

Título: La responsabilidad contractual en la obra pública

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: RDA 2011-75, 113

Cita: TR LALEY AR/DOC/9968/2012

I. LA DISTINCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

La ejecución de las obras comprometidas por el contratista se halla presidida por un conjunto de principios generales (v.gr., el principio general de la buena fe y el de confianza legítima) [\(1\)](#), hallándose enmarcada en el sistema de derechos, prerrogativas y garantías que configura el régimen administrativo del contrato. Al momento de interpretar las cláusulas contractuales y los hechos de las partes, es importante tener en cuenta que se trata de un contrato de colaboración (cuya principal obligación, que es de resultado, consiste en la ejecución de la obra objeto del contrato), en el cual encuentran cabida todas las especies de justicia (particular y general), aun cuando asume mayor trascendencia la justicia conmutativa, que establece los repartos o intercambios debidos en proporción a las cosas y no a las personas [\(2\)](#), determinando los criterios que rigen la responsabilidad contractual.

A su vez, en el derecho administrativo, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual (no obstante sus notas comunes) se explica y justifica por un conjunto de fundamentos que son propios del derecho público y, en particular, de los contratos administrativos, en los cuales rigen en una ecuación integrada por los principios de colaboración y del equivalente económico a favor del contratista y por el interés público que encarna la Administración.

La órbita de la responsabilidad contractual comprende todas las consecuencias patrimoniales derivadas tanto del incumplimiento por culpa de las obligaciones preexistentes que emergen del contrato administrativo, como también las que conciernen al incumplimiento de los deberes legales [\(3\)](#), expresos o implícitos, que surgen del ordenamiento jurídico que rige el contrato. Así, por ejemplo, las indemnizaciones debidas por la Administración en virtud de lo prescripto en el art. 39 de la LOP entran en el campo de la responsabilidad contractual.

A la inversa, cuando el factor de atribución está fuera del contrato y proviene del alterum non laedere o de la violación del principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, CN) (por hecho del príncipe o daños de terceros sobre el contrato), la responsabilidad es de naturaleza extracontractual. La doctrina enseña que ambas órbitas de responsabilidad son claramente distinguibles [\(4\)](#), aunque, en el derecho privado, a pesar de las diferencias [\(5\)](#), se ha intentado unificarlas [\(6\)](#).

La diferencia entre un tipo y otro de responsabilidad se encuentra (además del factor de atribución) en el régimen de la prescripción, que es decenal para la contractual y bianual para la extracontractual.

Por otra parte, como se ha puntualizado, el contrato de obra pública se rige, esencialmente, por las normas y principios propios del derecho administrativo. La aplicación del derecho privado no se lleva a cabo por la técnica de la subsidiariedad [\(7\)](#), sino por la analogía [\(8\)](#) que, ante cualquier laguna en el ordenamiento administrativo, permite cubrir el vacío, excepcionalmente, con una norma privada, previa adaptación o juicio de compatibilidad con la normativa y principios de derecho público que constituyen la sustancia de la disciplina. Si la norma privada armoniza con las prescripciones legales y los principios del derecho administrativo (v.gr., en materia de prescripción) es posible aplicar directamente la norma porque lo permite el juicio de compatibilidad con el ordenamiento jurídico administrativo (constituido, reiteramos, con normas y principios), y no en razón del carácter subsidiario de la norma privada. Este examen de compatibilidad que todos los autores y jueces realizan, en forma inconsciente o consciente, revela que estamos en presencia de la técnica de la analogía y no de la subsidiariedad [\(9\)](#). El propio Linares, defensor de la tesis de la aplicación subsidiaria del Código Civil al derecho administrativo, supedita dicha aplicabilidad a "que la generalidad de los términos de la norma de que se trate lo tolere" [\(10\)](#).

La técnica de la aplicación subsidiaria del Código Civil al derecho administrativo encuentra su fundamento en la errónea creencia según la cual el derecho civil sería derecho común [\(11\)](#), y el derecho administrativo, un derecho especial. Pero, más allá de que el desarrollo autónomo de la disciplina publicista resta consistencia a esa tesis, la raíz medieval que explicaba la razón de ser del ius commune desapareció tras el proceso de codificación en el que el derecho civil asumió carácter general y las leyes civiles que no integraban el Código pasaron a ser especiales, prevaleciendo sobre la codificación por el principio de especialidad que hizo que ni siquiera la ley general posterior pudiera derogar la ley especial anterior, salvo el supuesto de repugnancia efectiva.

Esta situación no se reprodujo en el derecho administrativo, en el cual, por principio, sólo procede la aplicación de normas civiles a través del procedimiento de la analogía, una vez agotadas las posibilidades de

integrar el vacío legal con las normas y principios generales del sistema publicista. Si se reconoce la autonomía del derecho administrativo, es forzoso concluir que éste se configura como el derecho común de las Administraciones Públicas.

Hechas estas precisiones, en lo que sigue vamos a destacar los principales institutos que le atribuyen al contrato de obra pública una modulación diferenciada con respecto al contrato privado de locación de obra.

1. Modificaciones del proyecto constructivo (potestas variandi) y equivocaciones del presupuesto

Una de las características que presenta el régimen de ejecución contractual de la LOP radica en la atribución legal que expresa la potestad de modificar el proyecto constructivo reconocido por el art. 30, cuyo alcance se halla limitado por el art. 53 de dicha ley. La metodología del art. 30 de la LOP es criticable en cuanto omite consignar expresamente que la potestad modificatoria no es absoluta, pues a la Administración no le es permitido desnaturalizar o alterar la esencia del contrato celebrado (12).

El objeto de las potestas variandi puede consistir tanto en la reducción como en el aumento de los costos o trabajos proyectados.

Pero la Administración carece de libertad para modificar el contrato de obra pública y debe, en todos los casos como presupuesto esencial de su validez, justificar la respectiva decisión en una causa de interés público (13), a fin de preservar la específica finalidad pública que persigue con la construcción de la obra. Tradicionalmente concebida como un ius o derecho de la Administración, configura una potestad o, si se prefiere, una prerrogativa de poder público que, como toda prerrogativa, debe ser ejercida en forma razonable.

Dicha potestad traduce una vinculación relativa, habida cuenta de que el contratista se encuentra obligado a aceptar aquellas modificaciones al proyecto constructivo que no superen un tope del 20%, teniendo derecho a percibir el importe del aumento, sin que pueda reclamar indemnización alguna por los beneficios que hubiera dejado de percibir (14).

Por su parte, este supuesto de modificación del proyecto constructivo debe distinguirse de las modificaciones que se producen por "equivocaciones del presupuesto" imputables al comitente, con respecto a la extensión o valor de las obras (15).

En este caso, tanto la Administración como el contratista tienen derecho a que se fije un nuevo precio unitario de común acuerdo. El art. 37 de la LOP dispone, además, que si no se arribase a un acuerdo entre las partes, la Administración puede disponer que los trabajos se lleven a cabo en forma directa o por un nuevo contrato, sin que el contratista tenga derecho a reclamar indemnización alguna.

Si como consecuencia de la modificación resultase que un ítem fuera suprimido totalmente, el contratista no tiene derecho a reclamar un nuevo precio por los ítems no suprimidos, salvo que a raíz de la modificación debiese recomponer los ítems no suprimidos (en definitiva, el proyecto original) y ello le generase mayores costos.

Por último, cabe señalar que, en los dos supuestos indicados (modificaciones del proyecto constructivo y equivocaciones del presupuesto), el contratista tiene derecho a la rescisión del contrato, cuando las modificaciones excedieran el 20% del valor de las obras contratadas (16).

2. Limitaciones al principio contractual de "riesgo y ventura"

Una de las características distintivas de los contratos administrativos se encuentra en el principio del equivalente económico o equilibrio financiero del contrato administrativo (17). La médula de este dogma capital de la contratación administrativa (18) está compuesta por el principio de intangibilidad de la ecuación económico-financiera del contrato, según el cual la Administración, que no gestiona un interés de naturaleza privada (civil o comercial), sino un interés público relevante, orientado a que se cumpla con la finalidad contractual perseguida, asume la obligación de mantener incólume la ecuación económica-financiera en la que el contratista basó su oferta.

En otras palabras, se invierte la regla privada que predica que los contratos se celebran a riesgo y ventura, por una suerte de indemnidad a favor del contratista, con exclusión de aquellos daños que provienen de su obrar culposo o doloso. Ello garantiza al contratista que la ecuación contractual originaria se mantendrá incólume durante toda la vida del contrato.

Muchas son las razones que militan a favor de la compensación de los desequilibrios contractuales y las diferentes técnicas aplicables, habiendo la literatura jurídica dedicado páginas memorables (19) al estudio de sus fundamentos y proyección en las diferentes teorías correctoras de dichos desequilibrios. En particular, en los contratos de obras públicas, hay un conjunto de causas que justifican las técnicas y teorías correctoras de los desequilibrios, que pueden sintetizarse en las siguientes:

a) la conveniencia de eliminar factores de riesgo no imputables al contratista para obtener mejores precios en las ofertas que se formulan en las licitaciones;

b) la desproporción existente entre el monto de las obras públicas a ejecutar y el patrimonio privado del contratista, a fin de evitar que éste tuviera que contratar costosos seguros que, en definitiva, se trasladan siempre al precio de la obra (20);

c) asegurar la igualdad en el acceso a las licitaciones por parte de los contratistas con una suerte de garantía (21), que coloca en igual posición económica a todos los oferentes;

d) evitar la ruina de los contratistas, de quienes la Administración precisa que actúen como sus colaboradores para el ejercicio de sus funciones públicas, habida cuenta de que la gestión privada suele ser más eficiente que la pública en la administración de los recursos.

De cara a ese panorama doctrinal, la doctrina y la jurisprudencia, tanto la judicial como la administrativa, emanada de la Procuración del Tesoro de la Nación, no siempre han exhibido la claridad indispensable, habiéndose confundido, en muchas ocasiones, la técnica aplicable, así como la finalidad tuitiva que persigue la Administración en los contratos de obra pública. Una de las confusiones más corrientes, justificada cuando se sancionó la LOP, debido al insuficiente desarrollo que presentaba en esa época el derecho de los contratos administrativos, ha sido la de confundir la teoría de la imprevisión, de origen público (22) pero de sistematización doctrinal y positiva (más tarde) civilista, con el régimen de variaciones de costos de la ley 12.910, que permitía compensar tanto los mayores costos imprevisibles como los previsibles (23).

Desde otro ángulo contractual, si bien la doctrina ha reconocido que la LOP regula una especie de fuerza mayor distinta a la regulada por el derecho civil (24) (particularmente en lo que concierne a los requisitos de irresistibilidad e imprevisibilidad), hubo precedentes administrativos que han considerado que la demora de la Administración, en el otorgamiento de permisos de importación, no configura un caso de fuerza mayor conforme al art. 39 de la LOP (25).

A su vez, al propio tiempo que la Procuración del Tesoro de la Nación ha exigido que para invocar el supuesto del hecho del príncipe que dé lugar a indemnización, éste debe haber sido imprevisible (26) lo que, obviamente, la respectiva teoría no exige (27), se dieron opiniones contradictorias en punto a si la vigencia de la Ley de Convertibilidad implicaba o no CRIVELLI, Julio C., El ajuste del precio en la locación de obra, Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 137. la derogación del régimen de mayores costos previstos en la ley 12.910 y en las disposiciones legales y reglamentarias que la complementan.

Algunas de estas cuestiones han sido superadas en el régimen que sustituyó al de variaciones de costos de la ley 12.910 (28), llamado de "redeterminación de precios", que reconoce mayores costos en función del principio del sacrificio compartido, pero otros problemas quedan aún pendientes y requerirán del auxilio de la doctrina y jurisprudencia para otorgar la mayor estabilidad, seguridad jurídica y confianza legítima (29) posible a los contratos de obra pública.

Si bien son varias las cuestiones en cuanto a la hermenéutica del nuevo régimen de "redeterminación de precios", hay una que asume singular trascendencia y es la referida a si dicho régimen impide o no el reconocimiento de indemnizaciones contractuales fundadas en la teoría del hecho del príncipe o de la fuerza mayor administrativa, las cuales, en definitiva, repercuten sobre los precios de las obras públicas.

a) Acontecimientos que tienen por causa actos de la Administración no previstos en los pliegos y su asimilación a la fuerza mayor en la LOP

Entre los acontecimientos que implican la configuración de la fuerza mayor (o del caso fortuito) en los contratos de obra pública se encuentran aquellos "que tengan su causa directa en actos de la administración no previstos en los pliegos"(30). Al respecto, no obstante, el criterio de la Corte (31), en el sentido de que el art. 39 de la LOP debe interpretarse con carácter restrictivo y excepcional, hay que tener en cuenta que la regulación de la LOP, al ser de naturaleza administrativa, "no supone un régimen de excepción al de la locación de obra privada..."(32).

La asimilación de los hechos del príncipe a la fuerza mayor implica que se deben cumplir los requisitos de la teoría que se incorpora y asimila, y no los de la que recibe la asimilación. Así lo exige el principio general de conservación o continuidad de los contratos administrativos (33), particularmente el de obra pública, de modo que no cabe exigir que se trate de un hecho irresistible e imprevisible, que no pudo evitarse. Basta con acreditar como prescribe la norma que los actos no se hallaban previstos en los pliegos de la licitación.

Cabe preguntarnos: ¿De quién deben provenir los hechos de la Administración? ¿Qué tipo de actos o hechos configuran la fuerza mayor administrativa? ¿Cuáles son las consecuencias?

Los hechos del príncipe que configuran la causal específica de fuerza mayor en el contrato de obra pública son todos aquellos pertenecientes a la llamada alea administrativa, cualquiera fuera su naturaleza (general o individual) y el órgano que los produce (nacional, provincial o municipal) (34).

En lo que atañe a las consecuencias de la fuerza mayor, ellas generan la obligación de indemnizar todos los perjuicios, por aplicación analógica del Código Civil, tanto en concepto de daño emergente como de lucro cesante. Es cierto que, como se trata de una suerte de responsabilidad por acto lícito, podría suponerse que la indemnización se limita a los daños directos y objetivos, con exclusión del lucro cesante, pero no hay que olvidar que se trata de una responsabilidad contractual, que funciona en el régimen del contrato de obra pública, uno de cuyos principios fundamentales es el de conservación del contrato y la consecuente estabilidad de su ecuación financiera, como lo demuestra la circunstancia de que, conforme al art. 39, primer párrafo de la LOP, el contratista limita su responsabilidad a los daños que le sean imputables a título de culpa o negligencia.

b) Acontecimientos extraordinarios que impiden al contratista adoptar las medidas necesarias para prevenir sus efectos. Su asimilación a la fuerza mayor

Otra causal que la LOP asimila a la fuerza mayor es la relativa a los perjuicios provocados por "acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos" (35).

El núcleo de la norma vuelve a subsumir en el concepto de fuerza mayor administrativa algunas de las condiciones que caracterizan la posibilidad de invocar la teoría de la imprevisión en el derecho civil pero, como puede observarse, no exige que el acontecimiento sea irresistible ni imprevisible, sino tan sólo de carácter extraordinario, limitándolo a la ocurrencia de "acontecimientos de origen natural", con lo cual excluye a los de naturaleza económica y, aunque el contratista conserva el derecho a invocar por analogía la teoría de la imprevisión, debe hacerlo a través de una pretensión judicial con distinta fundamentación.

El resarcimiento de los perjuicios exige siempre la verificación del daño y prueba de su monto, así como la acreditación del nexo causal entre el acontecimiento extraordinario y el perjuicio causado (36).

c) La redeterminación de precios

El régimen de variaciones de costos prescripto en las leyes 12.910 y 15.285 fue derogado por la Ley de Convertibilidad (37), que prohibió cualquier actualización, reajuste o indexación de precios. La sustitución de dicho régimen se operó, primeramente, por el dec. 1393/1993 de redeterminación de precios, reemplazado más tarde por el dec. 1295/2002 (ambos dictados con fundamento en los incs. 2º y 3º del art. 99 de la CN, pero que, técnicamente, constituyen por su naturaleza legislativa DNU fundados en el último precepto constitucional enunciado).

Sus principales características son:

a) no se exige que la redeterminación de precios obedezca a acontecimientos imprevisibles, como tampoco lo hacía la ley 12.910 y su sistema complementario;

b) el contratista tiene la carga de requerir ante el comitente la redeterminación de precios en cada caso cuando se den los requisitos exigidos por la norma;

c) se establece un umbral para la determinación consistente en la exigencia de que el costo de los rubros enunciados en el art. 4º del régimen legal (materiales y demás bienes incorporados a la obra (38), costo de mano de obra, amortización de equipos, reparación y repuestos y todo otro elemento que resulte significativo a juicio del comitente) representen una variación promedio de los precios de dichos insumos que sea superior al 10% de los precios básicos del contrato o al precio establecido en la última redeterminación;

d) las variaciones de precios comprendidas en el procedimiento de redeterminación solamente rigen con respecto a las obras que se ejecutan al fin del período en que los precios sean fijos e inamovibles de acuerdo con las previsiones del pliego o contrato;

e) durante el período de mora o atraso por causas únicamente imputables al contratista, los precios quedan congelados, no procediendo su redeterminación;

f) se excluye de la redeterminación de precios el reajuste del 10% sobre el precio del contrato que configura el beneficio del contratista, lo cual implica que éste asuma una parte considerable del riesgo contractual que, en definitiva, se convierte en una pérdida, salvo que pudiere invocar la teoría de la imprevisión, como se verá más adelante;

g) rige sólo para los contratos de la LOP, con exclusión expresa de las concesiones que cuentan con régimen propio y especial, con cobro directo a los usuarios.

d) Fuerza mayor no contemplada expresamente: daños provocados por terceros

Se ha visto que la LOP (39) no incluye expresamente, en el concepto de fuerza mayor administrativa que adopta, los daños provocados por terceros (v.gr., actos de terrorismo) que pudieran justificar la invocación analógica de dicho precepto legislativo.

Sin embargo, no resulta necesario acudir a las normas civiles que estatuyen los requisitos que justifican la fuerza mayor o caso fortuito, toda vez que el propio art. 39 de la LOP consagra un concepto amplio de fuerza mayor (que hemos calificado como fuerza mayor administrativa) al prescribir en forma implícita que el contratista tendrá derecho a la reparación de las pérdidas y perjuicios ocasionados a la obra cuando ellos no fueran atribuidos "a su propia culpa, falta de medios o errores en las operaciones que le sean imputables" (40).

e) Sobre la posibilidad de invocar la teoría de la imprevisión

Dado que el art. 39, parte 2ª, inc. b), de la LOP no incluye los acontecimientos de otra naturaleza que no sean aquellos de origen natural para justificar la indemnización debida al contratista, se plantea la cuestión acerca del derecho del contratista para solicitar al comitente y, en su caso, para demandar ante la justicia la indemnización correspondiente a la teoría de la imprevisión (por otros acontecimientos extraordinarios, imprevisibles, que conforman el alea económica contractual).

Como es sabido, esta teoría consagrada en el art. 1398 del CCiv. reposa en un fundamento de equidad y acoge el principio del sacrificio compartido, que se alcanza a través de la recomposición del contrato.

Se ha considerado que la teoría de la imprevisión resulta aplicable en el derecho administrativo y, en particular, en el contrato de obra pública (41). Así, en el derecho administrativo se sostiene la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión a los contratos administrativos con fundamento en el art. 13, inc. a), del RCAN (dec. 1023/2001), aunque pueda basarse también en el art. 16 de la CN (que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas) (42). La razón de esto último es clara, pues el contratista, hallándose sometido a cargas legales impuestas en interés público, no debería soportar los mismos riesgos que asumen las personas privadas que no están sometidas a esas cargas especiales. Se trata, en fin, de la doctrina del perjuicio especial que, según la doctrina que se escoja, permite obtener la indemnización de todo el daño producido, o bien éste se limita al daño emergente. A nuestro juicio, el criterio tiene que permitir indemnizar el valor objetivo del bien o derecho, así como todo el daño inmediato, excluyéndose sólo el lucro cesante no comprendido en dicho valor objetivo (43) (v.gr., por su aleatoriedad o generación eventual), como sucede en materia de expropiación. Por esa razón (con particular referencia a la indemnización correspondiente a la revocación de un contrato administrativo por razones de interés público) se sostiene que se opera el reconocimiento de un lucro cesante moderado (44).

Ahora bien, del hecho que da lugar al reajuste o revisión del contrato se ha interpretado siguiendo la doctrina del Consejo de Estado en el arrêt "Compañía de Gas de Burdeos" que la recomposición del contrato no incluye la reparación integral, sino una ayuda (45), que a nuestro juicio deber ser suficiente para que el contratista no trabaje a pérdida ni se afecte, sustancialmente, la ecuación económico-financiera del contrato.

f) Las dificultades materiales imprevistas

Puede suceder que durante la ejecución de las obras el contratista enfrente dificultades materiales imprevistas (por causas geológicas e hidráulicas y, en general, físicas) que tornen más onerosa la realización del proyecto constructivo (46).

Dichas dificultades, que no son imputables al Estado ni al contratista, deben presentarse en forma anormal e imprevista y no pueden confundirse con "los errores del proyecto", a que alude el art. 4º de la LOP (47).

El carácter anormal de las dificultades materiales se relaciona con la posibilidad de haberlas previsto, bastando que ellas no aparezcan con frecuencia (48) según el curso ordinario de las cosas, es decir, de la ejecución de una obra.

Las consecuencias que produce la aparición de esta clase de dificultades son principalmente dos: a) el derecho a rescindir el contrato de obra pública si al contratista no puede técnicamente afrontarlas o requieren un presupuesto financiero adicional de magnitud que la Administración no desea comprometer; b) el derecho a ser resarcido de todos los mayores costos que, por tal causa, eleven el precio de la obra.

En lo que concierne a su fundamento jurídico positivo, no se encuentra expresamente contemplado en la LOP, aunque participa de su finalidad tuitiva (49), habiéndose sostenido que surgen del juego de los arts. 34 y 39 de la LOP (50), o bien que se trata de aplicar el principio que prohíbe lesionar los derechos de terceros, en este caso, del contratista (51).

En nuestra opinión, hay dos principios que fundamentan la aplicación de la teoría, a saber: a) el principio de conservación y continuidad Este principio se halla establecido en el art. 13, inc. c), del RCAN (dec. 1023/2001).

del contrato que cumple una finalidad de interés público que impide que el contratista asuma riesgos imprevistos que conculcarían la igualdad de las cargas públicas, y b) la intangibilidad de la ecuación económico-financiera del contrato protegida por la garantía de la propiedad (art. 17, CN).

En cualquier caso, puede también argumentarse que si la responsabilidad por los errores del proyecto está a cargo de la Administración (52), igual solución correspondería aplicar por analogía al supuesto de dificultades materiales imprevistas.

II. UNA CAUSAL QUE ACRECE EL RIESGO CONTRACTUAL: LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

El principio que emerge del art. 1201 del CCiv., denominado *exceptio non adimpleti contractus*, también está presente en la contratación administrativa, particularmente en el contrato de obra pública (53), en el que aparece con una modulación especial. No se trata de la aplicación directa (54) del precepto del Código Civil, sino de un principio propio del derecho público que contiene un doble fundamento. En efecto, por una parte como se viene reiterando, el contrato de obra pública se rige por el principio de conservación y continuidad de la finalidad de interés público relevante que persigue su realización y, por otra, la necesidad de impedir que la prosecución de la obra, ante el incumplimiento de las obligaciones del comitente (fundamentalmente las relativas al pago del precio) pueda afectar la ecuación económico-financiera del contrato administrativo y, por ende, llevar al contratista a asumir la carga de financiar la ejecución de la obra. Esta situación, susceptible de generar graves pérdidas patrimoniales e incluso provocar la ruina del contratista, hace que deba respetarse el principio *alterum non laedere* que, como principio general del derecho, resulta aplicable a toda la materia administrativa (55).

Tanto en la doctrina (56) como en la jurisprudencia de la Corte (57) ha prevalecido una tesis acotada de la *exceptio* que la torna precedente cuando el contratista demuestra que existe una razonable imposibilidad de proseguir la ejecución de la obra pública, anticipando los fondos imprescindibles para asegurar su continuidad y realización definitiva. Esta obligación que, de hecho, suele ejecutar todo contratista al anticipar los recursos financieros (pues la Administración suele incurrir en mora en los pagos de los certificados de obra) no debe alterar el sinalagma conmutativo del contrato, lesionando el principio de justicia, ínsito en todo acuerdo contractual (58).

El problema que plantea esta *exceptio ius administrativa* del contrato de obra pública radica en el criterio por el cual se considera o se mide la situación de razonable imposibilidad de cumplir. En este punto, coincidimos con la opinión (59) que entiende que, implícitamente, dicho criterio se desprende del propio ordenamiento jurídico operándose, de tal modo, una autointegración normativa.

En tal sentido, la respuesta ha de ser la misma que para justificar los atrasos en que pudieran incurrir los contratistas en el cumplimiento del plan de trabajos o plazos contractuales, en aquellos casos en los que el monto de los certificados en mora o dejados de pagar en término superase el 15% del valor contractual actualizado o el retraso excediese en tres meses al plazo contractualmente convenido para el pago (60).

Este criterio se proyecta para determinar la gravedad del incumplimiento de la Administración a fin de establecer en qué circunstancia el contratista se encuentra en una situación que torna "imposible la ejecución del contrato", como prescribe el art. 13, inc. c), del dec. 1023/2001, para justificar el incumplimiento contractual del contratista (61).

La principal consecuencia que genera la invocación de la *exceptio* consiste en el derecho del contratista a disminuir el ritmo de las obras y, eventualmente, suspender su ejecución (62), sin perjuicio de la facultad de demandar la rescisión del contrato.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA

En lo que concierne a la responsabilidad del contratista, cabe advertir que ella se sustenta, exclusivamente, en factores de atribución de naturaleza subjetiva, como son la culpa o negligencia y el dolo, concebida la primera como la "omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondieren a las circunstancias del modo, tiempo y lugar" (63), mientras que el dolo se configura por el incumplimiento deliberado de la obligación (64).

La responsabilidad subjetiva del contratista se encuentra consagrada, de un modo general, en la primera parte del art. 39 de la LOP, en cuanto prescribe que "el contratista no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados por su propia culpa, falta de mérito o errores en las operaciones que le sean imputables".

Existe, pues, la obligación del contratista de obrar con pleno conocimiento de las cosas, de manera de prever cualquier perjuicio originado en su actuación negligente (65). En tal sentido, se ha responsabilizado al contratista

de las pérdidas producidas por demoras en la ejecución de las obras, cuando aquéllas eran imputables a su falta de diligencia o actuación negligente (66).

A su vez, la LOP recoge una serie de supuestos especiales de aplicación del principio enunciado, prescribiendo la responsabilidad del contratista por: a) la correcta interpretación de los planos y de los defectos que se ocasionen durante su ejecución y conservación hasta su recepción final (67); b) la provisión o uso indebido de materiales, sistema de construcción o implementos patentados (68); c) el incumplimiento de sus obligaciones laborales, el que podrá configurar la causal de grave negligencia para proceder a la rescisión del contrato por culpa del contratista (69), y d) errores u omisiones en los precios fijados en el contrato (70).

(1) COVIELLO, Pedro J. J., La protección de la confianza del administrado, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, ps. 403 y ss.

(2) CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho administrativo, t. I, 9ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, ps. 58/59.

(3) Véase SÁENZ, Jorge A., "La responsabilidad contractual en el derecho público argentino", en AA.VV. Responsabilidad del Estado. Libro en homenaje a María Graciela Reiriz, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 71/78, uno de los trabajos más completos y exhaustivos que se ha escrito sobre la materia en la doctrina nacional.

(4) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI", LL 1984-2-447.

(5) TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 5 y ss.

(6) Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Unificación de la responsabilidad por daños", en AA.VV., Derecho de daños, La Rocca, Buenos Aires, 1989, ps. 73 y ss.

(7) En su excelente libro, VERGARA BLANCO, Alejandro, El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como "derecho común", AbeledoPerrot, Santiago de Chile, 2010, especialmente, ps. 29 y ss.

(8) No se puede acudir a la analogía sin antes agotar la posibilidad de cubrir el vacío con la integración de otras normas y principios propios del derecho administrativo.

(9) En contra: SÁENZ, Jorge A., "La responsabilidad contractual...", cit., ps. 79 y ss. Si bien compartimos el análisis y las conclusiones sobre importantes aspectos de la problemática involucrada en el valioso trabajo de dicho autor, nos permitimos disentir con su punto de partida (aplicación supletoria del Código Civil a los casos de derecho público, como principio general). En cambio, nos parece que acierta cuando sostiene que el art. 1198 del CCiv. "es parcialmente incompatible con la exigencia de que los contratos administrativos estén sometidos a este principio general de conservación, toda vez que esa norma ofrece como primera alternativa la extinción del contrato" ("La responsabilidad contractual...", cit., p. 112).

(10) Ver LINARES, Juan F., Caso administrativo no previsto, Astrea, Buenos Aires, 1976, ps. 112/113.

(11) Ampliar en VERGARA BLANCO, Alejandro, El derecho administrativo como sistema autónomo, cit., ps. 67 y ss.

(12) MÓ, Fernando F., Régimen legal de las obras públicas, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 224.

(13) ARIÑO SÁNCHEZ, Rafael, "Modificaciones de los contratos", en Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, t. III, publicación de Ariño y Asociados, Comares, Granada, 2005, ps. 808 y ss.

(14) Art. 30, LOP.

(15) Art. 37, LOP.

(16) Art. 53, inc. a), LOP.

(17) CASSAGNE, Juan Carlos, El contrato administrativo, 3ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, ps. 101/104.

(18) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, t. III-A, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, ps. 469 y ss.

(19) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 621.

(20) Las economías de escala positiva permiten al Estado asegurar todos los riesgos contractuales no imputables al contratista. Este sistema, a lo largo del tiempo, disminuye los costos contractuales, neutralizando así el elevado costo de los seguros que deberían contratar las empresas privadas.

(21) Ver BARRA, Rodolfo C., "La intangibilidad de la remuneración del contratista particular en los contratos administrativos", ED 62-731.

(22) Sobre sus orígenes en el derecho administrativo francés, véase: LAUBADRE, André de - MODERNE, Franck - DELVOLVÉ, Pierre, Traité des contrats administratifs, t. 2, 2ème ed., LGDJ, Paris, 1984, ps. 565 y ss.

(23) DRUETTA, Ricardo T. - GUGLIELMINETTI, Ana P., Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y

- anotada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 337; ver además: GORDILLO, Agustín A., "Mayores costos. Imprevisión. Indexación", en AA.VV., Contratos administrativos, Astrea, Buenos Aires, 1982, ps. 1155/1161.
- (24) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, t. III-A, cit., ps. 358/360.
- (25) Proc. Tesoro Nac., Dictámenes 75:394.
- (26) Proc. Tesoro Nac., Dictámenes 147:4.
- (27) COVIELLO, Pedro J. J., "El caso `Tecnobra': un fallo con interesantes planteos", LL 1993-E-486.
- (28) Decs. 1312/1993 y 1295/2002.
- (29) Véase COVIELLO, Pedro J. J., La protección de la confianza..., cit., ps. 56 y ss.
- (30) Art. 39, párr. 2º, inc. a), LOP.
- (31) En el caso "Chediak", Fallos 319:1681 (1996).
- (32) DRUETTA, Ricardo T. - GUGLIELMINETTI, Ana P., Ley 13.064..., cit., p. 294.
- (33) SÁENZ, Jorge A., "La responsabilidad contractual...", cit., ps. 112/113.
- (34) DRUETTA, Ricardo T. - GUGLIELMINETTI, Ana P., Ley 13.064..., cit., ps. 298/299.
- (35) Art. 39, párr. 2ª, inc. b).
- (36) DRUETTA, Ricardo T. - GUGLIELMINETTI, Ana P., Ley 13.064..., cit., ps. 299/300, con cita de Proc. Tesoro Nac., Dictámenes 110:307; 150:504; 183:183 y 198:37, entre otros (notas 44, 45 y 46).
- (37) Ley 23.928.
- (38) CRIVELLI, Julio C. - VEGA, Susana E., "Un nuevo sistema de redeterminación de precios para la obra pública: el DNU 1295/2002", RAP, nro. 321, p. 453, consideran que dicho concepto, por su amplitud, comprende "todos los bienes que son necesarios para realizarla".
- (39) Art. 39, parte 2ª, inc. b), LOP.
- (40) Cfr. DRUETTA, Ricardo T. - GUGLIELMINETTI, Ana P., Ley 13.064..., cit., p. 287.
- (41) DRUETTA, Ricardo T. - GUGLIELMINETTI, Ana P., Ley 13.064..., cit., ps. 347 y ss.
- (42) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, cit., t. III-A, p. 538.
- (43) Art. 10, Ley de Expropiaciones; ver también nuestro Derecho administrativo, t. II, 9ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, ps. 621/626.
- (44) Cfr. PERRINO, Pablo E., "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público. El reconocimiento del lucro cesante moderado", en CASSAGNE, Juan Carlos - RIVERO YSERN, Enrique (dirs.), La contratación pública, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 1119/1137.
- (45) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, cit., t. III-A, p. 539.
- (46) Véase MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, cit., t. III-B, 4ª ed., p. 566.
- (47) DIEZ, Manuel M., Derecho administrativo, t. III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, ps. 78/79.
- (48) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, cit., t. III-B, p. 567.
- (49) DRUETTA, Ricardo T. - GUGLIELMINETTI, Ana P., Ley 13.064..., cit., p. 216.
- (50) BARRA, Rodolfo C., "Las dificultades materiales imprevisas, diferencia con la teoría de la imprevisión", ED 83-624.
- (51) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, cit., t. III-B, p. 569.
- (52) Art. 4º, LOP.
- (53) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, cit., t. III-B, p. 565.
- (54) MERTEHIKIAN, Eduardo, "La excepción de incumplimiento contractual y su aplicación al contrato de obra pública", LL 1994-D-302 y ss., considera, en cambio, que procede la aplicación directa del art. 1201 del CCiv.
- (55) Véase nuestro El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Buenos Aires - Madrid, 2009, ps. 50/54.
- (56) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, cit., t. III-A, p. 380; CASSAGNE, Juan Carlos, El contrato administrativo, cit., 3ª ed., ps. 97/99.
- (57) Corte Sup., "Cinplast", Fallos 316:212 (1993); ver además: "Riva SA v. CNEA - Comisión Nacional de Energía Atómica s/nulidad de resolución", Fallos 318:131 (1995), aunque sin hacer aplicación de la exceptio, sostuvo un fundamento similar para justificar la disminución del ritmo de las obras.
- (58) Al respecto, DRUETTA, Ricardo T. - GUGLIELMINETTI, Ana P., Ley 13.064..., cit., p. 387, nota 160, señalan: "La financiación forzosa a cargo del contratista por falta de medios de pago destruye la propia naturaleza del contrato de obra pública, una de cuyas características fundamentales es la de poner en cabeza del comitente la responsabilidad del financiamiento de la ejecución del proyecto constructivo, siendo ajeno el contratista al aporte de aquellos medios".
- (59) DRUETTA, Ricardo T. - GUGLIELMINETTI, Ana P., Ley 13.064..., cit., ps. 391/392.
- (60) Dec. 1186/1984.
- (61) MAIRAL, Héctor A., "La teoría del contrato administrativo a la luz de las recientes normativas", LL,

suplemento especial, "El contrato administrativo en la actualidad", Buenos Aires, 2004, p. 12, considera, en cambio, que el precepto cierra las posibilidades de invocar la exceptio.

(62) BARRA, Rodolfo C., "La naturaleza jurídica de los mayores costos en la obra pública y la desvalorización monetaria", ED 73-333.

(63) Art. 512, CCiv.

(64) Art. 506, CCiv.

(65) DRUETTA, Ricardo T. - GUGLIELMINETTI, Ana P., Ley 13.064..., cit., p. 288.

(66) In re "Chediak", Fallos 319:1681 (1996).

(67) Art. 26, LOP.

(68) Art. 27, LOP.

(69) Art. 36, LOP.

(70) Art. 37, LOP.