

Voces: CONTRATO ADMINISTRATIVO ~ CONTRATACIONES DEL ESTADO ~ OBRA PUBLICA ~ VARIACION DE COSTOS ~ PRECIO ~ TEORIA DE LA IMPREVISION ~ REGIMEN DE OBRAS PUBLICAS ~ DECRETO REGLAMENTARIO ~ LEY DE CONVERTIBILIDAD ~ LEY DE EMERGENCIA ~ CONSTRUCCION ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Título: Redeterminación de precios y teoría de la imprevisión

Autor: Ymaz Cossio, Esteban Ramón

Publicado en: LA LEY 29/04/2014, 29/04/2014, 1

Cita Online: AR/DOC/1392/2014

Abstract: Mientras no cambie la actual reglamentación del régimen de redeterminaciones de precios, completarlo con la aplicación de la teoría de la imprevisión podría ser la solución jurídicamente acertada del tema. Esta aplicación de la teoría de la imprevisión responde al valor cooperación: sería la que debe prevalecer para resolver el caso en justicia.

Las actuales obras públicas nacionales son con un precio determinado de origen y determinable para sucesivos períodos, por la redeterminación de precios autorizada directa o supletoriamente por el decreto N° 1295/2002 y sus normas complementarias. (1)

Este régimen de redeterminación de precios significa que el precio de estas obras es cierto y determinable. (2)

Igualmente lo era el precio de los contratos de obra pública con variaciones de costos, cuando las variaciones de costos estaban permitidas. (3)

Existe una diferencia específica entre la redeterminación de precios y las variaciones de costos, que excluye a la redeterminación de precios de la actual prohibición de variaciones de costos de la Ley de Convertibilidad (4) modificada por la Ley de Emergencia Pública (5); pero esa diferencia específica no altera el género común de precios ciertos y determinables en los contratos de obra pública, que significan tanto las variaciones de costos como las redeterminaciones de precios. (6)

Esto, en ambos casos, para mantener una razonable equivalencia de las prestaciones en contratos que suelen ser de larga duración. (7)

Así, las variaciones de costos buscaban establecer "un régimen... que contemple en forma equitativa las posibles variaciones de costos". (8)

Y la redeterminación de precios busca "restablecer el equilibrio de la ecuación económica-financiera de los contratos de obra pública". (9)

Es entonces un presupuesto contractual por disposición reglamentaria de aplicación directa o supletoria a los actuales contratos de obra pública nacionales el de que debe mantenerse su equilibrio y sostenerse su ecuación económica y financiera a través de su precio fijo originario, más los sucesivos precios redeterminados para los distintos períodos de su ejecución.

Pero, ¿qué ocurre contractualmente, si este presupuesto no se da en los hechos?

Si la diferencia entre la aplicación de los precios de origen más los sucesivamente redeterminados y el mantenimiento de la ecuación contractual es menor, probablemente no ocurra nada. Se la considerará dentro de las consecuencias verosímilmente previsibles del contrato. (10)

Si, en cambio, la diferencia aumenta, consume el margen o beneficio incluido en el precio del contrato, e impide cubrir los costos de su ejecución, la situación cambia.

Pues puede sostenerse que lo hace en forma imprevisible, porque la previsión contractual era justamente la otra. Y, también, que lo hace en forma extraordinariamente onerosa, porque los valores en juego pueden afectar la posibilidad de llevar adelante normalmente el contrato; y hasta llegar a frustrar la posibilidad de continuarlo (11).

En el sector de la construcción se sostiene que se está dando esta situación en la actualidad (2014). Se dice así:

1) Que las obras, en principio, y salvo algún caso particular que pueda darse, no han sido cotizadas con precios insuficientes. Pues generalmente se contratan en licitaciones públicas, en las que los precios de origen del contrato fueron considerados precios serios y no temerarios, por su relación con las otras ofertas en la licitación y con el presupuesto oficial.

2) Pero que los precios de los insumos de la obra, de los equipos y medios para llevarlos a cabo, y de sus gastos indirectos, generales y financieros, se han incrementado en forma no reflejada por los precios e índices tenidos en cuenta para las redeterminaciones de precios. Y lo han hecho últimamente, mediante saltos bruscos que el régimen de redeterminación de precios no registra; o registra muy tardíamente, por los umbrales totales que hay que superar para que se disponga cada redeterminación. Bastando como muestra los aumentos de los combustibles, de los salarios, de los otros insumos principales, de los gastos de empresa y de las retribuciones profesionales, del valor de los equipos en moneda extranjera, del valor de sus repuestos, y de las tasas de interés

para los gastos de financiación, incluyendo los del período de pago y, en su caso, de mora en él o en la emisión de certificados, en especial, y precisamente, de las mismas redeterminaciones de precios.

3) Y que esta diferencia es gravemente significativa; que supera un porcentaje importante del precio, si se la proyecta hasta el final de la obra, y que ya en la actualidad determina un déficit más que apreciable, que impide el recupero de los costos reales de la ejecución de los trabajos.

De corroborarse esto, podría ser de aplicación la teoría de la imprevisión . (12) Con su componente para los contratos de derecho administrativo, como es el de obra pública, de generar el derecho del contratista a una compensación por imprevisión, mientras ella dure; y si se convierte en permanente, el derecho para cualquiera de las partes de readecuar el contrato o, de no acordarse la readecuación, de rescindirlo (13).

La Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho sobre los precios ciertos y determinables en los contratos de obra pública, por el régimen de variaciones de costos, que si se modifican las condiciones normales para su aplicación conforme con la previsión de las partes, el contratista tiene derecho a compensación por la teoría de la imprevisión (14).

Así mismo lo ha admitido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, (15) de cuyos precedentes además surgiría que la prohibición de reajustes de la Ley de Convertibilidad no impide la aplicación de la teoría de la imprevisión. (16)

Con lo que al ser la redeterminación de precios un régimen de precios ciertos y determinables para los contratos de obra pública del mismo género que las variaciones de costos, si se modifican las condiciones normales para su aplicación, igual que ocurría con las variaciones de costos, sería posible aplicar la teoría de la imprevisión en forma que se sume a las adecuaciones provisorias de precios y que reemplace a las redeterminaciones definitivas de precios de este régimen. (17)

Y de esta forma, mientras no cambie la actual reglamentación del régimen de redeterminaciones de precios, completarlo con la aplicación de la teoría de la imprevisión podría ser la solución jurídicamente acertada del tema.

Porque no hay una razón de esencia que lo impida. Porque dogmáticamente es viable según los antecedentes relatados, si se dan las circunstancias que menciona el sector de la construcción. Y porque, axiológicamente, esta aplicación de la teoría de la imprevisión responde al valor cooperación, sería la que debe prevalecer para resolver el caso en justicia. (18)

Esto, contemplando también los valores de orden, seguridad y solidaridad. Pues, por su naturaleza, la aplicación de la compensación por imprevisión es sólo provisorio, hasta que se regularicen las variables que estarían afectando transitoriamente la normal aplicación del régimen de redeterminaciones de precios. Y porque en casos de urgente interés público sería posible disponer, como cautelar administrativa, adelantos a cuenta de la compensación por imprevisión para mantener el normal desarrollo de las obras. (19)

(1) Decreto 1295/2002, arts. 2° y 12.

(2) Código Civil, arts. 1349 y 1353; Decreto N° 1312/93, considerandos.

(3) En especial, con relación a las obras públicas, véase la sentencia del 14 de octubre de 1998 en los autos "Papini, Mario N. c. Administración Gral. de Puertos", de la Sala II de la Cámara Nacional Federal en lo Contenciosoadministrativo, publicada en La Ley, 1999-C, pág. 153; y en general para todo tipo de contratos, véanse: la sentencia del 8 de marzo de 1988 en los autos "Belis de Pedevilla, Julia E. c. U.P.C.N. y otro", Sala II, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, publicada en La Ley, 1988-D, pág. 525, sumario 38.033-S; la sentencia del 24 de noviembre de 1988 en los autos "Acosta, Olga C. c. Comisión Municipal de la Vivienda", Sala III, Cámara Nacional en lo Federal Contenciosoadministrativo, publicada en La Ley, 1989-B, pág. 295; la sentencia del 11 de mayo de 1989 en los autos "Ruiz Díaz, Gloria c. Larín, Alberto", Sala K, de la Cámara Nacional en lo Civil; publicado en La Ley, 1990-A, pág. 79; y la sentencia del 15 de marzo de 1999 en autos "Medina, Pedro c. Comisión Municipal de la Vivienda", Sala H, Cámara Nacional en lo Civil, publicada en La Ley, 2000-B, pág. 667.

(4) Ley 23.928, arts. 7° y 10.

(5) Ley 25.561, art. 4°.

(6) La diferencia específica de las redeterminaciones de precios por la que no están legalmente prohibidas, con las variaciones de precios que sí lo están, es la de que en las redeterminaciones de precios el precio determinable en su origen está siempre determinado para el momento que se ejecute el tramo de obra pertinente, hasta que se dé la condición o hasta que transcurra el plazo que justifique una nueva redeterminación, y ese precio es inmodificable, no pasible de ajuste, aun cuando esta redeterminación se aplique por plazos mensuales según el Contrato, fijándose en estos casos un nuevo precio y un certificado con ese nuevo precio, mes a mes. En cambio, en las variaciones de costos actualmente prohibidas, el precio existente al momento de ejecutar la

obra es todavía determinable, pues es susceptible de ajuste según las variaciones de precios que hayan ocurrido entre la fecha del precio originario y la de la ejecución del tramo respectivo de obra (véase para todo esto a YMAZ VIDELA, Esteban M., "Redeterminación de Precios vs. Variaciones de Costos. Una Diferencia Esencial", en Derecho Administrativo de Lexis Nexis, enero/marzo 2005, pág. 163 y siguientes).

(7) Decreto N° 1312/93, considerandos.

(8) Ley 12.910, art. 6°; considerandos Decreto N° 2875/75, ratificado por la Ley 21.250.

(9) Decreto N° 1295/2002, duodécimo párrafo de sus considerandos. También, Comisión de Seguimiento del Sector de la Construcción, Informe N° 42/2006, página 6, párrafo tercero, donde dice que: "Cabe destacar que emerge de la naturaleza propia y especial del régimen (de redeterminación de precios), establecido por el Decreto 1295/02, la necesidad de mantener el equilibrio contractual a través del sostenimiento de la ecuación económica financiera. Dicho espíritu debe reflejarse en la aplicación e interpretación del régimen por él instaurado".

(10) Código Civil, art. 1198, primer párrafo.

(11) Porque el contratista no está obligado a contar con un capital propio de tal magnitud que le permita ejecutar la totalidad de la obra sin contar con los pagos periódicos de lo que invierte en ella (Fallos de la Corte 238:345; Dictámenes de la Procuración del Tesoro 195:174).

(12) Código Civil, art. 1198, segundo párrafo.

(13) JÈZE, Gastón, "Principios Generales del Derecho Administrativo", Buenos Aires, Depalma, ed. 1950, Tomo V, Teoría General de los Contratos de la Administración, págs. 159/169, 270/275 y 418/419; De LAUBADÈRE André; MODERNE, Franck y DELVOLVÉ, Pierre, "Traité des Contrats Administratifs", París, L.G.D.J., tomo 2, ed. 1984, págs. 559/630.

(14) Procuración del Tesoro, Dictámenes 103:243, publicado en la Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, número 8, marzo de 1981, pág. 11; doctrina reiterada en Dictámenes 167:364 de la Procuración del Tesoro de la Nación del 16 de noviembre de 1983, expediente n° 102.346/78, publicado en "Régimen de la Administración Pública", Año 7, N° 74, págs. 74 y 75, y donde la Procuración dijo que: "En las mismas oportunidades (Dictámenes 80:30 y 110:210), este organismo recordó que se ha reconocido también que si a pesar de existir cláusulas de variaciones de precios, se modifican las circunstancias en las que han de aplicarse, es decir, que la aplicación de la cláusula de variación no ha jugado en los hechos en condiciones normales conforme a la previsión de las partes, el contratista tiene derecho a indemnización por el mayor costo operado (Conforme De LAUBADÈRE, André, op. cit. -"Traité Théorique et Practique des Contrats Administratifs", Paris, 1956, Tomo II, página 303; JÈZE, Gastón, "Teoría General de los Contratos de la Administración", tomo V, páginas 270/271)".

(15) Fallos de la Corte 319:2037, considerando 12).

(16) Fallos de la Corte 327:3721, considerando 5°), donde el Tribunal dijo que la Ley de Convertibilidad sólo prohibió "la actualización monetaria y la repotenciación de créditos por índices".

(17) El art. 11 del decreto N° 1295/2002 establece que: "La suscripción del 'Acta de Redeterminación de Precios' conforme lo establecido en el presente decreto, implica la renuncia automática de la contratista a todo reclamo por mayores costos, compensaciones, gastos improductivos o supuestos perjuicios de cualquier naturaleza, pretendidamente motivados por los cambios registrados en la economía desde el 6 de enero de 2002, a la fecha del acuerdo que faculta la aplicación de la redeterminación de precios". Pero esta renuncia es requerida sólo en el Acta de Redeterminación de Precios para las redeterminaciones definitivas de precios (Decreto N° 1295/2002, su Anexo, art. 11), pero no para las adecuaciones provisorias de precios (Decreto N° 1295/2002, su Anexo, art. 7°). Por lo demás, el régimen de variaciones de costos incluía una renuncia similar. La del art. 7°, segundo párrafo de la Ley 12.910, que establecía que: "El acogimiento del contratista a los beneficios de esta ley... implicará automáticamente, la renuncia a toda acción judicial basada en las causas que motivan la presente ley". No obstante, como se ha visto en la nota 14, no se consideró que esto impidiera la aplicación de teoría de la imprevisión, si se modificaban las circunstancias normales para la aplicación del régimen legal.

(18) COSSIO, Carlos, "Teoría de la Verdad Jurídica", Buenos Aires, Losada, ed. 1954. Para una aplicación práctica de los tres ámbitos de acierto de la verdad jurídica, ver YMAZ, Esteban, "La Esencia de la Cosa Juzgada y otros Ensayos II", Buenos Aires, La Ley, ed. 1996, págs. 79/92, del ensayo sobre Los Problemas de la Retroactividad.

(19) Como en su ocasión se dispusieron a cuenta de una redeterminación de precios en trámite de cálculo,

por razones de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, a los fines de mantener el personal del contratista, cumplir con los proveedores y sostener el ritmo de las obras y prestaciones a cargo del contratista (Resolución del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva N° 525/2011, dictada en el expediente n° 414/2011 de su registro).