



ACUERDO NRO. 38 En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los treinta y uno (31) días de octubre de dos mil dieciocho, se reúne en Acuerdo la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia con los señores vocales doctores **EVALDO D. MOYA** y **ROBERTO G. BUSAMIA**, con la intervención de la Secretaria Civil Subrogante, doctora **LUISA A. BERMÚDEZ**, para dictar sentencia en los autos caratulados "**INDIMET S.R.L. c/ TOTAL AUSTRAL S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS RES. CONTRACTUAL PARTICULARES**" (**Expediente JNQCII N°434498 - Año 2010**) en trámite ante la mencionada Secretaría de la Actuaría.

ANTECEDENTES:

La parte actora -a fs. 1498/1517- dedujo recurso por Inaplicabilidad de Ley, con fundamento en el artículo 15 inciso c) de la Ley 1406, contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Neuquén -Sala I-, que confirmó la sentencia de Primera Instancia, y en consecuencia, rechazó la demanda contra Total Austral S.A., imponiendo las costas del juicio a la actora vencida.

Corrido el traslado, a fs. 1522/1528 vta. contestó la contraria, solicitando se declare inadmisibles, o en su caso, improcedente la impugnación.

A través de la Resolución Interlocutoria N° 200/16, se declaró admisible el recurso deducido.

A fs. 1541/1543 vta. obra dictamen del Sr. Fiscal General ante el Cuerpo, quien propició la improcedencia del recurso intentado.

Firme la providencia de autos y efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que, esta Sala Civil resolvió plantear y votar las siguientes



CUESTIONES: I) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley? II) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? III) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. **ROBERTO G. BUSAMIA** dice:

I. Para comenzar el análisis, es necesario sintetizar los extremos relevantes de la causa, de cara a los concretos motivos que sustentan la impugnación extraordinaria planteada por la parte actora.

1. A fs. 216/229 vta. la empresa INDIMET S.R.L., a través de su letrado apoderado, promovió acción de daños y perjuicios contra TOTAL AUSTRAL S.A.

Sustentó la pretensión en la resolución unilateral y sin invocación de causa que hiciera la parte demandada del contrato que las uniera.

Manifestó que su representada es una empresa cuya actividad principal consiste en la prestación de servicios de movimiento de suelo, voladuras con explosivos, construcción de caminos y lo que se denomina ejecución de locaciones para las actividades de exploración y explotación hidrocarburíferas.

Señaló que a partir del año 2004, su mandante fue contratada para la ejecución de distintas locaciones en el área "Aguada Pichana", y hasta agosto de 2008 -fecha de suscripción del contrato que origina este proceso- se vincularon contractualmente mediante la ejecución de trabajos específicos, sin que ésta tuviera exclusividad alguna para realizar trabajos dentro del área.

Relató que en el mes de junio de 2008, su mandante participó de la licitación del servicio de construcción de locaciones en Aguada Pichana, realizada por la accionada.

Continuó, que en el Pliego de Condiciones se detallaba la descripción del servicio a ejecutar y el plan de perforación, las características técnicas de las distintas locaciones, piletas de lodo, bodegas y caminos que deberían



ser ejecutadas por el contratista durante el plazo de vigencia del contrato y otras exigencias del servicio.

Manifestó que en el Anexo D) -Descripción del Servicio y Planillas de Cotización- del Pliego, se consignó que la duración del servicio a contratar sería de 24 meses contados a partir de la fecha de inicio, con opción a prórroga de 12 meses más.

Añadió que el Anexo E) -Estructura de Costos del Servicio- contenía una descripción detallada de la composición del costo de cada uno de los servicios contratados por el oferente, y que dicha estructura de costos se integraba con 3 ítems: 1º) costo de la mano de obra (personal a cargo del contratista); 2º) equipos (máquinas viales, vehículos de carga y transporte) y 3º) herramientas y consumibles (combustibles y lubricantes).

Refirió que el precio cotizado -sin impuestos- debía ser el resultado de la sumatoria de esos tres ítems (mano de obra, equipos y consumibles) más la utilidad que la empresa contratista esperaba obtener, la que se debía cotizar y especificar para la ejecución de cada obra.

Narró que como consecuencia de dicho concurso de precios, se instrumentó el contrato que fue individualizado como Propuesta de Oferta N° ON/AP/4600001576 -Servicio de Construcción de locaciones en Aguada Pichana- y que estableció un plazo de duración de 24 meses, una serie indeterminada de trabajos a ejecutar durante su vigencia y la exclusividad de la contratista para la realización de las locaciones dentro del área.

Agregó que también se estableció una cláusula de reajuste equitativo del precio, que operaba cuando el valor presupuestado por la contratista resultare excesivamente oneroso para alguna de las partes.



Manifestó que el contrato fue predeterminado por la demandada y recogió los valores cotizados por su mandante para cada obra.

Añadió que es un típico contrato de locación de obra con objeto variable y plazo determinado de vigencia -dos años desde la fecha de inicio, 19/08/2008- en el que originalmente se preveía la construcción de veintiséis locaciones (8 firmes y 18 contingentes), pero que en realidad -dijo- hasta el momento de ser rescindido en forma anticipada por la accionada, había superado la cantidad de locaciones previstas inicialmente.

Además, refirió que la cláusula cuarta contenía una enumeración detallada de los precios de las obras y servicios que debía ejecutar el contratista, indicando en cada caso, en base a una unidad de medida determinada (m², m³, metro lineal, km, etc), y las tarifas por movilización y desmovilización de los equipos, el precio de las alcantarillas a construir, cartelería a colocar, entre otros datos.

Agregó que en dicha cláusula, el punto 4.1 fijó pautas para tarifar los eventuales trabajos adicionales, como así también la posibilidad de reajustar el valor de las prestaciones, estableciendo en su parte final que los precios regirán hasta el fin del servicio, salvo que por causas externas al control de las partes el valor de las prestaciones se tornara excesivamente oneroso para alguna de ellas, en cuyo caso la parte afectada podría solicitar la negociación de un reajuste equitativo del precio.

Manifestó que la inclusión de esta cláusula dejó abierta la posibilidad de reajustar la tarifa del servicio durante la vigencia de la relación contractual.

Relató que al formalizar la propuesta, su mandante informó por nota la incidencia porcentual de cada uno de esos tres ítems en el costo final del servicio y los valores referenciales vigentes al momento de formalizar su propuesta



económica, asignando al ítem mano de obra una incidencia del 30% sobre el costo total del servicio, tomando como base para el cálculo de la tarifa el valor del salario básico de un maquinista categoría H del sindicato de Petroleros Privados, al mes de junio de 2008, que ascendía a \$ 2.539,90.

A los otros dos ítems -añadió- se les otorgó una incidencia del 35% a cada uno en el costo final del servicio. Los valores de referencia para estos casos -dijo- fueron para los equipos, el precio del dólar estadounidense vendedor al día 26/06/08 de \$3,05 y para los consumibles el valor del litro de Gas Oil al 21/06/08 de \$2,143.

Mencionó que el contrato fue ejecutado sin inconvenientes desde el 19/08/2008 hasta el 07/05/2010, fecha en la que fue resuelto por la demandada sin invocación de causa.

Indicó que su representada realizó satisfactoriamente un número total de cuarenta y cinco locaciones, abonando la contraria el precio del servicio conforme a las tarifas originalmente presupuestadas, sin que las modificaciones que fueron experimentando las distintas variables que componían el costo del servicio, fueran reconocidas, a excepción del incremento en el ítem mano de obra.

Señaló que la demandada se negó en forma sistemática a reconocer un reajuste de la tarifa que contemplara la variación que experimentaron durante la vigencia del contrato los ítems equipos y consumibles.

Relató que durante todo el plazo del contrato se admitieron tres enmiendas, que significaron en dos de los casos el reajuste de las tarifas del servicio para absorber los incrementos en los haberes que durante el mismo período, fueron otorgados a los trabajadores petroleros y, por la restante, se incorporaron al contrato los precios de nuevas construcciones que por sus particularidades técnicas o de



ubicación, no habían sido previstas en la convocatoria de cotización.

Manifestó que a febrero/marzo de 2010, el valor del dólar estadounidense se había incrementado en un treinta por ciento (30%), y los demás insumos consumibles en más de un cincuenta por ciento (50%).

Señaló que la demandada se negó infundadamente a cumplir con su obligación de reajuste, lo que motivó que su mandante se lo solicitara formalmente el 30/04/2010, y como consecuencia de ello, recibió la comunicación que a partir de ese mismo día -07/05/2018- daban por finalizados los servicios.

Relató el intercambio epistolar entre las partes, y afirmó que la posición de la contraria de considerar que no se había comunicado una rescisión anticipada del contrato, sino que no se le efectuarían nuevos pedidos de servicios, solo podría entenderse desde la perspectiva del cese total de actividades en el área Aguada Pichana.

Continuó su exposición manifestando que pocos días después de haber extinguido el vínculo contractual, la accionada adjudicó en forma directa el servicio a la empresa CN Sapag S.A., y que luego efectuó una nueva convocatoria de la que resultó adjudicataria la empresa Servipet S.A., quien absorbió gran parte del personal que se había desempeñado para su mandante, y que se hizo cargo en forma inmediata y con tarifas muy superiores.

Denunció que la demandada intentó extender su posición dominante, exigiéndole con carácter previo a que la nueva contratista absorbiera el personal, la retractación de las misivas enviadas, cuestión que -afirmó- no hizo.

Aseveró que la conducta asumida configura un típico caso de abuso de derecho en los términos del artículo 1071 del Código Civil de la Nación, derivado de su posición de parte dominante en el contrato.



Reclamó el lucro cesante y daño emergente por la rescisión anticipada del contrato, además de los mayores costos generados durante su vigencia.

2. Corrido el traslado pertinente, a fs. 881/897 se presentó la demandada, Total Austral S.A.

Luego de las negativas de rigor, calificó de falso que su parte haya hecho uso abusivo de su posición y, en consecuencia, rescindido el contrato en forma unilateral, intempestiva y sin causa.

Sostuvo que a fin de asegurar la máxima eficiencia en el proceso de producción, su representada decidió celebrar -previa licitación-, un convenio marco que le permitiera recurrir a los servicios del contratista en un número determinado de casos y por un período de tiempo con un precio ya preestablecido.

Señaló que estos convenios establecen que no existen compromisos formalmente asumidos por parte de Total Austral S.A., ni tampoco del contratista, sino que son la plataforma sobre la cual la compañía podría solicitar los servicios utilizando como base parametrizada las condiciones asumidas por ambas en la contratación.

Distinguió dos clases de trabajos, aquellos que podían ser razonablemente determinados con debida antelación denominados "firmes" y aquellas operaciones de construcción de locaciones que no podían serlo al momento de la celebración del convenio marco, calificadas como "contingentes".

Manifestó que la mención de las veintiséis locaciones en el contrato, tuvo como objetivo inicial brindar información complementaria al contratista para que pueda planificar diligentemente sus recursos, y negó que hubiera existido obligatoriedad en la adjudicación de locación alguna, y que las mismas se hayan adjudicado de manera exclusiva y excluyente a la actora.



Negó asimismo que Indimet SRL haya realizado su labor de manera eficaz y sin sobresaltos, describiendo incumplimientos en el pago de salarios a su personal y a proveedores.

Relató que como consecuencia de ello, solicitó una reunión y que allí la actora señaló que había una distorsión en la estructura de costos del contrato, y solicitó el reajuste de los valores.

Destacó que en ese momento ya se habían suscripto cuatro enmiendas, con importantes cambios a las condiciones pactadas originalmente, por lo que decidió convocar a una nueva licitación para constatar si efectivamente la situación denunciada por la actora era cierta.

Señaló que el resultado de la licitación de mayo de 2010 arrojó que comparando los valores cotizados por la actora, éstos estaban levemente por debajo de los oferentes consultados, pero solicitaba un aumento adicional del 11%, lo que la posicionaba por encima de dos de las oferentes, y excediendo las condiciones de mercado.

Indicó que frente a la situación de incumplimientos descripta y la sinrazón de los reclamos, es que se comunicó que sus servicios no se seguirían contratando.

En lo que respecta a la interpretación de los términos del contrato, la demandada aseveró que conforme la parte final del punto 1) "Descripción de las condiciones particulares de contratación de servicios", no existía obligación de su parte de contratar locaciones, y que aún siguiendo la interpretación propuesta por la actora de considerarlo un típico contrato de locación de obra, el objeto del contrato se cumplió en su totalidad, al haberse realizado las veintiséis locaciones.

Asimismo, rechazó la procedencia de la doctrina del abuso de derecho.



Además, negó que exista obligación de reconocer un reajuste automático de costos, y afirmó que las enmiendas constituyen un valladar a la pretensión de la actora, en tanto modificaron los precios originalmente previstos, lo cual solicitó se valore expresamente, toda vez que la actora habría aceptado los pagos posteriores sin efectuar las correspondientes reservas.

Agregó que la pretensión de reajuste de la actora se encuentra prohibida por el artículo 4 de la ley 25.561, porque no es otra cosa que un pedido de indexación de precios y la citada ley, cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada, ha mantenido la prohibición de indexar establecida por la ley 23.928.

Finalmente, impugnó la extensión del daño solicitada y eventualmente opuso compensación por la suma de \$467.171,23.- por lo pagado por su representada en concepto de indemnizaciones respecto de los trabajadores de la accionante.

3. La sentencia de Primera Instancia -a fs. 1454/1463vta.- rechazó la demanda. Para así decidir, analizó los términos de los instrumentos a través de los cuales se vincularon las partes.

Entendió que conforme lo pactado en la cláusula 1) de las "Condiciones Particulares de Contratación del Servicio", el objeto del contrato consistía en la construcción de 26 locaciones (8 firmes y 18 contingentes).

Refirió que se pactó también como plazo de inicio del contrato el 19 de Agosto de 2008 y finalización del mismo el 18 de Agosto de 2010, disponiéndose que el período operacional sería de 2 años, pudiendo la demandada prorrogar dicho período por un plazo igual o menor. Además, que la demandada, no asumiría obligación alguna de solicitar los servicios del contratista y que únicamente se contratarían dichos servicios cuando así lo requiriera la accionada, emitiendo el pedido de ejecución correspondiente.



Fundamentó que el principio general sentado en el Código Civil en el artículo 1197, establece que las obligaciones que nacen de un contrato son la ley que obliga a las partes a cumplir su acuerdo, debiendo sujetar sus conductas como a la ley misma (fuerza de ley), y que de allí se desprende, entre otras consecuencias, el deber de los contratantes a cumplir las obligaciones que por propia voluntad han creado sin que resulte lícito su alteración por voluntad de una de ellas.

Agregó que cuando la redacción de un contrato es clara, expresa e inequívoca debe entenderse que traduce la voluntad de las partes, y los jueces no pueden -ni deben- rechazar su aplicación.

Destacó que en el caso, no cabe duda que el objeto del contrato consistió, en la construcción de 26 locaciones, y que están contestes las partes en que durante el plazo de vigencia de la contratación la actora cumplió holgadamente el objeto del mismo, al haber construido un número superior de locaciones para el que fue contratada.

Señaló que es cierto que se pactó un plazo de vigencia del contrato, pero también es cierto, que según la letra de la convención, se encomendarían los servicios de la actora en forma expresa por cada locación y en la medida que fueran requeridos, habiéndose consignado concretamente que la accionada no asumía obligación alguna de solicitarle tales servicios, sino cuando así lo exigiera en cada caso.

Concluyó que de ello se deriva, que debe entenderse que el plazo de vigencia del contrato consistía en un plazo máximo, que estaba inescindiblemente ligado al objeto del mismo, el que a la fecha de la comunicación de fs. 1026, se encontraba cumplido, por lo que no puede considerarse que la demandada hubiera ejercido en forma intempestiva o abusiva la culminación de la relación contractual.



Además, consideró que las partes habían pactado una cláusula rescisoria favorable a la demandada, operativa en cualquier tiempo, que no requería de una motivación específica, y que no ha sido cuestionada por la accionante.

Por ello, descartó que la ruptura fuera intempestiva e ilegítima por parte de la demandada.

Respecto de la pretensión de reajuste del precio, entendió que de la letra del pacto habido entre las partes, se desprende que el principio general era que los precios originalmente pactados eran los que regirían desde el comienzo hasta el fin del servicio, salvo que algún acontecimiento externo a aquéllas provocara un excesivo desequilibrio en las prestaciones.

Consideró que no se advertía la ocurrencia del hecho extraordinario que hubiera impedido a la parte actora efectuar una adecuada previsión de las variables que componen el precio desde el inicio de la contratación, y que autorice la revisión y reajuste del precio pactado.

Remarcó la calidad de comerciantes de los contratantes, y -añadió- que no puede pretenderse que la variación en el tiempo de los costos de los elementos tenidos en cuenta para fijar el precio en el contrato, resulten hechos imprevisibles que no hubieran podido tenerse en cuenta al momento de contratar.

Razonó que analizar los cálculos requeridos por las partes, importaría evaluar si los mismos realizaron un buen o mal negocio, cuestión esta que excede el ámbito del instituto de la imprevisión, la que para su aplicación requiere de un acontecimiento realmente extraño al normal curso de las cosas.

La sentencia concluyó que si el acontecimiento fue previsto, o pudo o debió serlo, el resorte que, con carácter excepcional, prevé el artículo 1198, 2ª parte, Código Civil, no puede funcionar, porque la teoría de la imprevisión no puede utilizarse como una cobertura de los malos negocios que



un comerciante pueda realizar en el ejercicio de su actividad profesional.

Finalizó indicando que mal puede invocar la actora imprevisibilidad en la variación del costo del combustible, en el valor de cotización de la moneda estadounidense o en los incrementos salariales que debió otorgar a los trabajadores, desde que no se tratan estos hechos de acontecimientos anormales al curso ordinario de las cosas.

4. Esta decisión fue impugnada por la parte actora a fs. 1468, quien expresó agravios a fs. 1473/1480.

Se quejó porque la sentencia no tendría sustento suficiente en las constancias de la causa al haber omitido -a su entender- la ponderación de pruebas y circunstancias fácticas conducentes para la adecuada composición del litigio. Asimismo, afirmó que habría incurrido en una errónea aplicación del artículo 1198 del Código Civil, además de que violaría el principio de congruencia.

Manifestó respecto del contrato, su objeto y la resolución, que de la prueba producida -testimonios y documental agregada- surgiría que si bien existió un objeto de mínima que consistió en la construcción de 26 locaciones, las partes previeron que ese objeto inicial se ampliara dentro del plazo de vigencia, el que consecuentemente siguió produciendo efectos entre las partes hasta el mismo momento en que fue resuelto por la demandada.

Refirió que la conducta inequívoca de las partes, en particular los requerimientos de construcción de nuevas locaciones, dentro del plazo temporal de vigencia, no podían significar otra cosa que su continuidad y plena operatividad, y la razonable creencia para la actora de que se mantendría hasta el mes de agosto de 2010.

Planteó la falta de congruencia de la decisión, en tanto -sostuvo- la jueza de grado invocó la cláusula 6.9 de las condiciones generales del contrato, que otorgaba a la



demandada la facultad discrecional de rescindirlo en cualquier momento y sin indicación de causa, sin perjuicio que ésta última no lo hizo al comunicar su voluntad rescisoria.

En el segundo agravio se quejó por el rechazo de la pretensión por el reajuste equitativo del precio.

Aseveró que la sentencia habría interpretado de manera errónea la cláusula 4.1 del contrato porque, contrariamente a hechos no controvertidos, consideró que se refiere a hechos extraordinarios que hubieran impedido a las partes efectuar una adecuada previsión de las variables, cuando en rigor la cláusula se refiere a causas externas al control de las partes que tornen excesivamente onerosas las prestaciones y que el simple transcurso del tiempo y el incremento verificado en los componentes del costo del servicio justifican su aplicación.

Alegó que la verdadera razón de la rescisión no fue el cumplimiento del objeto del contrato, ni los incumplimientos de la actora, sino el reclamo de recomposición de la tarifa.

5. A fs. 1483/1489 contestó el traslado la parte demandada, solicitando su rechazo con costas.

6. La sentencia de la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión de la instancia de origen.

Consideró que no se encuentra discutido el cumplimiento de la construcción de las 26 locaciones antes de la finalización del plazo, y que el argumento de la queja consiste en que operó una ampliación del objeto inicial del contrato por la solicitud y ejecución de las locaciones restantes.

Señaló que no le asiste razón al apelante teniendo en cuenta la modalidad de la contratación y lo establecido en el contrato.

Se sustentó en las declaraciones de los testigos García e Ibáñez, quienes dieron cuenta de las modalidades de



vinculación contractual con los contratistas, y las características de los convenios marco.

Destacó que, de acuerdo a lo que se pactó, resulta fundada la conclusión de la sentencia de grado relativa a que debe entenderse que el plazo de vigencia del contrato consistía en un plazo máximo, que estaba inescindiblemente ligado al objeto del mismo, el que a la fecha de la comunicación de fs. 1026, se encontraba cumplido.

En relación al segundo agravio, la sentencia puntualizó que la crítica no resultaba suficiente para conmover los fundamentos de la decisión, en particular los referidos a que en el caso de comerciantes, no puede pretenderse que la variación en el tiempo de los costos de los elementos tenidos en cuenta para fijar el precio en el contrato, resulten hechos imprevisibles que no hubieran podido tenerse en cuenta al momento de contratar.

Agregó que de los términos del reclamo parece claro que se interpreta erróneamente la convención, al pretenderse que esta contiene una fórmula de reajuste que en modo alguno se funda en circunstancias extraordinarias, y que claramente no es el que tuvieron en mira las partes al contratar.

Argumentó que para determinar el precio, la actora consideró los ítems mano de obra, equipos y combustible y del texto de la cláusula surge que regiría hasta el final del servicio, salvo una causa externa que lo tornara excesivamente oneroso, en cuyo caso podía solicitarse la negociación de un reajuste.

Mencionó que se efectuaron cuatro enmiendas al contrato y en dos se reajustó el precio, considerando los aumentos salariales del personal, que hacen a la variable mano de obra, por lo cual -adicionó- la recurrente alega que deben contemplarse las otras variables y si bien la perito contadora se refiere a la variación del precio del gas oil y del tipo de



cambio con el dólar, entendió que ello no importa un aspecto imprevisible al cotizar, considerando que se trata del ejercicio de la actividad comercial de la empresa, el contexto económico en que se realizó la contratación y que se dieron en un plazo menor a los dos años.

Añadió que las cláusulas indexatorias no se encuentran permitidas (cfr. Ley 25561), y que se pactó un precio que se establecía para toda la relación y las partes negociaron, como lo establece la cláusula contractual.

Con estos argumentos la Cámara de Apelaciones rechazó los agravios y confirmó la sentencia de grado.

7. No conforme con ello, la parte actora interpuso recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley, con fundamento en el artículo 15 inciso c) de la Ley 1406.

Consideró que resultaría contrario a las leyes de la lógica afirmar que el aumento verificado en uno de los ítems que conformaba el precio del servicio justificó la adecuación de la tarifa por la onerosidad excesiva que se generaba y, a la vez, descartar esa misma conclusión respecto de los incrementos registrados en los dos ítems restantes, considerándose para estos últimos, un riesgo propio de la actividad comercial que debería ser absorbido por la empresa accionante.

Asimismo, la recurrente cuestionó que se desinterpretaría el informe pericial contable en el que se señala que el aumento porcentual experimentado por la mano de obra fue prácticamente el mismo que registró la variación del tipo de cambio y menos de la mitad del incremento del gas oil en igual periodo.

Por lo que -a su entender- la existencia de variaciones externas a las partes que justificaban la negociación del ajuste del precio estarían debidamente probadas.



Por último, agregó que, por ser contrario a la prueba producida en el proceso, resultaría infundado admitir en el marco de un contrato, la modificación del precio del servicio sólo en consideración a los aumentos salariales del personal y, al mismo tiempo, rechazar dicha variación por los incrementos registrados en los otros dos ítems, cuando se habría probado que el aumento de estos últimos fue igual y hasta el doble al incremento salarial que justificó el reajuste del precio del servicio.

Finalmente, manifestó hacer reserva del caso federal.

8. A su tiempo, la demandada dio respuesta al planteo y postuló el rechazo -inadmisibilidad y eventual improcedencia- de la vía extraordinaria intentada.

II. Sentado lo expuesto, corresponde ingresar al tratamiento de la cuestión debatida.

Se advierte que el punto controvertido que motiva la intervención de este Cuerpo, finca en dilucidar si, de acuerdo a los términos del contrato que vinculaba a las partes, a la actora le asistía el derecho a obtener una recomposición del precio originariamente cotizado y reflejado luego en el contrato suscripto.

Es respecto de esta única cuestión que la impugnante encuadra su recurso casatorio, tendiente a demostrar que la sentencia que argumenta denegándole tal posibilidad, sería contradictoria porque violaría las leyes de la lógica y por lo tanto, arbitraria conforme a la doctrina elaborada por este Tribunal Superior de Justicia en torno a la figura del "absurdo probatorio".

En principio, es necesario recordar que este Cuerpo desde hace largo tiempo definió el vicio invocado como "*...el error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio, al analizar, interpretar o valorar pruebas o hechos susceptibles de llegar*



a serlo con tergiversación de las reglas de la sana crítica, en violación de las normas jurídicas aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico formal o insostenible en la discriminación axiológica" (Cfr. Acuerdo N°19/98 "CEA").

En resumidas cuentas, se considera que una sentencia está viciada por esta causal cuando el juicio o razonamiento elaborado por el juzgador infringe las leyes de la lógica o máximas de la experiencia.

En el particular, la decisión en crisis consideró relevantes los argumentos de la sentencia de grado respecto de que tratándose las partes de comerciantes, no podía pretenderse que la variación en el tiempo de los costos de los elementos tenidos en cuenta para fijar el precio en el contrato, resulten hechos imprevisibles que no hubieran podido tenerse en cuenta al momento de contratar.

Luego, en el pronunciamiento impugnado se citó la cláusula contractual que estableció que *"...Los precios están expresados en Pesos y no incluyen el IVA y son las que regirán hasta el fin del servicio, salvo que por causas externas al control de las partes, el valor de las prestaciones se torne excesivamente onerosos para alguna de ellas, en cuyo caso la parte afectada podrá solicitar la negociación de un reajuste equitativo del precio..."*.

Agregó la sentencia que *"...Para determinar el precio, la actora consideró los ítems mano de obra, equipos y combustible y del texto de la cláusula surge que regiría hasta el final del servicio, salvo una causa externa que tornara excesivamente oneroso, en cuyo caso podría solicitarse la negociación de un reajuste.*

Luego cabe señalar que se efectuaron cuatro enmiendas al contrato y en dos se reajustó el precio, considerando los aumentos salariales del personal, que hacen a la variable mano de obra, por lo cual la recurrente alega que



deben contemplarse las otras variables y si bien la perito contadora se refiere a la variación del precio del gas oil y del tipo de cambio con el dólar, entiendo que ello no importa un aspecto imprevisible al cotizar, considerando que se trata del ejercicio de la actividad comercial de la empresa, el contexto económico en que se realizó la contratación y que se dieron en un plazo menor a los dos años. Asimismo, cabe agregar que las cláusulas indexatorias no se encuentran permitidas (cfr. ley 25561), se pactó el precio que se establecía para toda la relación y las partes negociaron, como lo establece la cláusula contractual, lo que demuestran las enmiendas efectuadas y las comunicaciones entre las partes agregadas en autos..."

Con estos razonamientos, la decisión de la Cámara de Apelaciones interviniente selló la suerte adversa de la pretensión intentada por la parte actora.

Para comenzar, cabe señalar como anticipo, que advierto demostrada la constatación del vicio casatorio alegado, y por tal motivo, el recurso prosperará.

Así, el fallo recurrido entiende que las partes siendo comerciantes no pueden pretender que la variación en el tiempo de los costos de los elementos tenidos en cuenta para fijar el precio, resulten hechos imprevisibles, cuando en rigor de verdad las partes pactaron expresamente que la variación de las prestaciones por causas ajenas a su control determinaría que la parte afectada pueda solicitar la negociación del precio.

El razonamiento elaborado por la anterior instancia resulta falaz, en cuanto a la pertinencia de las premisas, toda vez que el análisis de previsibilidad, como así también de los elementos que hacen a la "teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente" efectuado en la sentencia de grado y reafirmado en la decisión de la Cámara de Apelaciones,



resultan ajenos a lo expresamente invocado por las partes, y pactado por ellas (cfr. cláusula 4.1).

En efecto, la sentencia centra el análisis en la "imprevisibilidad" y las partes lo hacen en las "causas externas a su control".

Como consecuencia, se arribó a una conclusión incorrecta, basada en premisas que no tienen que ver con lo discutido.

Es decir, lo que debió analizar la sentencia en este caso puntual y particular -y no lo hizo- radica en si las causas por las que se produjeron las variaciones de los costos -componentes del precio- eran ajenas al control de las partes.

En su caso, además, cuál fue la incidencia de esos incrementos, si ellos fueron suficientemente importantes para ameritar el reajuste de la prestación a cargo del demandado.

Por tal motivo, asiste razón al impugnante, toda vez que resulta una contradicción sostener que ello ocurrió respecto de un ítem, y por eso se suscribieron las enmiendas, pero el resto de las variaciones debió haberlas previsto porque las partes eran comerciantes.

Con un argumento contradictorio, se omite el análisis que hubiera versado sobre si esas dos enmiendas suscriptas, que reconocen el incremento en el ítem mano de obra -una de las tres variables de los costos que componía el precio- fueron suficientes teniendo en cuenta la cláusula acordada, para cumplir con el estándar de obrar de buena fe que se le exige a los contratantes.

Y ese análisis debía realizarse porque así estaba pactado.

De este modo, se constata la causal de absurdo probatorio -artículo 15 inciso c) de la Ley 1406- toda vez que la sentencia, al momento de interpretar el contrato parte de premisas falaces, como el examen sobre si se registraron hechos extraordinarios e imprevisibles, cuando así no estaba



pactado, ni tampoco fue invocado por alguna de ellas en el marco de la teoría de la imprevisión.

Desde esta perspectiva, deviene innecesario el análisis del otro argumento aquí traído, esto es la supuesta omisión de consideración de prueba esencial producida en el proceso.

III. En consecuencia, debe declararse procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte actora, por la causal prevista en el inciso c) del artículo 15° de la Ley 1406, casándose parcialmente la sentencia de la Cámara de Apelaciones.

IV. De conformidad con lo prescripto por el artículo 17° inciso c) de la Ley 1406, deviene necesario recomponer el litigio, dentro del marco de los agravios vertidos por la parte actora al apelar la decisión de Primera Instancia, cuestión que delimita la competencia extraordinaria en torno a la única pretensión traída a esta etapa. Pues, cabe reiterar que llega firme a la instancia de revisión extraordinaria lo atinente a la supuesta rescisión anticipada del contrato invocada por el actor en su demanda.

En este sentido, corresponde considerar los agravios de la recurrente que se centran en la incorrecta interpretación que habría hecho la sentencia de grado al considerar que la cláusula pactada -que habilitaba a solicitar un reajuste equitativo de la prestación- refería exclusivamente al acontecimiento de algún hecho extraordinario que hubiera impedido a las partes -en este caso a la actora- efectuar una adecuada previsión de las variables que componían el precio del servicio, desde el inicio de la contratación hasta su finalización.

Y asimismo, se agravia por el análisis que habría efectuado la sentencia respecto de la aplicación al caso de la teoría de la imprevisión contemplada en el artículo 1198 del



Código Civil de la Nación, teniéndolo como fundamento central para rechazar la pretensión de reajuste equitativo del precio.

Previo a todo, es necesario precisar qué legislación se aplicará al caso, atento la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Así, de conformidad a lo previsto en su artículo 7 y teniendo en cuenta la fecha de producción de los hechos de autos, resultan de aplicación al caso las normas del Código Civil de Vélez Sársfield.

En efecto, la norma citada, siguiendo el Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato.

Por lo tanto, la ley aplicable, entonces, es la vigente al momento de la constitución de la relación jurídica cuyas consecuencias se encuentran agotadas. En el caso de autos, tratándose de un contrato celebrado y terminado en fecha anterior a su entrada en vigencia, será aplicable la antigua legislación.

Sentado lo que antecede, he de reiterar que luego del análisis de la sentencia cuestionada, concluyo que asiste razón a la parte recurrente.

Y ello así, por las siguientes razones.

La cuestión a dilucidar reside en determinar si aconteció el incumplimiento del contrato en lo que respecta al reajuste de la prestación a cargo de la demandada, que las partes habrían pactado, según lo invocado por la accionante.

No obstante, la posición de la demandada es que ella no estaba obligada a reconocer el incremento de los mayores costos, y que eventualmente, lo habría hecho con la suscripción de las adendas. Además, que lo solicitado por la



actora no sería procedente por la prohibición de indexar que se mantendría vigente.

Por lo tanto, para comenzar corresponde determinar si la demandada debía reconocer a la actora el incremento de los costos en el precio que fuera cotizado en la oferta presentada en el marco del concurso de precios por ella convocado, y que luego derivara en el contrato que vinculó a las partes.

De este modo, a los fines del presente, carece de relevancia la aplicación de la teoría de la imprevisión, toda vez que -como ya se señaló- no fue lo que la parte solicitó, por lo que ese análisis se vería limitado por el principio de congruencia y porque su verificación es ajena a cómo quedó trabada la litis.

Por el contrario, la parte actora afirma que la adecuación del precio estaba expresamente convenida, y que debía producirse en el caso en que se comprueben las condiciones pactadas en la cláusula -lo que a su entender habría acontecido-.

Cabe recordar que las pretensiones de la actora contenidas en su demanda, tenían en miras las siguientes cuestiones: a) demostrar que la demandada rescindió anticipadamente y sin causa el vínculo contractual, y como consecuencia de ello sería responsable por los daños y perjuicios ocasionados, y b) determinar el incumplimiento del contrato por la negativa a reajustar equitativamente el precio convenido, con las mismas consecuencias.

Por lo tanto, el análisis se debe ubicar un estadio previo, es decir sobre qué fue lo que las partes efectivamente entendieron y pactaron con la suscripción del acuerdo, en lo referente al precio y los mayores costos que podrían surgir durante su vigencia.

De allí se sigue que la cuestión a dilucidar es si, conforme a los términos del contrato, y a los principios



que rigen su interpretación, la demandada estaba obligada a reconocer el incremento de los costos. Para comenzar el examen, conviene identificar el contexto fáctico en el que se celebró el convenio.

No es un hecho controvertido en la presente causa que la actora realizaba trabajos para la demandada con anterioridad a los servicios prestados con motivo del convenio que origina este conflicto, y que fue invitada por ésta a participar en la compulsa de precios.

Tampoco se encuentra controvertido que ésta convocó a un concurso de precios en el mes de junio de 2008 para adjudicar el servicio de construcción de locaciones en el área Aguada Pichana.

Además, no lo es que la demandada confeccionó unilateralmente los documentos que rigieron el concurso privado de precios (Pliego de Condiciones, junto con los siguientes anexos: A) Instrucciones para la Oferta, B) Nota de Presentación de la Oferta, C) Certificado de Visita y Carta de Indemnidad y Seguros para la visita, D) Descripción del Servicio y Planillas de Cotización, E) Estructura de Costos del Servicio y F) Esquemas de Construcción - Detalles Varios - Certificado Final de Obras).

En ellos, se describió el procedimiento para la presentación de la oferta, el contenido y declaraciones obligatorias que debían contemplarse, con planillas estándares a completar por los oferentes, documentos que coinciden en las versiones acompañadas por la actora y la demandada.

La actora resultó adjudicataria de dicho procedimiento, suscribiéndose en consecuencia el contrato identificado como "Propuesta de Oferta N°ON/AP/4600001576".

De la lectura del documento se observa que el contrato se integra con las secciones ya suscriptas por el contratista denominadas: 1) Condiciones Generales de Contratación de Obras y/o Servicios de TOTAL AUSTRAL S.A.



(Sección 1), 2) Condiciones de Facturación y Pago (Sección 2), 3) Acuerdo de Indemnización Recíproca (Sección 3), 4) Políticas de Higiene, Seguridad y Preservación del Medio Ambiente (Sección 4) y 5) Seguros (Sección 5).

En las "Condiciones Particulares" surge que las partes acordaron lo siguiente: "...4.1 Cláusula de Precios. El CONTRATISTA deberá adjuntar la estructura de costos de todos sus precios/tarifas cotizados. Las tarifas/precios para los servicios extras, eventuales o adicionales, deberán basarse únicamente en los costos directos del CONTRATISTA más una compensación por gastos administrativos adicionales, no superior al 8% de los mismos. La COMPAÑÍA podrá declarar unilateralmente la nulidad de cualquier precio/tarifa que no responda con el principio indicado precedentemente y rebajarlos hasta los costos directos, más cargo administrativo, una vez auditados los mismos y descubierta la falta de concordancia con ese principio, e incluso de obtener el reembolso de los montos ya pagados más intereses, hasta dos años después a la fecha de su desembolso.

Los precios están expresados en Pesos y no incluyen el IVA y son las que regirán hasta el fin del servicio, salvo que por causas externas al control de las partes, el valor de las prestaciones se torne excesivamente oneroso para alguna de ellas, en cuyo caso la parte afectada podrá solicitar la negociación de un reajuste equitativo del precio..." (ver fs. 480).

Además, se pactó que el contrato comenzaría a regir a partir del 19 de agosto de 2008 hasta el 18 de agosto de 2010.

Cabe señalar que el documento denominado "Pliego" - que contenía las instrucciones para presentar la oferta, el modelo de contrato y las condiciones generales, conforme al Punto 12) "Contenido del Pliego" -fs. 48 y fs. 333- exigía que el oferente adjuntara al precio, la estructura de costos



correspondiente, como se indicaba en el Anexo E, como así también, la incidencia porcentual de cada uno de los siguientes rubros en la conformación de cada precio: $Pr = (\% \text{ m.d.o} + \% \text{ equipos} + \% \text{ combustibles} + \text{gastos generales})$.

Dicho Anexo E -obrante a fs. 71 y fs. 291- era una planilla a completar por el oferente, en la cual se debían determinar los factores que integraban el costo para llegar al precio final. En la descripción, se observan los ítems "mano de obra", "equipos", "herramientas y consumibles", "gastos generales", "otros", a fin de arribar al "costo total".

Además, se advierte que dicha exigencia era de suma relevancia para la demandada, lo cual importó que también se viera reflejada en las previsiones del contrato -cláusula 4.1 de Precios-, y en su segunda enmienda, donde expresamente se consignó: "*...5. ESTRUCTURA DE COSTOS. Se adjunta como anexo 1 una nueva estructura de costos, la cual anula y reemplaza a la estructura de costos que estuviere anteriormente vigente entre las PARTES...*" (fs. 514).

Llegó firme a esta instancia extraordinaria que una vez cumplida la construcción de las 26 locaciones antes de la finalización del plazo, no operó una ampliación del objeto inicial del contrato por la solicitud y ejecución de las locaciones restantes.

En este sentido, la sentencia de la Cámara de Apelaciones reafirma que el plazo de vigencia constituía un plazo máximo que estaba inescindiblemente ligado al objeto del contrato, el que a la fecha de la comunicación se encontraba cumplido.

Sentado lo expuesto respecto de los hechos reseñados -no controvertidos y aquellos no impugnados- a fin de dilucidar la cuestión aquí traída, es necesario desentrañar cuál fue la intención común de las partes al momento de vincularse por este convenio, para luego determinar qué



conductas importarían -en el presente- un actuar diligente y de buena fe.

Ahora bien, en primer lugar cabe preguntarse qué entendieron las partes respecto del precio.

Ello debido a que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma (artículo 1197 Código Civil de Vélez Sársfield).

De la plataforma fáctica descrita, se observa la relevancia que adquieren para los presentes los elementos esenciales del contrato "precio" y "objeto".

Respecto del primero de ellos "el precio", cabe destacar que su forma de cálculo fue impuesta unilateralmente por la accionada, y dicho método de determinación debía respetarse a fin de cumplir con las exigencias del Pliego.

En este sentido, la demandada a través de los documentos que rigieron el proceso de licitación determinó la modalidad de contratación.

Así, determinó que se debía cotizar por unidad de medida cada uno de los servicios que podrían requerirse en el servicio de construcción de locaciones, pero con indeterminación en cuanto al precio total toda vez que la cantidad de locaciones era indeterminada inicialmente -solo había un piso- y no representaba los trabajos que efectivamente comprendía, debido a que en cada caso dependerían de una orden de ejecución individual que sería emitida por la demandada.

Lo antedicho luego se vio reflejado en el convenio marco.

En este esquema se evidencia que el "costo" tenía un rol preponderante en la determinación del precio, debiéndose tomar para cotizar ineludiblemente las tres variables que tenían principal incidencia en esos costos.



A estas variables, que componían el costo total, los oferentes debían adicionar la utilidad esperada.

Además se pactó que cuando por causas externas al control de las partes las prestaciones se tornaran excesivamente onerosas, se podría solicitar la negociación con el objeto de lograr el reajuste equitativo.

Entonces, vemos que el costo era un elemento central de la cotización, al punto que se debía acompañar la estructura de costos de todos los precios/tarifas presupuestados (ver fs. 106).

Además, del testimonio de fs. 1213 -declaración del Sr. Gustavo Schmeigel- surge "*...que se trató de un convenio marco para el cual se determinó un listado de precios, se fijó un monto que surge de un piso de trabajo a requerírsele al contratista, y el contratista realiza trabajos a pedido de Total sobre la base de los precios convenidos...*".

En relación al restante elemento, el "objeto" resulta conveniente analizar las cláusulas del contrato.

Se pone en evidencia que una de las particularidades de este convenio suscripto, es que por un lado refiere a una cantidad de locaciones a realizar (firmes y contingentes) y por el otro un plazo de duración.

El testimonio, a fs. 1200/1205, del Sr. Baltasar García refiere a la mecánica del convenio marco que contenía un piso mínimo de cantidades de obras a ejecutar, que "*...es el dato o información que necesita el oferente para preparar su oferta técnica y económica...*".

Asimismo, el testigo Luis Alberto Ibáñez -a fs. 1207/1211- señaló "*...el objeto del contrato fue superado ampliamente porque el monto del contrato se duplicó, en un periodo menor al plazo de 2 años. En un año y medio ya se habían realizado todas las locaciones y más se asignaron varias enmiendas aceptadas por el contratista para hacer otras*



locaciones. El convenio marco estaba totalmente concluido por el objeto inicial...".

Es más, este es el principal argumento que invoca la parte demandada para considerar que el contrato estaba terminado a la fecha de la notificación que remite Total Austral S.A. a Indimet S.R.L., es decir que la cantidad de locaciones realizadas había superado el objeto del contrato.

Ahora bien, recapitulando, en los presentes, ya fueron consignadas cuáles eran las características exigidas por la demandada en relación al precio y cómo debía presentarse la oferta.

En la declaración testimonial de fs. 1207/1211, el testigo Ibañez refiere que el procedimiento de licitación implicaba que debían presentarse dos sobres, uno con la oferta técnica y el restante con la económica. *"...Recibidas las ofertas, se hace la apertura de los sobres técnicos y con el resultado de esa apertura se hace la apertura económica y se adjudica a la mejor oferta económica..."*.

Es decir que, sorteada la etapa técnica, las empresas que continuaban en carrera competían para que se les adjudique un contrato en función de la oferta económica cotizada.

Se observa que la propia metodología implementada para acceder al contrato implicaba una competencia entre oferentes donde el rol del precio era casi definitorio. Y además, la estructura de la licitación perseguía dotar de transparencia al precio requiriendo la exhibición los costos que tenían principal incidencia en cada uno de los precios.

La prueba agregada a fs. 129/130 contiene un intercambio de correos electrónicos entre el Sr. Carlos Prieto por Total Austral S.A. -quien de acuerdo a la declaración del testigo Luis A. Ibañez, era quien estaba a cargo del contrato (ver fs. 1207/1211)- y el Sr. Fernando Cárdenas quien



trabajaba para la actora, conforme su declaración de fs. 1038/1039.

A fs. 129 se observa un correo interno de la empresa Indimet S.R.L. -entre el Sr. Fernando Cárdenas y el Ingeniero Estrada (suscribió en representación de la accionante el contrato que vinculaba a las partes), donde se pone en conocimiento de este último la supuesta conversación mantenida con el Sr. Carlos Prieto sobre las cuestiones que debía confirmar Indimet S.R.L. a Total Austral S.A., en el marco de la oferta presentada y previo a la suscripción del convenio.

Entre ellas, debía confirmar si el precio comprendía movilización y desmovilización, además de la siguiente información según la letra del correo: 1) El reajuste de precios y la formula aplicable (allí se consigna que de acuerdo a lo que se le había informado, se actualizaría "... una vez que complete mínimo un 5% de aumento sobre el total del ítem ..."), 2) los valores /coeficientes básicos para el desarrollo de la polinómica y 3) aclarar si está considerado el aumento del 19% destinado al personal petrolero.

A fs. 131 obra un nuevo correo fechado 11/07/2008 que habría sido enviado por el Sr. Fernando Cárdenas al Sr. Carlos Prieto en respuesta a esos requerimientos.

En el punto que aquí interesa reza: "...Confirmamos la fórmula de ajuste realizada con la incidencia de 3 ítem más importantes, es decir M.OBRA 30%, EQUIPOS 35%, y CONSUMIBLES 35%. Confirmamos también que los precios se actualizarán una vez que alcance como mínimo el 5 % de aumento de la tarifa existente. Dejamos en claro que para nuestra cotización no hemos considerado el último aumento al gremio de petroleros ya que a la fecha de la oferta aún no estaba homologado por el Ministerio de Trabajo de la Nación.

Los valores básicos para el desarrollo de la fórmula polinómica serían:



Coeficiente 1.- Variación de la Mano de Obra, tomando como base el importe básico de un maquinista categoría H turno B del gremio de Petroleros Privados al mes de junio de 2008, es decir \$2.309,00 (Dos mil trescientos nueve pesos)

Coeficiente 2.- Variación del Dólar Estadounidense tipo de cambio vendedor del banco de la Nación Argentina, tomando como base el valor al día 20/06=8 de \$ 3,05 (tres con 05/100)

Coeficiente 3.- variación del litro de Gas Oil, más adicional, tomando como base el importe de \$2,043+0,100= \$2,143 (Dos pesos con 143/1000)..." (Sic fs. 131).

A fs. 135 obra un nuevo correo del Ingeniero Estrada a Carlos Prieto, donde menciona que "...de acuerdo a lo conversado enviamos fórmula de reajuste, una vez corregido el importe base de Mano de Obra, s/aumento de Petroleros Privados...".

Se observa que el correo data del 24/07/2008, y contendría un adjunto cuya fecha coincide con la nota de fs. 136. Allí, se modifica el valor de referencia para el ítem "mano de obra" incrementándolo a \$2.539,90 (tomándolo como base a junio de 2008).

Este valor, fue el que efectivamente consideraron las partes al comienzo de la vigencia del contrato, lo que es corroborado con la pericia contable, la cual consigna a fs. 1338 Punto 3.a), el mismo importe, esto es \$2.539,90.

Las comunicaciones por correo electrónico desde casillas institucionales de las empresas, son actualmente el medio de usos y prácticas por el cual éstas intercambian información y notificaciones.

Y lo apuntado, se vuelve irrefutable cuando la propia demandada aporta copia de los documentos en el mismo sentido.

A fs. 301 obra copia de la nota de Indimet S.R.L. del 24/07/2008 y a fs. 303/304 del intercambio de correos electrónicos que contiene el reconocimiento de las propias



partes sobre la oportunidad en que debían repactar el precio, es decir, superado ese determinado umbral.

Es por ello que -en cuanto al contenido que revisten las comunicaciones de fs. 129/130, 131/132, 134, 135, 136, 301, 303/304, y su valor probatorio-, la congruencia entre lo sucedido y narrado genera la convicción suficiente para tener por cierta la información que surge de aquel intercambio de correos electrónicos, respecto a lo que las partes efectivamente entendieron sobre el alcance de la revisión de los costos y su oportunidad.

Lo expresado lleva a concluir que conforme la letra del contrato y la conducta previa y concomitante a su celebración, las partes se encontraban obligadas a negociar y repactar el precio fijado cuando se verificara un incremento en los costos mayor al cinco por ciento (5%) de la tarifa.

Todo lo anterior pone en evidencia que son las partes las que responden cómo interpretar el contrato al momento de ejecutarlo, a través de sus propios actos.

En el presente contrato, ésta fue la forma en que las partes distribuyeron el riesgo empresarial, obligándose la demandada a reconocer los mayores costos, en los tres ítems que tenían la incidencia pactada en el precio.

Por lo tanto, resulta que las partes haciendo uso de su autonomía de la voluntad determinaron cómo distribuir el riesgo empresarial, obligándose a negociar y a reconocer el incremento de los costos.

Resta analizar qué fue lo acontecido sobre el particular, y cómo se comportaron en relación a esta obligación.

El testimonio del Sr. Baltasar García -a fs. 1200/1205, refiere a que en el contrato "*... se hicieron ajustes en los costos establecidos inicialmente. No recuerdo la cantidad porque lo negocia la gente del departamento de contratos ...*".



El testigo Sr. Luis Alberto Ibañez, jefe del Departamento de Contratos de Total Austral S.A. al momento de los hechos, -obrante a fs. 1207/1211- a la pregunta respecto de si se efectuaron ajustes en el precio de servicios prestados por Indimet S.R.L., contestó que sí, que se realizaron y que además, se adicionaron a ese servicio locaciones que se licitaron a precio de mercado.

A fs. 137 obra nota de Indimet S.R.L. que da cuenta que Total Austral S.A. habría expresado su negativa a reconocer el incremento correspondiente y que sólo sería reconocido el incremento del ítem "mano de obra".

De la pericia contable surge que los incrementos registrados en los costos más relevantes, los tres rubros cuyas variables fueron determinantes para fijar el precio de las cotizaciones fueron parcialmente tenidos en cuenta por la demandada. El litro de gas oil al momento de efectuar la oferta tenía un costo de \$2,199.-, mientras que a la fecha de terminación del contrato el costo era de \$3,559.- (fs. 1339), y lo que la propia demandada debitaba a la actora por el consumo del combustible, a esa misma fecha era de \$3,27.- -valor unitario-.

El informe pericial obrante a fs. 1384/1389 explica que la variación en éste ítem fue del 61,85% desde la fecha de presentación de la oferta hasta el 07/05/2010, fecha de la notificación de Total Austral S.A. sobre la culminación del contrato.

El restante de los ítems -valor del dólar- sufrió una variación del 29,10%, durante el mismo período (ver pericia a fs. 1384).

Repárese que estos dos ítems sumados, representaban el 70% de los costos totales del servicio que prestaba la actora, mientras que el restante 30% lo constituía el ítem "mano de obra".



Lo apuntado revela que efectivamente aconteció el incremento de los costos del servicio tornándolo excesivamente oneroso, lo que autorizaba, según lo convenido, a aplicar aquello que las partes habían pactado sobre el incremento de los precios.

La suscripción de las adendas que solo reconocieron el aumento de la mano de obra, no resultaba suficiente de acuerdo a lo que las partes habían entendido al suscribir el convenio.

Es decir, considerando la incidencia que tenía cada uno de los rubros en el precio, la variación de los costos en los porcentuales registrados hacía surgir la necesidad de readecuar la prestación, pactando un nuevo precio.

Ello, desvirtúa el argumento intentado por la demandada, respecto de que de considerarse que pesaba la obligación de negociar un reajuste de la prestación, se vio cumplido con las adendas suscriptas.

Es que si bien dos de las adendas reconocieron el incremento de los costos laborales, la negativa injustificada -o bien sin causa de justificación aparente-, de parte de la demandada respecto del reconocimiento de los otros dos ítems que comprendían el 70% de la incidencia de sus costos, resulta una conducta antijurídica por infundada, incompatible con el deber de obrar de buena fe.

Y es antijurídica porque contraría la ley de las partes.

En efecto, al ser las partes sujetos contratantes -empresas- que no son tutelados específicamente por el sistema, aún cuando pudiera llegar a entenderse que las cláusulas del contrato bajo análisis no fueron negociadas particularmente, rige entre ellas el principio de autonomía de la voluntad, debiendo respetarse aquello que pactaron en tanto no vulnere la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.



Ello así por aplicación del artículo 1167 y 1197 del Código de Vélez que corresponde en el caso. Valga destacar que los postulados contenidos en esas normas, se mantienen en los artículos 958, 959 y 962 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Debe repararse en la pauta de interpretación por la "buena fe" que resulta relevante a la hora de analizar la conducta de las partes.

Sobre esta última, la doctrina ha pretendido definirla como "el alma de las relaciones sociales", "un standard del Derecho Privado", uno de los "ejes éticos del ordenamiento tomado en su conjunto", "la cláusula general de mayor relieve en el sector contractual", "factor de moralización de las relaciones jurídico-patrimoniales", "punto de conexión entre el mundo ético y el mundo jurídico-político", "principio que gobierna el comercio jurídico moderno", "uno de los medios a través del cual los jueces controlan los llamados poderes privados ..." (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La buena fe en la ejecución de los contratos*, Revista de Derecho Privado y Comunitario Nº18, p.212/214).

En este sentido, este Tribunal Superior de Justicia, citando a Rodolfo Vigo, ha expresado: "... el intérprete frente al art. 1198 del Código Civil, abocado a dilucidar lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión, está exigido a guiarse por la buena fe, y principalmente en esta etapa de esclarecer lo efectivamente acordado, por la buena fe -subjetiva, pues el derecho no está para proteger a los "pícaros", y el intérprete debe valorar lo exteriorizado por las partes, desde el punto de vista de los hombres normales, honestos y razonables. Es sin duda esta regla una de las directivas maestras en la interpretación develadora de lo querido por los contratantes, en ella están interesadas no



solo las partes, sino también la comunidad ..." (Acuerdos N°26/03 "ACCESS S.A." y N°36/17 "SEVERINI").

Cabe referir que la literalidad de la propia cláusula en la que basan sus postulados ambas partes, se limita a indicar "... salvo que por causas externas al control de las partes, el valor de las prestaciones se torne excesivamente oneroso para alguna de ellas, en cuyo caso la parte afectada podrá solicitar la negociación de un reajuste equitativo del precio ...".

Y en el presente se advierte que se registraron causas externas al control de las partes, esto es la variación del costo de la mano de obra, el incremento del valor del combustible tomado como referencia y del valor del dólar estadounidense. En todos los supuestos son causas externas al control de las partes que ameritaban una negociación de buena fe a fin de modificar el precio que reflejara estas variaciones.

No es compatible con la buena fe que debe regir la ejecución de los contratos, dar por finalizada la negociación sin atender los criterios objetivos previstos en el contrato. La negociación era una obligación en si, y es el mecanismo que previeron para lograr el objetivo de repactar equitativamente el precio.

La decisión de solo contemplar las variaciones de un ítem en las adendas, y no los restantes, con la importancia que revestían esos otros, respecto del total de los costos, resulta arbitraria, contraría la disposición del acuerdo y aquello que las partes entendieron con la suscripción del contrato.

La conducta de la demandada, en este punto, se ve reflejada en el correo remitido -fs. 141- y en la nota Indimet S.R.L. del 09/03/2009 -fs. 138-, de donde se observa su posición reticente a reconocer las variaciones operadas a esa fecha respecto de los restantes ítems.



Luego, ello se condice con la declaración testimonial de la Sra. Matilde G. Lago (a fs. 1036/1037) quien da cuenta que hubo dos negociaciones entre las partes respecto del precio, a instancias de Indimet S.R.L., por el incremento de los costos y que sin mediar una respuesta a la cuestión planteada, se rescindió el contrato.

Sin perjuicio de que la pretensión relativa al reclamo por los daños derivados de la rescisión anticipada y sin causa del contrato, no fue traída a esta instancia extraordinaria, lo cierto es que dicha notificación sobre la rescisión, implicó el cierre de la negociación respecto del punto aquí debatido. Ello aconteció de manera concomitante al expreso rechazo conforme a la CD 046042695 obrante a fs. 746.

Y lo cierto es que la demandada no se ha amparado en ningún argumento que desvirtúe lo arriba considerado y justifique esa reticencia, más que sostener "*... que hizo una nueva licitación y que la diferencia existentes entre los valores cotizados por Indimet S.R.L. y los restantes oferentes de dicha compulsas, es mínimo...*" (fs. 889vta.), lo cual tampoco resulta una causa de justificación válida para no cumplir con la dinámica pactada en el contrato.

Ahora bien, resulta necesario considerar el argumento invocado por la demandada relativo a que la pretensión de la actora no resultaría procedente por la vigencia de la prohibición de indexar.

La Ley 25561, en el artículo 4, al sustituir el texto de los artículos 7 y 10 de la Ley 23928, mantuvo vigente la prohibición de toda clase de actualización monetaria que establecían esas normas.

Estas disposiciones son de orden público y no pueden ser modificadas ni siquiera por voluntad de los contratantes.

Ello fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 333:447) y por este Tribunal



Superior de Justicia (Acuerdo N° 34/2011 "SAN ANDRES RIVAS" del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

Ahora bien, ¿pactaron las partes una cláusula indexatoria vulnerando el orden público?

Considero que la respuesta es negativa.

En este sentido, cabe resaltar que la doctrina, especialmente el Dr. Ricardo Lorenzetti, ha elaborado una distinción acerca de las diferentes justificaciones e intereses involucrados en la intervención estatal en materia contractual.

Así, el autor citado distingue la intervención del Estado orientada a restablecer el equilibrio contractual entre las partes, corrigiendo deficiencias estructurales del mercado -orden público de protección- por ejemplo control de cláusulas abusivas en la contratación predispuesta.

Por otro lado, la intervención del Estado para controlar la licitud del acuerdo de voluntades y su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico -orden público de coordinación- como sería el caso de la teoría de la imprevisión o el abuso de derecho.

Finalmente, la intervención del Estado como consecuencia de decisiones generales de política económica o administración -orden público de dirección-, en las que no se toman en cuenta cuestiones relacionadas con las partes del contrato sino los efectos que el contrato produce o puede producir sobre terceros. (Ricardo L. Lorenzetti, *Los contratos ante la emergencia económica*, LL 1993-C-811).

Es por ello que si se considera la veda indicada como de orden público de dirección, los mecanismos de ajuste prohibidos por tal regla legal serán solo aquellos vinculados con pautas o expectativas inflacionarias.

En ese orden de ideas, hay dos razones que me llevan a considerar que las partes no pactaron una cláusula prohibida.



La primera de ellas es que ante determinadas condiciones -causas externas a su control y excesiva onerosidad- éstas se obligaron a negociar un nuevo precio. Es decir, se obligaron a negociar y no pactaron una ajuste automático del precio atado a algún índice de inflación o actualización predefinidos.

Las variables determinadas estaban relacionadas con los costos propios de los servicios cotizados y el incremento en determinadas condiciones implicaba que las partes debían negociar de buena fe un nuevo precio que lo refleje. Así lo hicieron -al menos parcialmente-.

Además de ello, cabe distinguir el carácter endógeno o exógeno de la causa de la variación que se obligaron a reconocer. Las partes no aplicaron índices externos al contrato, sino criterios para mantener el equilibrio interno entre las prestaciones comprometidas, inherentes a la propia estructura de costos.

En efecto, el incremento de los costos que determinaba el momento en que las partes debían negociar de buena fe el precio, y repactarlo de manera que siga reflejando sus componentes conforme lo pactado inicialmente, y la vinculación de ello con la actividad efectivamente prestada por la actora, hace inferir que lo pactado no tenía en miras vulnerar la prohibición, sino por el contrario, fue la forma en que las partes optaron por distribuir el riesgo empresarial propio de su actividad.

Por lo tanto, entiendo que la cláusula pactada no está alcanzada por la nulidad en relación a la aplicación de las normas imperativas de la Ley 25.561.

En suma, corresponde señalar que encuentro verificados en autos los elementos propios de la responsabilidad civil.



De los argumentos expuestos surge que ésta tenía la obligación de reconocer esos mayores costos y que ello era un componente esencial del precio.

La omisión de hacerlo constituye una omisión antijurídica, contraria a la buena fe -artículo 1198 del Código Civil de la Nación- y a los fines tenidos en miras al contratar.

En materia de culpa contractual, la prueba del incumplimiento implica la presunción de responsabilidad (Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, Piedecasas Miguel A., *Responsabilidad por daños, Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994*, Tomo II-A- El incumplimiento contractual I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2016, pag.81.)

Asimismo, los perjuicios ocasionados -sobre los que me explayaré a continuación-, guardan relación de causalidad adecuada con el incumplimiento de la contraria.

En este sentido encuentro relevante a fin de acreditarlo, el testimonio del Sr. Luis A. Ibáñez -jefe del Departamento de Contratos de Total Austral S.A.- quien fue preguntado en qué tiempo del convenio marco se produjeron los reclamos de terceros por supuestos incumplimientos de Indimet S.R.L., y refirió que "*... a falta de precisión de día y semana puedo decir que fue en el último semestre de utilización del convenio ...*" (fs. 1211).

En cuanto al daño resarcible, la reparación integral implica tener presentes aquellos daños derivados del no reconocimiento de los mayores costos.

El criterio más sencillo y directo consiste en cuantificar cuanto serían los mayores costos no reconocidos para determinar la indemnización correspondiente, es decir estimar los ingresos que dejó de percibir.

La actora, en su demanda respecto de este rubro -a fs. 233- señaló que la estimación de los mayores costos en promedio mensual fue de \$105.000.- por la cantidad de 20 meses



de vigencia del contrato asciende a \$2.100.000.-. No obstante deja librado el monto a lo que resulte de la prueba pericial.

Luego, al momento de alegar -fs. 1442/1442 vta. y 1443- señala que para determinar el monto de los mayores costos devengados durante la vigencia del contrato se debe tomar como referencia el precio del m³ de movimiento de suelo, que fue el ítem considerado como referencia en la apertura de las ofertas el 04/08/2008 en la convocatoria efectuada por la demandada y la estructura de costos según Anexo E del pliego licitatorio y del contrato consecuente, PVTA sin IVA \$ 14,66.- por m³ de movimiento de suelo.

Agrega que si a la estructura de costos arriba mencionada le aplicamos los aumentos de cada uno de los ítems, según los porcentuales indicados en la prueba pericial contable a fs. 1338/1339 y 1384/1389 se arriba a precio ajustado de \$20,66.-.

Concluye que el valor ajustado de \$20,66.- equivale a un 40,93% mayor respecto a la tarifa original del año 2008 de \$14,66.-.

A ello, agrega que la enmienda N°1 que ajusta las tarifas solo considerando el incremento del rubro mano de obra había valorizado la tarifa a \$17,43.-, por lo tanto la diferencia dejada de percibir fue de \$3,23.-, que resulta de la diferencia entre 20,66.- y 17,43.-, en resumen una diferencia porcentual de 22,03% respecto de la tarifa original del año 2008.

Esta diferencia (22,03%) la aplica a la facturación promedio mensual, lo que arroja una diferencia mensual no reconocida de \$186.594,98.-.

Sostiene que esta diferencia mensual dejada de percibir por la falta de reconocimiento de costos, debe ser valorizada en términos de los meses de contrato transcurridos (20,63 meses).



Encuentro razonable la forma de cálculo realizada por la actora, empero la cantidad de meses que deberá considerarse será menor, esto es desde la primera enmienda que reconoce el incremento de los costos laborales a partir del 01/04/2009.

Y ello así porque en aquel momento preciso de la ejecución del contrato se pone de manifiesto la conducta antijurídica de la demandada, su reticencia a reconocer el incremento de todo aquello que debía reconocer.

Por tal motivo, se computarán solo 13 (trece) meses, por lo que la demanda prosperará parcialmente, por la pretensión aquí traída, por la suma de \$2.425.722.-, más intereses los que deberán calcularse desde la fecha del reclamo fehaciente a la demandada -30/04/2010- hasta el efectivo pago, computados a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

Por último, resta considerar la defensa de compensación opuesta por la demandada.

Al respecto, ésta manifestó que habría hecho frente al pago de indemnizaciones de los trabajadores de Indimet S.R.L. lo que se desprendería de la Nota de Débito N°0002-00002987 (fs.645/646) por la suma de \$ 467.171,23.-.

Por su parte, la actora alegó -fs. 1443 vta.- que la propia demandada habría reconocido que debió la suma de \$467.171,23.- correspondientes a la facturación pendiente para afrontar el pago de los salarios de sus dependientes, y que además el pago de la facturación pendiente no es objeto de este proceso, por lo que se asumiría que ese crédito fue destinado al pago de los trabajadores de Indimet S.R.L.

Considerando las pruebas producidas, se advierte a fs. 645/646 que Total Austral S.A. generó una nota de débito por ese importe que correspondería según su contenido "...sueldos de personal pagados por vuestra cuenta y orden...".



De la pericia contable, a fs. 1360 surge el detalle del contenido de dicha nota de Débito, aclarándose que no se pudo corroborar que se encontrara registrada en el Libro Diario o en el IVA Compras de la actora.

A fs. 1351/1354 surge del mismo informe contable, el detalle de aquello que Total Austral S.A. habría pagado en concepto de salarios e indemnizaciones. En el informe se menciona que Indimet S.R.L. habría dado su autorización para que esas sumas se imputen a las facturas pendientes de pago.

Esto último se condice con lo registrado en las actas celebradas ante la Subsecretaría de Trabajo de la Provincia del Neuquén -fs. 847/848 y 853- donde se pone de manifiesto que la demandada propuso abonar por cuenta de Indimet S.R.L. contando con su conformidad para descontar lo abonado de las facturaciones pendientes de pago.

A su vez, de fs. 1359 punto 4 de la misma pericial contable, se desprende que el total facturado por todo el contrato fue de \$20.497.507,52.-, mientras que el total de los pagos fue de \$19.771.578,29.-, afirmando la perito que es posible determinar una proporción en cuanto al pago del 96,46% en relación al total facturado.

En resumen, de acuerdo a las pruebas producidas podría inferirse que habría parte del contrato que se habría facturado en función de la realización de trabajos por parte de Indimet S.R.L., pero no abonado por Total Austral S.A., lo que sumado a las consideraciones anteriores permiten concluir que no se encuentran reunidos los extremos exigidos por la normativa para que proceda la compensación (artículos 818, 819 y 820 del Código Civil de Vélez).

En efecto, la demandada no ha demostrado adecuadamente su carácter de acreedora de la actora por la suma cuya compensación pretende, toda vez que de acuerdo a las



pruebas rendidas surgiría que habría retenido facturación pendiente de pago por los conceptos aquí solicitados.

Es por ello que no habiendo acreditado fehacientemente la titularidad y exigibilidad del crédito que invoca, su defensa no prosperará.

V. En cuanto a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a este Acuerdo, esto es las costas, corresponde imponer las de esta instancia a la demandada vencida. Respecto de las generadas en las restantes instancias, se imponen en un 50 % a la actora y un 50% a la demandada, en orden a los vencimientos mutuos (artículo 279 y 71 Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén).

VI. Por todo lo hasta aquí expuesto, se propone al Acuerdo: **1.- Declarar** procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la parte actora a fs. 1498/1517, en virtud de la causal de arbitrariedad por absurdo probatorio -artículo 15° inciso c) de la Ley 1406; y en consecuencia, **casar parcialmente** el decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial -Sala I- obrante a fs. 1491/1495 vta. por lo expuesto en los considerandos respectivos. **2.- Recomponer** el litigio a la luz del artículo 17° de la Ley Casatoria, mediante el acogimiento parcial del recurso de apelación articulado por la parte actora a fs. 1473/1480, revocándose la sentencia de Primera Instancia de fs. 1454/1463 vta., y en su consecuencia corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por INDIMET S.R.L. condenando a TOTAL AUSTRAL S.A. al pago en concepto de indemnización de la suma de \$2.425.722.- más intereses, los que deberán calcularse desde la fecha del reclamo fehaciente a la demandada -30/04/2010- hasta el efectivo pago, computados a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén. **3.- Imponer las costas** de esta instancia a la demandada vencida, y readecuar las generadas en las restantes instancias,



imponiéndolas en un 50 % a la actora y un 50% a la demandada, en orden a los vencimientos mutuos (artículos 12° y 17° Ley 1406, y 279, 71 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén). **4.- Dejar sin efecto** las regulaciones de honorarios de los letrados intervinientes practicadas en las instancias anteriores, los que se adecuarán en origen al nuevo pronunciamiento. **5.- Regular** los honorarios de los letrados intervinientes por la actuación ante la Alzada, en un 30% de la suma a determinarse en la instancia de grado; y en un 25% por su actuación en esta instancia extraordinaria. **6.- Disponer** la devolución del depósito efectuado por la parte actora recurrente, cuya constancia luce a fs. 1497 (artículo 11° de la Ley 1406). **MI VOTO.**

El señor vocal doctor **IVALDO D. MOYA** dijo: Comparto las consideraciones formuladas por el doctor **ROBERTO G. BUSAMIA** y la conclusión a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, **SE RESUELVE: 1°) DECLARAR PROCEDENTE** el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la parte actora a fs. 1498/1517, en virtud de la causal de arbitrariedad por absurdo probatorio -artículo 15° inciso c) de la Ley 1406; y en consecuencia, **casar parcialmente** el decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial -Sala I- obrante a fs. 1491/1495 vta. por lo expuesto en los considerandos respectivos. **2°) Recomponer** el litigio, y acoger el recurso de apelación articulado por la parte actora, revocándose la sentencia de Primera Instancia de fs. 1454/1463 vta., y en su consecuencia, hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por INDIMET S.R.L. contra TOTAL AUSTRAL S.A., condenándola a esta última a abonar a la actora la suma de \$2.425.722.- más intereses, los que deberán calcularse desde la fecha del reclamo fehaciente a la demandada -30/04/2010- hasta el



efectivo pago, computados a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén. **3°) Imponer las costas** de esta instancia a la demandada vencida, y readecuar las generadas en las restantes instancias, imponiéndolas en un 50 % a la actora y un 50% a la demandada, en orden a los vencimientos mutuos operados (artículos 12° y 17° Ley 1406, y 279, 71 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén). **4°)** Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 279 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén, **dejar sin efecto** las regulaciones de honorarios de los letrados intervinientes practicadas en las instancias anteriores, a fs. 1454/1463vta y 1491/1495vta. **5°) Regular** los honorarios de los letrados intervinientes por la actuación ante la Alzada, en un 30% de la suma a determinarse en la instancia de grado; y en un 25% por su actuación en esta instancia extraordinaria. **6°) Disponer** la devolución del depósito efectuado según constancia obrante a fs. 1497 conforme a lo establecido por el artículo 11° de la Ley 1406. **7°)** Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase los autos.

Con lo que se da por finalizado el acto que previa lectura y ratificación, firman los señores Magistrados por ante la Actuaría, que certifica.

Dr. EVALDO D. MOYA - Dr. ROBERTO G. BUSAMIA
Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria Subrogante