



## El caso "Emaco" y la revisión judicial de las cláusulas contractuales de variaciones de costos

**Sumario:** SUMARIO: I. Introducción. -- II. La doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte bonaerense respecto a la revisibilidad de los actos administrativos, por lo que se deniega la reformulación del sistema de variaciones de costos acordado. -- III. Análisis de la sentencia.

**Autores:** Padulo, Adriana María A. Perrino, Pablo E.

**Citas:** TR LALEY AR/DOC/9182/2001

**Publicado en:** LA LEY 1994-C, 318

### I. Introducción

Significativa trascendencia posee el fallo pronunciado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 9 de marzo de 1993, en la causa B-49.630, caratulada: "Emaco S. A. C. I. e. I. c. Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" en el cual se hizo lugar a la demanda instaurada y se dejó sin efecto la resolución dictada por la autoridad accionada que desestimara la pretensión de la actora tendiente a modificar la modalidad convenida para la determinación del reajuste de mayores costos.

En dicho pronunciamiento se reconoció el derecho de la contratista a percibir las sumas correspondientes por la mayor onerosidad sobreviniente, no indicada por el sistema de variaciones de precios establecido contractualmente y demostrada por la prueba pericial producida.

El caso citado presenta matices de importancia tanto en lo atinente a cuestiones de índole formal como sustancial, lo cual nos ha motivado a efectuar este breve comentario.

En el aspecto formal, reviste particular trascendencia toda vez que en causas análogas a la que anotamos, el superior tribunal bonaerense --como aconteciera inicialmente en estos autos-- no habilitó la instancia judicial contencioso administrativa, por entender que las cuestiones planteadas no eran susceptibles de revisión judicial. Sin embargo, algunos de dichos pronunciamientos fueron revocados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por considerar en esencia, que vulneraban la garantía del debido proceso (art. 18, Constitución Nacional).

A su vez, con respecto a la materia de fondo en debate, el caso en examen posee especial interés por cuanto en él se planteó el complejo problema relativo a la modificación de las cláusulas contractuales que contiene el sistema de variaciones de costos en los contratos de obra pública, cuestión esta que recibió acogida favorable en el fallo que comentamos.



II. La doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte bonaerense respecto a la revisibilidad de los actos administrativos, por lo que se deniega la reformulación del sistema de variaciones de costos acordado

Decíamos anteriormente que el caso que nos ocupa reviste particular importancia en lo que respecta a aspectos de índole procesal. Y ello es así, por cuanto el superior tribunal al dictar originariamente sentencia, haciendo aplicación del criterio establecido sobre el punto en la causa B.49.873, "Hormigonera Testa Hnos. S. A." [\(1\)](#), rechazó la demanda entablada en la inteligencia de que la actora carecía de legitimación jurídica subjetiva suficiente por no existir precepto jurídico alguno que faculte a la accionante a solicitar la modificación de las cláusulas del contrato que pretende.

En efecto, según la doctrina elaborada por la Suprema Corte bonaerense la pretensión de modificar las cláusulas de un contrato administrativo no es susceptible de revisión judicial [\(2\)](#).

Sobre la base de una interpretación literal y restrictiva del art. 3° del Cód. de Proced. de lo Contencioso Administrativo, el alto tribunal entiende que el control judicial en cuestiones referidas a contratos administrativos se encuentra circunscripto exclusivamente a los supuestos de rescisión, modificación o interpretación de los mismos [\(3\)](#).

En tal parecer, la Suprema Corte provincial viene rechazando in limine litis demandas contencioso administrativas en las que se cuestionaba la negativa de la autoridad a modificar un contrato administrativo, en razón de la ausencia de legitimación de quienes la articularon.

Según se afirma, el citado art. 3 del ordenamiento procesal administrativo, precisa la legitimación activa en materia contractual como presupuesto de la acción, circunscribiéndola al contratista a quien se extingue, modifica o interpreta el contrato en modo contrario a sus intereses.

Aplicando el criterio indicado, en numerosas oportunidades en materia de obra pública, se han desestimado demandas por las que se perseguía la anulación de disposiciones administrativas que denegaban la reformulación del sistema de variaciones costos acordado, cuya modificación se reclamaba en atención a la falta de representatividad del mismo [\(4\)](#).

El criterio jurisprudencial indicado no ha tenido acogida favorable por parte de la Corte Suprema de la Nación, la cual ha revocado, como ocurriera en el caso que comentamos, pronunciamientos de la Suprema Corte local en los que se rechazaban las demandas entabladas aplicando la doctrina expuesta, con sustento en que los mismos eran descalificables por arbitrariedad [\(5\)](#).

Importa agregar que, no obstante los precedentes antes referidos del máximo tribunal de la República, la Suprema Corte local persiste en la aplicación de su doctrina restrictiva [\(6\)](#).

III. Análisis de la sentencia

1. Antecedentes del caso



Ante todo y para una mejor claridad expositiva creemos relevante realizar un sucinto desarrollo de los antecedentes del mencionado litigio judicial.

a. La empresa Emaco S. A. C. e I. resultó contratista de la obra "Construcción de 448 viviendas en Quilmes Plan FO.NA.VI." --Ex operatoria 25 de mayo-- transferida por convenio formalizado el 30/12/81 al Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires.

Contractualmente se estableció para la liquidación de las variaciones de costos que se operaran en el curso de la ejecución de la obra, un procedimiento basado en función de los índices que publica el Banco Hipotecario Nacional, determinándose a tal efecto la aplicación del coeficiente que resulte de dividir el número índice correspondiente al mes inmediato anterior al de certificación de los trabajos, por el índice del mes de mayo de 1980.

Según afirmaciones de la contratista el método pactado tuvo inicialmente un comportamiento adecuado, sin embargo posteriormente, a mediados del 1982, y ante la fuerte alza producida en los costos se produjo una elevada distorsión que derivó en definitiva en la ruptura de la ecuación económico-financiera del precio de la obra.

Así las cosas, la firma demandante denunció en sede administrativa la irrepresentatividad del sistema y reclamó el restablecimiento de la economía del contrato, solicitando una compensación patrimonial por el desequilibrio producido en razón de los mayores costos generados en las obras.

Desestimado por la administración el requerimiento formulado y agotada la instancia administrativa, la empresa Emaco S. A. C. e I. inició demanda contencioso administrativa contra el Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires impugnando la resolución administrativa que desestimó la reclamación de modificación de la modalidad convenida para la determinación del reajuste de los mayores costos en el contrato de obra pública celebrado por las partes. Solicitó, en consecuencia, se le abonen las sumas por diferencias generadas por la distorsión producida por la aplicación del sistema de variaciones de precio utilizado, con más su actualización monetaria e intereses.

b. La Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires contestó la demanda, solicitando su rechazo, por estimar formalmente improcedente e infundada la pretensión del accionante.

Sintéticamente las defensas articuladas por la representación fiscal fueron las siguientes: a) en el escrito de inicio se formulaban alegaciones no planteadas previamente en sede administrativa las cuales son insusceptibles de traerse a la instancia judicial dado el carácter esencialmente revisor de la jurisdicción contencioso administrativa; b) el sometimiento voluntario de la actora al régimen jurídico contractual sin cuestionar las cláusulas en las que se estipuló el mecanismo de reajuste, c) inexistencia del supuesto de imprevisión contractual; d) la magnitud del supuesto perjuicio alegado por la actora era escasa, razón por la cual según la jurisprudencia de la Suprema Corte bonaerense no da lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión; e) renuncia expresa de la actora a efectuar reclamos como el que nos ocupa al suscribir un posterior convenio de renegociación del contrato.



c. Con fecha 5 de marzo de 1991 el máximo tribunal local pronunció sentencia rechazando la demanda interpuesta con sustento en que el caso no se hallaba contemplado entre los supuestos previstos en la norma especial contenida en el art. 3° del Cód. de Proced. de lo Contencioso Administrativo, toda vez que la resolución impugnada no interpretaba, ni rescindía, ni modificaba el contrato administrativo celebrado entre las partes, sino que, por el contrario, se oponía a la pretensión de modificarlo. En consecuencia, concluyó el tribunal que la demanda incoada carecía de uno de los presupuestos de admisibilidad como es el relativo a la existencia de un derecho de carácter administrativo vulnerado (arts. 1°, 2°, 3°, 4°, 28, inc. 3° y conc., Cód. de Proced. de lo Contencioso Administrativo y 149, inc. 3°, Constitución Provincial).

d. Contra dicho decisorio, la empresa actora dedujo recurso extraordinario federal sosteniendo, en esencia, la violación de las garantías constitucionales de la inviolabilidad de la propiedad y de la defensa en juicio consagradas en los arts. 14, 17 y 18 de la Ley Fundamental.

e. El 30 de junio de 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió dejar sin efecto el fallo impugnado, disponiendo el dictado de un nuevo pronunciamiento con arreglo a su decisión.

f. Devueltas las actuaciones, con fecha 9 de marzo de 1993 la Suprema Corte bonaerense dictó nueva sentencia haciendo lugar a la demanda interpuesta, anulando el acto administrativo cuestionado y condenando a la entidad accionada a abonar a la actora la suma que resulte de la liquidación que se practique dentro de los 30 días de quedar firme el mismo.

g. Finalmente corresponde señalar que, el fallo recaído no se encuentra aún firme habida cuenta que ha sido recurrido por la Fiscalía de Estado por vía del remedio extraordinario federal con sustento en la doctrina de la arbitrariedad por entender conculcados los principios y garantías constitucionales atinentes a la inviolabilidad de la defensa en juicio y de la propiedad (arts. 18, 14 y 17, Constitución Nacional).

## 2. Contenido del pronunciamiento

Conforme lo señaláramos, en la sentencia definitiva recaída en la causa "Emaco" se reconoce el derecho del contratista a percibir como legítimo abono la mayor onerosidad sobreviniente, no indicada por el sistema de variaciones de precios establecido contractualmente y comprobada por la prueba pericial producida.

A tal fin se argumentó en el voto del doctor Alberto O. Pisano --que hiciera mayoría-- que: "...las alteraciones producidas en la representatividad del sistema de liquidación de las variaciones de costos de los contratos constituyen una cuestión que debe resolverse atendiendo a las constancias de las pruebas que se produzcan en los respectivos autos.

En el caso, la prueba pericial efectuada acredita la existencia de un desequilibrio del sistema pactado, dado que el mismo no resulta representativo de la realidad económica del contrato".

No quedan reflejadas entonces las verdaderas alteraciones de los precios del material utilizado en la obra, surgiendo diferencias no reconocidas por el método



previsto para medir las variaciones de costos.

De allí concluyó que "la mayor onerosidad sobreviniente --no indicada por el sistema de variaciones de precios establecido contractualmente--, comprobada por la prueba pericial destacada, debe serle reconocida al contratista como de legítimo abono", motivo por el cual se dispone condenar a la Provincia de Buenos Aires a abonar las diferencias reconocidas en concepto de variaciones de precios según lo dictaminado por el perito interviniente.

### 3. Algunas reflexiones acerca del fallo motivo de análisis

Varias reflexiones nos merece el fallo que anotamos:

a. Como quedó visto, en virtud de lo decidido por la Corte Suprema Nacional, el máximo tribunal de la Provincia debió pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada.

En el caso en examen y en razón de la circunstancia indicada se impuso el criterio minoritario de la Corte bonaerense que entiende que devienen admisibles en la instancia contencioso administrativa las pretensiones por las que se solicita la revisión de la mecánica de ajuste prevista en los contratos de naturaleza administrativa para medir las variaciones de sus costos [\(7\)](#).

b. Es importante remarcar que de los cinco ministros de la Suprema Corte que votaran en el fallo de mentas, cuatro de ellos, si bien adhirieron al voto del doctor Pisano que sigue la línea de la tesis minoritaria del tribunal, expresamente manifestaron que dejaban a salvo su opinión contraria al de la Corte Suprema de la Nación de encuadrar el caso en la competencia contencioso administrativa, reiterando, de este modo, la tesis de la no revisabilidad de este tipo de asuntos.

Por tal motivo, fácil es advertir que la sentencia que anotamos no puede tomársele como el punto de partida de un cambio de la jurisprudencia de la Corte local, pues, como quedó visto, de no ser por lo fallado por la Corte Nacional, otra hubiera sido la suerte del litigio.

c. Para hacer lugar a la demanda el único elemento que se valoró fue la existencia de un desequilibrio del sistema pactado, el cual fue acreditado por la prueba pericial producida.

d. Es sabido que constituye un serio problema determinar la magnitud de la distorsión de la fórmula de revisión a efectos de que sea procedente su modificación.

Obviamente, no cualquier desajuste es idóneo para posibilitar el cambio de la cláusula contractual que contenga el sistema de reajuste del precio, pues ello sólo será viable cuando aquel posea una entidad tal que pueda alterar en forma sustancial la ecuación económica financiera del contrato [\(8\)](#).

En este orden de consideraciones, cuadra destacar que la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, enseña que para que la reformulación del sistema de variaciones de costos originariamente convenido en el contrato de obra pública en razón de su irrepresentatividad sea viable, es imprescindible que las distorsiones provengan de hechos sobrevinientes e imprevisibles al momento de



celebrar el contrato y que estos sean, además significativas, es decir, que posean una especial importancia, que alteren sustancialmente la economía del contrato [\(9\)](#).

En el fallo recaído no se analizó la cuestión relativa a la magnitud o grado del porcentaje de la distorsión operada para que sea procedente la revisión del sistema de variaciones de precios. En dicho pronunciamiento sobre la base de la pericia practicada, la cual daba cuenta que la diferencia sobre los mayores costos reclamados alcanzaba sólo al 11,51 %, se hizo lugar a la demanda instaurada [\(10\)](#).

Al respecto cabe agregar que, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires no existe norma alguna que establezca el límite del umbral de la revisión de la metodología del reajuste del precio contractual [\(11\)](#).

---

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1)Conf. causas B. 49.873, "Hormigonera Testa Hnos.", res. del 11/11/86, LA LEY, 1987-D, 539 y sigtes. comentado por BEZZI, Osvaldo Máximo, "La desestimatoria de la pretensión del contratista estatal, de recomposición de las fórmulas de ajustes por pérdida de representatividad, es una cuestión justiciable"; criterio reiterado en las causas: B.50.861, "Burgwardt", res. del 24/2/87; B.50.862, "Sorsa", res. del 24/2/87; B.49.155, Consorcio Ansaldo Impianti S. P. A. y otros", res. del 29/9/87; B. 49.406, "Empresa Enrique Alfaro", res. del 31/5/88; B.51.598, "América Construcciones S. C. A.", res. del 21/6/88 y res. del 29/11/88; B-49.231, "Mako S. A. C. I. F. I. A. y C.", sent. del 12/12/89; B. 49.405, "Sarhou", sent. del 1/11/88; B.49.702, "Bricons", sent. del 29/11/88; B.49.630, "Emaco S. A. C. I. e I.", sent. del 5/3/91; B.53.703, "Inmar", res. del 16/4/91; B.53.894, "Pagliaro", res. del 13/8/91; B.49.118, "Caccianini", res. del 26/2/91; B.49.232, "Caccianini", res. del 10/11/92, Rev. Función Pública N° 61, p. 74. Sobre el particular ver: PERRINO, Pablo Esteban, "La competencia contencioso administrativa de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en materia contractual", LA LEY, 1993-D, 901.

(2)Recuerda BEZZI, Osvaldo H. que uno de los antecedentes jurisprudenciales de este criterio ha sido el fallo dictado el 8/7/86 en la causa B.50.410, caratulada: "Francisco Natino e Hijos", en donde el tribunal rechazó por improcedente la demanda articulada por la cual se pretendía el acogimiento a la ley de emergencia 10.200 (Adla, XLIV-D, 4318) que regulaba la posibilidad de renegociación de contratos de obra pública a fin de mantener la ecuación económica financiera de los mismos ("La jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. En el marco del art. 3° del Cód. Contencioso-Administrativo", Revista "Función Pública", núm. 50, p. 16). Textualmente la Corte expresó "...se advierte con claridad que los alcances de la ley exceden las situaciones jurídicas comprendidas en el art. 3° del Cód. Contencioso Administrativo, toda vez que no se trata del supuesto de rescisión, modificación o interpretación de un contrato celebrado por la autoridad administrativa (art. 3° citado).

Que en tanto la administración y el contratista no hayan convenido nuevas pautas contractuales cuya aplicación posterior genere situaciones litigiosas, no existe el derecho establecido, preexistente a la pretensión, exigido en los arts. 1° y 28, inc. 3 del Cód. Contencioso Administrativo".



(3) Así se ha sostenido: "La demanda carece básicamente, de uno de los presupuestos de su aceptación, pues es sabido que resulta requisito impuesto por el Cód. de Proced. de lo Contencioso Administrativo que regla el proceso contra la autoridad administrativa, que la decisión que es sometida a revisión judicial haya vulnerado un derecho de carácter administrativo establecido previamente en favor del reclamante por una persona de igual naturaleza (arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 28, inc. 3 y concs. Cód. de Proced. Contencioso Administrativo), presupuesto que, por otra parte, se encuentra disciplinado en la atribución de competencias que el art. 149. inc. 3 de la Constitución provincial concede a esta Corte".

"No existe en el caso en juzgamiento, fundamento sostenido en norma administrativa preexistente que admita discernir la pretensión expuesta en la demanda tal como si se tratara de la conculcación de algún derecho así expresamente reconocido, ni señalización de cuál es el precepto que faculta al actor a pretender la modificación del régimen específicamente acordado en materia de variaciones de costos".

"Sostuvo esta Corte en la causa B-49.406, "Alfaro" del 31/5/88 que "tampoco puede buscarse el fundamento de la pretensión en el contrato mismo, ya que su modificación únicamente puede operarse en base al acuerdo de voluntades. Y si bien la Administración puede --con miras a salvaguardar el interés colectivo que la contratación persigue modificar motu proprio el acuerdo, perjudicando los derechos de los cocontratantes, sólo así éste estaría facultado para promover la acción contencioso administrativa contra la resolución que lo hiciera (art. 3º, Cód. de Proced. de lo Contencioso Administrativo)".

"En concordancia con lo señalado, el recién citado precepto del Cód. de Proced. de lo Contencioso Administrativo establece que darán lugar a la acción impugnatoria todas las resoluciones definitivas de las autoridades administrativas que rescindan, modifiquen o interpreten contratos celebrados por aquéllas en su carácter de poder público...".

"Es claro que el caso de autos no se halla contemplado entre los supuestos previstos en la norma especial, pues la resolución que se impugna no interpreta, ni rescinde, ni modifica el contrato sino que, justamente se opone a la pretensión modificarlo".

"En consecuencia, la demanda tampoco halla sustento en la norma procesal que específicamente le es aplicable razón por la cual debe ser rechazada" (causa B. 49.232, "Caccianini", antes citada).

(4) Conf. causas citadas en la nota 1ª. Sobre el particular ver la crítica que se efectúa a la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte provincial en los trabajos citados en la nota 1 de BEZZI, Osvaldo Máximo, "La desestimación de la pretensión del contratista estatal, de recomposición de las fórmulas de ajustes por pérdida de representatividad, es una cuestión justiciable", y de PERRINO, Pablo Esteban, "La competencia contencioso administrativa de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en materia contractual".

(5) Conf. causas: "Sorsa, S. A.", sent. del 27/6/89, ED, 134-550; "América Construcciones S. C. A.", sent. del 8/6/89; "Inmar S. A.", sent. del 31/3/92; "Emaco S. A. C. I. F. I. A.", sent. del 30/6/92 y "Emaco Piazza y Piana S. A. y Rimoldi S. A.", sent.



del 6/10/92. Los argumentos principales esgrimidos por el alto tribunal fueron los siguientes:

- a. En tales casos se incurre en un notable cercenamiento de la garantía constitucional del debido proceso (art. 18, Constitución Nacional);
- b. la demanda del recurrente no pretende la modificación del contrato, como erróneamente se sostiene, sino por el contrario, el mantenimiento de sus estipulaciones;
- c. este tipo de reclamos encuentra sustento en la ley provincial 8781, modificatoria de la ley 6021 de obras Públicas (Adla, XXXVII-B, 1810; XIX-B, 973); y en la reglamentación de aquéllas, razón por la cual constituye una afirmación dogmática, carente de sustento alguno, la aseveración de que la pretensión de la actora tiende a la modificación del contrato;
- d. la Suprema Corte provincial efectúa una interpretación no valiosa de la norma del art. 3° del Cód. Contencioso Administrativo, ya que no tiene en cuenta el sentido que debe darse a la ley según la época en que es interpretada, ni las circunstancias del caso;
- e. aun con la redacción expresada por el legislador en 1905, éste entendió que las incidencias del contrato --de obra pública-- producen una acción contencioso administrativa (nota del doctor Luis V. Varela al art. 3°);
- f. la interpretación valiosa de los hechos de la causa en la que se pretende la adecuación económico financiera de un contrato de obra pública y del art. 3° del código de la materia, consiste en sostener que la Administración al denegar tácitamente la petición de la actora, resolvió interpretando el contrato existente entre las partes, y consideró que había ausencia de derecho de aquélla. De este modo puede aplicarse el ya citado art. 3° sin que la inteligencia que se le asigne lleve a la pérdida de un derecho.

(6) Al decidir otras causas con posterioridad al fallo de la Corte Nacional recaído en la causa "Sorsa S. A.", antes citado y respondiendo a las argumentaciones allí desarrolladas el superior tribunal provincial ha expresado: "La doctrina expuesta por la Corte Suprema de la Nación en la causa "Sorsa c. Provincia de Buenos Aires", S.696 XXI del 27/6/89, se aparta claramente de lo dispuesto en las normas locales. La tajante disposición del art. 3 del Cód. Contencioso Administrativo y su nota y la ley 6021 y su modif. 8781 y su reglamentación no admiten de manera alguna modificar lo pactado y si la Administración lo hace, como se dijo, queda activada la situación jurídica contenida en el art. 3° del Cód. Contencioso Administrativo.

De ningún modo puede entenderse que la ley de obras públicas local o su reglamentación permitan la modificación de las fórmulas de variaciones de precios incorporadas como elemento sustancial del contrato. Esto no tiene lectura posible en la ley especial. La incorporación de un régimen de variaciones de costos al contrato, lo configura y circunscribe y cualquier modificación que sobre él se opere quiebra los principios de inmutabilidad de la oferta y de igualdad.

La ley de obras públicas local no contiene ningún dispositivo que pueda entenderse del modo pretendido en el precedente señalado. Admite la incorporación de las





variaciones de precios como un modo de introducir en el contrato administrativo la teoría de la imprevisión.

Pero no resulta admisible aceptar la ampliación sin límite del supuesto de imprevisión, evento fácilmente operable de aceptarse la doctrina de la recomposición.

Pretender que la negativa a modificar el precio del contrato de obra pública con fórmula de variaciones de precios incorporadas, es interpretarlo, excede en mucho el marco de un análisis de la causa y del art. 3° del Cód. Contencioso Administrativo. En el caso la situación jurídica subjetiva proviene del contrato celebrado por la actora con la Administración (art. 3°, Cód. Contencioso Administrativo) y éste ha conformado la relación jurídica en el momento en que ha sido convenido, respetando las bases técnicas y legales antecedentes, entre las que se incluyen sistemas para medir la variación de los precios habidos entre la oferta y la ejecución o cumplimiento. Pretender la sustitución del régimen, es pretender modificar lo pactado, comprometiendo principios básicos, sustanciales e inmutables del procedimiento de selección. Así se ha resuelto en los precedentes citados.

La aplicación de "lege ferenda" de un sistema corrector, no se compadece con el régimen legal vigente en la Provincia de Buenos Aires referido a las obras públicas y no resulta misión del tribunal sustituir al legislador en tal cometido. Las situaciones de anormalidad generalizada que entorpecen el cumplimiento de los contratos generan como respuesta --por lo pronto en el ámbito local-- normas de reparación que intentan atenuar los efectos de aquélla" (causa B.49.232, "Caccianini, Eduardo", res. del 10/11/92, publicada en Función Pública n° 61; conf. causas B.49.118, "Caccianini, Eduardo", del 26/2/91 y sus citas; B.51.749, "Emaco S. A. Piazza y Piana y Rimoldi", res. del 27/3/90).

(7)Conf. causas B.49.320, "Empresa Constructora Carlos Fermi", sent. del 20/12/89; B.49.118, "Caccianini, Eduardo", del 26/2/91; B.49.232, "Caccianini, Eduardo", res. del 10/11/92, publicada en Función Pública n° 61, p. 74; B.53.703, "Inmar S. A.", res. del 16/4/91.

(8)Conf. BARRA, Rodolfo Carlos, El caso "Pizarro Aráoz y la modificación del sistema de variación de costos pactados en los contratos de obra del sector público", ED, 95-727; conf. voto en disidencia del doctor Rodríguez Villar en la causa B.49.232, "Caccianini, Eduardo", antes citada.

(9)Conf. causas: "Pizarro Aráoz, Luis", Fallos: 303:323; "Industrias Metalúrgicas Pescarmona", Fallos 303:1750; "Dulcamara S. A. c. ENTel s/ cobro de pesos", sent. del 29/3/90, consid. 4°, ED, 141-802 (La Ley, 1990-E, 311) y T. 195.XXIII, "Tecnobra S. A. C. I. C. I. F. c. Comisión Nacional de Energía Atómica s/ cobro de pesos", fallada el 20/4/93, consid. 7° del voto de la mayoría. La Suprema Corte bonaerense, en anterior integración, rechazó demandas contencioso administrativas por las que se reclamaba el cobro de una suma de dinero en concepto de diferencias por los mayores costos sufridos, en el entendimiento de que no dándose un supuesto de excesiva onerosidad sobreviniente por causas anómalas y extraordinarias, el principio sigue siendo, el cumplimiento estricto de lo pactado (Causa B. 48.129, "Edi S. C. P. A.", sent. del 2/12/80, DJBA, 120-115. En tal sentido se ha expresado: "Que esta Corte ha establecido que la lesión sobreviniente, producto de un hecho extraordinario e imprevisible, hace aplicable la cláusula "rebus sic stantibus",



considerada implícita en todo contrato --aun en los administrativos-- por aplicación del art. 1198 del Cód. Civil, texto según ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810) (ED, 21-961); bien entendido que tal doctrina "exige un grave desequilibrio de las contraprestaciones sobrevenido por efecto de acontecimientos imprevisibles y extraordinarios posteriores al contrato" (Fallos: 266:61 --La Ley, 124-778--). Además, es preciso que se trate de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones. Por ello la teoría de la imprevisión no puede aplicarse para corregir agravaciones sustancialmente previsibles de aquello a que las partes se obligaron. ya que el principio sigue siendo siempre el cumplimiento estricto de lo pactado: "pacta sunt servanda" (Fallos: 301:525 --La Ley, 1980-B, 701--). (Del voto del doctor Fayt en la causa "Dulcamara S. A.", citada, consid. 16).

(10) La posibilidad de modificar las cláusulas de reajuste o determinada fórmula polinómica con sustento en la falta de representatividad de las mismas es admitida por la doctrina especializada. Así, BEZZI. Osvaldo M., escribe: "Las fórmulas polinómicas previstas como medios de actualización del precio son simples medios para arribar a un resultado y no son el resultado mismo y es por esta razón, que cuando se determina que el medio elegido para arribar al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato es incorrecto, debe ser modificado sin más trámite. Es decir, la fórmula de cálculo de reajuste no es un fin en sí mismo, sino el medio para mantener en su justo término la ecuación económico-financiera del contrato y si esa fórmula se demuestra errada, debe ser sustituida, pues lo único que no puede alterarse es la ecuación (Cfr. GORDILLO, Agustín A., "Mayores costos, imprevisión, indexación", en "Contratos Administrativos. Regímenes de actualización y pago", p. 107, Buenos Aires, 1977). Ello es así porque la experiencia se encarga de demostrar que la representatividad de una fórmula polinómica de ajuste de precios es temporal: limitada a las variables circunstancias económicas del lugar.

Estas fórmulas no traducen la recepción de la teoría de la imprevisión, en cuanto incorporan parámetros cuya variación resulta previsible dentro de un determinado margen. Pero cuando tales parámetros pierden representatividad, es decir, no reflejan la realidad de los costos, debe entonces acudir a los principios de dicha teoría de la imprevisión para posibilitar la recomposición de la fórmula (ob. cit. p. 545; conf. GORDILLO, Agustín A., "Mayores costos, imprevisión e indexación, en contratos administrativos régimen de pago y actualización", p. 110 y sigtes.; BARRA, ob. cit., p. 729; JEZE, Gastón, "Principios generales del procedimiento administrativo", t. V, "Teoría general de los contratos de la administración", p. 247 y sigtes., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950; MONEDERO GIL, José Ignacio, "Doctrina del contrato del Estado", p. 402 y sigtes., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977; entre otros).

(11) Se ha afirmado que la noción de "distorsión significativa constituye un concepto jurídico indeterminado". Así han sostenido los doctores Barra y Cavagna Martínez en el voto en disidencia vertido en la causa citada en la nota 9, "Tecnobra S.A.C.I.C.I.F. c. Comisión Nacional de Energía Atómica s/cobro de pesos": "Que la expresión "distorsión significativa" es un estándar jurídico, estrictamente un concepto jurídico indeterminado que hay que, precisamente, determinar, con la concreta idea de justicia frente al caso concreto que demanda su aplicación. Doctrinariamente se ha manifestado que es dable reconocer un "umbral de revisión", que constituye un



THOMSON REUTERS

límite por debajo del cual se está dentro del álea normal del contrato, y configura además, una zona de riesgo o de inmunidad o tolerancia, dentro de la cual, los efectos del riesgo extraño al contrato, son compatibles con la causa del negocio jurídico. Esto es: una zona que se compadece con la razón de equidad del instituto bajo exégesis y también con el principio de buena fe y colaboración en la órbita del contrato administrativo" (consid, 25).