***Los sistemas de contratación más utilizados en la práctica***

En la práctica de los contratos cuyo objeto constituye la construcción de grandes obras civiles, no todos los sistemas existentes en nuestro derecho (y en el comparado) son utilizados con la misma intensidad.

Así, es muy poco usual encontrar la contratación mediante el sistema por administración -o por economía-, en el cual el propio dueño de la obra asume la condición de empresario, por lo que ya no habrá, en tales casos, un contrato de locación de obra propiamente dicho cuyo objeto sea un objeto material, sino la construcción de una obra para la cual se utilizarán otros contratos a fin de contar con la mano de obra y los materiales necesarios, entre otros.

Además, existen contrataciones en las cuales el objeto está compuesto por una obra material solamente y otros en los que se requiere la ejecución de obra material más una de carácter inmaterial (proyecto ejecutivo e ingeniería de detalle). Sin embargo, aún en los casos en que sólo se contrate la ejecución de la obra material y sea el comitente quien provea el proyecto y la ingeniería para la construcción, resulta ser lo más usual que el mismo contratista deba realizar, al finalizar el contrato, los planos conforme a obra. Por lo cual, en la gran mayoría de los contratos en los cuales la contratación sea exclusivamente de la obra material, lo mismo existirá la obligación por parte del locador de entrega de una obra intelectual.

Si bien no existe una sistematización en nuestro Código Civil en relación a este punto, hay ciertos artículos que hacen referencia a los sistemas de contratación, los que mencionaremos en cada caso, al dar tratamiento a cada uno de ellos, a continuación.

**a. Por ajuste alzado**. Bajo este sistema, el empresario cotiza un precio único y global. Si bien es cierto que la invariabilidad del precio es la característica que define al sistema de contratación en cuestión, no menos cierto es que la inmutabilidad de ese precio global impone la invariabilidad de la obra.

Podemos decir entonces que de ninguna manera el sistema de ajuste alzado es absoluto en el sentido de abarcar lo imprevisible -o lo previsible pero inevitable- sin importar la excesiva onerosidad que ello signifique para el contratista. De ser así, estaríamos frente a un contrato aleatorio. A mayor abundamiento, el hecho que se haya contratado bajo ajuste alzado la ejecución de una obra determinada, nunca abarca la imprevisión contractual, ya que se estaría desnaturalizando al mismo. Recordemos que este contrato es, en esencia, bilateral y conmutativo, por lo que esa invariabilidad tiene sus límites en la invariabilidad de la obra contratada y cualquiera sea el motivo por el cual dicha obra se pueda ver modificada -siempre, claro está, que no haya responsabilidad por parte del contratista, el mayor costo que ello implica no está contemplado en el precio así pactado.

Así lo ha entendido también nuestra jurisprudencia. En la causa “Oar Construcciones”, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dijo que “Las modificaciones, añadidos, o mejoras realizados por el dueño de la obra a los planos originarios, durante su ejecución, deben remunerarse con independencia del precio fijado para toda la obra, aunque ésta se haya hecho bajo la modalidad de ajuste alzado. En efecto, aunque exista estipulado un precio global y fijo pueden dar lugar a un suplemento de precio los trabajos adicionales que no se previeron o no se consideraron necesarios al proyectar la misma”21.Entonces, ¿qué significa que el precio se mantiene invariable, de acuerdo a lo arriba comentado? En nuestra opinión, esto es que el precio no puede reducirse, aún frente a una optimización de costos, ni el contratista puede requerir su aumento, en la medida que la obra no varíe. Sintetiza lo aquí expuesto la cita que Podetti hace de Carol y Sansoni, quienes afirman que el sistema de ajuste alzado “requiere que a una invariabilidad de obra se corresponda una invariabilidad del precio”22.

Esto implica, entre otras cosas, que si el contratista al momento de estudiar la obra y cotizarla, tomando para ello los datos de planos, del proyecto ejecutivo y demás información técnica proporcionada por el comitente, se equivocó, por ejemplo, en los rendimientos de los equipos, o en la cantidad a utilizarse de algún material, o el número de obreros necesarios para ejecutar la obra de acuerdo a lo planificado, debe ejecutar la obra aún cuando esos mayores costos, indispensables para cumplir con el objeto del contrato, deban ser absorbidos por él. Esto da al comitente la seguridad de que el precio de la obra no será mayor, a condición de que la obra se mantenga siempre la misma y que no ocurran eventos de fuerza mayor, caso fortuito o aparezcan dificultades materiales imprevisibles, por ejemplo. A la inversa sucede si durante la ejecución del contrato, el contratista logra optimizar los rendimientos de equipos, mano de obra y materiales: ello no generará la disminución del precio, sino que se traducirá en una mayor ganancia para el empresario.

Volvemos a mencionar a Podetti, quien afirma que “habida cuenta que es muy difícil que nada cambie durante la ejecución de una obra, en realidad, el sistema de ajuste alzado significa que ambas partes han pactado una equivalencia entre las obligaciones que cada una de ellas ha asumido en relación con la otra”.

Concluye el autor diciendo que bajo el sistema de ajuste alzado, las partes han fijado de forma clara y precisa el quantum de las obligaciones que cada una asume, estableciendo a tal fin una ver- dadera ecuación23.

Para mayor precisión, efectuaremos una aclaración en relación a este sistema. El hecho que el precio se mantenga sin variaciones, no se refleja, en nuestra opinión, en la imposibilidad de aplicar mecanismos de reajuste del mismo, ya que aquéllos están destinados a mantener el precio vigente, a que no se produzca un desfasaje entre las prestaciones de las partes. Estos mecanismos tienden a mantener el valor real de las prestaciones en perfecta armonía, en equilibrio, frente a la pérdida de adquisición que sufre la moneda por la incidencia de la inflación. Mediante la aplicación de este tipo de mecanismos, no se produce una variación del precio, sino su mera actualización y correlación a lo que en la realidad “cuesta” la obra. Estos mecanismos benefician a ambas partes, ya que apuntan a mantener la conmutatividad propia de estos con- tratos. Esta posibilidad no implica una variación en el precio pactado; la aplicación de este tipo de sistemas sólo está destinada a mantener la equivalencia de las prestaciones, lo que puede significar, según el caso, un ajuste en más o en menos, sin ser por ello un aumento o disminución del mismo.

Contrariamente, ello no es lo que estipula el artículo 1633 del Código Civil. Este artículo nos dice que aunque encarezca el valor de los materiales y de la mano de obra, el locador no puede pretender un aumento en el precio. Este caso es el que la doctrina de- nomina como “ajuste alzado absoluto”, distinguiéndose del “relativo”, en el cual sí podrían variar tanto la obra como el precio. Nos permitimos hacer una crítica al Código en este punto, ya que de acuerdo a lo que hemos manifestado, la alteración del valor que puede sufrir la mano de obra o los materiales por efecto de la depreciación monetaria y que habilitaría al contratista a readecuar ese precio, no es un aumento del mismo, sino que ello tiene en miras el mantenimiento del mismo en su relación de equivalencia con la prestación a su cargo. De no ser así, se produciría el enriquecimiento sin causa de la otra parte, que adquiriría una obra terminada según lo pactado, pero por la que abona un precio menor al costo real de la misma, sin que tal situación se deba a un error en los cálculos del contratista –que sería un riesgo sí cubierto por este sistema-.

Sin embargo, esto no siempre fue concebido así. De la mano del Código Civil, se entendía que cuando el contrato caía bajo lo que habitualmente se llama “sistema por ajuste alzado absoluto”, el contratista no tenía derecho a que se le reconocieran los aumentos que algunos componentes del precio pactado sufrían como con- secuencia de la inflación. Según nuestro criterio, erróneamente se entendía ello como una variación del precio y se cometían grandes injusticias.

Resulta oportuno que mencionemos lo previsto en el artículo 1633 bis; textualmente el artículo indica que “el empresario no podrá variar el proyecto de la obra sin permiso por escrito del dueño, pero si el cumplimiento del contrato exigiera esas alteraciones y ellas no pudieron preverse al tiempo en que se concertó, deberá comunicarlo inmediatamente al propietario, expresando la modificación que importe sobre el precio fijado...”.

En relación a la regulación de este sistema en nuestro derecho, el artículo 1683 del Código Civil establece que el locador no podrá “bajo ningún pretexto pedir aumento en el precio, cuando la obra ha sido contratada por una suma determinada, salvo lo dispuesto en el art. 1198”. Es decir, la aplicación de la teoría de la imprevisión, según lo que ya se comentó ut supra.

¿Qué ventajas ofrece a las partes este sistema? Primordial- mente, el dueño sabe desde un principio cuál será el costo de la obra, ya que es altamente probable que el precio que finalmente deberá pagar no sufra alteraciones, salvo en caso de imprevisiones o por modificaciones que él mismo ordene. Por último diremos que es factible la combinación de este sistema con otros, tales como el de unidad de medida y precios unitarios como así también con el de coste y costas. Es habitual que sólo se contraten algunas tareas por ajuste alzado, tales como la cotización de un puente en el marco de una obra vial.

**b. Por unidad de medida y precios unitarios**. Hace referencia a este sistema el artículo 1639 de nuestro Código Civil. Establece este artículo: “cuando la obra fue ajustada por pieza o medida, sin designación del número de piezas o de la medida total, el contrato puede resolverse por una y otra parte concluidas que sean las partes designadas, pagándose la parte concluida”. Este sistema consiste en contratar con determinación del precio unitario de la pieza o medida.

Encontramos en la jurisprudencia la siguiente definición: “La locación de obra contratada por unidad de medida es aquella en la cual el precio es oblado en forma unitaria con determinación de cantidad por cada unidad ejecutada. El sistema por unidad simple, en cambio, supone la variabilidad del precio total y de las cantidades a ejecutar por el locador, en tanto sólo se fija el monto que debe abonar el locatario por cada unidad. La locación de obra con- tratada por pieza o medida (art. 1639, Cód. Civil) puede ser definida como aquella contratación en la cual los distintos trabajos que conforman la obra son realizados mediante el pago de precios asignados a cada unidad técnica de estructura, o bien a cada cantidad técnica unitaria de mano de obra”24.

Algunos autores, tal el caso de Spota, al mencionar a este sistema utilizan la conjunción “o”, es decir, “por unidad de medida o precios unitarios”25. Entendemos que la conjunción correcta a utilizar es “y”, ya que no son términos equivalentes ni tampoco excluyentes. La unidad de medida está vinculada a una unidad técnica o cantidad unitaria (por ejemplo, metros cuadrados, hora- hombre, hora-equipo, etc.) y el precio unitario responde al valor cotizado y correspondiente a cada una de esas unidades (por ejemplo: tres pesos el metro cúbico de excavación, quince pesos la hora- hombre de mano de obra calificada, cinco pesos el metro cuadrado de pavimento de asfalto, etc).

Ahora sí, introduciéndonos en este sistema, es preciso mencionar que puede que en el contrato se haya previsto la cantidad de unidades a ejecutar - tres mil metros cúbicos de excavación a tres pesos el metro cúbico, por ejemplo- o que dichas cantidades no se hayan preestablecido. Este dato no es menor, ya que el empresario al momento de calcular el costo de la unidad técnica de que se trate, puede evaluar los rendimientos y la amortización de los gas- tos asociados y que componen ese costo, si conoce de antemano las cantidades a ejecutar. No es lo mismo ejecutar dos mil metros cúbicos de excavación en un plazo determinado, que realizar sólo diez metros cúbicos de excavación en el mismo lapso. Ese dato puede incluso hacer variar la metodología constructiva y por ende los insumos y demás elementos que componen el costo del ítem en cuestión.

Entonces, cuando se ha determinado de antemano la cantidad de unidades a ejecutar, habrá invariabilidad del precio total del contrato (se asimila así al ajuste alzado). Este sistema ha sido denominado por la doctrina como “sistema de ejecución de obra por precios unitarios con determinación de cantidad o sistema por unidad de medida”26 propiamente dicho. Por el contrario, cuando no se conocen esas cantidades al momento del nacimiento de la relación contractual, habrá variabilidad del precio total (y, obviamente, de las cantidades). Este segundo caso se ha denominado como “sistema de unidad simple”27.

Ponemos de resalto que en ambos casos lo que resultará inamovible, dentro de ciertos límites, son los precios unitarios, aunque en este caso también es aplicable lo que indicamos para el ajuste alzado, en el sentido de que podrá variar ese precio unitario por imprevisión o por modificaciones indicadas por el comitente - por ejemplo si varía la metodología constructiva aunque no varíe el proyecto, el precio de la unidad técnica puede ser diferente, ya que se alteran los componentes de ese precio, aunque esa unidad sea la misma-. De acuerdo a lo que mencionamos en el primer párrafo del presente apartado, cuando se han pactado las cantidades de unidades a ejecutar, el contrato concluye cuando se han ejecutado esas cantidades; en cambio, cuando no se ha pactado una cantidad, el contrato puede ser resuelto en cualquier momento y deberá abonarse al locador la cantidad de unidades realizadas al momento de la resolución. Vemos que en el primer caso, el contrato goza de una mayor estabilidad, lo que repercutirá también en el valor del precio unitario, no sólo por lo que describimos en el párrafo anterior, sino también porque el constructor al cotizar ese precio, puede evaluar también la rentabilidad total del negocio.

Dice Spota, en relación a lo antedicho, que el contrato por unidad simple puede concluir todas las veces que se haya ejecutado la unidad prevista, siendo así de una estabilidad precaria, ya que cualquiera de las partes puede darlo por concluido una vez ejecutadas las partes pactadas y pagándose esa parte terminada (artículo 1639 Código Civil). Ello, en cambio, no ocurre en el contrato por unidad de medida con determinación de cantidades, ya que el contrato no puede considerarse concluido -o resolverse, en términos del artículo 1639- sino hasta que se hayan alcanzado las cantidades pactadas. El empresario se ha obligado a entregar la obra completa28.

Humberto Podetti califica a este sistema de flexible, tanto en relación al precio como a la obra, dado que ambos sólo van a quedar definitivamente determinados al finalizar la obra, momento en el cual podrá conocerse recién con exactitud la cantidad de unidades ejecutadas y, por ende, el precio definitivo a ser abonado por el comitente29.

Mencionamos, para concluir, que es el más utilizado en obras de gran envergadura, sea solo o en forma combinada, especialmente con el de ajuste alzado o el de coste y costas. La razón fundamental es que este sistema se presenta como el más justo para ambas partes, ya que se paga en relación a las cantidades ejecutadas, disminuyéndose el riesgo económico, especialmente del empresario. En palabras de Spota, “parece ser el más justo en cuanto los trabajos imprevistos no recaen sobre el empresario (aún cuando el costo de cada unidad puede aumentar), a diferencia de lo que ocurre en el ajuste alzado en el cual el trabajo imprevisto (no el imprevisible) lo sufre el empresario”30.

**c. Coste y costas**. Se caracteriza este sistema por la indeterminación inicial del precio. Se distingue el concepto de “coste”, en el cual se incluyen los costos directos, indirectos, gastos generales e impuestos, de las “costas”, que es, básicamente, la utilidad que es- pera recibir el empresario31.

De lo antedicho se desprende que dentro del coste encontramos tanto a los costos directos como a los indirectos del empresario. Los directos, son aquellos costos de mano de obra, materiales y equipos asociados a la producción de los trabajos. Por otro lado, encontramos los costos indirectos, que son todos aquellos gastos fijos no asociados a la producción, tales como gastos de seguros, alquiler de viviendas, personal de vigilancia, movilidades, gastos financieros, etc., que están íntimamente ligados a la variable “tiempo”. También encontramos dentro del “coste” los gastos generales, que incluyen los gastos de la administración central del empresario y que se distribuyen proporcionalmente entre todas las obras que el contratista pueda estar ejecutando en forma simultánea.

Otro rubro incluido en lo que es coste, es el de los impuestos - tales como el IVA, ingresos brutos e impuesto al cheque-.

Una forma de calcular el beneficio del empresario es aplicar sobre ese coste, un porcentaje. También puede tratarse de una suma fija o de una combinación de ambos métodos.

En la práctica, el funcionamiento de este sistema es, por lo general, el siguiente: el contratista, de acuerdo a las tareas a ejecutar según lo planificado, va comprando materiales, moviliza equipos propios o los alquila, contrata la mano de obra, etc. y periódicamente le eleva al comitente para su aprobación todos los gastos realizados con sus correspondientes comprobantes. Una vez aprobados, el contratista presenta la factura cuyo monto ya con- tiene el porcentaje de indirectos, gastos generales y beneficio.

Nos dice Gregorini Clusellas que en este sistema “el comitente corre con los riesgos y ventajas del mayor o menor valor de la obra, el costo de los trabajos adicionales cualquiera que sea su importancia y las alteraciones de costo de mano de obra y materiales por la suba de precios que los mismos puedan haber sufrido en el período de que se trate”32.

En este sistema no se presenta la problemática objeto del presente trabajo, dado que no hay ningún riesgo económico para el contratista ya que se le reconocen y pagan los costos al exacto valor en el que fueron incurridos más su ganancia, y a medida en que el empresario va efectuando las erogaciones. El dueño, en cambio, asume los riesgos y ventajas del mayor o menor valor de la obra, las alteraciones de proyecto sin importar de qué tipo de trabajos se trate, etc. Sin embargo, y en cualquier caso, siempre estará pagando por la obra lo que realmente vale, ni más, ni menos.

En la contratación bajo este sistema, deberá llevarse una adecuada administración de los gastos, lo que requerirá por parte del dueño de un fuerte control sobre aquellos. Adicionalmente, deberá existir entre las partes un mayor grado de confianza.

Este sistema suele ser utilizado cuando razones de emergencia llevan al dueño a contratar rápidamente la ejecución de la obra (por ejemplo, si se trata de una reparación que de no iniciarse de inmediato, puede generarle mayores pérdidas económicas que si procede a un estudio minucioso de los daños, desarrollando los estudios y preparando la documentación técnica para luego convocar al empresario para que cotice por unidad de medida o ajuste alzado la realización de la obra). Es posible que algunas tareas dentro de una obra contratada principalmente por ajuste alzado o unidad de medida por precios unitarios sean ejecutadas bajo este sistema. Sin ir más lejos, se utiliza este sistema con frecuencia para el pago de remoción de interferencias de instalaciones subterráneas de gas, luz, fibra óptica, agua, etc., ya que muchas veces no se tiene un cabal conocimiento de todas las posibles interferencias del terreno o no se ha podido obtener en tiempo oportuno las correspondientes cotizaciones por parte de las empresas prestatarias de servicios públicos para la relocalización de sus instalaciones.