

Contrato de construcción

Julia M. Cano Cremades*

Introducción [\[arriba\]](#)

La ley 23.928 -conocida como “Ley de Convertibilidad”- prohibió la aplicación de mecanismos de actualización monetaria, indexación de precios, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios -art. 10-.

Tal prohibición -imperativa y de orden público- fue dispuesta en un contexto de inflación, con picos hiperinflacionarios que motivaron la adopción de diversas medidas de emergencia para superarlos, y con fundamento en la teoría cuantitativa del dinero, en la convicción de que tales mecanismos tienen naturaleza intrínsecamente inflacionaria.

Como parte de esas medidas, y en orden a alcanzar estabilidad en la economía, dicha ley estableció, además, la paridad de diez mil australes igual a un dólar estadounidense -luego pasó a ser un peso igual a un dólar-. Paralelamente, dispuso la reforma de los arts. 617, 619 y 623 del Código Civil, y por ello del sistema de obligaciones de dar moneda extranjera, que quedó asimilado, coherentemente con la reforma económica, a las obligaciones de dar sumas dinero; cosa que no sucedía en el régimen de Vélez Sarsfield.

Todo esto en un ámbito económico en el cual la inflación es poco significativa, tal como el que se vivió en la década del 90 - sin entrar, en esta instancia, en un análisis de cuán real era dicha estabilidad- puede que no resulte perjudicial para los contratos sinalagmáticos, de tracto sucesivo y onerosos, tal como es el contrato de construcción, del que nos ocuparemos. Ahora, la situación puede ser muy diferente si tal prohibición rige en un contexto de incremento general y sostenido de los precios que, según los especialistas, en el año 2010 s ha sido cercano al 30%1, y, lo que es peor, de descomposición de la estructura de precios relativos.

Diez años después del dictado de la ley 23.928, la Argentina se encontró nuevamente sumergida en una fuerte crisis económica, luego de un tiempo prolongado de recesión, cuyo punto álgido lo encontramos hacia mediados y fines de 2001 y durante los primeros meses de 2002, momento en que nuestra economía sufrió la culminación de un proceso que algunos analistas han ubicado históricamente hacia fines de 1998. En dicha ocasión, y en sentido inverso a lo que había sucedido a principios de los 90, se salió de aquella paridad de nuestra moneda con el dólar, desencadenándose, asimismo, un nuevo proceso inflacionario que se fue acentuando en los años siguientes. Empero, tal como ya se adelantó, se mantuvo la prohibición del artículo 10 de la ley 23.928, incluso en la nueva normativa de la emergencia centralmente constituida por la ley 25.561 y el decreto 214/02.

Por otro lado, también es sabido que la industria de la construcción es una de las actividades económicas a partir de la cual se mide el crecimiento o la desaceleración de la economía de un país. Los gobiernos, desde antaño, fomentan la construcción como política generadora de crecimiento debido al efecto multiplicador en el resto de la economía que el impulso de tal actividad conlleva.

En palabras de Podetti, “la industria de la construcción es actualmente decisiva en muchos aspectos de la actividad económica de los países, es una formidable creadora de trabajo y, a un mismo tiempo, una permanente impulsora del desarrollo de la tecnología y de la ciencia aplicada”².

En lo que a esta industria concierne, luego de cuatro años - aproximadamente- de recesión, hacia el 2001-2002 se encontraba inmersa en una crisis severa, y junto con ella todos aquellos actos económicos vinculados inescindiblemente a tal actividad -proveedores de materiales y equipos, mano de obra, sector financiero, servicios, etc-.

En el marco de tal escenario económico, se dictó el decreto 1295/02 de redeterminación de precios, aplicable a los contratos de obra pública regidos por la ley 13.064. Dicho decreto, en sus considerandos menciona literalmente que “...resulta de vital importancia proceder a la reactivación del sector de la construcción, lo que traerá aparejado un significativo aumento de la demanda de mano de obra requerida a tal efecto, lo cual redundará en la efectiva recuperación de las fuentes de trabajo de dicho sector. Que asimismo, debe tenerse en cuenta que el sector de la construcción posee, como es sabido, un efecto multiplicador en la economía, con lo que la presente medida provocará, además, la movilización de otros aspectos de la actividad económica en general...”.

Vemos así que lo que se dice en tales considerandos son conceptos que no distinguen entre obra pública y privada, sino que describen a una industria en sí y los efectos que tal industria provoca en la economía, sin que sea posible inferir de ello que sólo tal efecto se logre en el marco de contratos regidos por el derecho público.

Ahora, y tal como dicho previamente, la ley de emergencia pública N° 25.561 mantuvo la vigencia de la prohibición de la aplicación de mecanismos de actualización de precios, indexación, repotenciación de deudas, etc. Prohibición que es enteramente aplicable a los contratos de construcción regidos por el derecho privado, ya que la misma rige para las obligaciones de dar sumas de dinero, tal el caso de la prestación a cargo del dueño de la obra a la hora de pagar el precio.

Sin embargo, dentro de una coyuntura en la que están prohibidos tales mecanismos, pero en la que efectivamente hay inflación, es muy difícil para las empresas constructoras emprender la ejecución de obras con comitentes privados cuando los plazos son prolongados, por la desviación que, sin lugar a dudas, sufrirá la ecuación económico-financiera del contrato durante su ejecución.

Por lo cual, en el mejor de los casos, absorberá el beneficio que la empresa esperaba obtener de dicho contrato; pero en el peor de los escenarios, el cumplimiento de contratos en tales circunstancias generará importantes pérdidas, llevando, en el extremo, al concurso o la quiebra de las empresas del sector. Cabe aclarar aquí que tal situación se presenta cuando el sistema bajo el cual se contrata la obra es el de ajuste alzado o de unidad de medida por precios unitarios, pero no bajo la contratación en el marco de un coste y costas, todo lo cual será objeto de tratamiento en el presente trabajo.

A fin de evitar dicho extremo, lo que puede suceder es que las empresas constructoras, al preparar sus cotizaciones, carguen sobre sus precios una suma

importante a fin de cubrir el riesgo por inflación, trasladándolo así al comitente, quien podría verse obligado a pagar más por una obra cuyo valor real final puede resultar menor, si la inflación estimada por el constructor es, luego, menor.

La consecuencia inexorable es que el contrato de construcción así planteado se aproxima más a un contrato aleatorio, en el que será muy difícil mantener una equivalencia en las prestaciones, desnaturalizándose su conmutatividad ínsita.

De allí que nos preguntamos, frente a una política legislativa como la vigente en la República Argentina y frente a una realidad económica en la que impera un alto índice de inflación: ¿Qué sucede en el caso de las locaciones de obra que se desarrollan en el ámbito del derecho privado, en el cual permanece vigente la prohibición de la aplicación de mecanismos de actualización o variación de costos? ¿Implica tal prohibición el rompimiento sin más de la equidad en las prestaciones de las partes, tornándose aleatorio un contrato que es naturalmente conmutativo? ¿O es factible mantener la ecuación económico-financiera?

En el presente trabajo intentaremos demostrar cómo puede impactar en el ámbito de las empresas constructoras, y consecuentemente en la economía toda, la imposibilidad de inclusión de metodologías de actualización de precios en los contratos de locación de obra del derecho privado, alcanzados por la prohibición de indexar, analizando cuál es la situación y las prácticas habituales del sector, para finalmente proponer alternativas de solución aplicables a la realidad.

Asimismo, nos centraremos exclusivamente en la inflación como generadora de alteración en la estructura de costos y no en otras causales que pueden también modificar los mismos e impactar en la ecuación económico-financiera del contrato.

Es preciso aclarar, además, que el presente trabajo no pretende efectuar un análisis de la economía actual de la Argentina y cómo impacta ello en las relaciones jurídicas existentes. No aludiremos a la dimensión económica del fenómeno sino tangencialmente, lo que no implica desconocer la relevancia que ella tiene en orden al tema investigado.

Lo que aquí intentamos exponer es cuál es el impacto que efectivamente produce la inflación exclusivamente en un tipo determinado de contratos -locación de obra del derecho privado- en el que se mantiene vigente la prohibición de actualización de precios y que, por sus características especiales, merece de un análisis desde el punto de vista jurídico y del mantenimiento del equilibrio en las prestaciones de las partes del mismo.

Capítulo I - El contrato de construcción del derecho privado. Concepto. Caracteres. La situación en el derecho público. El contrato de obra pública [\[arriba\]](#)

A) El Contrato de Construcción del Derecho Privado

1) Concepto

El Código Civil argentino define la locación de obra incluyendo en un mismo artículo tres contratos dispares tales como son la locación de cosas, de servicios y de obra³; sin embargo, no es el objetivo de este trabajo efectuar críticas ni entrar

en disquisiciones al respecto. Nos apoyaremos entonces en lo que la doctrina ha dicho.

Spota, uno de los autores que ha tratado con mayor profundidad a este contrato, define a la locación de obra como “un contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer alguna cosa -o a alcanzar un resultado material o inmaterial- para la otra, y sin subordinación frente a ésta; todo mediante un precio en dinero”⁴.

Por su parte, Humberto Podetti, nos dice que el contrato de construcción es aquel por el cual “una de las partes, el constructor, se compromete a construir y entregar la obra, a través de la organización de los medios necesarios, una obra inmueble, o a suministrar su producto o a producir un resultado en una obra inmueble ya existente, asumiendo o no el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica, y la otra parte, el comitente, a pagarle a cambio un precio determinado o determinable, equivalente para ambas partes a la obra prometida”⁵.

Es importante detenernos aquí a fin de recalcar que este trabajo tiene como objeto el llamado contrato de construcción, tal como lo ha definido Podetti según se indicó ut supra, quien destaca que es tal la denominación que corresponde a un contrato de tal envergadura y relevancia en la vida económica contemporánea. Es también Lorenzetti, citado por Podetti, quien ha dicho que el contrato de construcción de obras edilicias tiene particularidades que justifican una regulación especial, dado que ese tipo de obras son ejecutadas por empresas dedicadas y especializadas en la construcción, donde intervienen profesionales que se dedican a esta actividad y donde existen circunstancias que lo esgrimen en una especie⁶.

Dicha denominación, como así también la definición transcrita, son, además, las que más representativas aparecen a la luz de este trabajo, en el cual pretendemos dar tratamiento al contrato que tiene por objeto la construcción de grandes obras civiles (equiparables en magnitud a las que pueden ser objeto de un contrato de obra pública) en las cuales el plazo, siempre prolongado, es un factor principal a la hora de evaluar el impacto de la inflación sobre la ecuación económico-financiera del mismo. De todos modos, a lo largo del presente designaremos en forma indistinta al contrato de construcción, contrato de obra o locación de obra, siempre en el sentido arriba señalado.

Volvemos, ahora, al tratamiento de la figura en cuestión, para lo cual nos referiremos, acto seguido, a la denominación de las partes de este contrato. Por un lado, encontramos a la parte que realiza la obra. De acuerdo al Código Civil, dicha parte es el “locador de obra”. Generalmente se lo denomina “empresario”, “contratista” o “constructor”. Del otro lado, hallamos a quien encarga la obra y paga el precio, es decir, al “locatario de la obra” (en términos del Código Civil), “dueño de la obra” o “comitente”.

Aquí a todas las denominaciones las usaremos indistintamente.

II) Importancia del contrato de construcción como vehículo jurídico necesario para el desarrollo de la industria de la construcción y el innegable efecto multiplicador de esta actividad económica

A través de ciertos ejemplos se puede vislumbrar la importancia que tiene el contrato de construcción. En tal sentido mencionamos que mediante la utilización

de esta figura jurídica se construyen puentes, diques, embalses, canales, caminos, túneles, desagües fluviales, edificios, viviendas, hospitales, obras de infraestructura para transmisión y distribución de energía, etc. Y tales proyectos no siempre se dan exclusivamente en el marco de obras públicas. Cabe mencionar, como ejemplo más que ilustrativo, lo que sucede con los grandes proyectos mineros de explotación privada, donde las inversiones alcanzan varios de miles de millones de dólares. Al encontrarse el mineral a explotar en lugares inhóspitos (por lo general), se necesita de la construcción de caminos y puentes para llegar al emplazamiento del proyecto, la construcción del tendido eléctrico de media y baja tensión y de redes de agua para su abastecimiento; la ejecución de túneles para la extracción del mineral y de grandes piletas de lixiviación para su posterior tratamiento; asimismo será necesaria la edificación de las instalaciones para oficinas, talleres, depósitos, dormitorios, baños, salas de entretenimiento y comedores del personal allí emplazado; en algunos casos resultará necesaria la construcción de tendido de vías de ferrocarril o de mineraloductos para el traslado del mineral a los diferentes puntos de distribución o comercialización. Todas estas obras, se ejecutan a lo largo de varios años.

Para todo ello, la figura jurídica aplicable y propia es el contrato de construcción.

Por otra parte, y tal como fuera mencionado en la Introducción, la industria de la construcción se presenta como un motor reactivador de la economía. Los diferentes gobiernos de distintos países y en diversos momentos de la historia contemporánea, especialmente a partir de la gran depresión de los años 30 y de las ideas aportadas por Keynes, han basado sus planes económicos en el fomento de dicha actividad, por el efecto multiplicador que conlleva en otros sectores de la economía y por la automática generación de empleo, lo que provoca un mayor consumo y, por ende, demanda de bienes y servicios.

La República Argentina no ha sido la excepción. Así sucedió a lo largo del siglo XX, incluso en la búsqueda de la salida de la crisis del 2001-2002. Vimos en la Introducción que tales son las consideraciones tenidas en cuenta al momento del dictado del decreto 1295/02 que, si bien es aplicable a los contratos de obra pública, tales considerandos rigen para la industria de la construcción en general, sin distinción del marco legal aplicable.

Es, por todo lo dicho, el contrato de construcción, como vehículo jurídico a través del cual se desarrolla la industria de la construcción, de una enorme trascendencia social y económica.

III) La empresa constructora y la comercialidad de sus actos

Como ya mencionáramos más arriba, una de las partes del contrato de construcción es el locador o empresario de la obra. En relación al tipo de obras que hemos delimitado en el presente trabajo, por lo general encontraremos a empresas constructoras constituidas como sociedades anónimas o de responsabilidad limitada. Esto quiere decir que una de las partes en este tipo de contratos será comúnmente un sujeto de carácter comercial.

En este punto seguimos a Spota, quien pone su preocupación en relación al empresario como parte de este contrato que asume el riesgo inherente -el técnico casi con seguridad y el económico, según se indicará más adelante-, tomando la

iniciativa de la organización de los factores de la producción; siempre partiendo del entendimiento de que empresario es quien ejerce profesionalmente un actividad económica organizada a los fines de la producción y del cambio de bienes y servicios⁷.

En ocasiones, la empresa constructora puede estar integrada por más de una sociedad o persona jurídica. Es decir, la empresa, entendida según expusimos en el párrafo anterior, no es necesariamente identificable con un único sujeto de derecho, sino que, por diferentes razones, dos o más sujetos de derechos se congregan bajo la figura de una unión transitoria de empresas para encarar la construcción de un proyecto. En tal caso, la empresa se habrá organizado con la participación de varias personas -físicas o jurídicas- que organizarán los medios de producción y asumirán el riesgo de acuerdo a lo que pacten en los acuerdos constitutivos.

Lo importante de destacar en este punto es que en todos los casos estaremos en presencia de actos de comercio, sea por la comercialidad de los actos propios de sujetos comerciales -tal el caso de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada-, sea ya que el hecho de la organización de los factores de la producción, con la asunción del riesgo, implica por sí un acto de comercio. Tal es la opinión de Spota, postura que compartimos. Este autor subsume el caso de las empresas constructoras dentro del artículo 8 inc. 5° del Código de Comercio, afirmando que “con esa organización económica con fines de propender al cambio, surge su comercialidad”⁸.

IV) El objeto del contrato de construcción

El objeto de cualquier contrato podemos resumidamente decir que es la prestación alrededor de la cual se gesta el consentimiento de las partes. Es, en otras palabras, la finalidad perseguida por las partes al celebrar el contrato.

Bien sabido es que en la locación de obra contemplada en el Código Civil, el objeto de dicho contrato puede ser una obra material o inmaterial o intelectual y que puede llevarse a cabo tanto sobre bienes muebles o inmuebles. Bajo tal concepción, puede ser objeto de este contrato una prenda de vestir, una obra hidroelectrica, una partitura musical, un plano de arquitectura o una máquina. No obstante, aquí nos concentraremos, como ya lo hemos aclarado, en la obra de carácter material propia de un contrato en torno al cual se deberá ejecutar una obra civil de gran envergadura.

En todos los casos, el límite vendrá impuesto de la mano del artículo 953 del Código Civil, debiendo tratarse de un objeto posible, lícito, moral, determinado y determinable. Respecto de la determinación del objeto, es oportuno recordar que el artículo 1632 del Código Civil dispone que “A falta de ajuste sobre el modo de hacer la obra, y no habiendo medida, plano o instrucciones, el empresario debe hacer la obra según la costumbre del lugar, o ser decidida la diferencia entre el locador y locatario, en consideración al precio estipulado”.

La determinación debe ser en grado suficiente, aunque no se realice la contratación sobre la base de un objeto perfectamente determinado. En relación a ello, en la práctica es habitual que al momento del nacimiento de la relación contractual, exista meramente un anteproyecto y una ingeniería básica, siendo inclusive parte de lo encomendado al constructor el desarrollo del proyecto

ejecutivo -proyecto definitivo- y la ingeniería de detalle. Por ende, a lo largo de la ejecución del contrato es casi seguro que se producirán variaciones, no sólo en las cantidades de obra a ejecutar, sino también en relación al tipo de tareas comprometidas en la obra, lo que generará, a su vez, variaciones en el precio de la obra y en el plazo de ejecución.

Para concluir ya sobre este punto, valen las palabras de Podetti⁹, cuando dice que el objeto en esta clase de contratos es, para el comitente, la ejecución de una obra determinada por parte del constructor, mientras que para éste el objeto es percibir el precio pactado -o no pactado, pero en todo caso siempre determinable- por dicha obra.

El autor mencionado sintetiza de forma muy gráfica al objeto inmediato de este contrato en la “obra” y el “precio”, como dos conceptos que las partes asocian de manera inseparable.

V) Caracteres

Los principales caracteres¹⁰, y que tienen implicancias prácticas en el presente análisis, son los que se tratan a continuación.

a. Bilateral de sinalagma perfecto, ya que desde su origen nacen obligaciones recíprocas entre las partes y ello se conserva hasta la liquidación final del contrato. El contrato bilateral presupone un intercambio económico de prestaciones principales equivalentes. Indica Podetti que consecuencia directa de este carácter -y del que se indica en el punto siguiente-, es la posibilidad de invocar la excepción de incumplimiento, el pacto comisorio y la necesidad de conservar la ecuación establecida por las partes entre las respectivas obligaciones¹¹.

b. Oneroso, es decir, las obligaciones asumidas por una de las partes tienen, como razón de ser, las obligaciones asumidas por su contraparte. Ambas partes pretenden obtener beneficios. Una de las principales consecuencias que se derivan de este carácter es -junto con el de la bilateralidad y su carácter conmutativo, que más adelante comentaremos- la equivalencia que debe existir entre las prestaciones de las partes, no sólo en el inicio sino también durante toda la vida del contrato y hasta su finalización. Es, sin lugar a dudas, un carácter sustancial de la figura contractual en tratamiento. Gregorini Clusellas nos dice que “la gratuidad es ajena a este contrato que necesariamente debe ser hecho por precio cierto en dinero” (art. 1493 del Código Civil)¹².

c. Consensual, formado por el mero consentimiento de las partes, sin exigirse formalidades ni la entrega de la obra ni de ninguna otra cosa a efectos de su perfeccionamiento. Nos dice Gregorini Clusellas¹³ que la entrega culmina el cumplimiento del contrato, por lo que se puede afirmar que este contrato, que tiene por objeto una obligación de hacer, concluye en una de dar.

Por su parte, la jurisprudencia ha afirmado que “el contrato de locación de obra no está sujeto a formalidad alguna para su celebración salvo supuestos de excepción. Queda concluido, entonces, por el solo acuerdo de partes expresado verbalmente o bien por escrito, en forma expresa o tácita”¹⁴.

d. De tracto sucesivo, es un contrato que se desarrolla a lo largo de un tiempo. El objeto de este contrato, tal la construcción de una obra civil, implica su ejecución y cumplimiento durante un tiempo inicialmente fijado por las partes y que puede variar -en más o en menos- según las diferentes vicisitudes que se vayan presentando durante la vida del mismo. En otras palabras, el contrato abarca un período de tiempo más o menos prolongado durante el cual se realiza la obra y finaliza su entrega, momento en el cual se produce la recepción de la misma por parte del dueño. La intervención del tiempo, en este tipo de contrato, se presenta así como un elemento esencial, consecuencia de la naturaleza misma de su objeto.

Nos interesa en este punto poner de resalto lo que apunta Podetti, en relación a este punto, quien afirma que el tiempo como elemento inevitable “implica la obligación de las partes de prever la manera en que puede verse afectado el cumplimiento de sus obligaciones en el futuro. Esto no requiere, naturalmente, facultades adivinatorias, sino una previsión razonable por ambas partes de aquello que puede esperarse que ocurra durante el período que demandará la ejecución del contrato”¹⁵.

Es sumamente destacable, lo que indica el autor citado, ya que es justamente eso, la posibilidad de las partes de prever un paliativo a los efectos devastadores de la inflación, la que se ve vedada por la prohibición legal de incluir fórmulas de ajustes en los contrato de obra del derecho privado.

e. No formal, ya que la ley no le exige ninguna forma en particular (salvo algunas excepciones que se mencionarán a continuación), siendo aplicable el artículo 974 del Código Civil sobre la libertad de las formas. Nuestra jurisprudencia lo ha confirmado, afirmando que la locación de obra es “un contrato que puede ser convenido verbalmente, y en virtud del cual una de las partes se compromete a realizar una obra y la otra a pagar por esa obra un precio en dinero (art. 1493, Cód. Civil)”¹⁶.

No obstante, en la práctica este tipo de contratos siempre se celebran por escrito y con minuciosidad en sus cláusulas, lo que se deriva de la envergadura propia del proyecto objeto del contrato y del monto de inversión en juego.

En cuanto a las excepciones a la regla de la no formalidad, mencionamos las siguientes¹⁷:

- Las locaciones de obra comprendidas en una relación de consumo (deberán enunciarse como mínimo, los datos requeridos en el artículo 21 de la ley 24.441).
- El contrato de construcción de un buque de más de seis toneladas debe constar en escritura pública (ley 20.094 art. 148).
- La venta de inmuebles bajo el régimen de propiedad horizontal y prehorizontalidad, cuando configuran locaciones de obra, debe constar en escritura pública (se infiere de los arts. 13 y 14 de la ley 19.724).
- Contratos de construcción sobre inmuebles en los que el empresario suministra el inmueble en el que se debe ejecutar la obra; deberá constar en escritura a fin de transmitir el dominio.

- Los contratos de obra pública regidos por la ley 13.064, deben necesariamente constar por escrito (art. 21).

f. Contiene una obligación de resultado. Gregorini Clusellas agrega este carácter, el cual es de suma importancia por los efectos que del mismo se derivan. El constructor asume la obligación de alcanzar un resultado material o inmaterial, no siendo suficiente su prudencia o diligencia para liberarse de responsabilidad, sino que debe entregar un opus, una obra, de acuerdo a las especificaciones técnicas y las reglas del arte¹⁸.

g. Nominado y típico, ya que la ley le da una denominación especial (el artículo 1493 del Código Civil lo designa como locación de obra) y tiene, además, regulación normativa (aunque la misma sea insuficiente).

h. Conmutativo, ya que las partes han acordado una equivalencia entre el precio y la obra, la que debe mantenerse durante toda la vida del contrato, sin que sea tolerable una alteración tal en dicha equivalencia al punto de que pueda tornarse en aleatorio. El sinalagma es genético y funcional¹⁹.

Podetti señala que el contrato de construcción es conmutativo porque las partes “han debido tener en cuenta al contratar todas las circunstancias y condiciones en las que el contrato se desenvolverá a lo largo del tiempo, prolongado o breve, entre el momento de su firma y la culminación de su ejecución”.

Este carácter excluye, naturalmente, la posibilidad de que el mismo sea aleatorio.

El mismo autor manifiesta que “Es frecuente que se confunda el riesgo económico que el constructor asume en el contrato de construcción cuando el precio se determina mediante el sistema de ajuste alzado o suma global o cerrada, con el área que pondría a su cargo toda alteración de la situación económica en la que el contrato se desenvuelve, todo incremento de costos derivado de la manifestación de dificultades materiales no previstas por las partes, todo completamiento del objeto del contrato no incluido en la definición que ambas partes consideraron, etcétera. Pero ello es inaceptable; el carácter conmutativo en un contrato de ejecución obligadamente prolongada implica que las partes no sólo han establecido una equivalencia entre las obligaciones recíprocas, sino que asimismo han asumido el compromiso de que esa equivalencia se mantenga hasta la conclusión del contrato”²⁰.

Este carácter -junto con el descrito en los puntos a y b-, se presentan como de importancia meridiana en relación al objeto del presente trabajo, ya que la prohibición de mecanismos de actualización de precios en un contexto inflacionario los afecta en forma directa, desnaturalizando al contrato.

VI) Los sistemas de contratación más utilizados en la práctica

En la práctica de los contratos cuyo objeto constituye la construcción de grandes obras civiles, no todos los sistemas existentes en nuestro derecho (y en el comparado) son utilizados con la misma intensidad.

Así, es muy poco usual encontrar la contratación mediante el sistema por administración -o por economía-, en el cual el propio dueño de la obra asume la condición de empresario, por lo que ya no habrá, en tales casos, un contrato de

locación de obra propiamente dicho cuyo objeto sea un objeto material, sino la construcción de una obra para la cual se utilizarán otros contratos a fin de contar con la mano de obra y los materiales necesarios, entre otros.

Además, existen contrataciones en las cuales el objeto está compuesto por una obra material solamente y otros en los que se requiere la ejecución de obra material más una de carácter inmaterial (proyecto ejecutivo e ingeniería de detalle). Sin embargo, aún en los casos en que sólo se contrate la ejecución de la obra material y sea el comitente quien provea el proyecto y la ingeniería para la construcción, resulta ser lo más usual que el mismo contratista deba realizar, al finalizar el contrato, los planos conforme a obra. Por lo cual, en la gran mayoría de los contratos en los cuales la contratación sea exclusivamente de la obra material, lo mismo existirá la obligación por parte del locador de entrega de una obra intelectual.

Si bien no existe una sistematización en nuestro Código Civil en relación a este punto, hay ciertos artículos que hacen referencia a los sistemas de contratación, los que mencionaremos en cada caso, al dar tratamiento a cada uno de ellos, a continuación.

a. Por ajuste alzado. Bajo este sistema, el empresario cotiza un precio único y global. Si bien es cierto que la invariabilidad del precio es la característica que define al sistema de contratación en cuestión, no menos cierto es que la inmutabilidad de ese precio global impone la invariabilidad de la obra.

Podemos decir entonces que de ninguna manera el sistema de ajuste alzado es absoluto en el sentido de abarcar lo imprevisible -o lo previsible pero inevitable- sin importar la excesiva onerosidad que ello signifique para el contratista. De ser así, estaríamos frente a un contrato aleatorio. A mayor abundamiento, el hecho que se haya contratado bajo ajuste alzado la ejecución de una obra determinada, nunca abarca la imprevisión contractual, ya que se estaría desnaturalizando al mismo. Recordemos que este contrato es, en esencia, bilateral y conmutativo, por lo que esa invariabilidad tiene sus límites en la invariabilidad de la obra contratada y cualquiera sea el motivo por el cual dicha obra se pueda ver modificada - siempre, claro está, que no haya responsabilidad por parte del contratista, el mayor costo que ello implica no está contemplado en el precio así pactado.

Así lo ha entendido también nuestra jurisprudencia. En la causa “Oar Construcciones”, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dijo que “Las modificaciones, añadidos, o mejoras realizados por el dueño de la obra a los planos originarios, durante su ejecución, deben remunerarse con independencia del precio fijado para toda la obra, aunque ésta se haya hecho bajo la modalidad de ajuste alzado. En efecto, aunque exista estipulado un precio global y fijo pueden dar lugar a un suplemento de precio los trabajos adicionales que no se previeron o no se consideraron necesarios al proyectar la misma”²¹. Entonces, ¿qué significa que el precio se mantiene invariable, de acuerdo a lo arriba comentado? En nuestra opinión, esto es que el precio no puede reducirse, aún frente a una optimización de costos, ni el contratista puede requerir su aumento, en la medida que la obra no varíe. Sintetiza lo aquí expuesto la cita que Podetti hace de Carol y Sansoni, quienes afirman que el sistema de ajuste alzado “requiere que a una invariabilidad de obra se corresponda una invariabilidad del precio”²².

Esto implica, entre otras cosas, que si el contratista al momento de estudiar la obra y cotizarla, tomando para ello los datos de planos, del proyecto ejecutivo y demás información técnica proporcionada por el comitente, se equivocó, por ejemplo, en los rendimientos de los equipos, o en la cantidad a utilizarse de algún material, o el número de obreros necesarios para ejecutar la obra de acuerdo a lo planificado, debe ejecutar la obra aún cuando esos mayores costos, indispensables para cumplir con el objeto del contrato, deban ser absorbidos por él. Esto da al comitente la seguridad de que el precio de la obra no será mayor, a condición de que la obra se mantenga siempre la misma y que no ocurran eventos de fuerza mayor, caso fortuito o aparezcan dificultades materiales imprevisibles, por ejemplo. A la inversa sucede si durante la ejecución del contrato, el contratista logra optimizar los rendimientos de equipos, mano de obra y materiales: ello no generará la disminución del precio, sino que se traducirá en una mayor ganancia para el empresario.

Volvemos a mencionar a Podetti, quien afirma que “habida cuenta que es muy difícil que nada cambie durante la ejecución de una obra, en realidad, el sistema de ajuste alzado significa que ambas partes han pactado una equivalencia entre las obligaciones que cada una de ellas ha asumido en relación con la otra”.

Concluye el autor diciendo que bajo el sistema de ajuste alzado, las partes han fijado de forma clara y precisa el quantum de las obligaciones que cada una asume, estableciendo a tal fin una verdadera ecuación²³.

Para mayor precisión, efectuaremos una aclaración en relación a este sistema. El hecho que el precio se mantenga sin variaciones, no se refleja, en nuestra opinión, en la imposibilidad de aplicar mecanismos de reajuste del mismo, ya que aquéllos están destinados a mantener el precio vigente, a que no se produzca un desfase entre las prestaciones de las partes. Estos mecanismos tienden a mantener el valor real de las prestaciones en perfecta armonía, en equilibrio, frente a la pérdida de adquisición que sufre la moneda por la incidencia de la inflación. Mediante la aplicación de este tipo de mecanismos, no se produce una variación del precio, sino su mera actualización y correlación a lo que en la realidad “cuesta” la obra. Estos mecanismos benefician a ambas partes, ya que apuntan a mantener la conmutatividad propia de estos contratos. Esta posibilidad no implica una variación en el precio pactado; la aplicación de este tipo de sistemas sólo está destinada a mantener la equivalencia de las prestaciones, lo que puede significar, según el caso, un ajuste en más o en menos, sin ser por ello un aumento o disminución del mismo.

Contrariamente, ello no es lo que estipula el artículo 1633 del Código Civil. Este artículo nos dice que aunque encarezca el valor de los materiales y de la mano de obra, el locador no puede pretender un aumento en el precio. Este caso es el que la doctrina denomina como “ajuste alzado absoluto”, distinguiéndose del “relativo”, en el cual sí podrían variar tanto la obra como el precio. Nos permitimos hacer una crítica al Código en este punto, ya que de acuerdo a lo que hemos manifestado, la alteración del valor que puede sufrir la mano de obra o los materiales por efecto de la depreciación monetaria y que habilitaría al contratista a readecuar ese precio, no es un aumento del mismo, sino que ello tiene en miras el mantenimiento del mismo en su relación de equivalencia con la prestación a su cargo. De no ser así, se produciría el enriquecimiento sin causa de la otra parte, que adquiriría una obra terminada según lo pactado, pero por la que abona un

precio menor al costo real de la misma, sin que tal situación se deba a un error en los cálculos del contratista -que sería un riesgo sí cubierto por este sistema-.

Sin embargo, esto no siempre fue concebido así. De la mano del Código Civil, se entendía que cuando el contrato caía bajo lo que habitualmente se llama “sistema por ajuste alzado absoluto”, el contratista no tenía derecho a que se le reconocieran los aumentos que algunos componentes del precio pactado sufrían como consecuencia de la inflación. Según nuestro criterio, erróneamente se entendía ello como una variación del precio y se cometían grandes injusticias.

Resulta oportuno que mencionemos lo previsto en el artículo 1633 bis; textualmente el artículo indica que “el empresario no podrá variar el proyecto de la obra sin permiso por escrito del dueño, pero si el cumplimiento del contrato exigiera esas alteraciones y ellas no pudieron preverse al tiempo en que se concertó, deberá comunicarlo inmediatamente al propietario, expresando la modificación que importe sobre el precio fijado...”.

En relación a la regulación de este sistema en nuestro derecho, el artículo 1683 del Código Civil establece que el locador no podrá “bajo ningún pretexto pedir aumento en el precio, cuando la obra ha sido contratada por una suma determinada, salvo lo dispuesto en el art. 1198”. Es decir, la aplicación de la teoría de la imprevisión, según lo que ya se comentó ut supra.

¿Qué ventajas ofrece a las partes este sistema? Primordialmente, el dueño sabe desde un principio cuál será el costo de la obra, ya que es altamente probable que el precio que finalmente deberá pagar no sufra alteraciones, salvo en caso de imprevisiones o por modificaciones que él mismo ordene. Por último diremos que es factible la combinación de este sistema con otros, tales como el de unidad de medida y precios unitarios como así también con el de coste y costas. Es habitual que sólo se contraten algunas tareas por ajuste alzado, tales como la cotización de un puente en el marco de una obra vial.

b. Por unidad de medida y precios unitarios. Hace referencia a este sistema el artículo 1639 de nuestro Código Civil. Establece este artículo: “cuando la obra fue ajustada por pieza o medida, sin designación del número de piezas o de la medida total, el contrato puede resolverse por una y otra parte concluidas que sean las partes designadas, pagándose la parte concluida”. Este sistema consiste en contratar con determinación del precio unitario de la pieza o medida.

Encontramos en la jurisprudencia la siguiente definición: “La locación de obra contratada por unidad de medida es aquella en la cual el precio es oblatado en forma unitaria con determinación de cantidad por cada unidad ejecutada. El sistema por unidad simple, en cambio, supone la variabilidad del precio total y de las cantidades a ejecutar por el locador, en tanto sólo se fija el monto que debe abonar el locatario por cada unidad. La locación de obra contratada por pieza o medida (art. 1639, Cód. Civil) puede ser definida como aquella contratación en la cual los distintos trabajos que conforman la obra son realizados mediante el pago de precios asignados a cada unidad técnica de estructura, o bien a cada cantidad técnica unitaria de mano de obra”²⁴.

Algunos autores, tal el caso de Spota, al mencionar a este sistema utilizan la conjunción “o”, es decir, “por unidad de medida o precios unitarios”²⁵. Entendemos que la conjunción correcta a utilizar es “y”, ya que no son términos

equivalentes ni tampoco excluyentes. La unidad de medida está vinculada a una unidad técnica o cantidad unitaria (por ejemplo, metros cuadrados, hora- hombre, hora-equipo, etc.) y el precio unitario responde al valor cotizado y correspondiente a cada una de esas unidades (por ejemplo: tres pesos el metro cúbico de excavación, quince pesos la hora- hombre de mano de obra calificada, cinco pesos el metro cuadrado de pavimento de asfalto, etc).

Ahora sí, introduciéndonos en este sistema, es preciso mencionar que puede que en el contrato se haya previsto la cantidad de unidades a ejecutar - tres mil metros cúbicos de excavación a tres pesos el metro cúbico, por ejemplo- o que dichas cantidades no se hayan preestablecido. Este dato no es menor, ya que el empresario al momento de calcular el costo de la unidad técnica de que se trate, puede evaluar los rendimientos y la amortización de los gastos asociados y que componen ese costo, si conoce de antemano las cantidades a ejecutar. No es lo mismo ejecutar dos mil metros cúbicos de excavación en un plazo determinado, que realizar sólo diez metros cúbicos de excavación en el mismo lapso. Ese dato puede incluso hacer variar la metodología constructiva y por ende los insumos y demás elementos que componen el costo del ítem en cuestión.

Entonces, cuando se ha determinado de antemano la cantidad de unidades a ejecutar, habrá invariabilidad del precio total del contrato (se asimila así al ajuste alzado). Este sistema ha sido denominado por la doctrina como “sistema de ejecución de obra por precios unitarios con determinación de cantidad o sistema por unidad de medida”²⁶ propiamente dicho. Por el contrario, cuando no se conocen esas cantidades al momento del nacimiento de la relación contractual, habrá variabilidad del precio total (y, obviamente, de las cantidades). Este segundo caso se ha denominado como “sistema de unidad simple”²⁷.

Ponemos de resalto que en ambos casos lo que resultará inamovible, dentro de ciertos límites, son los precios unitarios, aunque en este caso también es aplicable lo que indicamos para el ajuste alzado, en el sentido de que podrá variar ese precio unitario por imprevisión o por modificaciones indicadas por el comitente - por ejemplo si varía la metodología constructiva aunque no varíe el proyecto, el precio de la unidad técnica puede ser diferente, ya que se alteran los componentes de ese precio, aunque esa unidad sea la misma-. De acuerdo a lo que mencionamos en el primer párrafo del presente apartado, cuando se han pactado las cantidades de unidades a ejecutar, el contrato concluye cuando se han ejecutado esas cantidades; en cambio, cuando no se ha pactado una cantidad, el contrato puede ser resuelto en cualquier momento y deberá abonarse al locador la cantidad de unidades realizadas al momento de la resolución. Vemos que en el primer caso, el contrato goza de una mayor estabilidad, lo que repercutirá también en el valor del precio unitario, no sólo por lo que describimos en el párrafo anterior, sino también porque el constructor al cotizar ese precio, puede evaluar también la rentabilidad total del negocio.

Dice Spota, en relación a lo antedicho, que el contrato por unidad simple puede concluir todas las veces que se haya ejecutado la unidad prevista, siendo así de una estabilidad precaria, ya que cualquiera de las partes puede darlo por concluido una vez ejecutadas las partes pactadas y pagándose esa parte terminada (artículo 1639 Código Civil). Ello, en cambio, no ocurre en el contrato por unidad de medida con determinación de cantidades, ya que el contrato no puede considerarse concluido -o resolverse, en términos del artículo 1639- sino hasta que se hayan

alcanzado las cantidades pactadas. El empresario se ha obligado a entregar la obra completa²⁸.

Humberto Podetti califica a este sistema de flexible, tanto en relación al precio como a la obra, dado que ambos sólo van a quedar definitivamente determinados al finalizar la obra, momento en el cual podrá conocerse recién con exactitud la cantidad de unidades ejecutadas y, por ende, el precio definitivo a ser abonado por el comitente²⁹.

Mencionamos, para concluir, que es el más utilizado en obras de gran envergadura, sea solo o en forma combinada, especialmente con el de ajuste alzado o el de coste y costas. La razón fundamental es que este sistema se presenta como el más justo para ambas partes, ya que se paga en relación a las cantidades ejecutadas, disminuyéndose el riesgo económico, especialmente del empresario. En palabras de Spota, “parece ser el más justo en cuanto los trabajos imprevistos no recaen sobre el empresario (aún cuando el costo de cada unidad puede aumentar), a diferencia de lo que ocurre en el ajuste alzado en el cual el trabajo imprevisto (no el imprevisible) lo sufre el empresario”³⁰.

c. Coste y costas. Se caracteriza este sistema por la indeterminación inicial del precio. Se distingue el concepto de “coste”, en el cual se incluyen los costos directos, indirectos, gastos generales e impuestos, de las “costas”, que es, básicamente, la utilidad que es- para recibir el empresario³¹.

De lo antedicho se desprende que dentro del coste encontramos tanto a los costos directos como a los indirectos del empresario. Los directos, son aquellos costos de mano de obra, materiales y equipos asociados a la producción de los trabajos. Por otro lado, encontramos los costos indirectos, que son todos aquellos gastos fijos no asociados a la producción, tales como gastos de seguros, alquiler de viviendas, personal de vigilancia, movilizaciones, gastos financieros, etc., que están íntimamente ligados a la variable “tiempo”. También encontramos dentro del “coste” los gastos generales, que incluyen los gastos de la administración central del empresario y que se distribuyen proporcionalmente entre todas las obras que el contratista pueda estar ejecutando en forma simultánea.

Otro rubro incluido en lo que es coste, es el de los impuestos - tales como el IVA, ingresos brutos e impuesto al cheque-.

Una forma de calcular el beneficio del empresario es aplicar sobre ese coste, un porcentaje. También puede tratarse de una suma fija o de una combinación de ambos métodos.

En la práctica, el funcionamiento de este sistema es, por lo general, el siguiente: el contratista, de acuerdo a las tareas a ejecutar según lo planificado, va comprando materiales, moviliza equipos propios o los alquila, contrata la mano de obra, etc. y periódicamente le eleva al comitente para su aprobación todos los gastos realizados con sus correspondientes comprobantes. Una vez aprobados, el contratista presenta la factura cuyo monto ya contiene el porcentaje de indirectos, gastos generales y beneficio.

Nos dice Gregorini Clusellas que en este sistema “el comitente corre con los riesgos y ventajas del mayor o menor valor de la obra, el costo de los trabajos adicionales cualquiera que sea su importancia y las alteraciones de costo de mano

de obra y materiales por la suba de precios que los mismos puedan haber sufrido en el período de que se trate”³².

En este sistema no se presenta la problemática objeto del presente trabajo, dado que no hay ningún riesgo económico para el contratista ya que se le reconocen y pagan los costos al exacto valor en el que fueron incurridos más su ganancia, y a medida en que el empresario va efectuando las erogaciones. El dueño, en cambio, asume los riesgos y ventajas del mayor o menor valor de la obra, las alteraciones de proyecto sin importar de qué tipo de trabajos se trate, etc. Sin embargo, y en cualquier caso, siempre estará pagando por la obra lo que realmente vale, ni más, ni menos.

En la contratación bajo este sistema, deberá llevarse una adecuada administración de los gastos, lo que requerirá por parte del dueño de un fuerte control sobre aquellos. Adicionalmente, deberá existir entre las partes un mayor grado de confianza.

Este sistema suele ser utilizado cuando razones de emergencia llevan al dueño a contratar rápidamente la ejecución de la obra (por ejemplo, si se trata de una reparación que de no iniciarse de inmediato, puede generarle mayores pérdidas económicas que si procede a un estudio minucioso de los daños, desarrollando los estudios y preparando la documentación técnica para luego convocar al empresario para que cotice por unidad de medida o ajuste alzado la realización de la obra). Es posible que algunas tareas dentro de una obra contratada principalmente por ajuste alzado o unidad de medida por precios unitarios sean ejecutadas bajo este sistema. Sin ir más lejos, se utiliza este sistema con frecuencia para el pago de remoción de interferencias de instalaciones subterráneas de gas, luz, fibra óptica, agua, etc., ya que muchas veces no se tiene un cabal conocimiento de todas las posibles interferencias del terreno o no se ha podido obtener en tiempo oportuno las correspondientes cotizaciones por parte de las empresas prestatarias de servicios públicos para la relocalización de sus instalaciones.

VII) El precio en el contrato de construcción: su composición

Antes que nada, queremos subrayar que lo que se dirá en el presente punto es aplicable al sistema de ajuste alzado y unidad de medida por precios unitarios, ya que, de lo expresado en el apartado anterior, se desprende que en el sistema de coste y costas el precio de la obra no es conocido sino hasta la conclusión de la misma.

Aquí analizaremos el trabajo que realiza el constructor en forma previa a la obtención del precio por la prestación a su cargo y cuál es su composición.

Efectuada tal aclaración, es preciso destacar que el precio del contrato de obra es de una composición muy compleja y se requiere de un estudio muy pormenorizado del proyecto a ejecutar para llegar a un valor final.

Resultan de importancia los relevamientos de precios en el mercado de los distintos insumos a destinar a la obra, la visita al sitio donde la misma se ejecutará a fin de conocer las características geológicas, climáticas, sociales, ambientales, de infraestructura disponible y geográficas que influirán en la realización de los trabajos, la obtención de materiales, las canteras y yacimientos para la provisión de áridos, las distancias de transporte asociadas para obtenerlos, la logística de

transporte y obtención de otros insumos, la posibilidad de obtener mano de obra local, entre otros.

Todos ellos son factores que impactan en el precio que finalmente cotizará el contratista, por lo que resulta primordial un correcto conocimiento y análisis de todos y cada uno de ellos.

También es de suma importancia la información técnica con la que se cuenta al momento de cotizar (proyecto o anteproyecto ejecutivo, planos, especificaciones técnicas, declaración de impacto ambiental y otros estudios previos realizados por el comitente), el plazo de obra que ha sido estimado por el propietario, la metodología constructiva para cada tarea y, en caso de existir, el presupuesto que el comitente ha estimado, como así también las condiciones y plazos de pago y la posibilidad de otorgamiento de anticipos financieros, ya que también impactan en los costos que deberá afrontar el contratista.

Con todo ello, el constructor analiza cuáles son los insumos y recursos directos para la ejecución de cada tarea. Es decir, los materiales, mano de obra y equipos necesarios para llevar a cabo un trabajo determinado dentro del proyecto en general y en un plazo dado.

Por otro lado, el constructor debe considerar los costos de la mano de obra calificada y profesional, los de seguros y garantías, alquileres de vivienda, movilidad y transporte del personal, energía, asesorías, permisos y habilitaciones, comunicaciones, vigilancia, la incidencia de los costos asociados a casa central, los impuestos y otras cargas que recaigan sobre los trabajos, una previsión por riesgos (que será mayor o menor según las características de la obra y las previsiones contractuales) y la ganancia esperada.

Estos costos, denominados indirectos -con excepción de los impuestos y la ganancia-, pueden ser calculados como un porcentaje sobre los costos directos, o tener directamente un ítem de pago (generalmente calculados como una suma mensual fija). En cualquiera de los casos, lo importante es que estos costos dependen del tiempo de permanencia del contratista en la obra y no de la real producción, por lo que si se diera el caso de que el avance de obra fuese menor al previsto en el programa de trabajos o la ejecución de los trabajos debiese ser paralizada por cualquier causa, los mismos se mantendrían y el contratista debería afrontarlos igualmente.

En lo que al presente trabajo importa, es cardinal no perder de vista lo siguiente: todos esos estudios que el contratista realiza en torno a los costos -tanto directos como indirectos- de la obra a ejecutar, tienen en cuenta los valores de mercado de los insumos y recursos comprometidos, en un momento determinado (el momento de cotizar) y son los que se mantendrán vigentes a lo largo de todo el contrato.

Concretamente, el empresario fija valores para todo el contrato, aún cuando el plazo sea prolongado, sin posibilidad de modificarlos, salvo acuerdo de partes.

De ahí que en un contexto legal prohibitivo de mecanismos de reajuste, aún cuando el contrato deba ejecutarse en un entorno económico inflacionario, el contratista debe “estimar o adivinar” cuánto costará en un contrato cuyo plazo es de veinticuatro meses -por ejemplo-, el combustible mes a mes durante esos veinticuatro meses, ya que este, como tantos otros, es un insumo que utilizará

hasta el final de la obra. Esa “estimación o adivinanza” se vuelca al precio final de la obra como un componente más, con los riesgos y consecuencias que conllevan para cada parte.

VIII) La ecuación económico-financiera del contrato de construcción

Dicha ecuación es una derivación lógica del carácter conmutativo connatural al contrato de construcción, presentándose su mantenimiento durante toda la ejecución del contrato, como una condición esencial para la supervivencia y feliz conclusión del mismo³³.

Es central, como señala Crivelli³⁴, la noción de equidad en el contrato de construcción, consistente en reconocer lo más eficazmente posible aquellas alteraciones en las condiciones económicas que puedan producirse con posterioridad al nacimiento del contrato y que quebrantan ese equilibrio o conmutatividad de las prestaciones a cargo de las partes. El carácter no aleatorio del contrato de obra obliga a que las partes recurran a mecanismos que restablezcan el equilibrio obligacional originario, cuando las condiciones en las que debe ejecutarse el mismo cambian, por factores ajenos a la voluntad de las partes.

Podemos anticipar, a raíz de lo comentado, lo antinatural que resulta a la esencia de este contrato la prohibición de incluir mecanismos de indexación, actualización de precios o variación de costos que, por ejecutarse a lo largo de un tiempo prolongado, no es inmune a los embates del flagelo inflacionario.

Y aún más forzado es si dentro de un sistema jurídico, esa prohibición sólo rige cuando la contratación se da entre privados, no así cuando una de las partes es el Estado (si bien esta idea será oportunamente desarrollada).

Vale recordar, por último, la reflexión de Crivelli en torno a lo comentado: “toda vez que existe un contrato conmutativo y bilateral en el cual es esencial el equilibrio original pactado entre las partes para sus recíprocas prestaciones, existe la necesidad de salvaguardar dicho equilibrio original con sistemas de variaciones de precios. Este es el fundamento de la cláusula de variaciones de precios en un contrato”. Luego aclararlo que compartimos íntegramente- que la imprevisión queda fuera de esta cuestión, en razón de que las variaciones de precios son, por esencia, imprevisibles, ya que no se sabe cuáles precios variarán (aspecto cualitativo) ni cuánto variarán (aspecto cuantitativo). Por ello carece de sentido que alguien demuestre que es imprevisible aquello que de por sí lo es”³⁵.

De nuestra parte, agregamos a lo dicho por este autor que en un contexto económico en el que hay inflación, lo que sí resulta previsible es que los precios variarán de acuerdo a la evolución del proceso inflacionario y nunca se darán los extremos requeridos por la teoría de la imprevisión de ser acontecimientos imprevisibles y extraordinarios y que tornen excesivamente onerosa la prestación de una de las partes -salvo que se desencadene una hiperinflación de carácter extraordinario-. Dicho de otra manera, es previsible que los precios de los recursos afectados a la ejecución de la obra aumenten, si bien, como se indicaba antes, no se pueda determinar de antemano cuáles de todos ellos sufrirán alteraciones y en qué proporciones.

b) La situación en el Derecho Público

§§§) El contrato de obra pública. Su régimen jurídico

Podemos conceptualizar a la “obra pública” como aquella que realiza el Estado - directamente o a través de contratistas seleccionados al efecto- y que pueden ser afectadas al uso público -dominio público- o al dominio privado del Estado (Bezzi)³⁶.

Centrándonos en el plano nacional, y en lo que a normativa se refiere, el contrato de obra pública encuentra su regulación básicamente la ley 13.064. Esta ley se aplica a todos los contratos que se ejecuten con fondos provenientes del tesoro nacional.

Se justifica la necesidad de una regulación especial en el hecho de que el contrato de obra pública es una especie dentro del género de los contratos administrativos. Al intervenir, necesariamente, una persona jurídica estatal en carácter de “parte” y estando el interés público de por medio con la consecuente inclusión de cláusulas exorbitantes, se justifica una regulación especial que responda a su naturaleza y a sus características específicas.

Con todo, siendo el derecho privado el contenedor de principios generales del derecho, no deja de ser aplicable en aquellas relaciones encuadradas como de “derecho público”, a raíz de la intervención del Estado contratante. Inversamente, se transmiten a las relaciones del derecho privado aquellos principios y nociones que nacen en el seno del derecho público. El sistema jurídico es uno solo y debe mantener su coherencia, por lo que no puede interpretarse a estas divisiones como compartimentos estancos; por el contrario, la regulación específica de algunas materias siempre responde a razones de conveniencia o a las particularidades propias de las relaciones en juego, pero siempre están inmersas dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

En suma, en relación a las adecuaciones de precio en el contrato de obra, valgan las palabras de Rondina: “...el tema que hoy nos toca, el de los mayores costos, el de las expectativas negociales y económicas del contratista, el de la llamada “redeterminación de los precios en los contratos de la obra pública”, son, éstos, aspectos de la actividad constructiva que siempre han tenido nacimiento, elaboración y vigencia desde el terreno de las obras que tienen como comitente al Estado. Y que, originadas en el Derecho Público Administrativo, se proyectan en la otra dirección: para ser asumidas y aplicadas en las relaciones privadas entre los particulares... entonces, esas cuestiones, ya no sólo monetarias, sino también conceptuales, han sido interpretadas, definidas, redactadas e implementadas en el territorio del Derecho Administrativo. Y desde allí se desplazaron con naturalidad, con éxito y con solvencia, a los contratos de construcción entre personas privadas o particulares ”³⁷.

Veremos acto seguido las diferencias que presenta este contrato en relación al contrato de locación del derecho privado, lo que dará mayor precisión a lo aquí explicado.

II) Principales diferencias con el contrato de construcción del derecho privado

Aquí el punto de partida para señalar las principales diferencias entre estos contratos, lo constituye, sin duda, el hecho de que son contratos que, en razón de los sujetos intervinientes, caen bajo regímenes jurídicos diferentes, si bien el

objeto (y este dato es clave en el presente trabajo) puede ser idéntico en ambos casos.

El contrato de obra pública es, como se mencionó anteriormente, un contrato administrativo y que, por ende, goza de las características de tales. Así, en el contrato de obra pública participa necesariamente una persona jurídica estatal en carácter de parte, entendida aquella en un sentido amplio, comprensivo de las empresas y sociedades del Estado; en cambio, en el contrato de construcción del derecho privado siempre encontraremos a personas -físicas o jurídicas- particulares.

También, por su naturaleza administrativa, en los contratos de obra pública hallaremos cláusulas exorbitantes o prerrogativas de la Administración que son totalmente ajenas al contrato de construcción del derecho privado y que, en caso de ser incluidas, tornarían ilícita a tal contratación. De tal forma, el comitente estatal tiene la prerrogativa de variar la obra (*ius variandi*), dentro de ciertos límites cuantitativos y cualitativos, ejerciéndola en forma unilateral: en tal caso, el contratista debe aceptar esas variaciones, sin posibilidad de negarse a ejecutarlas, conservando el derecho de que se le abonen los mayores costos o daños que dichas modificaciones le pueden ocasionar, dentro de los límites cuantitativos establecidos por la ley³⁸.

En el contrato de construcción del derecho privado, en oposición, las modificaciones o ampliaciones que puedan producirse deben ser acordadas por ambas partes, ya que rige la regla de que el contrato sólo puede modificarse con la concurrencia de la voluntad de todos los participantes.

Otra diferencia derivada de la naturaleza de la que participan ambos contratos, viene dada por el interés o la necesidad públicos comprometidos en una obra pública, mientras que en la locación de obra privada, el interés de las partes, más allá de la función social-económica que la obra pueda llegar a significar, no trasciende del interés particular de cada una de ellas. Es decir, en la “causa” del contrato encontramos diferentes motivaciones.

También varían los regímenes de los contratos en estudio en lo que hace a la asunción de los daños y perjuicios derivados del caso fortuito y fuerza mayor. En la locación de obra privada rige plenamente la regla en virtud de la cual se dispensa de responsabilidad al deudor ante tales acontecimientos, mientras que en el contrato de obra pública es el comitente estatal el que, por disposición legal, asume dichas consecuencias.

En razón del bien o interés público comprometido en la construcción de una obra pública, es inaplicable el derecho de retención del Código Civil sobre la obra de que se trate, en caso de falta de pago de la misma por parte del Comitente. No así en un contrato de construcción regido por el derecho privado, en el cual, salvo que haya sido expresamente renunciado por el contratista, tiene plena vigencia en tanto estén dados los requisitos fijados por el Artículo 3939 y siguientes del Código Civil.

Por otro lado, resulta de suma importancia el procedimiento de selección del contratista en el marco de la obra pública. El Estado, a diferencia de los particulares, no puede elegir al contratista sino a través de los procedimientos fijados en las normas que rigen la materia, específicamente la ley 13.064 y el

decreto 1023/01 en lo que a la administración pública nacional atañe, toda vez que están de por medio fondos públicos y un interés público superior; en consecuencia, el Estado debe procurar que la elección se realice bajo los principios de transparencia, libre concurrencia e igualdad, entre otros. De tal modo, debe recurrir a la licitación o concurso público -nacional o internacional- como regla general, pudiendo, en casos excepcionales contemplados en las normas referenciadas, acudir a otros procedimientos, tal la licitación privada o la contratación directa.

Muy por el contrario, en el caso de los contratos de construcción entre particulares, el dueño puede recurrir al mecanismo que más le satisfaga, rigiendo plenamente la autonomía de la voluntad de las partes, sin más límites que los que, internamente, pueda autoimponerse³⁹.

Por último, y en lo que al presente trabajo concierne, podemos agregar la diferencia que en varias ocasiones ya hemos mencionado: la posibilidad jurídicamente reconocida de la aplicación de un mecanismo de redeterminación de precios por los efectos de la inflación, en el caso de la obra pública; mientras que en el caso de los contratos regulados por el derecho privado, rige plenamente la prohibición de aplicación de tales mecanismos en virtud del artículo 10 de la ley 23.928.

De esta forma, las empresas constructoras cuando contratan con el Estado, tienen asegurado el reconocimiento de los desajustes que sufre su precio por la pérdida adquisitiva del dinero por efectos de la inflación. Contrariamente, si quien les ha encomendado la obra es un particular, dicha posibilidad le está vedada.

Como expondremos más detalladamente en otro apartado, es aquí donde se genera, en nuestra opinión, una contradicción dentro del sistema normativo argentino. Los embates de la inflación, en el caso del contrato de construcción, afectan por igual cuando se hace una obra para el Estado o para un privado y el reconocimiento de mecanismos paliativos de tales efectos tienden a que el contrato no se llegue a convertir en un compromiso de cumplimiento imposible o excesivamente gravoso para quien debe asumir los mayores costos o la depreciación de la moneda, como bien dice Rondina⁴⁰.

Es así una situación objetiva que trasciende la naturaleza de los sujetos contratantes, y que, además, no se encuentra ligada a las especiales características del contrato de obra pública. Dicho de otra forma, la inflación afecta de manera directa a una característica propia del contrato de obra del derecho público como del contrato de obra del privado: la conmutatividad.

III) La intangibilidad de la remuneración del contratista

El derecho más relevante que nace de un contrato de obra pública para el contratista es el de percibir en tiempo y forma el precio pactado en el contrato por la ejecución de la obra que le ha sido encomendada. Hasta aquí, si se quiere, no se diferencia sustancialmente del contrato del derecho privado.

Es preciso traer, entonces, las palabras del maestro Barra, quien con claridad meridiana ha dicho que la remuneración del contratista⁴¹ “es 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 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 referencial, un modo de expresar, en 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..., 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 -sin perjuicio de pertenecer a una relación jurídica de justicia distributiva- del contrato de obra pública”⁴².

Lo destacable, para nosotros, es que de tal derecho se derivan importantes consecuencias para el contratista de obra pública, especialmente la reacción del derecho ante el desequilibrio que puede presentarse entre el precio pactado y el real costo de la obra (más la ganancia del contratista que integra ese precio). Aparecen entonces los diferentes remedios o institutos, según las situaciones que dan origen al desequilibrio, con la finalidad de preservar intangible dicha remuneración.

Empero, cuando se habla de intangibilidad no se está hablando de una mera equivalencia “nominal”, sino que nos referimos a una equivalencia “sustancial”, es decir, que exista un auténtico equilibrio entre las prestaciones de ambas partes, -jugando así este principio a favor de ambas y no sólo del contratista.

Ahora bien, tanto en épocas de estabilidad como de inestabilidad económica puede ocurrir que, por distintos motivos, la situación existente al momento de celebrar el contrato sufra alteraciones que tornen más oneroso el cumplimiento de las prestaciones a cargo de una de las partes, lo que necesariamente las obligará a reajustar el precio convenido.

Hasta aquí, lo dicho resulta válido en el contrato de obra del derecho público y privado.

Sin embargo, en el marco del derecho público la llamada “intangibilidad” del precio apunta, además, a otro aspecto: es el límite que se le impone al Estado en el ejercicio del *ius variandi*. De ahí que si se modifica la obra por la voluntad unilateral del Estado comitente, entonces el contratista tiene derecho a que se le reconozcan y paguen las diferencias que en el precio se generen por tal circunstancia, o a rescindir el contrato, si se dan las circunstancias legalmente previstas para ello.

Los autores caracterizan de manera diversa a esta intangibilidad. Barra⁴³, por su lado, sostiene que el principio de intangibilidad implica la permanencia, durante la ejecución de los trabajos y hasta el referido saldo final de la obra, de la igualdad proporcional comparativa producto del procedimiento licitatorio, siendo el precio sólo el dato básico de referencia a tener en cuenta para efectuar los ajustes que correspondan a fin de mantener intangible la remuneración.

Nos dice el mismo autor que la intangibilidad de la remuneración del contratista supone “las ideas de equilibrio económico-financiero del contrato, del principio del

equilibrio o estabilidad económica, pero las supera, ya que no sólo se refiere a la relación entre las partes contratantes (cuestión propia de la figura del equilibrio económico financiero), sino, de acuerdo a lo dicho, plantea un mantenimiento integral de las razones que dieron lugar a la adjudicación, dentro de la dinámica propia de las exigencias de la justicia distributiva”⁴⁴.

Con todo, resulta necesario recalcar que esa imposibilidad de "tocar" el precio no se aplica a todos los supuestos en que aquél se vea disminuido (el Estado no puede cubrir todas las pérdidas del contratista, tal como sería el caso de errores de cálculo del empresario al momento de ofertar). Pero sí se aplica, tal como ya se ha dicho, en el caso del ejercicio del *ius variandi*, o ante el hecho del príncipe, de dificultades materiales imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor.

IV) La admisión y regulación de mecanismos de ajuste de precios

Como en todo contrato administrativo, el contrato de obra pública gira en torno al interés público comprometido en su razón de ser. Interesa a la administración que el contratista, en el caso de la obra pública, entregue en tiempo y forma la construcción prometida, la que está destinada a satisfacer necesidades de orden social-económicas y públicas.

Por ser de tal trascendencia el interés que motiva a la contratación, si luego de comenzado el contrato las circunstancias originalmente con- venidas cambian, es justo otorgarle al contratista una compensación que le permita continuar con la ejecución del contrato; especialmente porque el contratista no puede, frente a tales casos, rescindir el contrato -con excepción de algunos casos limitativamente enunciados en la misma legislación-. Y es aquí donde algunos principios constitucionales brotan con fuerza, toda vez que no se le pueden imponer al contratista cargas públicas de un modo desigual respecto del resto de los administrados (artículo 16 de la Constitución Nacional), como así tampoco se puede quebrantar el principio de inviolabilidad de la propiedad privada (artículo 17 de la Constitución Nacional).

Es entonces que el Estado, a fin de garantizar la conclusión de las obras, y también con el propósito de que los efectos perniciosos de la economía no produjeran la quiebra del contratista, empieza a reconocer la posibilidad de adecuar esos precios a los costos reales.

En relación a los orígenes de este reconocimiento que, como dijimos, se ubica en el ámbito del contrato de obra pública, la consagración legislativa vino en nuestro país, de la mano de la ley 12.910 del año 1947. En aquel entonces, y según explica la misma ley, se intentaba cubrir los desajustes y alteraciones económicas provenientes de la Segunda Guerra Mundial que, si bien ya había terminado, sus efectos perduraban en las economías de algunos países.

En lo que al ámbito de actuación concierne, ésta ley indicaba que para todas las obras que los organismos estatales tenían en ese entonces contratadas o en proceso de ejecución, el Estado tomaría a su cargo, total o parcialmente, y dentro de los límites que se fijaban, las variaciones en más o en menos, en el precio de los materiales, el transporte, la mano de obra, los combustibles y demás elementos determinantes del costo de la obra.

La ley 12.910 mantuvo su vigencia hasta 1991, momento en que la ley 23.928 vedó la posibilidad de reconocer reajustes en los precios. Todo lo que hemos comentado hasta aquí, son criterios que se han extendido a los contratos del derecho privado, lo que es un proceso totalmente válido en el marco de un sistema jurídico único. Y así se dio en la práctica, hasta 1991.

Aún estando vigente la ley 23.928, se excepcionó de la aplicación de la misma a la obra pública por imperio del decreto 1312/93. Esta ley previó la posibilidad de “determinación” periódica de los precios en las contrataciones “a largo plazo” que se licitaren.

Nos detenemos aquí para poner de resalto lo que consideramos es un acierto del decreto en cuestión. Entendemos que la utilización de la palabra “determinación” y no ya de “mayores costos” es más adecuada al fenómeno que nos ocupa. Preferimos reservar la expresión “mayores costos” para aquellos casos en los que el precio se ve alterado por modificaciones en la obra que afectan el tipo de trabajos a realizar, las cantidades, los plazos o la metodología de trabajo, lo que genera, inevitablemente, mayores costos directos asociados a tales alteraciones y a los indirectos que también se generen con motivo de su ejecución.

En cambio, cuando hablamos de la pérdida del valor adquisitivo del dinero en razón de la inflación para ejecutar la misma obra (cuyos costos, desde ese punto de vista son invariables siempre y cuando las incidencias de cantidades de material, equipos o de obreros a utilizar no varíe por otras causas), en realidad de lo que se trata es de “ajustar” en función del “valor del dinero” al momento de efectuar las erogaciones correspondientes. Se trata, en definitiva, de que el dinero a percibir represente una cantidad equivalente de bienes y servicios ponderados al efectuar el análisis de la estructura de costos y definir el precio de la obra.

Continuando, debemos entonces referirnos al hecho de que, declarada la emergencia económica en el año 2001, la realidad de las obras públicas era devastadora.

En un escenario en el cual prácticamente todas las obras públicas estaban paralizadas, el Estado debió echar mano a alguna solución a fin de revivir estos contratos en terapia intensiva.

Se dicta el decreto 1295/02, por el cual se habilita al reacomodamiento de los precios, tanto en los contratos en curso de ejecución como en los futuros a celebrarse por la Administración Pública Nacional”⁴⁵.

Para concluir este punto, queremos mencionar que en general todos los regímenes que han regulado el reajuste de los precios, tienen las siguientes características⁴⁶:

- Se reconocen los aumentos en el precio o costo de materiales, insumos, transporte y de mano de obra.
- No se puede alegar ni la caída del rendimiento de la mano de obra, ni las fallas de cálculos en la propuesta del constructor, ya que estos son riesgos propios del constructor que, como experimentado que es, no puede trasladar al comitente si se deben a su exclusiva responsabilidad.

- No se trata de garantizar la ganancia esperada por el constructor. Se trata de que no sufra pérdidas importantes al punto de desnaturalizar el contrato en su ínsita conmutatividad.

- Las causas de los aumentos de precios reconocidos deben ser de naturaleza económica. No pueden tener origen en hechos propios del empresario, por ejemplo, por demoras en la terminación de los trabajos, tal como ya se indicó. Eso no es trasladable al dueño de la obra. - Los aumentos deben producirse antes de iniciada (por ejemplo, si transcurre un período considerable entre el mes de la presentación de la oferta y la adjudicación y firma del Contrato); durante el proceso de ejecución de las obras y antes de la entrega y recepción. - Se requiere una renuncia del contratista a efectuar reclamos por mayores costos pretendidamente motivados en los vaivenes de la economía argentina.^[11] El constructor no puede suspender o paralizar los trabajos con el pretexto del aumento de los precios.^[12] El decreto 1295/02 habilita a pedir la redeterminación de los precios cuando se verifique una variación de referencia del diez por ciento de los precios del contrato, de acuerdo al mes considerado base. A tal fin, se toman los índices publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC). Cabe recalcar que se mantiene siempre un diez por ciento de esos precios inamovible.

Capítulo II - El dinero. Valores del dinero. Concepto. Inflación. Prohibición legal de ajuste de precios [\[arriba\]](#)

C) El dinero

I) Los valores del dinero. Metalismo. Nominalismo. Valorismo. La Inflación. Devaluación y depreciación

Dado que ya hemos analizado las características más importantes del contrato de obra del derecho privado, y la implicancia que la prohibición de inclusión de mecanismos de reajuste de precios tiene sobre la ecuación económico-financiera de los mismos, haremos un alto para referirnos mínimamente a algunas cuestiones de índole económica de relevancia para aproximarnos luego al desenlace del presente trabajo.

II) Concepto de dinero

Comenzaremos entonces por dar un concepto de dinero, para lo cual diremos junto con Alegría y Rivera⁴⁷ que el dinero es una unidad ideal de medida de los valores patrimoniales y que constituye el medio irrecusable de extinción de las obligaciones, impuesto por el Estado como tal, a través del curso legal. De esta forma, el dinero constituye un bien que se presenta como la unidad de medida de todos los demás bienes, siendo de naturaleza abstracta o ideal.

Continúan diciendo estos autores que el dinero se manifiesta a través de la moneda -es el símbolo representativo del dinero-, que se presenta en forma de metal acuñado o papel, siendo, desde el punto de vista jurídico, una cosa caracterizada por ser fungible, divisible y consumible.

En nuestro ordenamiento jurídico privado, encontramos en los artículos 616 a 624 del Código Civil referencia al dinero en la regulación de las obligaciones de dar

sumas de dinero -sin mencionar otras tantas normas de dicho cuerpo y otras leyes de nuestro ordenamiento-.

III) El valor del dinero

Indican Alegría y Rivera⁴⁸ que pueden reconocerse tres valores del dinero⁴⁹ :

a. El valor intrínseco, que es el valor del metal en el cual la moneda se encuentra acuñada. Responde así exclusivamente a la moneda metálica. De acuerdo al metalismo, el dinero es equiparado a la cantidad de disponible de un metal precioso utilizado como patrón de cambio. El valor nominal de la moneda es igual a su valor intrínseco. El deudor obligado cumplía devolviendo la misma cantidad de metal que la recibida al contratar.

b. El valor nominal, que corresponde al que el Estado le asigna al crear la moneda y que se vincula con la unidad ideal del dinero (peso, dólar, euro). De acuerdo al nominalismo, la moneda no es equiparada a la cantidad de metal acuñado, sino que la unidad monetaria representa un concepto abstracto. El deudor cumple devolviendo la misma cantidad de unidades monetarias por las que se obligó, aun ante el cambio del valor de la moneda, es decir, ante la pérdida de poder adquisitivo de la misma frente a los bienes y servicios que se pueden obtener con ella.

c. El valor de cambio o funcional, corresponde a los bienes y servicios que pueden obtenerse con la moneda. Se identifica con el valor real, que se mide por su capacidad para adquirir bienes y servicios y no con el parámetro ideal fijado por el Estado. Se desprende entonces, de acuerdo al valorismo, que los contratantes tienen en cuenta el poder adquisitivo de la moneda en el mercado. En palabras de Mosset Iturraspe⁵⁰, en la deuda de valor, aunque se paga dinero, la deuda no es de dinero, es de valor.

IV) El régimen argentino del Código Civil y de las leyes 23.928 y 25.561

El artículo 619 51 del Código Civil en su versión original, fue interpretado por la gran mayoría de la doctrina como impregnado del principio nominalista.

Así las cosas, llegado el año 1991, luego de las hiperinflaciones de 1985 y 1989, se sancionó la ley 23.928, por la cual se reformó el artículo 619⁵² del Código Civil, entendiéndose el texto del mismo bajo el mismo principio nominalista. Ello venía apoyado, además, de la letra del artículo 7 de la ley, que enuncia que el deudor de una obligación de dar una suma determinada de australes cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominal- mente expresada, quedando prohibida la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas.

Diez años después, la ley 25.561 modificó por su artículo 4 al artículo 7 de la ley 23.928, que quedó redactado de la siguiente manera: “El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones

legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto”.

Dice Sagarna⁵³ que, si bien la ley 25.561 pareciera mantener el principio nominalista, hay otras normas, citando como ejemplos al decreto 214/02 que implementó la actualización de deudas y depósitos pesificados dentro y fuera del sistema financiero y de las deudas en moneda extranjera transmitidas por las entidades financieras en propiedad fiduciaria a fideicomisos financieros a través del Coeficiente de Estabilización Referencial (C.E.R.); y al Decreto 762/02 que instauró el Coeficiente de Variación de Salarios (todo ello consolidado en la ley 25.713)⁵⁴.

Por lo comentado, el autor aludido nos dice que si bien como principio general está prohibida la actualización monetaria y utilización de mecanismos de indexación o variación de costos, se admiten algunas excepciones, configurándose así un sistema mixto, que es nominalista para la gran mayoría de las obligaciones, y valorista para aquellas que quedan normativamente exceptuadas del principio general.

V) La inflación

En términos amplios y muy generales, podemos decir que la inflación es un fenómeno de naturaleza económica, que se caracteriza por el incremento sostenido y generalizado de los precios en los bienes y servicios. Las causas que la provocan son variadas, aunque se destacan el crecimiento del dinero en circulación, que favorece una mayor demanda, o del costo de los factores de la producción (materias primas, energía, salarios, etc).

Dicen Alegría y Rivera que la doctrina distingue a la inflación crónica de la precipitada, siendo la primera la que se sufre de manera permanente a lo largo de un período de tiempo, tal la que se ha dado en la generalidad de los casos en nuestro país -y que es la que actualmente se padece-. Es, en otras palabras, el crecimiento continuo y generalizado de los precios de los bienes y servicios y factores productivos de una economía a lo largo del tiempo.

IV) Devaluación y depreciación

Es usual que dichos términos sean utilizados como sinónimos o equivalentes, pero en realidad se refieren a cosas distintas -aun cuando desde el punto de vista jurídico la diferencia puede resultar sutil dadas las consecuencias análogas a las que acarrear-.

La devaluación, según Sagarna⁵⁵, es la pérdida de valor de la moneda declarada por el Estado que determina su precio. También denominada “desvalorización”, se produce por un acto legislativo, por el cual el Estado fija un valor menor a su moneda en referencia a otro patrón (generalmente otra moneda extranjera).

Por su parte, la depreciación de la moneda es la disminución del valor que tiene en relación con el precio que antes tenía, perdiendo poder adquisitivo. Es decir, si con la misma cantidad de unidades monetarias ya no se puede adquirir la misma cantidad de bienes o servicios que se podía anteriormente, estamos frente a la depreciación de la moneda en el mercado.

Dicha depreciación puede sobrevenir a pesar de que el Estado le haya fijado un valor fijo (por ejemplo, un peso igual a un dólar estadounidense).

D) La Normativa Argentina en materia de prohibición de ajuste de precios

1) La ley 23.928

La ley en cuestión, que aparece como una respuesta coyuntural a la galopante hiperinflación que azotaba al país a fines de los ochenta y principios de los noventa, perseguía los siguientes fines principales⁵⁶: estabilidad del signo monetario, regeneración del crédito y estímulo a la actividad productiva.

Para conseguir esos fines, se establecieron los siguientes mecanismos: la creación de un nuevo signo monetario, el austral convertible -que más adelante fuera reemplazado por el peso-, la desindexación de la economía y privilegiar la contratación en moneda extranjera.

En lo que a nosotros nos interesa, dicha ley prohibió en su artículo 10 todo tipo de cláusulas de ajuste de precios, variaciones de costos, actualizaciones de precios o indexación.

El artículo 7 enunciaba: “El deudor de una obligación de dar una suma determinada de australes cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1° del mes de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo dispuesto”.

Tal prohibición sólo puede entenderse bajo una concepción eco- nómica que entiende que la inflación es generada a partir de las “especulaciones” de los agentes económicos privados. De alguna manera, del mensaje de elevación del proyecto de ley se infiere tal concepción cuando se afirma que sentencias judiciales primero, contratos luego, y normas legales y reglamentarias finalmente, incorporaron una cantidad anárquica de mecanismos de ajuste, actualización o indexación de las obligaciones dinerarias, que se mostraron imperfectos e incompletos; asincronismos y distorsiones diversas obligaron a vivir más pendientes de los índices de ajuste monetario que de los problemas de la economía real.

Si bien puede resultar cierto que estos mecanismos eran asincrónicos y complejos, al punto que eran difíciles de comprender para algunos deudores que no sabían cuánto era lo que en realidad debían; o llegándose, incluso, a situaciones ridículas, en las que la deuda superaba en decenas de veces el valor original, entendemos que la solución no es prohibir todos los mecanismos de ajuste. Tanto en uno como en otro extremo se rompe la conmutatividad y la ecuación económico-financiera de los contratos.

Mejor dicho, tanto en el caso de utilización indiscriminada de estos mecanismos como en la prohibición absoluta, se dan resultados injustos, quebrando el equilibrio en las prestaciones a cargo de las partes y la conmutatividad. De ahí nuestra opinión: lo conveniente y razonable hubiese sido ordenar los mecanismos de actualización y adecuarlos a cada tipo de contrato o relación jurídica

obligacional en particular, dando pautas y límites a la posibilidad de que las partes puedan procurar la equivalencia de sus prestaciones.

Siguiendo con el análisis de la ley 23.928, cabe recordar que la misma, de acuerdo a su artículo 13, es de orden público, y ninguna persona podía alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos, derogándose toda otra disposición que se oponga a lo en ella dispuesto.

De tal prohibición surgen enormes y costosas consecuencias jurídicas, concentrándonos aquí en el contrato que nos compete⁵⁷.

Ignora la ley que la necesidad de ajustar o actualizar los precios, en el contrato de obra (como en todos los contratos conmutativos) responde, a su vez, a otra necesidad, la de mantener el equilibrio en las prestaciones de las partes, en no convertir en aleatorio un contrato esencialmente conmutativo, sobretodo en un contrato en el cual el factor tiempo es esencial.

Más bien lo que se intenta con la aplicación razonable y adecuada de métodos de actualización de precios es, precisamente, no hacer especulaciones de cuánto será el índice de inflación a lo largo del contrato y contemplar esa especulación en el precio lo que, a la larga, genera un contrato que se caracteriza por su aleatoriedad. Tales métodos tienden a mantener progresivamente y durante la vida del contrato, el real valor de las prestaciones de las partes y en su justa equivalencia, sin que ninguna de ellas resulte perjudicada por esa razón, alejándose tal concepción del método nominalista pregonado por la ley en examen.

Las variaciones de precios pueden generarse por diversas causas y no sólo por inflación, y sin embargo dichos mecanismos serán eficientes al restablecimiento de la equivalencia de las prestaciones. Crivelli⁵⁸ tacha de inconstitucional esta prohibición, porque limita de un modo irracional a la autonomía de la voluntad de las partes, quienes se ven así privadas de incluir mecanismos tendientes a mantener, en los contratos conmutativos, la equivalencia en sus obligaciones como inicialmente las pactaron. Coincidimos plenamente con lo indicado por dicho autor, pero agregamos un par de argumentos más: la prohibición legal de la aplicación de mecanismos de redeterminación de los precios se traduce, ni más ni menos, en la legalización del enriquecimiento sin causa, generando, por añadidura, una abierta violación al derecho de propiedad de una de las partes del contrato.

Pues bien, en el extremo que el contratista haya estimado un nivel de inflación demasiado bajo respecto del que en la realidad ocurrió, saldrá perjudicado, viéndose afectada la causa que tuvo en miras al introducirse en ese negocio: la ganancia esperada-probablemente también sufrirá pérdidas económicas-. En este caso, se violenta el derecho de propiedad privada del constructor, quien, además, sufre un empobrecimiento incausado.

Si, por el contrario, la estimación de inflación es muy alta respecto de la real, entonces quien se verá enriquecido sin causa válida será el constructor, ya que el comitente habrá pagado más por una obra cuyo costo real ha sido inferior. Es aquí el derecho de propiedad constitucionalmente protegido del comitente el que se ve afectado.

Hay autores⁵⁹ que, inversamente, afirman que esta interpretación de la ley es errada. Indican que la ley lo que prohíbe cuando dice que se deroga "...la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios...", es el "mecanismo" pero no el "reajuste" en sí. Muzi sostiene que la referida ley en forma alguna prohíbe la recomposición de los contratos, ni por supuesto la aplicación de la teoría de la imprevisión, sino exclusivamente el traslado automático de reajustes o mayores costos a través de la aplicación de mecanismos, índices o fórmulas matemáticas o polinómicas. Si bien esto es cierto, entendemos que no deja de ser una verdad a medias. Como veremos más adelante, existen algunos sistemas que permiten a las partes recomponer la equivalencia de las prestaciones a su cargo, pero que no resultan adecuadas al contrato que nos ocupa.

Tampoco sería válido recurrir a algunos remedios jurídicos, como es la teoría de la imprevisión. Esta teoría es aplicable cuando se dan "acontecimientos imprevisibles y extraordinarios". En un contexto económico inflacionario, lejos está de ser catalogada justamente la inflación como imprevisible o extraordinaria. Esto ya lo hemos comentado anteriormente. Lo que sí resulta imprevisible es el modo en que se comportará este fenómeno, si será sostenida, si de repente se detendrá o si, por el contrario, se disparará al punto de ser catalogada como hiperinflación.

Sin adelantarnos en el análisis de los sistemas que permiten adecuar las prestaciones de las partes a fin de mantener su equivalencia, sí queremos afirmar aquí que para el contrato de construcción se esgrimen como los más justos los mecanismos de rea-juste hoy prohibidos por la legislación vigente. Al seguir el comportamiento de la inflación, trasladan al contrato, en términos de equivalencia, los vaivenes del fenómeno. Así se mantienen las prestaciones en equilibrio. Ninguna de las partes se ve perjudicada por el simple hecho de no haber presagiado el índice de inflación en su justa medida.

II) La ley 25.561

Si de crisis y emergencias económicas se trata, los argentinos somos expertos. Así sucedió durante todo el siglo XX; y los albores del siglo XXI no fueron la excepción.

Como consecuencia de la profunda crisis política, económica y social en la que se vio inmersa la Argentina hacia fines del año 2001 - principios del 2002, se sancionó la ley de emergencia económica N° 25.561, de enorme trascendencia e impacto en el plano de las relaciones jurídicas. Dicha ley declaró la emergencia nacional en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria. En virtud de la emergencia así declarada y del contenido de la mentada ley, se alteraban entre otras cosas, las obligaciones originadas en los contratos entre particulares, no vinculadas al sistema financiero: he aquí el contrato de construcción del derecho privado.

En lo que a nosotros interesa, es de destacar que, además de que se abandonó la convertibilidad del peso con el dólar estadounidense, lo que generó la inmediata devaluación de nuestra moneda⁶⁰ y disparó una inflación que, con el tiempo, ha ido en aumento, dicha norma mantuvo el espíritu de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928, aunque con algunas modificaciones. Lo que quiere decir que en un contexto económico en el cual la moneda se deprecia paulatinamente con el tiempo, perdiendo su poder adquisitivo, se prohíbe la posibilidad de incluir

mecanismos destinados a paliar esos efectos en los contratos bilaterales y conmutativos.

El artículo 4 de la ley 25.561, que modifica al artículo 7 de la ley 23.928, enuncia: “El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto”.

Por el mismo artículo 4, se modificó al artículo 10 de la ley 23.928, que quedó redactado de la siguiente manera: “Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aún a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional -inclusive convenios colectivos de trabajo- de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar”.

Una enorme contrariedad de efectos jurídicos y económicos extraordinarios, que atenta principalmente contra el principio constitucional de inviolabilidad de la propiedad privada, según ya hemos comentado en el punto anterior, especialmente en lo que hace a las relaciones preexistentes y en virtud de las cuales las partes podían alegar derechos adquiridos, aunque no profundizaremos particularmente en este punto por no ser el objetivo de nuestro trabajo.

Una vez más, por el temor a los especuladores -que, sin dudas, los hay-, se elige mantener una solución que, en casos como el que nos ocupa, genera grandes e importantes distorsiones desde el plano jurídico-económico.

Sin embargo, como bien señala Sagarna⁶¹, tal prohibición general de indexar o ajustar precios, no fue óbice para el alza de los precios de los bienes y servicios, aún en aquellos casos en que los costos no estaban reflejados en moneda extranjera desde fines de 2001. De ahí el objetivo de nuestro análisis en este trabajo.

III) La incongruencia del régimen público y del privado en relación al reconocimiento de mecanismos de ajuste de precios desde el punto de vista del empresario

Si nos paramos en la vereda del constructor, quien tiene como negocio el de ejecutar obras tanto en el marco de la contratación con el Estado como con privados, vemos que el objeto de ambos contratos puede ser idéntico.

Un ejemplo servirá para aclarar este concepto. Si al constructor se le encomienda la ejecución de un camino de veinte kilómetros y de determinadas características técnicas, en un terreno también determinado, para el cual el comitente le da un proyecto a fin de que sea estudiado y cotizado, poco importa, a la hora de

preparar el plan de trabajos y evaluar y cotizar los costos de la obra, que quien encargue el trabajo sea un ente estatal o uno privado. Para ejecutar esa obra, el constructor deberá prever un mismo plazo y una idéntica afectación de recursos - se aclara que no estamos incluyendo en este análisis otras variables que sí pueden generar una variación en los costos, tal como puede ser la misma circunstancia de reconocimiento de redeterminación de precios en las condiciones de la contratación-.

Es relevante el hecho de que sea el mismo Estado el que, contemplando las particularidades del contrato de obra pública, reconoce como fundamental la inclusión de un sistema de redeterminación de precios a fin de mantener el equilibrio contractual de ambas partes,. Decimos que es relevante ya que el Estado no aplica el mismo criterio en todos los casos, es decir, no reconoce el efecto de la inflación en todos los contratos administrativos, sino que por las especiales características de algunos contratos (obra pública y concesión de servicio público) se substraer de la prohibición general de indexar de la ley 23.928 para admitir la actualización de precios por inflación. En ambos contratos exceptuados del régimen general, vemos que el factor tiempo es esencial.

Ahora, existe una diferencia fundamental entre las concesiones de servicios públicos y la obra pública: los servicios que actualmente el Estado concede, son el de transporte público, la distribución de agua potable, generación, transmisión y distribución de energía (gas y electricidad). En todos estos casos es difícil encontrar el mismo objeto en el marco de los contratos del derecho privado, siempre hablando de magnitudes y características similares y comparables a las que se dan en el ámbito del derecho público.

Eso no es lo que, en nuestro entendimiento, ocurre en el caso del objeto contractual en un contrato de construcción, siendo válido el ejemplo que dimos más arriba para vislumbrar la plena identificación de objeto en uno y otro caso. De forma tal que los fundamentos de fondo que dan motivación al reconocimiento de aplicación de mecanismos de redeterminación de precios, son plenamente válidos y legítimos en los ámbitos de contratación pública y privada, toda vez que están ligados a las características del objeto y de la industria de la construcción.

A mayor abundamiento, este reconocimiento encuentra motivación en aspectos que también encontramos en el contrato de construcción del derecho privado, tal como es la ejecución de una obra a lo largo de un plazo prolongado, impactando inevitablemente la inflación en los precios cotizados originalmente por el constructor.

Es preciso aquí analizar los considerandos del decreto 1295/02, para concluir que en ningún momento se mencionan características propias de los contratos públicos o administrativos con el objeto de justificar que la excepción a la prohibición de la aplicación de mecanismos de reajuste de los precios, es sólo válida en relación a la obra pública (y no de la privada). Muy por el contrario.

Veamos a continuación, entonces, qué dicen los considerandos:

“Que resulta de vital importancia proceder a la reactivación del sector de la construcción, lo que traerá aparejado un significativo aumento de la demanda de

mano de obra requerida a tal efecto, lo cual redundará en la efectiva recuperación de las fuentes de trabajo de dicho sector.

Que asimismo, debe tenerse en cuenta que el sector de la construcción posee, como es sabido, un efecto multiplicador en la economía, con lo que la presente medida provocará, además, la movilización de otros aspectos de la actividad económica en general.

Que los cambios producidos han establecido nuevas reglas económicas, que difícilmente pudieron ser previstas por los contratistas de obras públicas al hacer las ofertas con anterioridad al 6 de enero de 2002.

Que en las actuales circunstancias económicas se han producido significativos incrementos de precios en el rubro de la construcción, materiales y equipos, que provocaron desajustes en los costos previamente pactados y, por lo tanto, desequilibrios en los contratos.

Que en el marco del reordenamiento de la economía como consecuencia de los cambios señalados más arriba, es necesario restablecer el equilibrio de la ecuación económico-financiera de los contratos de obra pública, regidos por la Ley N° 13.064 y sus modificatorias permitiendo una excepcional redeterminación del precio de los contratos en ejecución celebrados con anterioridad al 6 de enero de 2002.

Que en este marco, corresponde aprobar una metodología de redeterminación de precios que, con carácter general, resulte de aplicación para los contratos alcanzados por el presente, a través de los organismos que actúen como comitentes...”.

Conceptos como “reactivación del sector de la construcción”, “aumento de la demanda de mano de obra”, la noción de que “el sector de la construcción posee, como es sabido, un efecto multiplicador en la economía”, no son propios ni exclusivos del contrato de obra pública. Se está aludiendo a una industria del sector económico que trabaja tanto con el Estado como con particulares y la reactivación que se procuraba allá por el año 2002, era única para dicho sector.

Lo mismo sucede con el aumento de la demanda de mano de obra. Si un empresario de la construcción trabaja para el Estado o para un privado, requerirá mano de obra indefectiblemente en ambos casos, por lo que el efecto social y económico deseado de generación de empleo será idéntico.

El tercer considerando transcrito determina que los cambios producidos han establecido nuevas reglas económicas que no pudieron ser previstas por los contratistas de “obra pública” al hacer sus ofertas antes del 6 de enero de 2002. Estamos absolutamente convencidos de que los contratistas de “obra privada” tampoco pudieron prever los cambios económicos producidos en aquel momento de nuestra historia. En efecto, esos contratistas son los mismos que los del derecho privado, ya que la gran mayoría de las empresas constructoras de grandes obras civiles de la Argentina contratan en mayor o menor medida, tanto con el Estado como con sujetos privados.

Por su parte, el cuarto considerando -muy importante a nuestros ojos- menciona que en las circunstancias económicas actuales se han producido incrementos

significativos "...de precios en el rubro de la construcción, materiales y equipos, que provocaron desajustes en los costos previamente pactados y, por lo tanto, desequilibrios en los contratos...". Ese impacto de la suba de precios se da sin importar si estamos contratando con el Estado o con un privado. El asfalto, el combustible, el acero son insumos necesarios tanto en un caso como en el otro y los aumentos en los precios de los mismos impactan sin distinguir el tipo de contrato de que se trate. Ya hemos hecho referencia al hecho de que el objeto del contrato en los dos casos puede ser idéntico, sin que varíen, asimismo, otros dos de los elementos principales del contrato: plazo y precio. Por ende, la incidencia de las subas de precios es la misma para el contrato de obra pública como para el contrato de construcción del derecho privado.

La diferencia viene dada, si se quiere, porque en el caso de la obra pública, más allá de la representatividad o no del sistema vigente, el empresario constructor tiene la certeza de que tales incrementos le serán reconocidos⁶², mientras que en un contrato privado deberá, en todo caso, hacer una previsión por riesgo por inflación en sus precios, ya que tales incrementos no podrán ser incorporados con posterioridad al precio del contrato con la finalidad de mantener su prestación en equivalencia con la de su contraparte. Esto, hartamente lo hemos dicho, desnaturaliza al contrato en lo que a su conmutatividad esencial se refiere.

Por lo comentado hasta aquí, nos queda claro que el Estado cuando excepcionó a la obra pública de la prohibición de la aplicación de mecanismos de reajuste, no invocó ninguna de las características propias de los contratos públicos, sino todo lo contrario. Las razones dadas responden tanto al contrato de obra del derecho público como del de derecho privado, atendiendo a problemáticas propias de un sector y de un tipo de objeto de contrato, sin que sea posible distinguir diferencias provenientes del régimen legal aplicable en cada caso o de la causa de los contratos. Es por tal motivo que adelantamos nuestra conclusión: no existen razones suficientes para discriminar al contrato de obra privada de los mecanismos de reajustes que sí son reconocidos en el ámbito de la contratación pública, en tanto y en cuanto los efectos que se busca paliar con la aplicación de tales mecanismos son los mismos en los dos tipos de contratos.

E) La realidad en torno a la prohibición de ajuste de precios en el Contrato de Construcción del Derecho Privado

I) El rompimiento de la ecuación económico-financiera del contrato

Ya hemos comentado, en numerosas ocasiones a lo largo del presente, que el contrato de construcción del derecho privado es naturalmente conmutativo; que de ello se desprende la equivalencia que debe existir entre las prestaciones de las partes; y que desde el punto de vista del constructor, el negocio de construir es sustancialmente el mismo tanto si contrata con el Estado o con un sujeto de derecho privado, ya que hay factores que se mantienen incólumes, independientemente de quién sea el comitente que le encarga la obra.

Cuando se debe construir en el marco de un contrato del derecho pueden ser los mismos que en el caso de un contrato de obra pública y las razones que pueden afectar a la ecuación económico financiera del contrato del derecho privado también pueden ser también exactamente las mismas.

Si las partes de un contrato de locación de obra del derecho privado ven limitada su autonomía de la voluntad en cuanto a la posibilidad de acordar y establecer los mecanismos que estimen convenientes para mantener la harto mencionada equivalencia en sus prestaciones frente al flagelo inflacionario que sufre el país, el rompimiento de la ecuación económico-financiera es inevitable.

Es lisa y llanamente la legalización del enriquecimiento sin causa. Hay remedios legales que no son aplicables frente a este fenómeno, de acuerdo a nuestra visión, tal como sería la teoría de la imprevisión. Y hay otros remedios que pueden servir de paliativo en el marco de otros contratos, pero no en el de construcción.

En otras palabras, el único mecanismo que consideramos apropiado y justo a fin de mantener la ecuación económico-financiera del contrato frente a los efectos del aumento de los precios en forma sostenida, es la posibilidad de readecuar los precios a los reales costos de la ejecución de la obra, a medida que los incrementos se van produciendo. Que la adecuación de los precios se realice a medida que se van produciendo los aumentos (y no al final de la obra, por ejemplo), también tiene se apoya en otra razón fundamental: la de evitar mayores costos financieros, ya que si el comitente reconociera y abonara dichos aumentos al final de la obra, existe un costo financiero que estará absorbiendo el contratista y que tampoco ha sido previsto en sus costos, generándose así un perjuicio para éste.

Mediante la utilización de mecanismos de ajuste en función de los índices de inflación, las partes tendrán la seguridad de estar pagando y recibiendo, respectivamente, lo justo y de conformidad con la equivalencia prevista originalmente.

II) Mecanismos incluidos en los contratos. Fórmulas poli- nómicas de reajuste por inflación: ¿violación a la ley?

Lo cierto es que las partes del contrato de construcción, no dispuestas a convertir en aleatorio el contrato ni en pactar precios elevados a fin de cubrir la pérdida de poder adquisitivo de la moneda que se va produciendo con el transcurso del tiempo, en muchas ocasiones introducen en los contratos fórmulas polinómicas o mecanismos de reajuste de los precios, aun ante la prohibición del artículo 10 de la ley 23.928.

De esta forma, el comitente paga lo que realmente cuesta la obra más la ganancia estimada por el contratista en sus precios, y el contratista tiene expectativas de percibir su remuneración y cubrir sus costos sin trabajar a pérdidas. Las partes procuran, así, mantener esa correspondencia entre sus prestaciones.

Esta es la realidad del sector de la construcción.

Aun en aquellos casos en que los contratos son pactados en dólares, se reservan las partes la posibilidad de readecuar los precios en función de los aumentos que se vayan produciendo en algunos insumos que no están asociados a la moneda extranjera. Así, es usual que la mano de obra, por ejemplo, se ajuste según los Convenios Colectivos de Trabajo (generales y particulares) de los empleados de la construcción, o por los índices publicados por la Cámara Argentina de la Construcción o por el INDEC.

Son las dos partes del contrato las que de común acuerdo deciden incluir estos mecanismos en virtud de la autonomía de la voluntad y pese a la prohibición general y de orden público de las leyes 23.928 y 25.561⁶³, porque entienden que es preferible correr el riesgo de que eventualmente en el futuro se declare nula la cláusula contractual que las habilita a reajustar precios, a convertir en aleatorio el contrato, de lo que se desencadenaría en forma casi inevitable un enriquecimiento sin causa de una de las partes en detrimento de la otra.

Cabe aquí hacer un alto para traer lo que recientemente nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en relación a la prohibición de indexación prescripta en las normas legales vigentes arriba enunciadas. Adelantamos que tal pronunciamiento dificulta aún más el panorama, de acuerdo a nuestro modo de ver.

Ha sido en la causa “Massolo, Alberto José c. Transporte del Tejar S.A.”⁶⁴ donde nuestro máximo tribunal se inclinó indubitablemente por la invalidez de las cláusulas de indexación, dado que ello está prohibido por las leyes 23.928 y 25.561, por ser de orden público, no pudiendo ser modificadas por la voluntad de los contratantes.

En palabras textuales de la Corte: “es inválida la cláusula contractual de estabilización...pues permitir su vigencia y aplicación significaría desconocer el objetivo antiinflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales 23.928 y 25.561 mediante la prohibición genérica de la indexación, medida de política económica que procura evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios y a crear desconfianza en la moneda nacional...El valor de la moneda circulante con fuerza legal en todo el territorio de la Nación, se funda en la autoridad del Estado que es su creador y, por consiguiente, la perdurabilidad de ese valor como signo monetario de fuerza legal, en tanto no sea alterado por el propio Estado de quien dimana, no puede estar a merced de las convenciones concertadas por los particulares entre sí”.

Este fallo dio lugar a numerosos comentarios doctrinarios⁶⁵, dado su tenor polémico y sensible en el marco de la protección de derechos constitucionales.

En lo básico, todos los autores que comentan el fallo de la Corte coinciden en que los mecanismos de indexación no son reales incentivos a la inflación, sino que son remedios que las partes acuerdan para paliar las injusticias que en el devenir de los contratos apareja la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. Sostiene Casiello⁶⁶ que, en realidad, el incentivo de la inflación suele provenir más bien de los acuerdos sobre aumentos de precio de los productos de venta masiva, como así también de los aumentos generales de salarios.

Más adelante en su reflexión, el mismo autor señala que “ahora, cuando se comprueba en los hechos - pese a la no confiable información del INDEC - que el peso se deteriora y el propio Estado recurre desde el inicio al CER para estabilizar las obligaciones pesificadas, no parece de ninguna manera sostenible la prohibición legal de indexar. La cual, vista desde el punto de vista del particular que procura defender su crédito de dinero, no es otra cosa que un claro y patente agravio a su

derecho a celebrar un contrato de objeto lícito, que tiene innegable garantía constitucional”.

Compartimos plenamente estas reflexiones, por lo que nada cabe agregar.

Sí, para finalizar este capítulo, merece citarse lo que con total sensatez ha dicho Noemí Nicolau⁶⁷: “Consideramos que el Supremo Tribunal debería en las actuales circunstancias volver su mirada sobre el tratamiento que merecen las obligaciones dinerarias y las de valor y dar un mensaje ajustado a la realidad social.

La sociedad en su conjunto, los operadores económicos, los abogados y jueces necesitan tomar decisiones cotidianamente, y para ello, es imprescindible brindarles herramientas que les permitan abandonar el diseño de diversos recursos, de dudosa efectividad, que tratan de sortear los graves efectos de la inflación en las relaciones creditorias”.

Capítulo III - Posibles soluciones al inconveniente de la prohibición de aplicación de mecanismos de reajuste [\[arriba\]](#)

A) Alternativas a la prohibición de aplicación de mecanismos de reajuste de precios

En el presente capítulo, haremos referencia a las soluciones posibles al gran inconveniente que se presenta en relación a la prohibición de orden público de la aplicación de mecanismos de reajuste o readecuación de precios en el contrato de obra del derecho privado, dentro del marco de opciones que ofrece el derecho actual.

1) Utilización del sistema de coste y costas

Tal como esgrimimos en el punto A) vi) c del Capítulo I, el sistema de coste y costas se caracteriza por el hecho de que se le reembolsa al contratista todo aquello que efectivamente eroga para dar cumplimiento al objeto de la obra, con más las cargas impositivas, los gastos generales y su beneficio.

Esto significa que el empresario constructor no queda atado a ninguna cotización inicial, sino que a medida que va realizando los gastos de materiales, equipos, mano de obra, subcontrataciones, etc., va elevando al comitente -generalmente en forma mensual- un detalle de esos gastos, quien los aprueba (u observa) y reembolsa al contratista.

Bajo este sistema, en la medida que sea correctamente aplicado y bien administrado por ambas partes, no se da ninguna distorsión en la ecuación económico-financiera del contrato, toda vez que el contratista es reembolsado en lo que realmente gasta y el dueño de la obra abona sólo lo que esta efectivamente cuesta, con más la ganancia del empresario.

En un contexto inflacionario en el que se prohíben las actualizaciones de precios, se presenta como el sistema de contratación más justo, ya que se evitan especulaciones y posibles desvíos en la mentada ecuación.

El inconveniente que presenta este sistema es que, salvo casos muy excepcionales, los propietarios comitentes de las obras se rehúsan a utilizarlo, dado que exige de

su parte un control muy pormenorizado de los gastos y de la efectiva aplicación de los insumos y recursos a la obra de que se trata. Es por ello que en la práctica es una alternativa relativa de solución, dada su poca utilización.

II) Mecanismos utilizados en otros contratos: La renegociación de los términos del contrato. La fijación del ajuste de precio por parte de un tercero. La posibilidad de fijar montos escalonados

Nada impide en nuestro derecho que las partes periódicamente se sienten a renegociar los términos del contrato o sometan el ajuste del precio a la decisión de un tercero. De hecho, es habitual encontrar este tipo de previsiones en algunos contratos, cual es el caso de la locación urbana, agregando la posibilidad de fijar alquileres escalonados. Ninguno de estos mecanismos viola la prohibición legal de indexación.

Tales soluciones, no obstante, no son aplicables a los contratos de construcción, según nuestra visión.

En primer lugar, la renegociación de los precios no es recomendable. La dinámica de los contratos de construcción, la necesidad de cumplir con el avance pautado en la curva de inversiones y en el plan de trabajos de la obra, la necesidad del comitente-inversor de contar en los plazos previstos con la obra terminada, vuelven de imposible aplicación estos mecanismos. Ello por lo siguiente: si periódicamente las partes se sientan a renegociar los precios del contrato, es altamente probable que no lleguen a un acuerdo sino luego de largas negociaciones, debiéndose paralizar la obra, lo que origina costos improductivos, encareciéndose la obra. El otro escenario posible es el de que se continúe con la ejecución de los trabajos "a riesgo" por parte del contratista, y que luego las partes no se pongan de acuerdo en los precios, lo que generará reclamos según el mecanismo de resolución de controversias vigente en el contrato, a fin de lograr el reconocimiento de los mayores costos del contratista. No menos significativo es el riesgo inminente de que tal acuerdo no se logre en las negociaciones de las partes, viéndose obligadas a rescindir el contrato. Los costos para ambas partes serían altísimos: el contratista se encontrará con inversiones no amortizadas, rescisiones contractuales intempestivas con sus subcontratistas y proveedores -con los consecuentes reclamos e indemnizaciones que se derivan de tal circunstancias, despidos de personal, etc-. Implica, en definitiva, la pérdida de un contrato y de un negocio para el empresario.

Por parte del comitente, los efectos no son menos gravosos. Se encontrará con una obra no terminada, debiendo reiniciar negociaciones con otros posibles constructores -con el tiempo que ello conlleva-, debiendo afrontar el riesgo de que los precios que le coticen los futuros contratistas sean elevados, debido a que deben retomar una obra ya iniciada por otro constructor. No menos significativo -sino lo que más- es la postergación del inicio de la producción con la que se espera recuperar la inversión inicial en infraestructura, en aquellos casos en que las obras están asociadas a industrias productoras de bienes o servicios.

Las mismas consideraciones son aplicables para el caso de que quien fije los precios sea un tercero, ya que las partes deberán aceptar tal fijación, siendo alta la probabilidad de que alguna de ellas no la apruebe.

En relación a la fijación de montos escalonados, muy usual en las locaciones urbanas, es aún más extraño al contrato de construcción este mecanismo de actualización. Vale remitirnos aquí al punto vii), A) del Capítulo I, donde hemos explicado cómo se analizan y se componen los precios en los contratos de obra, de forma tal que es imposible la fijación de montos escalonados, por no responder a la real composición del precio en este tipo de contratos.

Además de que este mecanismo en realidad no significa en verdad una actualización, sino meramente la previsión de valores distintos para diferentes períodos dentro del plazo contractual, sin que la suma total de los cánones mensuales pueda variar. Ello se traduce, en la realidad, en que el contrato que contiene este sistema, tiene un precio único, fijo e inamovible, compuesto por la suma de todos los cánones mensuales.

III) Nuestra propuesta de solución

Como fuimos esbozando ya desde la Introducción, es nuestro entendimiento que la necesidad de aplicación de mecanismos de reajuste del precio surge como paliativo a un problema que se da en el objeto del contrato de obra como tal, con independencia de que sea el Estado o un privado el cocontratante.

Así lo ha revelado la propia normativa en materia de obra pública, en la cual los argumentos que se dan para excepcionar a dicho contrato del régimen general de la prohibición de reajuste de los precios contractuales, son inherentes a una industria en particular y a un tipo de objeto contractual. Tuvimos la oportunidad de desmenuzar los considerandos del decreto 1295/02. De ninguno de ellos surge que la posibilidad de aplicar la redeterminación de precios en tales contratos se vea originada en el interés público de por medio ni en otros intereses o conceptos propios del derecho público y que avalan, en otros aspectos, la regulación específica del contrato de obra pública.

Es así que la solución que propugnamos es la de extender legislativamente dicha excepción al contrato de obra del derecho privado, por no existir razones suficientes para que tal excepción rija en forma exclusiva al contrato de obra del derecho público⁶⁸. En relación a la finalidad que persiguen estos mecanismos de actualización de precios, ha quedado demostrado que no hay diferencias sustanciales en los contratos de obra pública y los del derecho privado.

Vimos en los apartados anteriores que no resultan apropiados en el marco de un contrato de obra, otros mecanismos de actualización, que sí son adecuados para otro tipo de contratos.

Queda en evidencia, de esta forma, que el riesgo es el entorpecimiento del normal desenvolvimiento del contrato o el término anticipado del mismo, lo cual atenta, en definitiva, contra el desarrollo de la economía en general, originando conflictos y costos innecesarios.

De ahí que consideramos que, ante la imposibilidad de aplicación de otros remedios legales para mantener la equivalencia del contrato, es necesario que se exceptúe legalmente a estos contratos del principio general de la inaplicabilidad de mecanismos de reajuste, si bien es justo aclarar que la solución más perfecta sería la de derogar completamente la prohibición de ajustes en los precios por

inflación en general, estableciéndose mecanismos legales que permitan a las partes adecuar sus prestaciones a los reales costos que las mismas conllevan.

De lo contrario, se logra, entre otros, un efecto principal e indeseado y que es lo que la misma ley busca evitar: que las partes de común acuerdo prefieran asumir el riesgo de nulidad de las cláusulas de ajuste que efectivamente incluyen en sus contratos, a transformar este contrato en un acuerdo aleatorio.

Conclusiones [\[arriba\]](#)

A lo largo del presente trabajo hemos tratado de exponer lo más claramente posible, cuál es la situación que se presenta en los hechos en relación a un contrato específico -el contrato de construcción del derecho privado-, en el contexto económico y jurídico actual; y las incoherencias de un ordenamiento jurídico que no se adapta a tal coyuntura, generando disparidades y perjuicios a las contrapartes.

Hay una realidad que resulta insoslayable: la industria de la construcción presenta un crecimiento ininterrumpido en los últimos años; sólo en el año 2010, el crecimiento de dicho sector ha sido del diez por ciento respecto del año anterior⁶⁹. De forma tal que no podemos olvidar que el vehículo jurídico que está detrás de tal crecimiento -que tan fuerte y positivo impacto tiene en la economía en general- es el contrato de construcción del derecho privado junto con el contrato de obra pública. Ahora, no podemos caer en la ingenuidad de pensar que tal crecimiento se ha dado exclusivamente en virtud de contratos de obra pública o, en el caso de contratos del derecho privado, sujetos a la literalidad de la ley que prohíbe la inclusión de mecanismos de actualización de precios.

Tal como lo hemos puesto de manifiesto anteriormente, creemos que en la actualidad no es razonable la prohibición de indexar en general y particularmente para el contrato que aquí nos ocupa, por ser una medida gravosa que rompe sin más con el carácter conmutativo de los contratos de tracto sucesivo bilaterales y onerosos. La perpetuación de las normas que fueron creadas en el marco de una realidad muy diferente a la que se vive en la actualidad, veinte años después de la sanción de la ley 23.928, es de consecuencias dañosas para las relaciones jurídicas y la economía general de nuestro país.

La salida de la convertibilidad en el año 2002 vino a desenmascarar una estabilidad monetaria que ya no era tal, por lo que la prohibición de indexación general que mantuvo la ley 25.561, atenta, desde nuestro punto de vista, a derechos protegidos constitucionalmente, cuando no existen otros remedios legales adecuados al tipo de relación de que se trate. Consideramos que la prohibición de indexar puede no afectar derechos protegidos por la Constitución (tal el de propiedad), en un marco en el que hay estabilidad monetaria y, por lo tanto, no se justifique la actualización de las obligaciones dinerarias. Pero no cuando la inflación deteriora día a día la relación armónica y de equilibrio que las partes libremente pactaron en la ecuación de sus contraprestaciones.

No obstante ello, no abogamos por una aplicación desmedida de fórmulas y ecuaciones que lleven a la misma distorsión que rechazamos. Pero el derecho tiene la misión fundamental de adaptarse a la realidad en la cual impera a fin de lograr su fin último que es la justicia; y es ello lo que sí defendemos.

En relación a lo comentado, merece que hagamos nuestras las palabras del Máximo Tribunal de nuestro país, que en la archiconocida causa “YPF c/ Provincia de Corrientes”⁷⁰, en la que la Corte fijó su posición respecto de la problemática a la que aquí hemos dado tratamiento -aunque de manera contraria a la que sostenemos-: “La exégesis de la ley requiere pues de la máxima prudencia y cuidar que la inteligencia que se le asigne no lleve a la pérdida de un derecho, o que el excesivo rigor formal de los razonamientos desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción. En esta tarea no es siempre recomendable atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional (Fallos: 307:1018 y sus citas). Por lo demás, debe recordarse que todo contrato -sea cual fuere su naturaleza- debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

Es entonces por la buena fe de las partes contratantes; por el mantenimiento de la ecuación económico-financiera de las partes en los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos; y principalmente por la coherencia que debe existir entre el derecho y la realidad a la que responde y regula, que debería existir un sinceramiento por parte del ordenamiento jurídico y blanquear lo que se da en los hechos, lo que las partes con su voluntad suplen ante el anacronismo legal imperante.

En el caso particular del contrato de construcción del derecho privado, toda vez que las razones que respaldan la excepción de los contratos de obra pública respecto de la prohibición de indexar -existiendo mecanismos instituidos legalmente a fin de actualizar los precios-, no responden a razones de interés público u otros bienes o intereses superiores. Como lo hemos demostrado a lo largo del presente, la fundamentación de dicha excepción responde claramente a circunstancias y características propias de la industria de la construcción, que no encuentran ninguna diferencia cuando la obra se ejecuta en el marco del derecho público o en el del derecho privado. No hallamos, por ende, razón valedera alguna para mantener este anacronismo legal.

Es por todo esto que deberían habilitarse legalmente mecanismos justos y razonables que permitan a las partes del contrato de construcción cumplir -sin infringir normas acrónicas y vetustas- con esa máxima que partiendo de los filósofos griegos de la antigüedad, ha sido la piedra fundamental del derecho como medio para obtener justicia: la de dar a cada uno lo suyo.

Bibliografía

- ALEGRÍA, HÉCTOR - RIVERA, JULIO CÉSAR, La Ley de Convertibilidad, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, Desindexación de las deudas, Reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

- BARRA, RODOLFO CARLOS, Contrato de obra pública, Tomo 3, Ábaco, Bs. As, 1998.

- BEZZI, OSVALDO MÁXIMO, El Contrato de Obra Pública, 2a ed. ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, 1982.
- CRIVELLI, JULIO CÉSAR, El ajuste del precio en la locación de obra, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, MANUEL, Cuestiones económicas argentinas, A-Z Editora, Buenos Aires, 2000.
- GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO L., Locación de Obra, La Ley, Buenos Aires, 1999.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, Interpretación Económica de los Contratos, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1994.
- PODETTI, HUMBERTO, Contrato de Construcción, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- SAGARNA, FERNANDO A., Indexación de Deudas en la Emergencia Económica, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- SPOTA, ALBERTO G., Tratado de Locación de Obra, 3a ed. ampliada y actualizada, 2a reimpresión, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.
- STIGLITZ, RUBÉN, Contratos Civiles y Comerciales, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO, Desindexación de deudas - Análisis de la ley 24.283, Primera Edición, Editorial Ad-Hoc, 1994.

** CANO CREMADES, JULIA: El presente estudio ha sido presentado como tesis final para optar al título de Magister en Derecho Empresario por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Fue tutor del mismo el Prof. Julio Conte Grand. La tesis obtuvo la calificación de 10 (diez) Sobresaliente por el jurado integrado por los Profesores Gustavo Schotz, Agustín Seratti y Liuba Lencova, en fecha 27 de julio de 2011. Asimismo, y de conformidad con el art. 67 del Reglamento de Maestrías y Especializaciones y por resolución del jurado integrado por los Dres. Pedro J. Coviello, Juan Bautista Etcheverry y Osvaldo Gómez Leo, la autora mereció por la misma "Mención Especial por Tesis de Dogmática Jurídica", graduación 2011, consistente en un Diploma especial que lo acredite y el auspicio de su publicación por parte de la Facultad, recibiendo el tutor el "Diploma de Honor en Dirección de Tesis de Dogmática Jurídica".*

1 Los porcentajes mencionados no responden a las expectativas publicadas por el INDEC, sino a las estimaciones realizadas por algunas consultoras privadas, de acuerdo a la información publicada en la Revista Apertura, Edición 197 del mes de

Abril de 2010.

2 Humberto Podetti, *Contrato de Construcción*, Astrea, Bs. As., 2004, 48.

3 El artículo 1493 dice: “Habrá locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero. El que paga el precio, se llama en este Código locatario, arrendatario o inquilino, y el que lo recibe locador o arrendador. El precio se llama también arrendamiento o alquiler”.

4 Alberto G. Spota, *Tratado de locación de obra*, Ed. Depalma, 1982, 2a reimpresión, Vol. I, 4.

5 Podetti, op. cit., 52.^{[L]_{SEP}}

6 Podetti, op. cit., 49.

7 Spota, op. cit., 113.

8 Spota, op. cit., 142.

9 Podetti, op. cit., 199.^{[L]_{SEP}}

10 Ha sido la jurisprudencia la que también nos ha brindado los caracteres de este contrato. Resulta ilustrativo lo dicho por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, en autos “Bosnich, Jorge c. Pereira, Omar O” (11/04/2006): “El contrato de locación de obra tiene los siguientes caracteres: a) Bilateral o sinalagmático: porque surgen obligaciones recíprocas, el locador de obra se obliga a alcanzar un resultado –material o inmaterial– y el locatario de la obra a pagar un precio determinado o determinado en dinero. b) Oneroso; ya que lo es todo contrato bilateral, y porque las ventajas que uno de los contratantes obtiene lo son en razón de la prestación que el otro contratante le efectuará. c) Nominado o tipificado: puesto que tiene una denominación y regulación propia (art. 1493, y nota art. 1623). d) No formal: en cuanto las partes pueden recurrir a las solemnidades que estimen oportunas (art. 974), sin perjuicio de cumplirse con la forma del art. 1184, inc. 1, y con la publicidad registral (art. 2505), en el caso de que el locador de obra inmueble se obligue a proveer la materia principal, como el terreno sobre el cual se erigirá la casa (nota art. 1629, al final). e) Conmutativo: porque las obligaciones de las partes son ciertas, o sea, no dependen de un acontecimiento incierto (plazo incierto o condición) (art. 2051). Con respecto a este último carácter, y con relación a la locación de obra material, podría dudarse si siempre se trata de un contrato conmutativo frente a un riesgo económico que puede asumir el empresario, como ocurre en la ejecución de la obra por un precio determinado -sistema de ejecución “por ajuste alzado- (Spota Alberto G. “Contratos, T. V, ob. cit., 314)”.

11 Podetti, op. cit., 63.^{[L]_{SEP}}

12 Eduardo L. Gregorini Clusellas, *Locación de Obra*, La Ley, Buenos Aires, 1999, 10.

13 Gregorini Clusellas, op. cit., 10.^{[L]_{SEP}}

14 Cám. Nac. Apel. Civ., sala I, “Villegas, José M. c. Consorcio de Propietarios Maure 2126 y otro”, 09/04/1996, L.L. 1997-C, 181.

15 Podetti, op. cit., 66.^{[L]_{SEP}}

16 Cám. Civ. Com. y Cont.-Adm. de San Francisco, “Pablo, Francisco A. c. Altina, Gerardo”, 01/12/1997, L.L. AR/JUR/4585/1997.

17 Gregorini Clusellas, op. cit., 58.

18 Gregorini Clusellas, op. cit., 11.

19 Gregorini Clusellas, op. cit., 10.

20 Podetti, op. cit., 67.

21 CNApel. Com., Sala A, “Oar Construcciones S.R.L. c. Niro Construcciones”, 07/06/1999, L.L., 1999-F, 57.^{[L]_{SEP}}

22 Podetti, op. cit., 251.

23 Podetti, op. cit., 252.

24 C. Apel. Civ., Com., Lab. y de Paz Letrada de Curuzú Cuatiá, “Ramco S. A. c. Ritter- buch, Alfredo”, 13/09/1996, L.L. AR/JUR/4397/1996.

25 Spota, op. cit., 535.

26 Spota, op. cit. 536.

27 Spota, op. cit. 536.

28 Spota, op. cit., 538.

29 Podetti, op. cit., 254.<sup>[L]
[SEP]</sup>

30 Spota, op. cit., 541.<sup>[L]
[SEP]</sup>

31 Ha dicho la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K que el sistema de coste y costas difiere del de ajuste alzado en que dicho precio definitivo no se establece “ab-initio” sino que la obra se va pagando y financiando a medida que se va realizando y con arreglo a certificados de obra (quincenales o mensuales) que se abonan por el empresario de la obra una vez que aquellos resultan conformados y/o autorizados por el director de la obra. Pero es equivocado sostener que este segundo sistema requiere como condición “sine qua non” la existencia de un empresario de obra o contratista principal (“Moeremans, Edgardo c. García Uranga, Agustín”, 18/03/2003, L.L. AR/JUR/7729/2003).

32 Gregorini Clusellas, op. cit., 43.

33 Vale aquí recordar lo que ha indicado el maestro Rodolfo Carlos Barra, Contrato de obra pública, Tomo 3, Ábaco, Bs. As, 1998. Si bien para la obra pública, tal como el título lo expresa, es nuestra opinión que tales conceptos son enteramente aplicables al contrato de obra del derecho privado). Entonces, nos dice Barra que el contrato de obra es esencial- mente oneroso y conmutativo, donde la existencia de prestaciones recíprocas implica una armónica relación de equivalencia real, siendo así el precio del contrato un elemento esencial (pág. 875). Nos resulta interesante destacar que este autor, en razón de ese principio de equivalencia mencionado, sostiene que 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 ì de las obligaciones de dinero ì. 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 y comparativa durante el procedimiento de selección contractual, deberá mantenerse in- tangible durante la vida del contrato para respetar aquel criterio de igualdad antes mencionado. Se distinguen así dos conceptos: el de 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” (pág. 876).

34 Julio César Crivelli, El ajuste del precio en la locación de obra, Ábaco, Bs. As., 2004, 48.

35 Crivelli, op. cit., 37.<sup>[L]
[SEP]</sup>

36 Osvaldo Máximo Bezzi, El Contrato de Obra Pública, 2a ed. ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, 1982, 11.

37 Homero Rondina, Mayores costos. Variación de precios en la industria de la construcción, L.L. 2003-D, 1045.

38 Sintéticamente, en el contrato de obra pública regido por la ley 13.064, el contratista está obligado a aceptar las variaciones que pueda ordenar el comitente, cuando las mismas no superen, en más o en menos, el veinte por ciento del valor total de las obras contratadas. En tales casos, se le pagarán las demasías o se le descontarán del precio total las economías que tales alteraciones signifiquen. Cuando las economías o demasías ordenadas son del veinte por ciento o más del valor total de las obras contratadas, el contratista puede ejecutarlas o

puede pedir la rescisión (ver artículos 30, 37 y 53 de la ley 13.064).

39 Es usual que las grandes empresas o las multinacionales fijen, por reglamentaciones internas, la necesidad de acudir a procedimientos de licitaciones o concursos privados, de acuerdo a los montos en juego o el objeto contractual.

40 Rondina, op. cit.^[1]_[SEPP]

41 Ver la nota 33, en la cual se ha expresado la diferenciación entre los conceptos de “precio” y “remuneración”.

42 Barra, op. cit, 877.

43 Barra, op. cit. 1142.

44 Barra, op. cit. 1142.

45 Estimamos importante, en este punto, tener en cuenta algunos de los considerandos del decreto 1295/02, razón por la cual los transcribimos, si bien daremos un tratamiento especial en el punto C) del Capítulo II del presente trabajo: “Que resulta de vital importancia proceder a la reactivación del sector de la construcción, lo que traerá aparejado un significativo aumento de la demanda de mano de obra requerida a tal efecto, lo cual redundará en la efectiva recuperación de las fuentes de trabajo de dicho sector.^[1]_[SEPP] Que asimismo, debe tenerse en cuenta que el sector de la construcción posee, como es sabido, un efecto multiplicador en la economía, con lo que la presente medida provocará, además, la movilización de otros aspectos de la actividad económica en general. Que los cambios producidos han establecido nuevas reglas económicas, que difícilmente pudieron ser previstas por los contratistas de obras públicas al hacer las ofertas con anterioridad al 6 de enero de 2002.^[1]_[SEPP] Que en las actuales circunstancias económicas se han producido significativos incrementos de precios en el rubro de la construcción, materiales y equipos, que provocaron desajustes en los costos previamente pactados y, por lo tanto, desequilibrios en los contratos. Que en el marco del reordenamiento de la economía como consecuencia de los cambios señalados más arriba, es necesario restablecer el equilibrio de la ecuación económico-financiera de los contratos de obra pública, regidos por la Ley N° 13.064 y sus modificatorias permitiendo una excepcional redeterminación del precio de los contratos en ejecución celebrados con anterioridad al 6 de enero de 2002.

Que en este marco, corresponde aprobar una metodología de redeterminación de precios que, con carácter general, resulte de aplicación para los contratos alcanzados por el presente, a través de los organismos que actúen como comitentes...”^[1]_[SEPP]

46 Rondina, op. cit.

47 Héctor Alegría - Julio César Rivera, La Ley de Convertibilidad, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1991, 17.^[1]_[SEPP]

48 Alegría - Rivera, op. cit. 10.^[1]_[SEPP]

49 Fernando A. Sagarna, Indexación de Deudas en la Emergencia Económica, La Ley, Buenos Aires, 2003, 69.

50 Jorge Mosset Iturraspe, Interpretación Económica de los Contratos, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1994, 324.^[1]_[SEPP]

51 El texto indicaba: “Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación”.

52 El nuevo texto indica: “Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada el día de su vencimiento”.

53 Sagarna, op. cit, 75.^[1]_[SEPP]

54 De nuestra parte, agregamos al Decreto 1295/02 para los contratos de obra pública, al que nos hemos referido previamente.

55 Sagarna, op. cit, 77.

56 Alegría - Rivera, op. cit., 26.

57 Si bien no debe olvidarse la clara la violación al derecho constitucionalmente protegido de propiedad con este tipo de normas en las cuales se atropellan los derechos ya adquiridos, aunque el análisis de tales situaciones excede al trabajo que nos ocupa.

58 Crivelli, op. cit., 50.

59 Sergio Mario Muzi, A propósito de la ley de convertibilidad y los mayores costos en las obras públicas, La Ley -C 1993, 321.

60 Aunque, a decir verdad, al momento de sancionarse la ley 25.445 de convertibilidad ampliada, en la cual el patrón era un mix de monedas entre el dólar estadounidense y el Euro, la moneda argentina ya se encontraba devaluada en relación a la paridad un peso igual a un dólar estadounidense.

61 Sagarna, op. cit, 79.

62 Aún cuando la mayoría de las metodologías de redeterminación de precios nacional (decreto 1295/02) y provinciales, no son representativas de los reales incrementos que se producen en los costos de las obras.

63 Cuya vigencia se encuentra prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2011, por ley 26.563.

64 C.S.J.N., “Massolo, Alberto José c. Transporte del Tejar S.A.”, 20/04/10, L.L. AR/JUR/7507/2010. El caso trata de una acción de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito. El actor de marras inició la acción en razón de que una vez firme la sentencia por la cual se condenó a Transporte del Tejar a pagar la indemnización correspondiente a Massolo, las partes firmaron un acuerdo de pago. En el mismo se convino que la aseguradora (citada en garantía) pagaría la indemnización en cuotas mensuales iguales y consecutivas. Lo destacable es que las partes incluyeron una cláusula que indicaba que para el caso de que se derogare la ley de convertibilidad, cada una de las cuotas debía abonarse en pesos necesarios para adquirir la cantidad equivalente a cada una de las cuotas pactadas, calculados conforme la cotización que de la divisa estadounidense hubiera efectuado el Banco de la Nación Argentina al cierre del día en que venció la cuota inmediata anterior. Al abonarse en marzo de 2002 la cuota cuarta, la actora solicitó que se cumpliera con lo establecido en la cláusula citada y planteó la inconstitucionalidad del artículo 4 de la ley 25.561. En primera instancia y posteriormente en la Cámara, se hizo lugar a la petición. El caso llega a la Corte por recurso de queja y deja sin efecto la decisión apelada.

65 Cfr. Guillermo J. Borda (h), Inflación y equidad, 07/06/2010, L.L., 07/06/2010, 7; Juan José Casiello, ¿Es inconstitucional la prohibición de indexar?, 17/06/2010, L.L. 2010 - C, 709; Noemí L. Nicolau, Las cláusulas prohibidas de indexación: un fallo de la Corte Suprema y dos cuestiones, 25/10/2010, L.L. 25/10/10, 9.

66 Casiello, op cit.

67 Nicolau, op. cit.

68 No olvidamos que, en realidad, el problema de la prohibición de indexar afecta al sistema de obligaciones en general y a los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos, en particular. Pero aquí hemos tratado las particularidades del contrato de construcción del derecho privado con características peculiares y que, en la esencia y en su objeto y en ciertos elementos esenciales del mismo, como el precio y el plazo, no se diferencia del contrato de obra pública, el cual goza en la actualidad del privilegio de contar con una normativa especial que admite el reajuste de precios según la evolución de la inflación.

69 Mercado Argentino, “La construcción registró un crecimiento del 10% en 2010 y mantiene buenas perspectivas”, 03/01/2011, <http://mercado-argentino.com.ar/mercados/la-construccion-registro-un-crecimiento-del-10- en-2010-y-mantiene-buenas-perspectivas/> (acceso el 20/02/2011).

70 C.S.J.N., “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro”,
03/03/1992, L.L. AR/JUR/1369/1992.

© Copyright: Universidad Austral