

C. 1048. XXII. RO. “Calderas Salcor Caren S.A. c/ Estado Nacional - Comisión Nacional de Energía Atómica y otra s/ cobro de australes”.

Buenos Aires, 24 de septiembre de 1996

Vistos los autos: “Calderas Salcor Caren S.A. c/ Estado Nacional - Comisión Nacional de Energía Atómica y otra s/ cobro de australes”.

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal –Sala I– confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto había admitido el daño financiero reclamado por la actora respecto de un contrato de obra pública, al tiempo que la modificó en lo atinente al modo de actualizar el monto del resarcimiento por el lapso comprendido entre el 29 de marzo de 1985 y la fecha de su efectivo pago. Contra tal pronunciamiento la demandada interpuso el recurso ordinario de apelación, que fue concedido a fs. 616 y fundado a fs. 619/635.

2º) Que el recurso es formalmente admisible pues se dirige contra una sentencia definitiva recaída en una causa en la que la Nación es parte y el valor cuestionado –actualizado a la fecha de interposición de la apelación– supera el mínimo establecido en el Artículo 24, inciso 6º, apartado a, del Decreto Ley N° 1.285/1958, con más la actualización prevista por la Ley N° 21.708 y Resolución N° 552 de este Tribunal.

EL COSTO FINANCIERO EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA*

I. EL CASO¹

La empresa actora, contratista de la Comisión Nacional de Energía Atómica, reclamaba de su comitente el pago del *daño financiero* como consecuencia del tardío reconocimiento de la irrepresentatividad de la fórmula de variaciones de costos pactada originalmente. Con posterioridad a la celebración del acuerdo primitivo, las partes convinieron varias modificaciones (cinco en total). Por la cuarta de ellas, el 16-08-1984, acordaron reemplazar la fórmula de reajuste que regla hasta entonces por otra que importó una completa renegociación del precio de la obra.

Sin embargo, la actora expresó que no le fue reconocido el “perjuicio financiero” operado desde la firma del contrato original hasta la celebración de la indicada recomposición y que, en consecuencia, la “[...] cantidad de valor recibida en concepto de remuneración desde el comienzo de los trabajos hasta la modificación mencionada fue inferior a la inversión realizada, lo que determinó el endeudamiento con terceros a las tasas del mercado [...]”.

* “El costo financiero en el contrato de obra pública”, *La Ley*, 1997-C, p. 782.

¹ Causa C. 1048.XXII, R. O. del 24-091996; “Calderas Salcor Caren S.A. c/ Estado Nacional – Comisión Nacional de Energía Atómica y otra s/ cobro de australes”.

3°) Que la empresa contratista promovió la demanda de autos por el cobro del daño financiero que –a su juicio– habría sufrido como consecuencia de la falta de representatividad de la fórmula pactada en el contrato. En su escrito inicial sostuvo que por medio de la cuarta modificación contractual –llevada a cabo el 16 de agosto de 1984– las partes habían acordado reemplazar la fórmula de ajuste que regía hasta ese momento por otra que importó una completa recomposición del precio de la obra; sin embargo, expresó que no le fue reconocido el perjuicio financiero operado desde la firma del contrato hasta la modificación antedicha. En suma, afirmó que la cantidad de valor recibida en concepto de remuneración desde el comienzo de los trabajos hasta la modificación mencionada fue inferior a la inversión realizada (fs. 9 vta.), lo que determinó el endeudamiento con terceros a las tasas de mercado (fs. 10 vta. y sigs.).

4°) Que la cámara juzgó que, a los fines de examinar la procedencia del perjuicio financiero reclamado, cabía distinguir el reajuste del precio de la obra por la existencia de mayores costos, de los daños sufridos por la tardía aplicación de tal reajuste. Sostuvo que las sucesivas modificaciones contractuales pactadas por las partes reconocían mayores costos mas no contemplaban el daño financiero pretendido por la actora, el cual había sido objeto de expresa reserva en la renegociación; además, interpretó que las modificaciones antedichas implicaban el reconocimiento de la Comisión Nacional de Energía Atómica de la falta de representatividad de la fórmula prevista en el contrato.

5°) Que, por otra parte, el *a quo* rechazó el planteo de la entidad estatal relativo a que el acogimiento de la pretensión importaba la violación al principio de igualdad de los oferentes, pues entendió que las sucesivas renegociaciones llevadas a cabo por las partes habían configurado una modificación sustan-

II. ANTECEDENTES

El asunto llegó al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del recurso ordinario de apelación que autoriza el Artículo 24, inciso 6°, apartado a) del Decreto N° 1.285/1958 (*ADLA*, XLVIII-A, 3), por cuanto en el tema la Nación era parte y el valor disputado en último término (debidamente actualizado) era superior al monto mínimo que aquella disposición exige.

La vía procesal empleada permitió que el Ato Tribunal examinara los aspectos de hecho del asunto llevado a su conocimiento y así valorar si los requisitos de tal especie se encontraban cumplidos. Sobre esta última circunstancia, las opiniones de los Jueces se mostraron divididas primando el criterio de que el perjuicio invocado por la actora no se acreditó.

En efecto, por el voto de la mayoría de sus miembros², la Corte revocó el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, por su Sala I, había hecho lugar a la demandada.

Esta última –para resolver del modo en que lo hizo– tuvo en cuenta que cabía distinguir el reajuste del precio de la obra por la existencia de mayores costos, de los daños sufridos por la tardía aplicación del reajuste. Sostuvo que las modificaciones contractuales reconocían el mayor costo financiero, pero que no contemplaban el reclamo, que había sido objeto de expresa reserva en la renegociación. Finalmente,

² La mayoría se formó con el voto de los Doctores Nazareno, Fayt, Petracchi, Bossert y Vázquez. En cambio, la minoría estuvo integrada por los Doctores Moliné O' Connor y López (en voto concurrente) y Boggiano (por su propio voto).

cial de los términos del convenio originario, de modo tal que ninguno de los oferentes se habría hallado en situación equiparable a la del actor.

6°) Que con respecto al agravio dirigido a cuestionar el apartamiento de la Ley N° 21.392, la cámara consideró que al renegociar el contrato las partes habían elegido un procedimiento para restablecer el equilibrio de las prestaciones que no podía “tener la virtualidad de impedir que para las situaciones no previstas en el convenio se apliquen procedimientos establecidos en disposiciones vigentes” (fs. 608 vta. Considerando 103, parte final).

En este orden de ideas, destacó que la contratista se había visto constreñida –a causa de las demoras de la comitente en el pago de las cuotas por imperio de las circunstancias propias del momento– a contraer obligaciones que no podían ser enjugadas en su real magnitud mediante la aplicación de la Ley N° 21.392.

7°) Que también desestimó la tacha de arbitrariedad que la demandada le atribuyó al fallo de primera instancia en lo atinente a la apreciación de la prueba y a la capitalización de los intereses por entender que, en este aspecto, no se trataba de liquidar intereses sobre intereses de acuerdo a la definición legal de anatocismo, sino tan sólo de establecer un método que permitiera reparar integralmente los perjuicios sufridos.

8°) Que, por último, admitió el agravio de la actora concerniente al método para actualizar el monto de la indemnización a partir del 29 de marzo de 1985, disponiendo que se aplicara el mismo procedimiento que la sentencia de primera instancia preveía para el lapso anterior a esa fecha –que consistía en la capitalización periódica de los intereses de acuerdo a las tasas de mercado– lo cual importaba dejar de

entendió que la conducta de la propia demandada implicaba la aceptación de la existencia de la irrepresentatividad de las fórmulas originales que la actora denunció.

La naturaleza de la pretensión, y especialmente la forma en que la cuestión ha sido resuelta, merecen reflexionar sobre diversos aspectos vinculados al desenvolvimiento económico del contrato administrativo de obra pública, y en ese orden a la remuneración que le es debida al cocontratante particular, respecto de la cual hemos adherido al criterio que la considera una típica “obligación de valor”³.

En el orden nacional, el instituto de los mayores costos en el contrato de obra pública se rige por una profusa regulación, integrada por disposiciones legales y reglamentarias (v. gr. Leyes Nros. 12.910, 15.285, 21.250 –ratificatoria de los Decretos Nros. 2.874/1975 y 2.875/1975–, Decretos Nros. 3.772/1964, 2.347/1976, 2.348/1976 –ADLA, VII, 40; XX-A, 42; XXXVI-A, 15; XXXV-D, 3643; XXXV-D, 3644; XXIC-B, 1444; XXXVI-D, 2934; XXXVI-D, 2936–, etc.), la actual vigencia de estas disposiciones se ha colocado en tela de juicio a raíz de la sanción de la Ley N° 23.928 de Convertibilidad del Austral (ADLA, LI-B, 1752).

Consideramos que una afirmación lisa y llana en tal sentido resulta errada, no sólo porque la institución analizada posee raigambre constitucional (arg. Art. 17, Constitución Nacional) y se encuentra informada por el principio de “equidad” (arg. Art. 6°, Ley N° 12.910), sino también porque las normas citadas reglamentan las variaciones de los costos *en más o en menos* concurrentes a la ejecución de los traba-

³ Cfr. Mertehtikian, Eduardo, *Estudios sobre contratación pública*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, Capítulo IV.

lado el sistema de ajuste establecido por la Ley N° 21.392. La cámara entendió que si la entidad del daño estaba representada por el precio del dinero que la contratista había pagado, no correspondía limitar a un período de tiempo determinado la capitalización de los intereses pagados, máxime si se había advertido la insuficiencia de la metodología prevista en la Ley N° 21.392 para paliar el perjuicio sufrido.

9°) Que en su memorial ante esta Corte la demandada expresa los siguientes agravios: a) el fallo asignó a las reservas contractuales un alcance que no tienen; b) el *a quo* se apartó del régimen legal aplicable, el cual no fue tachado de inconstitucional por la actora ni demostrada su irrepresentatividad; c) no se probó el daño invocado; d) no se consideró adecuadamente que -de acuerdo al dictamen pericial la actora había incluido el daño financiero al ofertar violando así la igualdad de oferentes; e) se efectuó una interpretación tergiversada de las cláusulas insertas en las renegociaciones y se ha omitido valorar la prueba documental en su integridad; f) tanto el juez de la causa como la cámara ampararon el anatocismo, contrariando de ese modo el Artículo 623 del Código Civil; g) admitió el agravio de la demandante referente al modo de repotenciar el daño desde la cancelación de cada factura hasta el efectivo pago, incrementando indebidamente el monto del resarcimiento y violando el régimen de actualización de deudas previsto en la ley.

10) Que en materia de contratos de obra pública este Tribunal ha sostenido que los Jueces deben actuar con suma prudencia al examinar las pretensiones deducidas, verificando si efectivamente se han producido los perjuicios que se reclaman y, en su caso, constatar si éstos fueron consecuencia directa e inmediata de la obra pública, cuidando de no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones mani-

jos⁴, y, consecuentemente, no puede sostenerse que el Estado Nacional haya renunciado a exigir y obtener un *equilibrio pleno y constante* en las prestaciones que contrata –siempre– por cuenta y orden de la comunidad. Es en tal contexto en el que debe interpretarse la finalidad que guía el Artículo 1° del Decreto N° 2.875/1975 (ratificado por la Ley N° 21.250), en cuanto *impone* a las Comisiones Fiscalizadoras instituidas por el Decreto N° 3.772/1964 el *deber de vigilar* la evolución de los contratos de obra que celebre el Sector Público Nacional.

Si la intención de tal afirmación es sostener que han perdido vigencia los mecanismos de ajuste de “carácter automático”, la cuestión es distinta y el debate no está en modo alguno agotado⁵. En lo personal, creemos que la conciliación de ambos sistemas (ley de Convertibilidad y Régimen de Variaciones de Costos) es posible, y así lo sostuvimos al elaborar el “Anteproyecto de actualización de la Ley Nacional de Obras Públicas”⁶.

De otro lado, la pretendida derogación de la regulación en materia de variaciones de costos por la sanción de la citada Ley de Convertibilidad N° 23.928 renueva la tendencia a una asimilación entre este instituto, propio del derecho público, con la

⁴ Cfr., en el mismo sentido, el voto en disidencia del doctor Fayt en la causa “Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ nulidad de resolución”, del 07-05-1987 (*Fallos*: 310:909).

⁵ Cfr. la opinión de los Doctores Hutchinson y González Arzac vertida en la obra de los Doctores Alegría, Héctor y Rivera, Julio C., *La Ley de Convertibilidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 271 y sigs.

⁶ Me refiero al que tuve el honor de elaborar en virtud de la generosa invitación que nos realizó el Ministerio de Justicia de la Nación en el año 1995, junto al distinguido jurista doctor Ismael Mata, tarea en la que le cupo, además, singular participación al doctor Armando Canosa.

fiestamente irrazonables (*Fallos*: 313:278). Tal premisa cobra particular relevancia en el *sub lite*, no sólo por la entidad del perjuicio que se reclama (fs. 614/615), sino también por la importancia de la obra contratada. En este sentido, cabe señalar que la empresa actora tuvo a su cargo la construcción del “conformado de la esfera de contención para la central nuclear Atucha II” cuya finalidad era contener el efecto de la radiación en caso de fallas eventuales registradas en cualquiera de los equipos e instalaciones de la central mencionada.

11) Que la cuestión a dilucidar consiste en determinar si los perjuicios derivados de la falta de representatividad de la fórmula originaria deben ser soportados íntegramente por la Comisión Nacional de Energía Atómica. En el *sub judice*, los daños cuya reparación se pretende se traducen en los intereses bancarios que habría tenido que afrontar el particular para obtener el monto de la inversión comprometida en virtud de la merma sufrida en su remuneración.

12) Que liminarmente corresponde recordar que –con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte– el régimen de mayores costos establecido por la Ley N° 12.910 y sus decretos reglamentarios no establece que la mera irrepresentatividad de las fórmulas convenidas determinará, sin más, el reajuste de la remuneración del contratista; en efecto, una adecuada hermenéutica de las normas citadas conduce a admitir sólo la recomposición de aquellos desfases que –además de desquiciar la economía general del contrato– deriven de acontecimientos sobrevinientes e imprevisibles al tiempo de la firma del acuerdo (cfr. T.195.XXIII “Tecnobra S.A.C.I.C.I.F. c/ Comisión Nacional de Energía Atómica s/ cobro de pesos”, pronunciamiento del 20 de abril de 1993, Considerando 7° y sus citas).

teoría de la imprevisión regida por el Código Civil (Art. 1198), criterio al que la Corte recurre en este caso con cita de sus precedentes (v. gr. “Tecnobra”)⁷, pues requiere que se cumpla el extremo de la “imprevisibilidad” exigida por el mentado Artículo 1198 del Código Civil.

Resultaría impropio dejar de señalar que en contra de la apuntada asimilación se han exteriorizado las autorizadas opiniones de autores como Barra⁸, Berçatiz⁹ y Gordillo¹⁰, todas ellas también citadas por Coviello en el trabajo referido en la nota N° 7.

III. LA SENTENCIA DE LA CORTE

1. La mayoría

Como quedó dicho, por el voto de cinco de sus miembros, la Corte desestimó el planteo de la empresa actora, para lo cual tuvo en cuenta fundamentalmente los siguientes aspectos:

⁷ Causa “Tecnobra S.A. c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”, del 20-04-1993 (*La Ley*, 1993-E, p. 486), fallo que mereció el comentario del doctor Pedro J. J. Coviello en la misma publicación.

⁸ Cfr. Barra, Rodolfo C., “El régimen de los mayores costos y la obra pública”; *El Derecho*, 54-720; *Contrato de obra pública*, T. 3, Buenos Aires, Ábaco, Buenos Aires, 1988, p. 1125 y sigs. De igual modo, puede verse el voto en disidencia de dicho autor en la causa “Tecnobra”, citada en el texto y nota 7.

⁹ Cfr. Berçatiz, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, 2ª edición, p. 466 y sigs.

¹⁰ Cfr. Gordillo, Agustín, “Mayores costos, imprevisión e indexación”, en la obra de varios autores *Contratos administrativos*, T. 1, Buenos Aires, publicación de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA), 1982, reimpresión, p. 103 y sigs.

13) Que, en lo que interesa al caso, cabe señalar que hubo cinco modificaciones a la fórmula contractual, cuatro de las cuales fueron aplicadas retroactivamente al origen del contrato (fs. 468 vta./469, dictamen pericial contable, respuestas a las preguntas 3 y 4 del cuestionario de la actora); tal circunstancia fue valorada por el juez de la causa como un elemento claramente indicativo de la falta de representatividad de la fórmula primigenia (fs. 544/545), conclusión que fue compartida por la cámara (fs. 607 vta., Considerando 97) y que concuerda con la línea argumental empleada por la contratista, pues ésta –al promover la demanda de autos– expresó, reiteradamente, que el perjuicio había existido “desde el comienzo del contrato” (fs. 10 vta. último párrafo; en igual sentido, fs. 12, punto a; fs. 20, último párrafo; puntos 19 y sigs. de la prueba pericial contable pedidos a fs. 222; y expresiones de fs. 507, entre otras). De ello se deduce que los daños cuyo resarcimiento se pretende no son consecuencia de un hecho sobreviniente a la celebración del acuerdo –pues de lo contrario, no se comprendería la aplicación retroactiva de las fórmulas– sino que encuentran su origen en los propios términos de la contratación inicial libremente aceptados por la actora.

14) Que al ser ello así, las sucesivas modificaciones referidas –en la medida en que aumentaron progresivamente la remuneración del empresario (fs. 468 vta., último párrafo)– tuvieron el propósito de compensar las deficiencias que no habían sido advertidas por ninguna de las partes al momento de contratar; por ende, no es admisible responsabilizar exclusivamente al ente estatal por los perjuicios derivados de aquella falta de previsión, toda vez que el actor también conocía –al tiempo de suscribir el acuerdo– la magnitud y complejidad del emprendimiento (fs. 8 y 9/9 vta.) y el sistema de ajuste de su retribución;

a) que en materia de contratos de obra pública, los Jueces deben actuar con suma prudencia, verificando si efectivamente se han producido los perjuicios que se reclaman y, en su caso, “[...] constatar si éstos fueron consecuencia directa e inmediata de la obra pública [...]” (*Fallos*: 313:278)” (Considerando 10)¹¹.

b) que la cuestión a dilucidar –habida cuenta el objeto de la demanda¹²– consistía en determinar “[...] si los perjuicios derivados de la falta de representatividad de la fórmula originaria debe ser soportados íntegramente [...]” por la demandada (Considerando 11).

c) que como lo ha sostenido la Corte en sus precedentes, la legislación aplicable al contrato (v. gr. Ley N° 12.910 y sus decretos reglamentarios antes citados) únicamente admite la recomposición de “[...] aquéllos desfases que –además de desquiciar la economía general del contrato– deriven de acontecimientos sobrevivientes e imprevisibles al tiempo de la firma del acuerdo” (Considerando 12, con cita del caso “Tecnobra” arriba referido).

d) que según surgía de la prueba pericial y del propio relato de la parte actora, los daños cuya reparación se pretenden no son consecuencia de un acontecimiento sobreviniente a la celebración del acuerdo –pues, de lo contrario, no se comprendería la

¹¹ El destacado es del fallo y corresponde a un pasaje de la sentencia recaída en la causa “Chirillo A. Piedrabuena c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (sentencia del 20-03-1990), que trataba de un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado por la ejecución de obras públicas.

¹² Consistente en la reparación de los daños que la actora pretendía y que traducían en los intereses bancarios que habría que tener que afrontar el particular para obtener el monto de la inversión comprometida en virtud de la merma de remuneración.

por otra parte, la reiteración de períodos de alta inflación con la consiguiente distorsión de las variables económicas no resultaba un hecho imprevisible (*Fallos*: 296:546 y 300:1131).

En tales circunstancias, debió haber puesto en conocimiento de la comitente los reparos que la fórmula prevista le merecía o, en todo caso, haberse abstenido de contratar en condiciones que le resultaban –a su juicio– desfavorables.

Máxime si se repara en que las partes, después de suscribir el contrato en las condiciones originales y (17 de febrero de 1981) hasta la firma del acta acuerdo que dio origen a la cuarta modificación de aquél (16 de agosto de 1984), renegociaron de común acuerdo el compromiso asumido en tres ocasiones y, en éstas, la contratista siempre manifestó no tener nada “más que reclamar por ningún concepto” (carpeta de modificaciones contractuales “B”, fs. 87 y 124).

Al no obrar de ese modo y adherir a los términos contractuales que luego impugnó, el actor no observó la conducta debida, por lo cual no cabe excluirlo de la carga de soportar, al menos, una parte de los daños (Artículos 512, 902 y 929 del Código Civil; y *Fallos*: 314:491).

15) Que la conclusión a la que se arriba en el considerando anterior no queda desvirtuada por las características inusuales de la obra, pues ellas obligaban –como allí se dijo– a actuar con la mayor prudencia al momento de asumir compromisos. Tampoco corresponde atender a la inexperiencia que la demandante le atribuyó a la comitente en la construcción de plantas de ingeniería avanzada y en la formulación de los planes de obra (fs. 9 vta.), pues aquélla tampoco tenía experiencia para realizar trabajos que –según sus propios dichos– se emprendían por primera vez en el país (fs. 8 vta., segundo párrafo) a pesar de lo

aplicación retroactiva de las fórmulas–, sino que encontraban su origen en los propios términos de la contratación inicial libremente aceptados por la actora (Considerando 13)¹³.

e) que las sucesivas modificaciones al contrato original (cinco en total), en la medida que aumentaron progresivamente la remuneración del contratista, tuvieron por propósito compensar las deficiencias que no habían sido advertidas por ninguna de las partes al contratar, por lo que “[...] no es admisible responsabilizar exclusivamente al ente estatal por los perjuicios derivados de aquélla falta de previsión toda vez que el actor también conocía –al tiempo de suscribir el acuerdo– la magnitud y complejidad del emprendimiento y el sistema de ajuste de su retribución [...]”; y que, por otra parte, la reiteración de períodos de alta inflación con la consiguiente distorsión de las variables económicas no resultaba un hecho “imprevisible” (Considerando 14).

f) que resulta ecuánime atribuir responsabilidad compartida para afrontar los perjuicios, en virtud de las características de inusual complejidad de la obra y la falta de experiencia de ambas partes en emprendimientos que en el país se ejecutaban por primera vez, circunstancia que obligaba a actuar con la mayor prudencia al tiempo de asumir los compromisos derivados del contrato. En abono de esto último, la Corte acudió al principio de la buena fe que debe animar la ejecución de los contratos administrativos, “[...] la cual impone que cada contratante soporte las consecuencias desfavorables de su propia conducta discrecional” (Considerando 15); y

¹³ Se aprecia aquí la aplicación de la teoría del “sometimiento voluntario” a un régimen jurídico.

cual asumió el riesgo de llevarlos a cabo en los términos propuestos inicialmente, por lo que, aun desde este punto de vista, resulta ecuánime que los perjuicios sean afrontados sobre la base de una responsabilidad compartida. Ello armoniza con la buena fe que debe animar la ejecución de los contratos administrativos (*Fallos*: 305:1011; 315:1299, entre otros), la cual impone que cada contratante soporte las consecuencias desfavorables de su propia conducta discrecional.

16) Que en el fallo apelado se efectuó una inadecuada interpretación de las modificaciones contractuales, pues ninguna de ellas prevé el reconocimiento del daño financiero a favor de la contratista. Con particular referencia a la cláusula quinta del convenio celebrado el 1° de noviembre de 1985 a la que aludió la sentencia, no surge de su texto que el rubro pretendido en esta causa haya sido admitido por la comitente “en términos de inequívoco significado” (fs. 608 y 596 vta./597).

En efecto, del hecho de que al suscribir el convenio aludido la contratista haya manifestado que el pago de las sumas allí pactadas implicaba no tener “[...] nada más que reclamar, con la sola excepción del rubro daño financiero” (ver fs. 4 de la carpeta de modificaciones contractuales identificada con la letra B), no se deriva la aceptación por parte de la demandada de esa reserva, en tanto sólo traduce una manifestación de voluntad unilateral hecha por la parte que se considera acreedora al ítem reclamado.

Tampoco cabría inducir –como lo pretende la actora a fs. 20– que ha mediado un reconocimiento del “daño financiero” por parte de la comitente, al suscribir la modificación contractual N° 4 –en especial cláusula 9, punto 1– el 4 de septiembre de 1984.

g) que no resultaron probados los daños reclamados. Ello así, en razón de las siguientes circunstancias:

g.1. no se acreditó que los reconocimientos retroactivos hubieran sido insuficientes para compensar el perjuicio financiero reclamado y mantener de ese modo indemne la remuneración del contratista;

g.2. la prueba pericial no permitió establecer si los importes reclamados indemnizarán al empresario por un daño efectivamente padecido o terminarán por beneficiarlo indebidamente; y

g.3. finalmente, que no existían comprobantes de los préstamos financieros que la actora alegaba haber tomado en el mercado “interempresario” o “interbancario” y a tasa muy elevadas.

2. La minoría

Es sobre el aspecto vinculado a la existencia y prueba del daño reclamado (Capítulo g, anterior) donde las opiniones de los Jueces se dividen y el voto de la minoría no concuerda con el que conformó la mayoría, pues la opinión disidente concluye en que existe perjuicio y éste se encuentra acreditado¹⁴.

Fundamenta su posición en una diferente consideración de los informes y conclusiones periciales y en la particular situación económica en la que se coloca el “capital de giro” de la empresa en un contrato de estas características, cuando –como

¹⁴ Recordemos que la minoría se integró por el voto conjunto de los Doctores Moliné O’ Connor y el voto aislado del doctor Boggiano.

En dicha cláusula, con respecto a la reclamación que la contratista consideraba “una compensación adecuada” por la mora en los pagos en que la comitente “ha incurrido e incurra”, solamente se estableció lo siguiente: “9.1. La Contratista presentará y documentará su reclamo al respecto”; “9.2. ENACE aceptará la facturación que La Contratista presentará [...] referente a la aplicación de la Ley N° 21.392 por mora en pagos anteriores y pendientes de liquidación, las cuales serán actualizadas [...] con la variación experimentada en el índice de Precios al Por Mayor Nivel General-INDEC, todo sin perjuicio de la resolución que se tome al punto 9.1”; “9.3. La mora en los pagos solamente dará derechos a La Contratista a demorar y/o paralizar los trabajos [...]” en los supuestos que allí se detallan. Más aún, en esta cláusula se consignó: “La no resolución del punto 9.1 no dará derecho alguno a la Contratista salvo a la reiteración de su reclamo y recursos correspondientes” (fs. 23 de la carpeta de modificaciones antes aludida).

Conviene agregar que –como se expuso anteriormente– el propósito que tuvieron las partes al modificar varias veces el contrato original fue el de recomponer equitativamente los intereses afectados por la falta de previsión común a ambos contratantes; en consecuencia, las reservas por el daño financiero efectuadas por la actora en la cuarta y quinta modificación (cfr. fs. 4 y 23 del cuaderno referido) sólo pueden vincularse con aquellas facultades que resulten compatibles con el propósito enunciado y no con derechos cuyo ejercicio fuese inconciliable con la manifestación de voluntad común (*Fallos*: 298:265).

17) Que por otra parte, la cámara –al concluir que los pagos efectuados al actor en los términos de la Ley N° 21.392 eran insuficientes para resarcir el perjuicio financiero– no tuvo en cuenta el verdadero contenido de la pretensión y, por ende, se pronunció sobre un aspecto que no guarda relación con la cuestión debatida.

en el caso– lo que se encontraba en discusión era –precisamente– el efecto económico que el tardío reconocimiento de la “distorsión significativa” en los sistemas de variaciones de costos había provocado en el patrimonio de aquella.

Los Doctores Moliné O’ Connor y López –no obstante compartir los fundamentos vertidos en los Considerandos 1° a 16 del voto que conforma la mayoría– apuntan, sin embargo, que debe precisarse lo siguiente:

a) Que la reparación pretendida por la actora no encuentra sustento dentro del acuerdo que unió a las partes, ya que éstas encontraron un modo razonable de recomponer el pacto de conformidad a la legislación aplicable, pero que ello no basta para desechar la demanda “[...] ya que debe determinarse si existe otro perjuicio susceptible de ser indemnizado [...]”, para lo cual se requiere determinar si la actora logró demostrar: el daño aducido, la relación de causalidad entre el hecho y el daño y la prueba efectiva del perjuicio (Considerando 17).

b) Es a partir de allí, y sobre la base de la singular consideración de las conclusiones a las que arribaron merced a la prueba pericial y demás rendida en el expediente, que la disidencia introduce al debate el criterio del deterioro o afectación del capital de trabajo de la empresa actora, en virtud de que el reconocimiento tardío en el que había incurrido la demandada no logró compensar el costo del dinero (Considerando 19).

c) Que se encontraba probado –entonces– que al haber debido la actora cubrir la falta de efectivo con capital de giro de la empresa (recurriendo incluso al crédito bancario y luego a la plaza extrabancaria) existía acreditado un daño, representado por los intereses que la actora pagó para obtener el dinero que no recibió de su contra-

En efecto, en autos no se ha impugnado el sistema de ajuste previsto en dicho régimen para la mora del comitente (ver las inequívocas expresiones de la actora al contestar el recurso ordinario a fs. 642, tercer párrafo y sigs.), sino que se han demandado los daños derivados del cumplimiento de términos contractuales desfavorables.

Con toda nitidez la actora ha dicho que aun cuando en la modificación contractual N° 4 “[...] se ha logrado una debida fórmula de reconocimiento de mayores costos [...]” que prevé “[...] lo que antes no existía, esto es, el corrector financiero, no es menos cierto que esto se produce a tres años y medio de la iniciación de los trabajos”. De manera que, aunque esta fórmula es “[...] retributiva de la inversión [...]” y se aplicó tanto “[...] para el pasado como para el futuro, siempre quedará un aspecto que para el período que nos ocupa fue de sustancial importancia [...]”: “[...] el costo del dinero que Calderas Salcor Caren S.A. no recibió en tiempo y forma” (fs. 16; ver también fs. 17/17 vta. y 20).

De manera que la actora, lejos de discutir aquí “[...] la justicia o injusticia de la Ley N° 21.392” para los pagos producidos en mora (ver expresiones mencionadas en el primer párrafo de este considerando), reclama aquel costo del dinero que –en palabras suyas– constituye un “daño distinto e independiente” (fs. 640 vta.).

18) Que sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal estima conveniente destacar que los daños reclamados no fueron acreditados. En primer término, la comitente reliquidó todos los certificados de acuerdo con las cuatro modificaciones sucesivas del contrato, la última de las cuales contemplaba la fórmula pretendida por la actora (fs. 14 vta.); empero no fue probado que tales reconocimientos retroactivos

tante o que se vio privada de percibir por no disponer libremente de su capital de giro (Considerandos 19, 20, 21, 22).

d) En suma, que la afectación comercial de la actora representa *per se* un daño susceptible de ser reparado y que fue notorio que el daño patrimonial que sufrió la actora redundó en beneficio de la demandada en la medida que afrontó un costo financiero que de otro modo no hubiese afectado a la contratista (Considerando 25).

e) Que “[...] resulta indudable, que el patrimonio comercial de la demandante fue empleado útilmente a favor de la demandada, lo cual impone la reparación del empobrecimiento que ocasionó esa afectación (Artículos 2306 y 2309, Código Civil)” (Considerando 25 citado) y, en consecuencia, “[...] desde esa perspectiva, el empleo del dinero de la actora se convirtió en utilidad de la demandada en cuanto evitó que ésta afectara su propio capital, o acudiera al mercado financiero para procurarse los fondos necesarios. La medida de tal utilidad está, en consecuencia, determinada por el costo financiero que la contratante hubiera soportado en idénticas condiciones” (Considerando 26).

Por su parte, debe señalarse que el voto del doctor Boggiano concuerda –en lo sustancial– con los fundamentos expuestos anteriormente (cfr. en especial Considerandos 21, 22, 23, 24 y 25 de su voto).

IV. EL COSTO FINANCIERO (ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ASUNTO)

No hace falta una mayor explicación acerca de la importancia que el costo del dinero asume en contratos destinados a la ejecución de obras públicas que –además– la mayoría de las veces están llamados a desenvolverse en prolongados períodos.

resultaran insuficientes para compensar el perjuicio financiero reclamado y mantener, de este modo, indemne la remuneración del contratista. Ello es así, en razón de que el perito contador –al responder este aspecto– expresó: “Este perito reitera la dificultad existente para determinar linealmente los efectos que corresponden a determinadas causas [...]” (fs. 470, respuesta a la pregunta undécima), términos que ya había empleado en dos ocasiones; la primera al preguntársele si la demora en aplicar las fórmulas posteriores había deteriorado el capital de giro de la demandante (fs. 469/469 vta., pregunta 6ta.); y la segunda, para indicar la imposibilidad de relacionar la iliquidez de la contratista con la fórmula inicial (fs. 469 vta., pregunta novena). Si bien es cierto que el experto agregó: “Resulta evidente que la actora dejó de percibir sumas de dinero y que para cubrir dichas carencias recurrió al endeudamiento. Surge además del punto 23° del cuestionario de la actora que los intereses pagados, resultan muy significativos en relación a la situación económica de la actora”, tales expresiones son meramente estimativas, por lo que no permiten formar convicción sobre la insuficiencia de los reconocimientos retroactivos.

En suma, a partir de dicho informe no es posible establecer si los importes reclamados en el *sub lite* –en caso de ser admitidos– indemnizarán al empresario por un daño efectivamente padecido o terminarán por beneficiarlo indebidamente.

19) Que a ello cabe agregar que los intereses cuyo cobro se pretende corresponden a préstamos obtenidos por la demandante (fs. 471), de los que no existe comprobante alguno en razón de que habrían sido concertados en el mercado “interempresario” o “interbancario” a tasas muy elevadas (fs. 452 vta., 455,

Tal es su importancia que la regulación nacional (legal y reglamentaria) ha establecido la obligatoriedad de su tratamiento “particularizado” como una especial aplicación del principio rector de la “equidad” que informa al régimen (arg. Art. 6°, Ley N° 12.910, 4° y 7° Decreto N° 2.348/1976, 5° y 6° del derogado Decreto N° 1.619/1986). La propia Procuración del Tesoro de la Nación tiene reiteradamente dicho: “[...] el reconocimiento de los mayores costos es obligatorio para los organismos estatales, siendo inválidas las cláusulas que tienden a negarlo [...] una omisión de los peligros debe ser suplica con aplicación directa de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la cuestión”¹⁵.

Es por tal razón que deben distinguirse las diferentes circunstancias en las que su reconocimiento resulta imperativo, a saber:

a) Costo del dinero por el período de la “inversión”, que va desde que ésta se realiza hasta la medición de los trabajos ejecutados.

Es éste el correspondiente al “plazo de ejecución” de los trabajos; aquél en el que incurre el empresario para obtener la cantidad de dinero necesaria para adquirir materiales, abonar los salarios y cargas sociales del personal, etc. destinados a la obra en el período (mes) y que –previa medición– serán incluidos en el certificado de obra pública correspondiente a dicho período.

b) Costo del dinero por el “período contractual de pago” de los certificados, que corresponde al lapso que va desde la emisión del mismo hasta el pago correspondiente.

¹⁵ Cfr. surge de la doctrina establecida en *Dictámenes*: 81:216; 88:15; 94:118, entre muchos otros.

456 vta., 457 vta., 458 y 471). Por este motivo, el perito no pudo relacionar las tasas registradas en los libros de comercio de la actora –las cuales sirvieron de base para calcular el daño reclamado (cfr. Anexos 9º, 10 y 11 del dictamen pericial)– con ningún préstamo concreto; sólo se limitó a cotejarlas con aquellas que publicaban los diarios y con las que informaron algunas entidades financieras en la causa (fs. 470/470 vta. y 471 vta.). Los únicos elementos aportados por el demandante con el propósito de compensar la falta de documentación respaldatoria son una serie de cuadernos (fs. 25, punto XV), sin rúbrica, algunos de ellos con tiras de máquinas de calcular incorporadas, manuscritos por los propios dependientes del contratista, que sólo cubren una parte del lapso a indemnizar, pues habrían comenzado a llevarse “a partir de fines de 1983, 1984” (fs. 452 vta., 454 vta., respuesta a la sexta pregunta). En atención a la naturaleza de los actos que se pretende probar (Artículo 2246 del Código Civil y Artículos 207, 208 y 209 del Código de Comercio) y a la eficacia probatoria que cabe asignar a los libros de comercio de la actora en el contexto indicado (Artículo 43, *in fine*, del Código de Comercio y Artículo 61 de la Ley N° 19.550) –sobre todo, teniendo en cuenta que la demandada no participa del carácter de comerciante (Artículo 63, primera parte, del Código de Comercio)– no corresponde tener por acreditadas a las operaciones aludidas. De ello se desprende que la estimación del daño efectuada por el experto sobre esas bases (fs. 471 vta. y 472, repuestas a la vigésima y vigésimo primera preguntas, y Anexos 9º, 10 y 11, entre otros, del dictamen pericial) no configura la objetiva evaluación del perjuicio efectivamente sufrido, sino el resultado de una serie de operaciones abstractas sin sustento alguno.

A diferencia del anterior el “costo financiero por el período contractual de pago” se origina en la circunstancia de que al emitirse el pertinente certificado de obra pública, el comitente recibe un “crédito” de su contratista, que “debe” ser cancelado al vencimiento del plazo estipulado en el acuerdo.

En sentido coincidente al expuesto se ha expresado un sector de la doctrina¹⁶, y también la jurisprudencia del Tribunal Arbitral de Obras Públicas¹⁷, aunque no puedo dejar de apuntar la divergente posición que en alguna oportunidad sostuvo la Procuración del Tesoro de la Nación aún cuando en tal ocasión dejó expresamente en claro que no abría juicio sobre la equidad de una solución contraria a la que consideramos más ajustada a la legislación citada¹⁸.

c) Costo del dinero por la “mora” en la cancelación de los créditos del contratista (v. gr. certificados de obra pública, de mayores costos, etc.).

En caso de mora en al cancelación de dichos créditos (v. gr. certificados) corresponde el pago de intereses por la demora en virtud del incumplimiento contractual, supuesto que está regido por disposiciones específicas disposiciones (arg. Art. 48, Ley N° 13.064 –ADLA, VII, 404–)

¹⁶ Cfr. Barra, Rodolfo C., “El reconocimiento de la variación de los costos financieros en el contrato de obra pública”, *El Derecho*, T. 116-835.

¹⁷ Cfr. Fallo 2664 del 30-10-1985, *Revista Régimen de la Administración Pública – Rap*: 100:116, con cita de su precedente recaído en la causa “Eduardo Sánchez Granel, obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ Comisión Nacional de Energía Atómica” (Fallo 2604 del 19-12-1984).

¹⁸ Cfr. Dictamen del 6-11-1984 recaído en Expte. N° 500/1983, Cde. 11 de la Presidencia de la Nación; *Revista Régimen de la Administración Pública – Rap*: 78:75.

Por ello, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Costas por su orden, en atención a la complejidad de las cuestiones debatidas (Artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese y devuélvase.

Julio S. Nazareno - Eduardo Moline O'Connor (en disidencia) - Carlos S. Fayt - Enrique Santiago Petracchi - Antonio Boggiano (en disidencia) - Guillermo A. F. López (en disidencia) - Gustavo A. Bossert - Adolfo Roberto Vázquez.

Disidencia del Señor Vicepresidente doctor Don Eduardo Moline O'Connor y del Señor Ministro doctor Don Guillermo A. F. López.

Considerando:

Que los Considerandos 1° al 16 constituyen la opinión concurrente de los Jueces que suscriben este voto en disidencia con la de los que integran la mayoría.

17) Que, sobre la base de lo expuesto, cabe precisar que la reparación pretendida por la actora no encuentra sustento dentro del marco contractual que unió a las partes ya que, como se dijo, éstas hallaron un modo razonable de recomponer lo pactado de conformidad con la legislación aplicable al caso.

Ello, sin embargo, no basta para rechazar la demanda como lo sostiene la recurrente, ya que debe determinarse si existe otro perjuicio susceptible de ser indemnizado en la forma pretendida por la accionante,

Respecto de esta última cuestión versó la sentencia de la corte que motiva este comentario, en la cual –como quedó dicho– la sentencia de Cámara y el voto minoritario de los miembros del Alto Tribunal son coincidentes en cuanto a que la tardanza en reconocer la verificación de la distorsión significativa preexistente no es completa sino va acompañada del resarcimiento por la demora, para lo cual entendieron que el sistema instituido por la Ley N° 21.392 (*ADLA*, XXXVI-C, 2096) –vigente desde el año 1976 y hasta la sanción de la Ley N° 23.928– no era suficientemente resarcitorio por la demora en los pagos.

Conceptualmente, los tres reconocimientos de mayores costos financieros aludidos no puede asimilarse, pues –como se ha visto– responden a cuestiones diferentes, aun cuando la nota común es la importancia del valor del dinero.

Conviene apuntar –para una mayor comprensión de lo que decimos– que el certificado de obra pública “instrumenta” el crédito que el particular cocontratante contra su comitente, pues –en rigor– el crédito encuentra origen en el cumplimiento de las obligaciones que el contrato puso a su cargo. En tal sentido ha sido conceptualizado por la doctrina como un “[...] documento con ‘finalidad de pago’ o ‘crédito documentado’ que expide la Administración al contratista con motivo de un contrato de obra pública”¹⁹, o como también se ha dicho: “[...] un instrumento fehaciente con el cual se acredita el monto de la obra cuya existencia la Administración ha verificado y mensurado y el *quantum* del crédito pertinente del contratista”²⁰.

¹⁹ Cfr. Dromi, José R., *La licitación pública*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995, 2ª edición actualizada, p. 577.

²⁰ Cfr. Bezzi, Osvaldo M., *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, 1982, p. 173.

para lo cual se requiere determinar si, en el caso, la actora logró demostrar el daño aducido, la relación de causalidad entre el hecho y el daño y la prueba efectiva del perjuicio.

18) Que la demandada sostiene que no se ponderó lo informado en el dictamen pericial con relación a la inclusión del costo financiero en la oferta formulada por la actora al presentarse en la licitación. Cabe señalar al respecto que en la respuesta tercera del cuestionario formulado por la demandada (fs. 473), se aclaró que si bien el costo financiero formó parte del precio que la actora cotizó en la licitación, éste sólo cubriría el lapso existente entre la efectiva realización de la inversión y “el tiempo de cobro definido contractualmente, al que se obligaba la demandada”.

Por consiguiente, el agravio de la demandada no puede prosperar, ya que la previsión por ella invocada no se proyecta sobre los períodos que son objeto del reclamo. Resulta evidente que, al haber sido modificado el contrato cinco veces, sus términos no pudieron contemplar la incidencia de un eventual costo financiero producido por circunstancias sobrevivientes a su concertación.

19) Que, en lo relativo a la existencia del costo financiero originado en la tardía recomposición del contrato, cabe puntualizar que, según surge del informe pericial presentado en la causa, “hasta arribar a la última modificación contractual, las anteriores no resolvían adecuadamente la incidencia de los mayores costos” (respuesta a 5a. pregunta, *in fine*, fs. 469).

Dijo también el experto que el reconocimiento de la mora en que había incurrido la demandada no había compensado el costo del dinero (fs. 470/470 vta. pregunta 13).

En el orden de la legislación nacional, la cuestión vinculada al tratamiento “particularizado” del costo financiero en la obra pública está regida por expresas estipulaciones (v. gr. Arts. 4° y 7°, Decreto N° 2.348/1976) que se vieron ratificadas –si es que cabía– por las disposiciones contenidas en los Artículos 5° y 6° del Decreto N° 1.619/1986, reglamento –este último– que rigió hasta el dictado del Decreto N° 2.140/1991, reglamentario –a su vez– de la Ley N° 23.982 (ADLA, XLVI-D, 4147; LI-D, 3996; LI-C, 2898) de “consolidación del pasivo público”.

Los antecedentes de la causa confirman la caracterización llevada a cabo, aunque por las especiales circunstancias que la rodearon (en especial el objeto demandado por la actora y la prueba rendida) la mayoría de los miembros del tribunal se haya inclinado por considera que el “daño financiero” reclamado no se encontraba acreditado.

En efecto, la sentencia de la Corte recaída en la causa analizada en modo alguno reniega de esta diferente caracterización del “costo financiero” en el contrato de obra pública, que hemos llevado a cabo no sólo desde la perspectiva de las diferentes normas involucradas, sino y fundamentalmente a partir de la realidad económica que gobierna la cuestión y del principio de “equidad” que inspira el régimen teniendo especialmente presente que esa “realidad” indica que toda incertidumbre en la conformación del precio se traslada –fatalmente– al precio que la comunidad en definitiva solventa y que el mejor modo de evitarlo es confiriéndole la mayor transparencia posible al proceso de su formación.

Requerido el perito para que indicase si la diferencia reconocida más tarde por la demandada fue sufrida por la actora en demérito de su capital de trabajo o en la obtención de créditos, descuentos u otro sistema adoptado por la actora, respondió que, aunque le resultaba difícil “determinar, linealmente, los efectos que corresponden a determinadas causas”, la aplicación de las distintas fórmulas a un mismo valor base, arroja resultados diferentes.

Concluyó el perito que “de haberse aplicado la modificación N° 4 a la fórmula de mayores costos, en la oportunidad de la aplicación de la fórmula original, la actora hubiera contado con mayor capital de trabajo.” (fs. 469/469 vta.).

20) Que de las actas de directorio y documentación contable surge que la falta de efectivo sufrida por la actora se cubrió parcialmente con capital de giro de la empresa, que después se recurrió a la plaza bancaria con esa finalidad y posteriormente a los préstamos obtenidos en la plaza extrabancaria (Anexo 5° del dictamen pericial contable).

21) Que, en orden a lo expuesto, se encuentra probado en la causa que la actora sufrió una merma en la disponibilidad de capital, atribuible al desequilibrio provocado por la falta de compensación de las diferencias reconocidas al reformularse el contrato. Para superar esas deficiencias de efectivo, aportó fondos propios o tomados en el mercado, a las diferentes tasas que regían en plaza, según la oportunidad y las condiciones en que tales fondos eran solicitados y los créditos concedidos.

22) Que con tales elementos de juicio ha quedado debidamente demostrado que la actora sufrió un daño, representado por los intereses que pagó para obtener el dinero que no recibió de su contratante, o que se vio privada de percibir por no disponer libremente de su capital de giro.

Resulta evidente que la privación de tales sumas como consecuencia del tardío reconocimiento de que le eran adeudadas, trajo como consecuencia el compromiso del capital propio de la demandante y –después– la necesidad de recurrir al endeudamiento, originándose de tal modo un perjuicio que –como se dijo– no pudo ser compensado por medio de la mecánica de reajuste prevista en la Ley N° 21.392.

23) Que, en tal sentido, la afectación del patrimonio comercial de la actora –en disponibilidades de capital o por la obtención de créditos en la plaza financiera– representa *per se* un daño susceptible de ser reparado, más allá de la prueba concreta de cada una de las operaciones concertadas para el aporte de fondos, ya que cada uno de los componentes de ese patrimonio se encuentra destinado al fin de lucro, y la desviación de tal propósito ocasiona una pérdida que se traduce, en principio, en la falta de los réditos generados por el dinero de que se dispuso en beneficio ajeno.

24) Que, en orden a determinar el grado de responsabilidad que compete a la demandada en la atención de tales perjuicios, debe tenerse en cuenta que –como se dijo *supra*– la falta de previsión adecuada de las condiciones contractuales es una circunstancia a la que no resulta ajena la demandante, de modo que no existe un nexo causal que permita atribuir la producción de esos daños en forma exclusiva a la conducta de la contratante.

25) Que, sin perjuicio de lo expuesto, es notorio que el deterioro patrimonial que sufrió la actora redundó en beneficio de la demandada, en la medida en que afrontó un costo financiero que, de otro modo, hubiese afectado a la contratista. En tal sentido, resulta indudable que el patrimonio comercial de la demandante fue empleado útilmente en favor de la demandada, lo cual impone la reparación del empobrecimiento que ocasionó esa afectación (Artículos 2306 y 2309 del Código Civil).

26) Que, desde esa perspectiva, el empleo del dinero de la actora se convirtió en utilidad de la demandada en cuanto evitó que ésta afectara su propio capital, o acudiera al mercado financiero para procurarse los fondos necesarios. La medida de tal utilidad está, en consecuencia, determinada por el costo financiero que la contratante hubiese soportado en idénticas condiciones.

A esos fines, las circunstancias particulares en que se vio inmersa la actora, en virtud de las cuales tomó créditos a tasas muy elevadas a causa del margen de endeudamiento creciente y de las dificultades

patrimoniales que afrontaba, no son oponibles a la demandada, en tanto no inciden en su propia posición personal, aspecto que constituye una de las pautas básicas para medir la reparación adeudada.

27) Que, por consiguiente, cabe prescindir de las tasas establecidas en los préstamos tomados por la actora conforme a sus registraciones contables, que –según informa el perito– en general “corresponden a operaciones realizadas por empresas de segunda línea y fuera del mercado bancario, en especial con mesas de dinero o en el mercado interempresario” (fs. 470 vta., respuesta a la 14a. pregunta).

Deben, en cambio, medirse las diferencias entre el ajuste efectivamente realizado y las tasas vigentes en el mercado, según las aplicadas por el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días, tomando la tasa regulada en los períodos en que haya regido en el mercado financiero, solución adecuada conforme a la naturaleza del ente contratante. Las diferencias así obtenidas, se incrementarán desde la fecha en que cada una de ellas haya sido determinada, con los intereses que cobró el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días, a tasa regulada, en los períodos en que haya sido de aplicación.

28) Que si bien la capitalización mensual constituye una práctica usual en el mercado, seguida aun en épocas en que rigieron altísimas tasas de interés, esta Corte ha sostenido en forma reiterada que tal método sólo constituye un arbitrio tendiente a obtener una ponderación objetiva de la realidad económica, pero ha advertido que cuando el resultado logrado se vuelve objetivamente injusto, debe ser dejado de lado, en tanto dicha realidad debe prevalecer sobre abstractas fórmulas matemáticas (*Fallos*: 315:2980).

29) Que, igualmente, ha dicho este Tribunal que la capitalización de intereses no puede ser admitida cuando su aplicación –máxime cuando se efectúa en forma permanente y por lapsos breves– lleva a una consecuencia patrimonial que equivale a un despojo del deudor, acrecentando su obligación hasta un límite que excede los límites de la moral y las buenas costumbres (D.451.XXVIII, “Delpech, Fernando Francisco c/ Heller, Juan Sebastián y otra”, fallada el 6 de julio de 1995; en el mismo sentido: S.166.XXIV, “Sequeiros, Eduardo Ricardo c/ Miranda, Héctor Alejandro y otro”, fallada el 14 de diciembre de 1993).

30) Que tal es lo que acontece en el *sub lite*, ya que la aplicación de las tasas de interés vigentes en el mercado durante lapsos muy superiores a los que corresponden a una operación financiera usual, lleva a una severa distorsión si se capitalizan mensualmente, a punto tal que su resultado final aparece absolutamente desvinculado de la magnitud de la operación originaria.

Cabe recordar que, en el caso, sólo se persigue la reparación del daño financiero causado por la falta de oportuna adecuación de los términos económicos de un contrato que se encuentra íntegramente cumplido, inclusive en lo que respecta a las actualizaciones debidas como consecuencia de la mora de la contratante, por lo que en modo alguno esa reparación podría traducirse en un equivalente dinerario totalmente alejado de las prestaciones convenidas por las partes.

Por ello, en el aspecto *sub examine*, serán admitidos los agravios de la demandada.

31) Que la eventual aplicación al caso de lo previsto en la Ley N° 24.283, planteada por la demandada en su presentación de fs. 843/849 vta., deberá ser propuesta en la oportunidad pertinente, ante los tribunales de la causa.

32) Que las consideraciones expuestas tornan inconducente el tratamiento de los restantes agravios formulados, ya que su suerte no habría de incidir en el sentido de la decisión adoptada.

Por ello, se confirma la sentencia recurrida en lo principal que decide, y se la modifica en lo relativo al monto de la condena, que deberá ser determinado de conformidad con lo establecido en los Considerandos 27 a 30 de la presente. Las costas se imponen, en esta instancia, en el orden causado, en orden al resultado del recurso y a las particularidades del caso. Notifíquese y devuélvase.

Eduardo Moline O'Connor - Guillermo A. F. López.

Disidencia del Señor Ministro doctor Don Antonio Boggiano.

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto admitió el daño financiero reclamado por la actora en relación al contrato suscripto con ENACE, por cuenta y orden de la Comisión Nacional de Energía Atómica, y la modificó respecto al modo de repotenciar el daño desde la cancelación de cada factura hasta su efectivo pago.

Contra tal pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso ordinario de apelación, que fue concedido a fs. 616 y fundado a fs. 619/635.

2°) Que el recurso es formalmente procedente toda vez que se trata de una sentencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación es parte, y el valor cuestionado actualizado a la fecha de la interposición de la apelación, supera el mínimo establecido en el Artículo 24, inciso 6°, del Secreto Ley N° 1.285/1958, modificado según la Ley N° 21.708 y Resolución N° 552/1989 de esta Corte.

3°) Que la actora sostuvo en su demanda que las características de la obra –encaminada a conformar la esfera de contención para la Central Nuclear Atucha– hicieron necesaria la incorporación de numerosos adicionales de alta complejidad técnica que alteraron los planes de obra y en sucesivas modificaciones, se fueron solucionando aspectos referentes a la forma de calcular mayores costos. Señaló que estos reconocimientos fueron tardíos y generaron un daño financiero de alta significación para la contratista el cual estaba representado por el costo del dinero que no se recibió y que hubo de obtenerse del propio giro comercial de la actora y luego de la plaza bancaria.

4°) Que, al admitir la demanda, el juez de primera instancia tuvo en cuenta que durante el contrato se firmaron cinco modificaciones reformulando la mecánica para calcular mayores costos, reconociendo en ellas la administración las reales condiciones de ejecución, así como los ajustes y correcciones que no fueron adecuadamente previsibles en origen.

Estimó que el convenio de una nueva mecánica de variaciones de costos sustituyendo a la originaria, así como para evaluar los numerosos adicionales incorporados a la obra, implicó que la demandada encontró acreditada la existencia de distorsiones de tal magnitud que desquiciaron la economía del contrato. Agregó que la misma comitente reconoció que este daño no se encontraba cubierto con las reformulaciones efectuadas al firmar la quinta modificación en la que pactó específicamente la reserva del daño financiero.

5°) Que, para admitir la pretensión, tuvo especialmente en cuenta el informe pericial del que surgía la pertinencia del reclamo y su cuantificación, representado por la diferencia entre el costo real del dinero cobrado en menos en cada oportunidad por el contratista y la actualización e intereses reconocidos en los términos de la Ley N° 21.392.

6°) Que el sentenciante sostuvo que en el Anexo 10 el perito capitalizaba en períodos de 30 días las diferencias no cobradas en su momento, desde la fecha en que hubieran debido pagarse y hasta la fecha en que fueron reconocidas, con su actualización e intereses en los términos de la Ley N° 21.392. Si bien se adicionaban cada 30 días los intereses a las diferencias no percibidas y se calculaban nuevos intereses sobre el resultado de la adición, incurriéndose así en una suerte de anatocismo, ésta era la forma en que, como era público y notorio, se procedía en el mercado financiero.

7°) Que, finalmente, en cuanto a la actualización y a los efectos de potenciar ese daño financiero hasta su efectivo pago, entendió que no obraban en autos elementos jurídicos ni suficiente análisis del tema que permitiera apartarse de la Ley N° 21.392, teniendo en cuenta que de su texto no surgían exclusiones.

8°) Que, al confirmar lo resuelto en la instancia anterior, el *a quo* sostuvo que no debía confundirse, como lo hacía la demandada, lo que por un lado constituía el reajuste del precio de la obra originalmente convenido, con los daños que ocasionó ese tardío reconocimiento. Agregó que la recomposición del contrato si bien contuvo un reconocimiento de los mayores costos, no incluyó el daño financiero que

soportó la actora con motivo de la aplicación de fórmulas de ajuste dejadas de lado retroactivamente –lo cual sí importó un reconocimiento de su falta de adecuación a la realidad económica del contrato– máxime si se tenía en cuenta que su reclamo en concepto de daño había sido expresamente reservado en la negociación.

9°) Que desestimó el agravio de la demandada referente a que se habría violado el principio de igualdad de los oferentes, pues entendió que las sucesivas renegociaciones del contrato que vinculaba a ambas partes importaron una modificación sustancial en los términos del convenio, de modo tal que ninguno de los oferentes se hallaba en situación equiparable a la actora.

10) Que, con relación al agravio dirigido a cuestionar el apartamiento de la Ley N° 21.392, el tribunal consideró que al renegociar el contrato las partes eligieron un procedimiento para restablecer el equilibrio de las prestaciones, que no pudo tener la virtualidad de impedir que para las situaciones no previstas en el convenio se apliquen procedimientos establecidos en disposiciones vigentes. La contratista se vio constreñida a causa de las demoras de la comitente en el pago de las cuotas, por imperio de las circunstancias propias del momento, a contraer obligaciones que no podían ser enjugadas en su real magnitud mediante la aplicación de dicho texto legal.

11) Que rechazó la tacha de arbitrariedad en cuanto a la apreciación de la prueba y la queja referente a que se trataba de una “suerte de anatocismo” en el modo de capitalizar los intereses pues, a su juicio, no se trataba en el caso de liquidar intereses sobre intereses, según la definición legal, sino tan sólo de establecer un método que permitiera alcanzar la reparación integral de los perjuicios sufridos a que tenía derecho la actora.

12) Que, finalmente, admitió la queja de la actora por entender que nada autorizaba a establecer topes temporales sin una explicación valedera que justificara la modificación que introducía el sentenciante; máxime si se admitió la insuficiencia de la recomposición que pudiera obtenerse a través del reajuste regulado por la Ley N° 21.392.

13) Que en su memorial la demandada se agravia –en lo sustancial– por cuanto el tribunal: a) otorga a las reservas un alcance que no tienen; b) se aparta del régimen legal, el cual no fue tachado de inconstitucional por la actora ni demostrada su irrepresentatividad; c) no se probó el daño aducido; d) resta importancia a que, de acuerdo con el informe pericial, la actora incluyó el daño financiero al ofertar violando así el principio de igualdad de los oferentes; e) realiza una tergiversada interpretación de las cláusulas de las sucesivas renegociaciones y formula una valoración arbitraria al no considerar la documental en su integridad; f) ambos magistrados ampararon el anatocismo, vulnerando así el Artículo 623 del Código Civil; g) admite el agravio de la demandada –en cuanto al modo de repotenciar el daño desde la cancelación de cada factura hasta el efectivo pago– violando el régimen de actualización de deudas previsto en la ley.

14) Que, de manera preliminar, cabe señalar que el tribunal no interpretó –como sostiene el recurrente– que la existencia de las reservas contenidas en las negociaciones implicó un reconocimiento del rubro reclamado sino que, de acuerdo a lo convenido por las partes, el daño financiero había sido expresamente excluido de la negociación y que, por otra parte –determinante para resolver la cuestión– la admisión de la demanda no resultaba de la interpretación otorgada a tales reservas sino de la prueba rendida en la causa, en especial el informe pericial, del que surgía de modo manifiesto el perjuicio sufrido por la actora.

15) Que no se encuentra en discusión que el contrato original sufrió cinco modificaciones, que como parte de esas modificaciones se varió la forma de calcular los mayores costos y que recién con la cuarta modificación se logró una fórmula para el reconocimiento de los mayores costos que incorporó un factor financiero desagregado. Lo que se discute en autos es si ese reconocimiento tardío originó un daño que la comitente deba reparar y que la actora alega está representado por la diferencia entre el costo real del dinero –dinero que la actora se habría visto obligada a obtener del crédito privado– y lo que recibió de la demandada con los accesorios de la Ley N° 21.392.

16) Que mientras la contratista sostiene que las sucesivas renegociaciones no cubrieron el daño financiero, no obstante haber sido aplicadas desde el origen de la relación contractual, en la medida en que hasta arribar a la última modificación las anteriores no resolvían adecuadamente la incidencia de los mayores costos, la demandada entiende que abonó a la contratista las sumas que en tales conceptos le adeudaba a la actora aplicando la actualización prevista en la Ley N° 21.392 con los intereses en ella estipulados.

17) Que toda vez que la indemnización de daños y perjuicios lleva implícita la realidad de los mismos, y que su determinación requiere la comprobación de tal extremo (*Fallos*: 273:269; 302:1339), corresponde determinar si en el caso la actora logró demostrar el daño aducido, la relación de causalidad entre el hecho y el daño y la prueba efectiva del perjuicio. Ello por cuanto, si bien cabe admitir en ciertas condiciones el reclamo de perjuicios financieros derivados de la mora del deudor, se requiere para ello su concreta demostración.

18) Que la demandada sostiene que no se ponderó lo informado en el dictamen pericial con relación a la inclusión del costo financiero en la oferta formulada por la actora al presentarse en la licitación. Cabe señalar al respecto que en la respuesta 3a del cuestionario formulado por la demandada (fs. 473), se aclaró que si bien el costo financiero formó parte del precio que la actora cotizó en la licitación, éste sólo cubría el lapso existente entre la efectiva realización de la inversión y “el tiempo de cobro definido contractualmente al que se obligaba la demandada”.

Por consiguiente, el agravio de la demandada no puede prosperar, ya que la previsión por ella invocada no se proyecta sobre los períodos que son objeto del reclamo.

Resulta evidente que, al haber sido modificado el contrato cinco veces, sus términos no pudieron contemplar la incidencia de un eventual costo financiero producido por las circunstancias sobrevivientes a su concertación.

19) Que, en lo relativo a la existencia del costo financiero originado en la tardía recomposición del contrato, cabe puntualizar que, según surge del informe pericial presentado en la causa, “hasta arribar a la última modificación contractual, las anteriores no resolvían adecuadamente la incidencia de los mayores costos” (respuesta 5a pregunta, *in fine*, fs. 469).

Dijo también el experto que el reconocimiento de la mora en que había incurrido la demandada no había compensado el costo del dinero (fs. 470/470 vta., pregunta 13).

Requerido el perito para que indicase si la diferencia reconocida más tarde por la demandada fue sufrida por la actora en demérito de su capital de trabajo o en la obtención de créditos, descuentos, u otro sistema adoptado por la actora, respondió que aunque le resultaba difícil “determinar, linealmente, los efectos que corresponden a determinadas causas”, la aplicación de las distintas fórmulas a un mismo valor base, arroja resultados diferentes. Concluyó el perito que: “de haberse aplicado la modificación N° 4 a la fórmula de mayores costos, en la oportunidad de la aplicación de la fórmula original, la actora hubiera contado con mayor capital de trabajo” (fs. 469/469 vta.).

20) Que de las actas de directorio y documentación contable surge que la falta de efectivo sufrida por la actora se cubrió parcialmente con capital de giro de la empresa, que después se recurrió a la plaza bancaria con esa finalidad y posteriormente a los préstamos obtenidos en la plaza extrabancaria (Anexo 5° del dictamen pericial contable).

21) Que, en orden a lo expuesto, se encuentra probado en la causa que la actora sufrió una merma en la disponibilidad de capital, atribuible al desequilibrio provocado por la falta de compensación de las diferencias reconocidas al reformularse el contrato. Para superar esas deficiencias de efectivo, aportó fondos propios o tomados en el mercado, a las diferentes tasas que regían en plaza, según la oportunidad y las condiciones en que tales fondos eran solicitados y los créditos concedidos.

22) Que con tales elementos de juicio ha quedado debidamente demostrado que la actora sufrió un daño, representado por los intereses que pagó para obtener el dinero que no recibió de su contratante, o que se vio privada de percibir por no disponer libremente de su capital de giro.

Resulta evidente que la privación de tales sumas como consecuencia del tardío reconocimiento de que le eran adeudadas, trajo como consecuencia el compromiso del capital propio de la demandante y –después– la necesidad de recurrir al endeudamiento, originándose de tal modo un perjuicio que –como se dijo– no pudo ser compensado por medio de la mecánica de reajuste prevista en la Ley N° 21.392.

23) Que en tal sentido la afectación del patrimonio comercial de la actora –en disponibilidades de capital o por la obtención de créditos en la plaza financiera– representa *per se* un daño susceptible de ser reparado, más allá de la prueba concreta de cada una de las operaciones concertadas para el aporte de fondos, ya que cada uno de los componentes de ese patrimonio se encuentra destinado al fin de lucro y la desviación de tal propósito ocasiona una pérdida que se traduce, en principio, en la falta de los réditos generados por el dinero de que se dispuso en beneficio ajeno.

24) Que es notorio que el deterioro patrimonial que sufrió la actora redundó en beneficio de la demandada en la medida en que aquélla afrontó un costo financiero que de otro modo hubiese afectado a la comitente. En tal sentido, resulta indudable que el patrimonio comercial de la demandante fue empleado útilmente en favor de la demandada, lo cual impone la reparación del empobrecimiento que ocasionó esa afectación (Artículos 2306 y 2309 del Código Civil).

25) Que desde esa perspectiva, el empleo del dinero de la actora se convirtió en utilidad de la demandada en cuanto evitó que ésta afectara su propio capital, o acudiera al mercado financiero para procurarse los fondos necesarios.

La medida de tal utilidad está, en consecuencia, determinada por el costo financiero que la comitente hubiera soportado en idénticas condiciones.

A esos fines, las circunstancias particulares en que se vio inmersa la actora, en virtud de las cuales tomó créditos a tasas muy elevadas a causa del margen de endeudamiento creciente y de las dificultades patrimoniales que afrontaba, no son oponibles a la demandada en tanto no inciden en su propia posición personal, aspecto que constituye una de las pautas básicas de la reparación adeudada.

26) Que por consiguiente cabe prescindir de las tasas establecidas en los préstamos tomados por la actora conforme a sus registraciones contables, que –según informa el perito– en general “corresponden a operaciones realizadas por empresas de segunda línea y fuera del mercado bancario, en especial con mesas de dinero o en el mercado interempresario” (fs. 470 vta., respuesta a la 14ª pregunta).

Deben, en cambio, medirse las diferencias entre el ajuste efectivamente realizado y las tasas vigentes en el mercado, según las aplicadas por el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a 30 días, tomando la tasa regulada en los períodos en que haya regido en el mercado financiero, solución adecuada conforme a la naturaleza del ente contratante. Las diferencias así obtenidas, se incrementarán desde la fecha en que cada una de ellas haya sido determinada, con los intereses que cobró el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a 30 días, a tasa regulada, en los períodos en que haya sido de aplicación.

27) Que si bien la capitalización mensual constituye una práctica usual en el mercado, seguida aun en épocas en que rigieron altísimas tasas de interés, esta Corte ha sostenido en forma reiterada que tal método sólo constituye un arbitrio tendiente a obtener una ponderación objetiva de la realidad económica, pero ha advertido que cuando el resultado logrado se vuelve objetivamente injusto, debe ser dejado de lado, en tanto dicha realidad debe prevalecer sobre abstractas fórmulas matemáticas (*Fallos*: 315:2980).

28) Que, igualmente, ha dicho este Tribunal que la capitalización permanente y en breves lapsos lleva a una consecuencia patrimonial equivalente a un despojo del deudor, cuya obligación no puede exceder el crédito actualizado –en el caso, de acuerdo a la Ley N° 21.392– con un interés que no trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres (Artículos 953 y 1071 del Código Civil, cfr. *Fallos*: 315:2980, cit.).

29) Que tal es lo que acontece en el *sub lite*, ya que la aplicación de las tasas de interés en el mercado durante lapsos muy superiores a los que corresponden a una operación financiera usual sobre montos actualizados lleva a una severa distorsión si los intereses se capitalizan mensualmente, a punto tal que su resultado final aparece absolutamente desvinculado de la magnitud de la operación originaria.

Por ello, en el aspecto *sub examine*, serán admitidos los agravios de la demandada.

30) Que la eventual aplicación al caso de autos de la Ley N° 24.283, planteada por la demandada en su presentación de fs. 843/849 vta., deberá ser propuesta, en la oportunidad pertinente, ante los tribunales de la causa.

Por ello, se confirma la sentencia recurrida en lo principal que decide y se la modifica en lo relativo al monto de la condena, que deberá ser determinado de conformidad con lo establecido en los Considerandos 26 al 29. Las costas se imponen, en esta instancia, en el orden causado, en orden al resultado del recurso y a las particularidades del caso. Notifíquese y devuélvase.

Antonio Boggiano.