los italianos utilizan las categorías de "appalti a corpo" (ajuste alzado), "appalti a misura" (unidad de medida), "analisi dei prezzi" (semejante al costo y costas) y "appalti a regia" y, como una cierta variante de esta última, la "prestazioni in economia" (la iégia se divide a su vez en "cointeressata" y "semplice", según que la remuneración del constructor esté fijada en un porcentual o sea en una suma fija e invariable) que son contratos por administración, en donde se reconoce que no hay un verdadero "appalto" (ver RUBINO, ob. cit., págs. 185 a 197). En España (ver JURISTO SANCHEZ, ob. cit., págs. 302 y 305) existen el "ajuste alzado cerrado", de poca aplicación; "precio unitario" que a su vez se subdivide en "precio unitario abierto" donde sólo se han determinado los precios de los componentes de un ítem, de manera que el precio del mismo sólo se establece al finalizar su ejecución, y "precio unitario alzado", donde el precio de la unidad ya está fijada de antemano, con las características de precio alzado cerrado y también se admite

la categoría de "precios por Administración". semejante a nuestro costo y costas.

(10) Así por ejemplo el Artículo 18 de la Ley 959 de Formosa; Artículo II de la Ley 2730 de Catamarca; Artículo 10 de la Ley 6351 de Entre Ríos; Artículo 12 de la Ley 6021 de Buenos Aires; Artículo 5 de la Ley Nacional 13.064. criterio que también es seguido por sus proyectos de reforma.

(11) FIORINI, ob. cit., pág. 623; MO, ob. cit., pág. 81, MARIENHOFF, ob. cit., "Tratado." T. III-B, pág. 542.

(12) JURISTO SANCHEZ, ob. cit., pág. 304 y nota N° 8: "...en vez de ajustar en un tanto alzado la totalidad de la obra, se establece ese precio alzado e invariable para cada una de las unidades de diversa especie que la componen y se abonan a esos precios las que en realidad ejecute el contratista". También RUBINO, ob. cit., pág. 187. dice que cada unidad de medida es casi como un "piccolo appalto o forfait".

(13) Así el ejemplo que muestra RUBINO, ob. cit., pág. 190: "Lo stabilire se si tratta di appalto a corpo o a misura può avere notevole importanza pratica. Ad esempio, se si appalta la costruzione di 10 chilometri di strada a tanto il chilometro, per modo che si tratti sicuramente di appalto a misura, e poi il tratto effettivamente costruito rimane inferiore ai 10 Km., l'opera va pagata in proporzione delle dimensioni effettivamente e definitivamente raggiunte. Se invece si è appaltata, per un determinato prezzo, la costruzione di una strada fra due determinati punti, la cui reciproca distanza è approssimativamente di 10 Km., allora l'appalto è a corpo, e la cifra complessiva inizialmente fissata rimane invariabile, anche se in definitiva la strada risulta un po' pitlunga o un po' pitl corta".

(14) FIORINI, ob. cit., pág. 624. quien señala esta circunstancia con absoluta claridad: "Ajuste alzado. Esta es una expresión de larga tradición en la contratación pública que ha sufrido varios impactos que han descalificado su concepto primitivo, pues significa el sistema de obra única realizada por un precio inmutable, inmodificable e irrectificable. La costumbre mantiene su denominación pero ya no responde a la verdad. El contrato actual de obras públicas sufre modificaciones en el objeto que relativiza el principio de su inmutabilidad y por ende lo sufre el precio establecido: La Administración pública puede alterar o ampliado hasta el límite que las leyes establecen y en el que también inciden las modificaciones del precio establecido. La invariabilidad del objeto y del precio del sistema alzado no puede regir en épocas inflacionarias como las actuales, imponiéndose, en consecuencia reglas y sistemas de variaciones continuas para algunos elementos del contrato como son los salarios, las materias primas, equipos importados, etc. Aquí ocurre la sistematización normativa de la imprevisión que se transforma en reglas o pautas de previsión. Hay variabilidad en el precio y variabilidad en los rubros en forma continua y ya prevista en los contratos, todo esto descalifica el viejo sistema de la obra por sistema alzado absoluto; su vigencia adquiere en la actualidad, carácter de imposible. La persistencia de calcos privatistas en el contractualismo administrativo sólo sirve para demorar la institucionalización de los contratos en estudio con carácter específico. El tema de ajuste alzado, ahora se lo denomina relativo, presenta un régimen de variabilidad, bien determinado con reglas precisas sobre variaciones de los costos que pueden sufrir los elementos que integran el proceso ejecutorio de la construcción, por eso se distingue el ajuste flexible o relativo. El sistema de ajuste relativo significa -en esta forma- todo lo contrario de lo que significó en su tiempo el ajuste alzado. El principio privatista consecuente del contrato a riesgo y ventura del contratista se encuentra en total crisis. Actualmente el contratista aparece responsable pero el riesgo queda a cargo de la administración, los precios se convienen para ser ajustados y el objeto lleva implícita la modificación. La expresión de sistema alzado provoca más confusiones que esclarecimiento".

(15) MARIENHOFF, ob. cit., pág. 544, Mo, ob. cit. pág. 83. Ver las razones expuestas por FIORINI en el párrafo transcrito en nota anterior.

(15) El ya citado Pliego Tipo de la Provincia de Formosa hace la siguiente descripción del sistema (Artículo 9º, aptdo. c):

*"Contratación por coste y costa:*

El sistema responderá, en general, a la condición de reconocer al Contratista los gastos directos denominados "expensas de obras" y una suma porcentual a estas expensas según lo que se determine en el correspondiente contrato en concepto de "retribución de empresa", en la que incluyen los gastos generales a cargo del Contratista y el beneficio.

Consideranse "expensas de obras", los valores de costo de todos los materiales y efectos que se apliquen a la obra o que se consuman para su ejecución, incluye las herramientas, los combustibles, energía eléctrica y de otra índole que se utilicen en la propia obra, en las instalaciones principales y auxiliares, y en las máquinas y vehículos de trabajo y transporte de maderas de encofrados, en la proporción de su desgaste, los salarios, viáticos, pasajes, sobreasignaciones, cargas especiales y seguros correspondientes al personal obrero de todos los ramos y actividades que no estuvieran comprendidas en otros conceptos de este mismo rubro; el monto de los subcontratos de

instalaciones y trabajos integrantes de la obra, los sueldos, salarios, viáticos, sobreasignaciones y pasajes del personal técnico, administrativo y de capataces hasta la categoría del Jefe de la Obra, y en general, los gastos de esa índole relativos al personal afectado a las tareas de conducción, administración y vigilancia; los gastos de transporte de materiales y de remesa y retorno de toda clase de equipos, herramientas, útiles y accesorios necesarios para la construcción; el alquiler de plazas, terrenos, edificios y otros elementos indispensables cuya tenencia no le esté impuesto al Contratista; el seguro contra incendio y los de otra índole inherentes a la obra y los impuestos, tasas y gravámenes que afectan a ésta directamente.

Inclúyanse también en este concepto, los gastos de repuestos y reparaciones corrientes del equipo mecánico, entendiéndose por tales aquellos que no mejoran el estado de desgaste general de las maquinarias y que no incrementen el valor de éstas más que en el valor de las piezas reemplazadas y cuya ejecución sólo obliga a breves paralizaciones de las máquinas.

La anterior enunciación no es exhaustiva sino simplemente enumerativa: como concepto general se considerarán como "expensas de obras" los gastos que tengan como características la de ser terminables de inmediato y en su justo valor, al día y durante el curso de la ejecución. La certificación de las expensas de obra, se realizará contra la presentación por parte del Contratista de las facturas, recibos, planillas u otra documentación que avale fehacientemente la erogación realizada, y deberán estar conformadas expresamente por la Inspección.

Se tendrán como gastos a cargo del Contratista, incluidos en el concepto de "retribución de empresas", los que demande la amortización o alquiler de las maquinarias, vehículos, herramientas y demás enseres requeridos para la ejecución de la obra; los que originen las gestiones y tramitaciones para la adquisición de materiales o instalaciones de servicios públicos; los intereses del capital en giro; los derechos por el uso de patentes; los gastos que correspondieran al contratista por el sellado y registro del contrato; los de administración central de empresa: las comunicaciones telefónicas, telegráficas y postales relacionadas con la obra, y los sueldos y asignaciones del personal técnico y administrativo que no esté expresamente incluido entre las expensas de la obra. Así también involucrarán los beneficios a que tiene derecho en función de la obra que ejecute.

Esta nómina, es asimismo simplemente enunciativa, debiendo considerarse en general como "retribución de empresa", los gastos que tengan como características la de ser determinables en forma mediata, con posterioridad ya prorrateada. Las condiciones de certificación serán de acuerdo con la naturaleza específica de la obra a ejecutarse y se estipularán porcentualmente sobre "expensas de obra", en el contrato respectivo".

(16) MO, ob. cit. págs. 84 y 85.

(17) En algún caso, como lo es el Artículo 18 de la Ley 6080 de Córdoba, el "costo y costas" ni siquiera se encuentra expresamente enumerado dentro de las modalidades de determinación del precio de la obra, sin perjuicio de que en el aptdo. d) de ese artículo se preve "cualquier otro sistema apruebe el Poder Ejecutivo, siempre que sea un sistema conveniente y de excepción", dentro de lo cual podrá incluirse el "costo y costas", siempre conservando su carácter de excepcional, como en la legislación nacional.

(18) En los EEUU (ver NASH . CIBINIC, ob. cit., págs. 412 y sigtes.) los tipos contractuales más utilizados son el "cost reimbursement" y el "fixed price", lo que depende de la posibilidad de precisar la naturaleza de los trabajos a ejecutar. Si las incertidumbres son menores la fijación del precio será rígida ("fixed price contracts") de lo contrario se establecerán fórmulas de valoración más flexibles, generalmente identificadas con la denominación de "reembolso de costos". En el primer caso, el riesgo es colocado en cabeza del constructor, que siempre recibirá el precio fijado de antemano, cualquiera sea la circunstancia que pudo afectar a los costos de la obra. En el segundo caso, el riesgo es trasladado al comitente. Sin embargo, tal distinción -tiende a desaparecer, pues la ubicación del riesgo admite modalidades contractuales más justas: "Refinements and sophistication in contracting techniques have resulted in many variations in fixed price and cost reimbursement contracts altering this normal risk distribution and blurring the distinctions between these basic contract types". El sistema del "cost reimbursement" -el de uso más generalizado en las contrataciones del gobierno federal (pág. 431)- es aquel por el cual el comitente se hace cargo de los costos permitidos e incurridos por el constructor, para la ejecución de la obra, con más un valor adicional orientado a satisfacer el beneficio empresarial. Es de destacar que el sistema de valorar las "costas" conforme a un porcentaje del "costo" (cost plus percentage of cost) se encuentra prohibido por la legislación federal (pág. 432), admitiéndose en cambio las siguientes variantes (págs. 432 a 434): a) "Cost-plus-a-fixed-fee contract", que es el más generalizado, donde se establece una suma fija y predeterminada como beneficio empresarial, que generalmente no debe exceder del 10% del costo estimado del contrato, pero que no varía cualquiera sea el costo final resultante; b) "Cost-plus-incentive-fee contract", donde el contratista tiene un premio o una penalidad según que los

costos reales de ejecución sean inferiores o superiores respecto del costo estimado, manteniendo un beneficio mínimo (asegurado al contratista) y también un máximo, sobre el cual no corresponde premio o participación alguna, c) "Cost-plus-award contract", semejante al anterior, con la diferencia que se establece un mínimo o beneficio base (generalmente del 2% del costo estimado) y una recompensa o premio en favor del contratista si el desarrollo de la ejecución del contrato se ajusta a determinados criterios que quedan a la apreciación de un oficial del Gobierno, aún cuando los criterios para valorar el comportamiento del contratista suelen estar detallados en las condiciones contractuales. También existen sistemas donde sólo se pagan los costos, sin beneficio (sólo utilizables para organizaciones sin fin de lucro) e incluso sistemas donde el contratista no sólo no obtiene beneficios sino que participa en el pago de los costos, utilizado para contratos destinados a realizar tareas de investigación en beneficio común de ambas partes contratantes. Es de destacar que, para evitar un exceso en el costo del contrato, se suelen establecer cláusulas de limitación de costos, como por ejemplo, la utilizada por el Departamento de Defensa (Limitation of Cost clauses, 1966, oct.):

"(a) It is estimated that the total cost to the Government for the performance of this contract, exclusive of any fee, will not exceed the estimated cost set forth in the Schedule, and the Contractor agrees to use his best efforts to perform the work specified in the Schedule and all obligations under this contract within such estimated cost. If, at any time, the Contractor has reason to believe that the cost which he expects to incur in the performance of this contract in the next succeeding sixty (60) days, when added to all costs previously incurred, will exceed seventy-five percent (75%) of the estimated cost set forth in the Schedule, or if, at any time, the Contractor has reason to believe that the total cost to the Government for the performance of this contract, exclusive of any fee, will be greater or substantially less than the then estimated cost hereof, the Contractor shall notify the Contracting Officer in writing to that effect, giving the revised estimate of such total cost for the performance of this contract.

(b) Except as required by other provisions of this contract specifically citing and stated to be an exception from this clause, the Government shall not be obligated to reimburse the Contractor for costs incurred in excess of the estimated cost set forth in the Schedule, and the Contractor shall not be obligated to continue performance under the contract (including actions under the Termination clause) or otherwise to incur costs in excess of the estimated cost set forth in the Schedule, unless and until the Contracting Officer shall have notified the Contractor in writing that such estimated cost has been increased and shall have specified in such notice a revised estimated cost which shall thereupon constitute the estimated cost of performance of this contract. No notice, communication or representation in any other form or from any person other than the Contracting Officer shall affect the estimated cost of this contract. In the absence of the specified notice, the Government shall not be obligated to reimburse the Contractor for any costs in excess of the estimated cost set forth in the Schedule, whether those excess costs were incurred during the course of the contract or as a result of termination. When and to the extent that the estimated cost set forth in the Schedule has been increased, any costs incurred by the Contractor in excess of the estimated cost prior to such increase shall be allowable to the same extent as if such costs had been incurred after the increase; *unless the Contracting Officer issues a termination or other notice and directs that increase is solely for the purpose of covering termination or other specified expenses.*

(c) Change orders issued pursuant to the Changes clause of this contract shall not be considered an authorization to the Contractor to exceed the estimated cost set forth in the Schedule in the absence of a statement in the change order, or other contract modification, increasing the estimated cost.

(d) In the event this contract is terminated or the estimated cost not increased the Government and the Contractor shall negotiate an equitable distribution of all property produced or purchased under the contract based upon the share of costs incurred by each".

(19) CS, marzo-3-1981; "Pizarro Aráoz, Luis c/Dirección General de Fabricaciones Militares"; ED 93.393.

(20) Díez, ob. cit., T.m, pág. 71: "Ello 'es así porque, dados los grandes capitales que se emplean en la obra, no es posible que el contratista los perciba a la terminación de la misma". También C.S.] .N. en "Banco de San Juan c/ Agua y Energía Eléctrica", E.D., 46-506.

(21) MO, ob. cit., pág. 345.

(22) MO, ob. cit., pág. 343.

(23) CIANFLONE, ob. cit., pág. 728:

"Principio generale é che il pagamento del corrispettivo da parte dell'amministrazione... è dovuto solo dopo ultimata, collaudata ed accettata l'opera. E questo è il principio de l'apost-numerazione del corrispettivo,... *Solo dopola ultimazione, la collaudazione e l'acce-*

ttazione deU'opera, il credito deU'appaltatore al prezzo diventa certo, liquido ed esigibile. Cio e conseguenza della gia accennata struttura dei negozi del tipo *locatio operis* nei quali le due prestazioni contrapposte non debbono essere eseguite contemporaneamente, ma l'adempimento dell'una (quella del committente) e subordinata alla avvenuta esecuzione dell'altra".

Corresponde aclarar que por "collaudo" se entiende la verificación de la concreción de la obra hecha y la liquidación del saldo del precio al constructor (pág. 846):

"Tra gli scopi del collaudo due pero sono quelli essenziali: *l'accertamento deUa rispondenza deU'opera al contratto e aUe regole deU'arte; la liquidazione del corrispettivo spettante aU'appaltatore*".

(24) Dice Cianflone in cita anterior:

"Il pagamento di acconti in corso d'opera, inteso ad evitare troppo lunghe anticipazioni finanziarie a carico dell'appaltatore ed agevolato dal fatto che l'amministrazione controlla la esecuzione dei lavori, non sminuisce il principio deUa postnumerazione del corrispettivo. Il pagamento degli acconti non importa, infatti, accettazione dei lavori eseguiti. Anche quando e prescritto che gli acconti non possono essere versati che a misura dell'avanzamento dei lavori "regolarmente" eseguiti... resta in ogni caso salvo, per l'amministrazione, non solo il diritto di procedere, in corso d'opera, alla verifica dei lavori e, in caso di difetti, di ordinarne la demolizione e il rifacimento, ma anche il diritto di controllare, a ultimazione avvenuta, la conformita dell'opera alle pattuizioni contrattuali e alle regole dell'arte e quindi el diritto di rifiutarla ove non s>a conforme ai requisiti richiesti. E per mantenere salvo questo diritto non i' necessario che l'amministrazione faccia riserva al momento del pagamento degli acconti".

(25) Ob. cit. "TRAITE ELEMENTAIRE DE DROIT ADMINISTRATIF", parágs. 600 y 601.

(26) S.C. Bs. As. "Rosello c/Municipalidad de Berisso", L.L. 1978-B-656.

(27) CNCiv., Sala C, "Acentor S.A. c/Comisión Municipal de la Vivienda", L.L. 1978-A-238.

(28) DIEZ, ob. cit., T. III, pág. 74; también BEZZI, ob. cit. pág. 178.

(29) Ob. cit. T.II, pág. 290.

(30) IANNONE, Michele, "NATURA GIURIDICA E TECNICA DELLA REVISIONE DEI PREZZI CONTRATTUALI NEGLI APPALTI DI OPERE PUBBLICHE", Edit. Grasso, Bologna, 1972, pág. 27.

(31) MO, ob. cit., pág. 322.

(32) GIULIANI FONROUGE, Carlos M., ob. cit., "DERECHO FINANCIERO", T. 1, pág. 224 nota 36.

(33) DUVERGER, Maurice, "FINANCES PUBLIQUES", edit. Presses Universitaires, París, 1968, pág. 370.

(34) VILLAR PALASI, José Luis, "LECCIONES SOBRE CONTRATACION ADMINISTRATIVA",

(34) VILLAR PALASI, José Luis, "LECCIONES SOBRE CONTRATACION ADMINISTRATIVA", Facultad de Derecho, Madrid, 1969, pág. 229.

(35) MO, ob. cit., págs. 24 y 25.

(36) Fallo citado por MORENO GIL, ob. cit., "CONTRATOS ADMINISTRATIVOS...", pág. 873.

(37) DEL ANCO, Miguel y PONS, Manuel, "DERECHO DE LA CONSTRUCCION", Edit. Esperia, Madrid, 1980, pág. 79.

(38) IANNONE, ob. cit., pág. 27.

(39) Sentencia del 10 de octubre de 1980, publicada en Revista de Administración Pública, Madrid, enero-abril de 1981, N° 94, págs. 233 a 235.

(40) CIANFLONE, ob. cit., pág. 704:

"Il principio che domina questa materia e che al rilevamento dei lavori eseguiti procedono gli agenti dell'amministrazione; che il rilevamento deve avvenire, a seconda dell'avanzamento dei lavori; che il rilevamento stesso deve essere eseguito in contraddittorio dell'appaltatore. Al rilevamento dei lavori seguono, sempre ad opera degli agenti dell'amministrazione, l'applicazione dei prezzi contrattuali. Anche que sta operazione viene effettuata di pari passo con la esecuzione e il rilevamento dei lavori e deve essere comunicata all'appaltatore.

Le due operazioni, rilevamento dei lavori eseguiti e applicazione dei prezzi contrattuali, costituiscono la *contabilità dei lavori*. Essa e di fondamentale importanza. Oltre all'aspetto contabile, essa ha rilievo giuridico: l'espressione contabile non eche il risultato della valutazione, alla stregua del contratto, delle prestazioni eseguite dall'appaltatore e della prestazione che conseguentemente deve far carico all'amministrazione. Scopo della contabilità e quello di fissare gli elementi della liquidazione finale del corrispettivo e per quanto essa sia destinata a divenire definitiva, nei confronti della amministrazione, *solo con l'approvazione del collaudo*, tuttavia l'operare delle preclusioni comminate all'appaltatore fa si che dei punti fermi si costituiscano a misura dell'avanzamento dei

lavori e del la relativa contabilizzazione. Essa e inoltre compilata in modo da consentire la possibilita di controlli successivi".

En pág. 719 el autor citado afirma:

"La contabilita dei lavori comprende tre operazioni principali: il rilevamento dei lavori eseguiti, l'applicazione dei prezzi contrattuali alle categorie di lavoro rilevate, la liquidazione del crédito complessivo del appaltatore", para describir a lo largo de las páginas siguientes toda la operación de la contabilización de los trabajos.

(41) Así lo sostiene Mo, ob. cit., pág. 327.

(42) Según lo explica Juristo Sánchez, ob. cit., pág. 393, en la legislación española anterior a la actual Ley de Contratos del Estado, la inembargabilidad de las sumas debidas al contratista (anterior a su pago) se debía a su consideración como "fondos públicos" y por lo tanto no embargables. En la nueva legislación lo que se reconoce es la inembargabilidad del "derecho de crédito que es lo que reconoce la certificación". Por eso, citando a Gaspar Ariño, Juristo Sánchez señala que la verdadera razón de esta excepcional inembargabilidad se encuentra, no en una causa "de carácter subjetivo, como es la titularidad del Estado respecto de sus fondos, sino otra de carácter objetivo, cual es el destino que debe dar el contratista durante el curso de la obra a las cantidades a buena cuenta". "En efecto - sigue diciendo Sánchez - estos pagos tienen su razón de ser en servir de ayuda financiera al contratista para que la obra se ejecute con continuidad. Se produce por tanto una afección del crédito al destino de la obra pública en ejecución. Esta es la verdadera explicación y no otra" (pág. 394).

(43) Entre otras, Artículo 48 L.O.P. Formosa; Artículo 66 L.O.P. de Mendoza; también todas las legislaciones que siguen al proyecto CIMOP, que establece este principio en su Artículo 55. Coinciden con esta regulación los proyectos nacionales de reforma de 1977 (Artículo 64) y de 1984 (Artículo 62). En el derecho comparado cabe citar al Artículo 47 de la Ley de Contratos del Estado de española, y Artículo 145 de su reglamentación (comentados por Juristo Sánchez en el lugar citado en nota anterior) y también al Artículo 351 de la Ley de Trabajos Públicos de Italia, correspondiendo remitir a su comentario por Cianflone, ob. cit., págs. 755 a 757. Volviendo a nuestro país las leyes de obras públicas de las provincias de Buenos Aires y Santa Fe (Artículos 47 y 72, respectivamente) no admiten al inembargabilidad comentada, sino que adoptan el criterio de emplazar al contratista, que ha sufrido la medida precautoria, para que solucione la situación en quince días, bajo apercibimiento de suspender la ejecución de la obra, manteniendo el curso del plazo contractual, lo que, además de las sanciones por retraso en que incurrirá seguramente el contratista, puede llevar a la rescisión contractual. Estas disposiciones legislativas, justamente criticadas por Mo, en ob. cit., pág. 327, no atienden al interés de la Administración comitente, por ende al interés público, que puede verse perjudicado por la interrupción en la ejecución de las obras frente a la una razón ajena a las circunstancias propias del contrato, situación que es la que pretende evitar el resto de la legislación del país.