

Enero/Marzo 2005

DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Doctrina, Jurisprudencia,
Legislación y Práctica

Director: **Juan Carlos Cassagne**

 LexisNexis®

REDETERMINACIÓN DE PRECIOS VS.
VARIACIÓN DE COSTOS.
UNA DIFERENCIA ESENCIAL

por ESTEBAN M. YMAZ VIDELA

I. El dec. 1295/2002 y sus normas modificatorias establecieron nuevamente, luego de una frustrada experiencia con el dec. 1312/1993, y ya dentro de otra situación económica del país, un sistema de redeterminación de precios de los contratos de obra pública. La finalidad de estas normas es "permitir el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de los contratos en ejecución y otorgando, además, un marco de certidumbre a las licitaciones en curso y a las que se efectúen en el futuro" (consid. 7º) dentro de las nuevas reglas económicas vigentes.

El régimen en cuestión prevé, básicamente, que el precio del contrato, correspondiente a la parte pendiente de ejecutar, podrá ser redeterminado cuando los costos de los factores principales que los componen hayan adquirido un valor tal que reflejen una variación promedio de esos precios superior en un diez por ciento (10%) al del contrato, o al del precio surgido de la última redeterminación según corresponda, y de acuerdo con una metodología que establece (art. 2º, decreto citado en primer lugar). Esta disposición es la que se denomina coloquialmente como "cláusula gatillo".

A su vez, en el ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, también se emitió una norma que estableció un régimen de redeterminación de precios (decreto de necesidad y urgencia 2/2003 GCBA y dec. 2119/2003 GCBA), que además de prever una cláusula gatillo, puso como segunda condición para que se redetermine el precio, que hayan transcurrido seis meses desde la fecha del contrato o la última redeterminación.

La cuestión práctica que se genera para los constructores de obra pública es que esas disposiciones impiden ajustar constantemente sus precios según las alteraciones de los costos reales de sus trabajos, como sí sucedía en un sistema de "variación de costos". Por lo que existe la inquietud acerca de si es posible eliminar la denominada "cláusula gatillo", así como otro tipo de cláusulas limitativas de los regímenes de redeterminación de precios vigentes en nuestro país, sin que esto implique violar el art. 10, ley 23.928, modificada por la ley 25.561, que prohíbe "la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios".

II. Resulta entonces necesario establecer cuáles son las diferencias esenciales, si existen, entre la "variación de costos", que vulnera la ley de convertibilidad, y la "redeterminación de precios", que teóricamente no lo hace.

Si se concluye que existen esas diferencias, luego se requerirá analizar si las cláusulas limitativas mencionadas en el anterior acápite son de la esencia o no de un régimen de redeterminación de precios, lo que permitirá definir si se puede o no eliminarlas de ese régimen.

III. La palabra "redeterminación" de un precio parece tomar como base la clasificación del precio cierto de un contrato en "determinado" y "determinable" que efectúa la doctrina-civilista con fundamento en el art. 1349, CCiv.

El precio es determinado cuando las partes establecen una suma de dinero precisa. Es determinable cuando lo fija un tercero o se acuerda con referencia a "otra cosa cierta" ¹.

Como ejemplos que la doctrina nacional tradicional brinda para este último supuesto, podemos citar cuando se vende "un campo por el mismo precio fijado por el del vecino" o cuando se vende "un toro importado por el mismo precio que se pague por el toro Campeón de Palermo".

Sin embargo, la mención que hace nuestro Código Civil a "otra cosa cierta" y los ejemplos recién citados que los autores del país dan se basan sólo en los comentarios de los doctrinarios franceses al Código de Napoleón.

Así, si se estudia ese Código y los trabajos de esos comentaristas con detenimiento, se advierte que la norma correlativa en el Código francés únicamente dispone que el precio debe ser determinado por las partes o por el arbitrio de un tercero. Pero no menciona nada sobre el supuesto del precio fijado con referencia a "otra cosa cierta" ².

Fueron los comentaristas indicados quienes afirmaron que el precio también era cierto y, por lo tanto, válido, cuando era determinable a través de elementos objetivos previstos en el contrato, dando como uno de los ejemplos de ese supuesto el del precio que se puede fijar por referencia a otra cosa cierta ³.

Es decir que para los doctrinarios de la fuente francesa de nuestro Código Civil, el precio es determinable en la medida en que el contrato contenga los elementos de una determinación ulterior que no dependan de la voluntad de las partes.

Esto último también lo afirma un autor más reciente de la doctrina civilista argentina ⁴.

¹ Ver, en este sentido, SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones. Contratos*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1946, ps. 197/201; LAFAILLE, Héctor, *Curso de contratos*, t. II, Ariel, Buenos Aires, 1928, ps. 65/69; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, t. I, 6ª ed. actualiz., Perrot, Buenos Aires, 1990, ps. 93/102.

² Arts. 1591 y 1592, Código de Napoleón.

³ TOULLIER, M. C. B. M., *Le droit civil, français, suivant l'ordre du code*, t. XVI, Jules Renouard Libraire, Paris, 1835, ps. 179, 180 y 191; MOURLON, M. Frédéric, *Répétitions écrites sur le Code Civil*, t. III, Garnier Frères Libraires-Éditeurs, Paris, 1892, p. 238; ZACHARIAE, C. S., *Cours de droit civil français*, t. III, 3ª ed., Cosse Imprimeur-Éditeur, Paris, 1856, p. 233; DURANTON, M., *Cours de droit français suivant le Code Civil*, t. XVI, 4ª ed., G. Thorel y E. Guilbert, Paris, 1844, ps. 134/136; PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, Libraire Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1932, ps. 29/31; COLIN, Ambosio - CAPITANT, H., *Curso elemental de derecho civil*, t. IV, Reus, Madrid, 1925, p. 49; y RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, t. VIII, La Ley, Buenos Aires, 1965, ps. 39, 41 y 42.

⁴ BORDA, Guillermo A., *Tratado...*, cit., ps. 94 y 95.

En consecuencia, teniendo en cuenta la redacción del Código Civil del país, sus antecedentes y la doctrina, se puede razonablemente sostener que en nuestro derecho el precio de un contrato es determinable cuando éste contiene elementos objetivos que permitan determinar su precio.

IV. Con la clarificación del acápite anterior se está en condiciones de analizar cómo se aplica la clasificación de "precio determinado" y "precio determinable", en cada caso, al régimen de "variación de costos" y al régimen de "redeterminación de precios".

Así se advierte que en ambos casos, al producirse una modificación del precio total original del contrato sobre la base de elementos objetivos que éste o la restante normativa contractual contiene (factores, índices, fórmulas polinómicas, variación de referencia, etc.), se está frente a un precio determinable.

En este sentido, la doctrina francesa ha dado como ejemplo de precio determinable el siguiente: "*il suffit que le prix puisse être plus tard déterminé par une simple opération ou une série d'opérations arithmétiques, sans aucun arbitraire d'appréciation*"⁵, y ha dicho sobre el modo de determinación del precio que "Cuando la *transferencia de la propiedad es diferida*, sobre todo si la ejecución de la venta importa *entregas sucesivas* que se escalonan en un plazo largo, las partes pueden encontrarse, en un período de devaluación monetaria, en la imposibilidad de determinar el posible valor de la cosa vendida en la época en que el vendedor deba cumplir con su obligación. En tal caso pueden incluir una cláusula denominada de *escala móvil*, por la cual el precio se establece en función de ciertos índices. Empleada en tales condiciones, la cláusula es válida"⁶.

Existen también varias sentencias nacionales sobre contratos de compraventa de inmuebles donde se ha establecido que la adecuación o reajuste del precio original con base a los costos reales finales de la obra o a los mayores costos durante la ejecución, significa que ese precio es determinable porque se designa con referencia "a otra cosa cierta"⁷.

A la que debe agregarse la decisión del 14/10/1998 en los autos "Papini, Mario N. v. Administración Gral. de Puertos", de la sala 2ª de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, por la que se estableció que el régimen de "variación de costos" aplicable a un contrato de obra pública era un caso de precio determinable del contrato con referencia a otra cosa cierta⁸.

En consecuencia, parecería que una nota esencial común a los regímenes de "variación de costos" y de "redeterminación de precios" es que ambos son supuestos de "precio determinable".

⁵ PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges, *Traité...*, cit., p. 30.

⁶ RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado...*, cit., p. 41.

⁷ C. Nac. Civ., sala A, 12/8/1985, "Coscolluela, Lilita C. v. Tamanaco SRL", LL 1987-B-218; *ibid.*, *ibid.*, 9/2/1988, "Caporale, Alfredo A. v. Comisión Municipal de la Vivienda", LL 1988-C-452; C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 8/3/1988, "Belis de Pedevilla, Julia E. v. UPCN y otro", LL 1988-D-525, sumario 38.033-S; C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 24/11/1988, "Acosta, Olga C. v. Comisión Municipal de la Vivienda", LL 1989-B-295; C. Nac. Civ., sala K, 11/5/1989, "Ruiz Díaz, Gloria v. Larín, Alberto", LL 1990-A-79; e *ibid.*, sala H, 15/3/1999, "Medina, Pedro v. Comisión Municipal de la Vivienda", LL 2000-B-667.

⁸ "En el caso, lo que el contratista buscaba no era la repotenciación de la deuda del comitente, sino su determinación al momento en que el trabajo se había realizado, lo que implica un precio a determinar con referencia a otra cosa cierta", LL 1999-C-153.

V. Sin embargo, es necesario continuar el análisis de estos dos institutos, a los fines de esclarecer si contienen algunas otras notas esenciales que distingan a uno del otro ⁹, pues la inexistencia de ellas nos obligaría a concluir que son lo mismo, y que, por lo tanto, estarían prohibidos por el art. 10, ley 23.928, modificada por la ley 25.561 ¹⁰. Sin olvidar, en esta búsqueda, que en el ámbito jurídico "en las formas se realizan las esencias" (Fallos 315:106 entre otros).

En esta línea, si se estudia con detenimiento el régimen de "variación de costos" dispuesto por la ley 12.910 y los decs. 3772/1964, 3773/1964, 2874/1975, 2875/1975, y 2348/1976, y la res. 365/1976, SETyOP, es claro que su objeto sustancial es "ajustar" el precio del contrato a los mayores costos producidos al momento de la ejecución de la obra. Con lo que los resultados de los cálculos de variaciones de costos se aplican al precio original. Esto es, si existieron variaciones de costos durante la ejecución de un mes de obra ya certificado, esas variaciones, una vez calculadas, se aplicarán sobre el precio de la obra ya ejecutada y certificada, y por la diferencia se le emitirá al contratista un certificado de "variaciones de costos". Así, en este sistema, el precio originalmente certificado es una especie de precio "provisorio" al que se le adicionará la "variación de costos" ocurrida hasta el mes pertinente, suma cuyo resultado dará el precio "definitivo" para la parte de obra ejecutada en ese mes. En este régimen, no se fija un nuevo precio para el mes siguiente de ejecución.

Por otro lado, si se adentra en el régimen nacional de "redeterminación de precios", regulado sustancialmente por el dec. 1295/2002 y las res. 396/2002, ME-SOP y 107/2002, ME-SOP, se advierte que la denominada "redeterminación" se efectúa con validez hacia el futuro. Esto es, no se aplica al precio de la parte de la obra ya ejecutada y certificada. Con lo que el precio por el que se ejecutó la parte correspondiente de la obra está siempre "determinado" y no es pasible de ajustes o modificaciones. La denominada "redeterminación" es, en definitiva, una nueva determinación del precio original, o ya redeterminado, que, una vez establecido, queda así fijo e inamovible para el tramo de obra que se ejecute hasta que se den las condiciones para una nueva "redeterminación". En ese supuesto, se determinará otra vez el precio, el que regirá solamente para el tramo que se construya en el futuro, quedando inmovible para todo ese tramo de obra que se ejecute hasta que den nuevamente aquellas condiciones, y así sucesivamente.

De lo expuesto, se puede concluir que la nota esencial que diferencia la "redeterminación de precios" de la "variación de costos" y que, en consecuencia, la excluye de la prohibición de la Ley de Convertibilidad es que en la primera el precio está siempre determinado para el momento que se ejecute el tramo de obra pertinente, y ese precio es inmodificable, no pasible de ajuste. En cambio, en la "variación de costos", el precio existente al momento de ejecutar la obra es todavía susceptible de ajuste se-

⁹ La determinación de las notas esenciales, en toda ciencia, incluida la jurídica, resulta imprescindible para saber cuándo un objeto es lo que es. Pues la ausencia de algunas de esas notas comprueba la alteración de la esencia, es decir, que se trata de un objeto distinto en su consistir (YMAZ, Esteban, "Límites objetivos de la cosa juzgada", p. 11, en *La esencia de la cosa juzgada*, 2ª parte, La Ley, Buenos Aires, 1996, ps. 1 y ss.).

¹⁰ Sin perjuicio de que en el caso "Papini" ya citado el Tribunal consideró que los regímenes de variación de costos no violan la ley 23.928. Pero, en este punto, es una decisión aislada dentro de la jurisprudencia nacional.

gún las variaciones que hayan ocurrido entre el establecimiento del precio y la ejecución del tramo respectivo de obra.

Con esto no se quiere ahora negar que la "redeterminación de precios" sea una especie de "precio determinable", como antes se explicó. Pues, en definitiva, el precio "total" de la obra sujeta al régimen mencionado no se conoce al momento de suscribir el contrato, sino que se lo conocerá al finalizar la misma, luego de la última redeterminación.

La nota esencial recién descripta parece estar confirmada por normas y opiniones jurídicas de la Administración Pública.

Así, el dec. 1312/1993, primera disposición que estableció un régimen de "redeterminación de precios", sostuvo en sus considerandos que "...se puede adoptar un sistema que resulte compatible con la Ley de Convertibilidad, ya que si bien ha derogado los regímenes de variación de costos, no ha alterado las reglas legales para la determinación de los precios en los diferentes contratos. Que en este sentido debe tenerse en cuenta que el art. 10, ley 23.928, no obsta a que se establezcan diferentes sistemas de contratación, como los que contempla la ley 13.064 en su art. 5º, que incluye, además de la unidad de medida y el ajuste alzado, otros sistemas posibles para determinar los precios en los contratos de obras públicas o variantes de los mismos. Que resulta posible que el precio sea cierto y determinado para las obras que corresponda ejecutar durante un período de tiempo, y que sea cierto pero determinable para las obras que corresponda ejecutar luego de ocurrido aquél. Que en tal sentido es legalmente factible incorporar en las contrataciones de obras públicas a largo plazo normas que contemplen las formas ciertas y objetivas aplicables para la determinación de los precios de las prestaciones que deban cumplirse con posterioridad al período de precios nominalmente fijos".

También es interesante lo expuesto en el dictamen 1935/2004 de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, emitido en el expte. S01: 00 95120/2004 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, referido a la conveniencia o no de iniciar una acción de lesividad por violar el art. 10, ley 23.928, contra un decreto del Poder Ejecutivo nacional que en definitiva reconoció a concesionarios viales nacionales compensaciones por falta de incremento de tarifas aplicando la tasa LIBOR.

Allí se expresó: "Si bien la ley 23.928 prohibió la indexación de deudas, no estableció un 'congelamiento' de los precios de la economía en general... la repotenciación por índices quedó legalmente vedada. Pero no ocurrió lo mismo con el incremento de precios o tarifas, desvinculado de mecanismos de ajuste. Una de las modalidades utilizadas desde la vigencia de la convertibilidad para implementar aumentos de precios (...), fue la de fijación por anticipado, en los contratos de tracto sucesivo, de valores diferentes destinados a regir escalonadamente en el tiempo. Tal modalidad fue frecuentemente empleada, por ejemplo, en los contratos de locación; y suscitó no pocas controversias que debieron derimirse en sede judicial, en especial para determinar su compatibilidad con la ley 23.928 (...) fallos han convalidado la modalidad conocida como de 'alquileres escalonados', en la inteligencia de que la ley 23.928 prohíbe las cláusulas de estabilización, mas no la fijación de precios diferentes —aun ascendentes— por los distintos períodos de locación (...). Volviendo al sistema de incremento

de tarifas y compensaciones acordado en las renegociaciones del mes de agosto de 1992 (...), consistente en la aplicación anual de una tasa equivalente al 80% de la LIBOR, podría concluirse que se estableció una mecánica en la que los valores eran ciertos y determinados para el primer período anual; y ciertos pero no determinados, aunque determinables, para los subsiguientes períodos. Mecanismos de tal índole no fueron ajenos al régimen jurídico de ciertas contrataciones administrativas durante la vigencia de la convertibilidad (véase el 'Considerando' del dec. 1312/1993, que estableció un sistema de redeterminación de precios para las obras públicas a largo plazo) (...), cabe concluir que la veda para la indexación resultante de la ley 23.928 debería ser entendida sólo como la prohibición de reformular la expresión económica de la moneda nacional 'mediante el empleo de índices que midan la variación de precios, cuestión claramente ajena al eventual incremento de tarifas en la prestación de los servicios públicos' (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 321:1252, en especial consid. 20). Ergo, la fijación de 'precios' crecientes, escalonados en el tiempo, no implicaría un caso de indexación prohibida por la Ley de Convertibilidad (...) se ha dicho que los incrementos no implican una forma de actualización por desvalorización monetaria, la que sólo se configuraría si la pauta de movilidad estuviera vinculada a un índice de precios que llevara a un reajuste automático (del voto de los Dres. Fayt, Belluscio y Petracchi en la sentencia dictada el 12/11/2002 en la causa 'Germán Arón v. ANSeS'...").

Lo expuesto confirmaría que la nota esencial ya descripta, no sólo distingue la "redeterminación de precios" de la "variación de costos", sino que además la mantiene válida frente al art. 10, Ley de Convertibilidad. Validez de la que, en principio, carecería la "variación de costos".

VI. Corresponde dedicar un acápite separado al dec. 1953/2002, que completó al dec. 1295/2002.

Esa norma, publicada en octubre de 2002, permitió la redeterminación de "los precios de los contratos de obra pública, correspondientes a los trabajos ejecutados en el período correspondiente a los meses de enero a mayo de 2002 y aprobados por el comitente..." (art. 1º).

Es decir que habilitó el ajuste del precio de los trabajos ya realizados. Consiguientemente, no fue, desde el punto de vista esencial, una "redeterminación de precios". Sino que se acercó más, en su naturaleza jurídica, a la "variación de costos".

VII. Con los elementos hasta aquí desarrollados se está en condiciones de resolver la duda que se planteaba en el acápite I: ¿es posible eliminar la denominada "cláusula gatillo", así como otro tipo de cláusulas limitativas, de los regímenes de redeterminación de precios vigentes en nuestro país, sin que esto implique violar la Ley de Convertibilidad?

La finalidad de esas cláusulas es lograr que el precio del tramo de obra que se ejecuta sea siempre determinado, ya que se mantiene fijo hasta que se producen las condiciones previstas en aquéllas (se supera el porcentaje previsto y/o transcurre un período de tiempo establecido). Es decir, el objetivo de esas cláusulas es lograr la nota esencial que mencionáramos en el acápite V.

Pero mientras esa nota no se altere (tiene que haber siempre un precio determinado para el tramo de obra que se ejecuta y el nuevo precio sólo puede regir para la

obra futura), esas cláusulas se pueden modificar, atenuar en sus efectos e incluso eliminar una de ellas.

Por ejemplo: podría reducirse la "cláusula gatillo" a un porcentaje menos significativo que el actual. O eliminársela y disponer que la redeterminación debe hacerse mensualmente: así, el nuevo precio que se fije el mes anterior se aplica a la parte de la obra que se realice el mes siguiente.

También el régimen de redeterminación de precios podría prever, sin que afecte su esencia y viole la Ley de Convertibilidad, una Comisión Liquidadora que se encargue de efectuar los cálculos pertinentes y un recurso expreso para el contratista en caso de que no estuviera de acuerdo con los índices o cálculos efectuados por ese órgano.

Es decir, cualquier solución que no modifique la naturaleza jurídica de la "redeterminación de precios" sería legítima.