

ano 16 - n. 64 | abril/junho - 2016
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2016 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Algunos aspectos de los contratos administrativos, desde la mirada del Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina

Raquel Cynthia Alianak

Profesora titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Rosario, Argentina) y profesora adjunta por concurso de dicha materia en la citada Facultad. Master on Comparative Law (University of San Diego, USA). Profesora adjunta en la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (sede Rosario). Profesora titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano (UCEL) de Rosario. Miembro fundadora y miembro activa de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Profesora estable de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Administrativo, de la Facultad de Derecho de la UNR; Profesora invitada en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Ha sido Secretaria y Vice-presidente del Colegio de Abogados de Rosario (períodos desde el año 1999/2008). Presidenta del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de Rosario. Fundadora y Vice-Presidente de la Asociación Argentina de Abogados de la Construcción, con sede en Capital Federal. Abogada. *E-mail:* <raquelalianak@hotmail.com>.

Resumen: El nuevo Código Civil y Comercial unificado de la Rep. Argentina permite una mirada renovada de variados tópicos de la contratación pública, pues a partir de su dictado podemos referirnos a la constitucionalización del derecho privado, es decir, a la entrada del Derecho público al derecho civil y comercial. Existe entonces un elemento de cohesión, y un vaso comunicante del derecho público al privado y viceversa, en un diálogo de fuentes, en el cual el derecho privado deberá interpretarse a través de los principios constitucionales y los tratados internacionales; y encontraremos muchos institutos y principios que consagrados en el Código Civil y Comercial, resultarán de aplicación en la contratación pública, pues tienen precisamente como elemento común de cohesión, también a la Constitución Nacional y a los valores esenciales que emanan de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. El trabajo aborda diversos aspectos de los contratos administrativos que consideramos incididos por la nueva normativa civil y comercial: fuentes de interpretación jurídica en general y de interpretación contractual; la imposibilidad de cumplimiento; la buena fe; la integración del contrato; el pago de obligaciones; contratos de larga duración; el principio de conservación del contrato; la causa del contrato; suspensión de cumplimiento y fuerza mayor; la tutela preventiva; la resolución contractual; el incumplimiento esencial; la frustración de la finalidad; imprevisión, entre otros.

Palabras claves: Contratos administrativos. Conservación del contrato. Buena fe. Tutela preventiva. Imprevisión. Fuerza mayor. Equilibrio contractual

Sumario: **1** Parte general. Art. 1. Fuentes y aplicación – **2** En torno a la imposibilidad de cumplimiento – **3** Libro III derechos personales – **4** En cuanto a la extinción del contrato – **5** Frustración de la finalidad del contrato. Art. 1090 – **6** La imprevisión. Art.1091 – **7** En definitiva, el trabajo realizado abarca una temática convocante, provocadora y a la vez compleja. Sólo he tratado de abrir algunas inquietudes, de formular reflexiones sujetas a la crítica y al intercambio valioso de ideas, así como de realizar algunos aportes que merecerán necesariamente ser profundizados

La temática involucrada en este título es apasionante; provoca múltiples inquietudes que aún no he concluido de investigar y desarrollar en su integridad, pero implica desde ya la necesidad de repensar modos, figuras y técnicas del derecho público contractual, conforme la trascendencia que el tema requiere, y dentro de la perspectiva que se abre a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.¹

I Si bien entonces este análisis está en ciernes, aún en este estadio preliminar en el que me sitúo, creo que resultará importante que la mirada de los contratos administrativos desde algunos aportes trascendentes que puede hacer el Código Civil y Comercial, no quede sólo limitada a trabajos académicos, o a investigaciones de laboratorio, sino que pueda concretarse en derecho vivo, a través de la jurisprudencia y la doctrina que motoricen su concreta aplicación en la práctica, como lo fue en su momento, en el ámbito contractual público, con la consagración de la excepción de incumplimiento contractual, de la teoría de la imprevisión, de la confianza legítima, entre otros institutos.

II También creo que los aportes que emanan del Código Civil y Comercial a los contratos administrativos, en algunos de sus aspectos, son sumamente positivos:

- * permiten sumar e integrar parámetros interpretativos en todas y cada una de las fases de “iter contractual” (desde la etapa previa a la selección y hasta la finalización del contrato);
- * permiten aplicar figuras e institutos cuya finalidad primordial es la tutela del equilibrio contractual así como la preservación de los derechos de las partes equitativamente, y ello debe existir tanto en el contrato entre particulares como en el contrato administrativo, sin desmedro alguno de los intereses públicos involucrados en este último, que no son otros que la satisfacción de las necesidades y derechos de la ciudadanía.

III Vivimos en una *etapa de internacionalización del Derecho Constitucional*, a partir del derecho supranacional de los derechos humanos incorporado con jerarquía constitucional, y se ha plasmado en el Código Civil y Comercial, *la constitucionalización del derecho privado*.

El Derecho público ha entrado en forma directa al derecho civil y comercial argentino.

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci atribuye al nuevo ordenamiento ser “un factor de integración del conjunto de los microsistemas del derecho privado, en el que las fuentes dialogan, las leyes especiales no existen en el aislamiento sin interrelación alguna sino que pueden acudir al C.C. y C.”;² y refiriendo a los principios de buena

¹ El Código Civil y Comercial de la Nación fue aprobado por la Ley Nro. 26.994 (B.O. del 08/10/2014) y promulgado por Decreto Nro. 1795/2014. Su fecha de entrada en vigencia conforme a dicha ley, fue prevista a partir del 01 de enero de 2016. Pero por ley Nro. 27077 (B.O. del 19/12/2014) se adelantó dicha fecha, comenzando a regir a partir del 01 de Agosto de 2015.

² Del comentario de la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci al nuevo C.C. y C. publicado por *Infojus* (<www.infojus.com.ar>).

fe, de interdicción del abuso del derecho, del fraude a la ley, nos recuerda que ellos también se aplican a las leyes especiales, siendo posible esa función de cohesión, ciertamente, por la incorporación expresa en el Código Civil y Comercial de los principios que emanan de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales Derechos Humanos.

Comparto por supuesto esa idea y agrego que, desde la temática que hoy estamos tratando, *esa función integradora opera como un vaso comunicante, vice y versa, del derecho público al derecho privado, y del privado al público, en una cohesión de unicidad*; y precisamente, en ese diálogo de fuentes, en el cual interpretaremos el derecho privado a través de los principios constitucionales y los tratados internacionales, encontraremos también muchos institutos y principios que consagrados en el Código Civil y Comercial, resultarán de aplicación en la contratación pública, y que tienen como elemento común de cohesión precisamente, también a la Constitución Nacional y a los valores esenciales que emanan de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

IV Con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial, la jurisprudencia se pronunciaba en forma casi unánime por la aplicación a tópicos del Derecho Administrativo, de los principios generales del Derecho contenidos en el Código Civil.

Específicamente, en torno a los contratos administrativos, por ejemplo, cito el fallo del 21/07/2006 de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (MJJ8962) en autos “Gardebled Hnos. S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/contrato de obra pública”, en el cual se sostuvo que: *“Si bien los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos —caracterizados aquéllos por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la administración y que llevan insertas explícitas o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado— dicha circunstancia no obsta a que se les apliquen las normas que rigen al contrato en el Código Civil, pues estas últimas son respecto de los primeros, principios generales de los que no cabe apartarse”*. “El contrato administrativo se encuentra subsumido en la definición contenida en el artículo 1137 del Código Civil, y por ende, le son aplicables, en la medida que no sean incompatibles con sus características propias, las normas del Libro Segundo, Sección III, Título I, de tal ordenamiento” (del voto del Dr. Morán, al que adhirió el Dr. Gallegos Fedriani).

V Baste para ello recordar, desde el título preliminar, el Art. 2º en torno a la interpretación de la norma jurídica, tarea ésta que debe realizarse teniendo en cuenta **sus palabras*, **sus finalidades* (concepto que supera el “espíritu de la ley”, permitiendo una interpretación dinámica y no limitada a lo que fue la voluntad del legislador en su momento); **la interpretación analógica* (frente a vacío o laguna

normativa); *las *disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos*, y **los principios y los valores jurídicos*, de modo coherente con todo el ordenamiento.-

Asimismo, en dicho Título preliminar, se ha plasmado que *los derechos deben ejercerse de buena fe, así como que la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho*-

Estos principios y valores jurídicos como normas de integración y control axiológico, *se imponen también en la interpretación de los contratos*, más allá de las disposiciones concretas concernientes a interpretación contractual que más adelante el Código consagra.

Se *refuerza* entonces, a mi juicio, el imperativo de tutela en sede administrativa y en sede jurisdiccional de los *principios de seguridad jurídica, de buena fe, de confianza legítima* con proyecciones importantes en la visión del contrato administrativo, lo cual además importa -por supuesto- la *aplicación directa y operativa de valores esenciales del sistema interamericano e internacional de derechos humanos*: el principio “pro homine”, el “pro actione”, el de “irreversibilidad”; el de “progresividad”.

VI Aparece así *revigorizado el estándar de la buena fe de ambas partes*, que si bien –reitero- ya estaba reconocido jurisprudencialmente y desde mucho tiempo atrás como imperativo, ahora se intensifica, como test de análisis, entonces:

- (i) en materia de *interpretación contractual*, la cual deberá analizar la intención común de las partes y el principio de la buena fe;
- (ii) en materia específica de las *fuentes de interpretación de los contratos*, en particular el Art. 1065 que dispone que en primer lugar, deberá tenerse en cuenta el *significado contextual de las palabras*; y de no ser suficiente, deberá acudir a **las circunstancias de la celebración*, **a las negociaciones preliminares*, **a la conducta de las partes incluso las posteriores a la celebración*, y **a la finalidad del contrato*;
- (iii) y en cuanto a la *protección expresa, en toda interpretación contractual (Art. 1067) de la confianza y la lealtad* que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto. Es decir, que también se conecta con la teoría de los propios actos.

El Código Civil y Comercial, entonces, viene a reforzar una nutrida jurisprudencia existente, que ha sancionado la violación del deber de coherencia en el comportamiento, que informa todo el ordenamiento jurídico privado y público.-

En los contratos administrativos, por ejemplo, ello se da ante la incompatibilidad de determinadas acciones estatales con los principios cardinales de la buena fe y la defraudación de las razonables expectativas de la contraparte privada, inducidas lógicamente por conductas o decisiones previas de la comitente pública anteriores y posteriores a la negociación y celebración del acuerdo, y en función de las cuales los particulares actuaron u orientaron sus propias decisiones.

VII Abordaremos seguidamente, entonces, temática del nuevo ordenamiento civil y comercial, que pueden tener incidencia en la contratación pública.

1 Parte general. Art. 1. Fuentes y aplicación

“Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

En la resolución entonces de un conflicto que pudiere darse en el ámbito de un contrato administrativo, también serán vinculantes los USOS, COSTUMBRES y PRÁCTICAS, cuando las leyes o los interesados a ellos refieran, o en situaciones no regladas legalmente.

Destaco la relevancia de la incorporación de las “prácticas” (no incluidas en el anterior Art. 17 del Código Civil), y su posible aplicación a la contratación pública, al existir prácticas administrativas reiteradas que pueden ser sin duda invocadas para aportar algún canal de solución en el caso. Y además no sólo en los supuestos de que las leyes se refieran a ellas, sino que también permite que los propios interesados las tengan en cuenta. Ello resulta perfectamente aplicable al derecho de los contratos, extensivo también a los contratos públicos.

2 En torno a la imposibilidad de cumplimiento

Arts. 955 y 956.

El Art.955 refiere a imposibilidad sobreviniente, objetiva, absoluta y *definitiva* de cumplimiento de la prestación, por caso fortuito o fuerza mayor.

Su efecto es la extinción de la obligación, sin responsabilidad.

Si la imposibilidad se debiera a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados.

En ese caso, de darse en un contrato público, los efectos y consecuencias los soporta la Comitente Pública, autorizando en caso de fuerza mayor insuperable, a la rescisión del contrato por el contratista, cuando esa circunstancia imposibilite el cumplimiento de sus obligaciones, conforme por ejemplo a la Ley de Obras Públicas de la Provincia de Santa Fe Nro. 5188 y a la Ley Nacional de Obras Públicas Nro. 13064.-

El Art. 956 refiere a la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y *temporaria* de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor, y en ese caso, *tendrá efecto extintivo*:

- (i) si el plazo es esencial, o
- (ii) cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.

Esta norma resulta de relevante interés para ser evaluada en el ámbito de los contratos administrativos. Pensemos en una fuerza mayor superable, temporaria, conforme a la cual el contratista tendrá derecho a solicitar prórroga del plazo de ejecución y la no aplicación de sanciones, pues su mora estará justificada.

Sin embargo, y a partir de la mirada que aporta este Art. 956, cabe una reflexión: en el contrato administrativo el plazo es casi siempre esencial, pues ha sido en base a dicho plazo que se concretó la ecuación económica financiera del contrato, se previeron los tiempos de las inversiones y de los recuperos, los gastos generales, el plan de trabajos. El plazo es así un elemento esencial del contrato, y en algún supuesto, la duración de esa “temporalidad” podría frustrar el interés del contratista de modo irreversible, lo cual permitiría –atendiendo a las circunstancias particulares del caso- hacer valer dicho efecto extintivo.

Será entonces interesante focalizar esta norma por su eventual aplicación al contrato público.

3 Libro III derechos personales

El Título II, “Contratos en General”, contiene 13 (trece) capítulos que tratan sobre: *Disposiciones Generales; *clasificación de contratos; *formación del consentimiento; *incapacidad e inhabilidad para contratar; *objeto; *causa; *forma; *prueba; *efectos; *interpretación; *subcontrato; *contratos conexos; *extinción, modificación y adecuación del contrato.

El Título III trata los contratos de consumo.

Por su parte, el Título IV regula los contratos en particular, es decir, los contratos típicos o nominados: Contrato de suministro (Capítulo III), Leasing (Capítulo V), Transporte (Capítulo VII), Consignación (Capítulo IX), Corretaje (Capítulo X), Contratos bancarios (Capítulo XII), Factoraje (Capítulo XIII), Contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio (Capítulo XIV), Contratos asociativos (Capítulo XVI), Agencia (Capítulo XVII), Concesión (Capítulo XVIII), Franquicia (Capítulo XIX), Cesión de posición contractual (Capítulo XXVII), Contrato de arbitraje (Capítulo XXIX), entre otros. La modificación relacionada con la definición de contrato, del *actual Art. 957* (en relación con el ex art. 1137 del Código Civil), ha receptado los aportes que la doctrina durante tantos años venía sosteniendo.

En efecto, el anterior Art. 1137 del Código Civil derogado, señalaba que había contrato “cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos”.

El *actual Art. 957 del Código Civil y Comercial* lo define como: “el acto jurídico por el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

La nueva definición amerita realizar los siguientes comentarios:

- a) el contrato es regulado como una *especie del género “acto jurídico”* (considerado este último como el acto voluntario, es decir ejecutado con discernimiento, intención y libertad y que se manifiesta al exterior, lícito, con el fin inmediato de adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas- Arts. 259 y 260).
- b) *incluye el carácter patrimonial*, mediante la fórmula “relación jurídica patrimonial”.
- c) *se eliminaron los términos “acuerdo” y “declaración”*, que habían sido criticados por alguna doctrina, sobre todo teniendo en cuenta las prácticas actuales en materia de contratos con cláusulas predispuestas.
- d) se suprime la expresión “varias personas” para decir “*partes*”, ya que podría darse el supuesto de que varias personas constituyan una sola parte, y no perfeccionan un contrato.
- e) se ratifica al “consentimiento” como el presupuesto esencial para arribar a la constitución del contrato y no la simple declaración de voluntades, porque ello no necesariamente implica la intención de alcanzar esta figura jurídica.

Es decir, cuando refiere a “consentimiento”, alude al *encuentro de la oferta y la aceptación, por el cual “los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo” (Art. 971).*

Existen por ende en el nuevo ordenamiento, tres grandes grupos en materia de contratos:

- 1) Los contratos llamados “discrecionales” o “paritarios”, en los que rige la autonomía privada y las normas de orden público de coordinación; existe una situación de igualdad entre las partes.
- 2) Los contratos “celebrados por adhesión», en los cuales una parte redacta las cláusulas y la otra las acepta o rechaza. Se les aplica reglas especiales de interpretación («contra proferentem») y un orden público de protección.
- 3) El “contrato de consumo», el cual se perfecciona cuando hay sujetos (consumidor, proveedor), objeto y causa de consumo, dentro de una relación de consumo y se rige por el régimen protectorio (Ley de Defensa del Consumidor). Podrían ser o no celebrados por adhesión a condiciones generales de contratación, y en ese caso, es más intensa la protección del orden público.

3.1 La buena fe

La buena fe también aparece, por supuesto, en la parte especial de los contratos, en la cual el Art. 961 reitera lo expresado por el ex Art. 1198 del Código Civil acerca de que : “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe”.

Este principio es aplicable en forma directa a los contratos administrativos, con referencia a la buena fe de ambas partes (pública y privada), como siempre lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales.

El texto del Art. 1198 del derogado Código Civil seguía expresando: “... de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

Actualmente, el Art. 961 del C.C. y C. dispone: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

Queda así más explicitada y plasmada la idea y alcance de las “expectativas razonables” que las partes tienen al momento de la celebración y ejecución del contrato.

Este texto es además consecuente con los criterios de interpretación normativa (en general) y contractual (en particular) que ya hemos reseñado.

Por su parte, el Art.962 refiere al “Carácter de las normas legales” relativas a los contratos, y en tal sentido indica que son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.

Vamos a ver que existe relevante regulación legal en este Código Civil y Comercial que por su contenido y contexto resulta de carácter indisponible; y esto regirá, conforme lo vamos a ir desarrollando, también para el contrato administrativo.

3.2 En torno a la prelación normativa, en materia contractual

Art. 963.

Esta norma define el orden de prelación frente a la concurrencia de disposiciones del Código Civil y Comercial y de alguna ley especial, consignando en primer lugar a las normas indisponibles de la ley especial y de este Código; en segundo lugar, a las normas particulares del contrato; en tercer lugar, a las normas supletorias de la ley especial; y finalmente a las normas supletorias de este Código.

Podríamos en este tópico realizar alguna apreciación en el sentido de que en materia contractual pública contamos con leyes especiales, atento a lo cual la prelación en el caso de concurrencia de normas, partiría de analizar las normas o valores indisponibles del Código (que no podrían quedar cercenadas por las normas indisponibles de la ley especial), precisamente por este principio de cohesión de los microsistemas; y al final de la prelación, las normas supletorias del Código.

3.3 En materia de integración del contrato

Art. 964.

El contenido del contrato se integra también *con los usos y prácticas del lugar de celebración*, en cuanto sean aplicables:

- *porque hayan sido declarados obligatorios por las partes, o
- *porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

Esta disposición reviste mucha trascendencia también en el ámbito del contrato administrativo, en torno a la interpretación de sus cláusulas, que se extendería –asimismo- a las bases de la contratación (Pliegos de Condiciones) los cuales integran el contenido del contrato.

Los “usos y prácticas del lugar de celebración” podrán así ser utilizados como guía de integración del significado de términos, por ejemplo, que habiendo sido incorporados en el Pliego de una Licitación Pública, no se encuentren sin embargo plasmados con el mismo vocablo en la normativa vigente de esa misma jurisdicción. Precisamente, acudiendo a los usos y prácticas de ese lugar, podrían determinarse razonablemente los alcances de ese precepto.

3.4 En torno al pago de las obligaciones, y su aplicación al contrato, y en particular, a los contratos administrativos

CAPÍTULO 4 Pago

SECCIÓN 1ª Disposiciones generales

Resaltaré en este tema, los siguientes artículos del Código Civil y Comercial, a saber:

Art. 865. *Definición.* Pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación.

Art.866. *Reglas aplicables.* Las reglas de los actos jurídicos se aplican al pago, con sujeción a las disposiciones de este Capítulo.

Art. 867.- *Objeto del pago.* El objeto del pago debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización.

Art.868. *Identidad.* El acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor.

Art.869.- *Integridad.* El acreedor *no está obligado a recibir pagos parciales, excepto disposición legal o convencional en contrario.* Si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, el deudor puede pagar la parte líquida.

Ello adquiere relevancia en los contratos administrativos, en tanto muchas veces el deudor (en el caso el Estado) paga parcialmente; no abona en su totalidad las obligaciones comprometidas, por ejemplo, las redeterminaciones de precios, o abona

parcialmente los intereses moratorios adeudados, entre algunos de los ejemplos que pueden brindarse.

Art. 870.- *Obligación con intereses*. Si la obligación es de dar una suma de dinero con intereses, el pago sólo es íntegro si incluye el capital más los intereses.

Este tópico también tiene incidencia en el contrato administrativo.

Pensemos por ejemplo en el contrato de obra pública, respecto al cual la Ley nacional de Obras Públicas Nro. 13064 así como la ley provincial santafecina de obras públicas Nro. 5188, disponen que en caso de mora en el pago se devenguen intereses a favor de la contratista, desde las fechas de vencimiento de cada uno de los certificados (Art. 48 Ley 13064 y Art. 71 Ley 5188).

No habría así un pago íntegro, si no se abonaran los intereses.

Por su parte, la mora automática también está contemplada en el nuevo Código Civil y Comercial, y a esos efectos cabe remitirse al Art. 886, el cual dispone que: “La mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación”.

Por ende, y volviendo al contrato de obra pública, vencida la fecha de pago del certificado (60 días o el término diferente que estableciere la documentación legal licitatoria), la obligación del Comitente Público, por aplicación de ese principio general de derecho, y a los fines de que el pago sea “íntegro” (Art. 870) es la de abonar “el capital más los intereses”, de conformidad –asimismo- con las disposiciones contenidas en la normativa especial contractual.

Desde esta óptica, cabría entonces efectuar un análisis crítico del texto del Decreto provincial Nro.1656/2013, dictado por el Poder Ejecutivo Santafecino el 26 de junio de 2013, que aprueba la nueva reglamentación del art. 71 de la ley de obras públicas Nro. 5188³ precisamente a fin de receptar “la realidad del mercado financiero y bancario” que se fue modificando desde la vigencia del anterior reglamento, con la consiguiente necesidad de adecuar la normativa vigente a dicha realidad.

En su Anexo, reitera lo estipulado por el Art. 71 de la ley 5188, en torno al derecho del contratista a percibir, por la cantidad de días en mora, intereses moratorios; determinando asimismo la tasa a aplicar (badlar) y el mecanismo para su cálculo, en base a una fórmula que también transcribe.

El punto 3 del Anexo expresa: “Los intereses moratorios deberán liquidarse y abonarse dentro de los 60 días de solicitados por el contratista, una vez cancelado el certificado correspondiente”.

Es decir, dicha norma prescribe que el acreedor contratista sólo podrá percibir intereses, después de que se hubiere abonado en forma total el pertinente certificado.

³ El Art. 71 de la Ley 5188 de Obras Públicas de la Provincia de Santa Fe estaba reglamentado por el *Decreto Nro. 5755/91 del Poder Ejecutivo Provincial el cual establecía – para el caso de mora en el pago de los certificados de obra pública- un tasa de interés pasiva de Caja de Ahorro*. Esta norma fue modificada en el año 2013 por el Decreto Nro. 1656/13.

Ello implicaría que frente a pagos parciales, no tendría derecho aún a cobrar intereses por la mora incurrida entre el vencimiento del certificado y la fecha de ese pago parcial.

Resulta claro que esta disposición viola en forma patente el principio de “integridad del pago” al que precisamente alude aquel Art. 870 del C.C. y C., siendo necesaria su modificación, a fin de que respete ese principio general de derecho referente al “pago de las obligaciones en los contratos”, vigente tanto en el derecho privado como en el derecho público.

3.5 En torno al tiempo del pago

El Art. 871 refiere al “*tiempo del pago*”.

Y a esos efectos, señala que *el pago debe hacerse*:

- a. si la obligación es de exigibilidad inmediata, en el momento de su nacimiento;
- b. si hay un *plazo determinado*, cierto o incierto, el día de su vencimiento;
- c. si el *plazo es tácito*, en el tiempo en que, según la naturaleza y circunstancias de la obligación, debe cumplirse;
- d. si el *plazo es indeterminado*, en el tiempo que fije el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local.

Esta norma resulta interesante para ser aplicada al pago de los certificados redeterminados de precios, en el contrato de obra pública.

La ley provincial Nro. 12046 que consagra el Régimen de Redeterminación de precios de los contratos de obra pública en la Provincia de Santa Fe y su Decreto reglamentario, no establecen plazos para la firma del Acta de Redeterminación de precios, ni para su aprobación por el Ministerio, ni para su pago a la contratista.

Sólo fija los momentos u oportunidades en que se procederá a redeterminar el precio de la parte de obra que falte ejecutar, los cuales pueden darse cuando opere un aumento del 5% de los precios, o cada 90 días, lo que ocurra antes.

El tema se vincula, asimismo, con la *mora en el pago*.

El Art. 887 nos habla de las “Excepciones al principio de la mora automática”.

La regla de la mora automática no rige respecto de las obligaciones:

- a. *sujetas a plazo tácito*; si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, en la fecha que conforme a los usos y a la buena fe, debe cumplirse;
- b. *sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho*; si no hay plazo, el juez a pedido de parte, lo debe fijar mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.

En caso de duda respecto a si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito.

El deudor podrá eximirse de las consecuencias derivadas de la mora, si prueba que la demora no le es imputable (Art. 888).

A partir de estas disposiciones y retomando el tema del “plazo de pago para los certificados redeterminados de precios”, cabe señalar que la circunstancia de que la ley y reglamentación provincial no determinen plazos para su cancelación, no permitiría concluir válidamente en Derecho, que esos plazos no existen.

Por ende, y teniendo en cuenta que lo que se redetermina es el precio del contrato, y que la “redeterminación” integra así el precio; así como que conforme a la normativa vigente, operada alguna de las dos válvulas que autorizan la redeterminación, se redetermina el precio del contrato (de la obra) que falta ejecutar, con lo cual, los próximos certificados deberían liquidarse en base al nuevo monto, y su plazo de pago debe ser el mismo que el contemplado para el pago de los certificados de obra.

En la práctica, el sistema está distorsionado pues la Administración abona los certificados a precios básicos, y luego, sin someterse a plazo alguno, abona los montos que surgen de la redeterminación mediante otros certificados que se emiten a ese efecto (descontando el precio básico ya abonado).

El contratista tiene derecho a percibir intereses moratorios sobre esos certificados “puros” de redeterminación, desde la fecha en que hubiere vencido el certificado de obra pertinente (que se abonó sólo a precio básico) y hasta el momento en que el saldo por redeterminación fuese cancelado.

Del mismo modo, y aún cuando las normas del régimen de redeterminación de precios no determinen un plazo concreto para elaborar y aprobar el Acta de Redeterminación de Precios, ese plazo debe ser igual al contemplado en la Ley de Obras Públicas Nro. 5188 para elaborar el certificado de obra (es decir, dentro de los 20 días siguientes al último día del mes de ejecución de los trabajos).

Por ende, no sólo podríamos aplicar en estos tópicos la interpretación por analogía, sino además el principio del plazo tácito, pues conforme al inciso c) del Art. 871 del Código Civil y Comercial, siendo el plazo tácito, el pago deberá realizarse en el tiempo en que, según la naturaleza y circunstancias de la obligación, debe cumplirse.

El Art. 887 inc. “a” del C.C. y C, en torno a las obligaciones *sujetas a plazo tácito, dispone que no hay mora automática*; y si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, habrá que cumpliren la fecha que conforme a los usos y a la buena fe, debe realizarse.

Eso es lo que ocurre en materia de redeterminaciones de precios.

La Cámara de lo Contencioso Administrativo Nro. 1 de Santa Fe, en el fallo “Helport S.A – Guerechet S.A. (UTE). c/ Provincia de Santa Fe s/ medida cautelar autónoma”

(Expte. 239/2013), del 10.09.2013 (A y S, tomo 34, pág. 314/20), se expidió sobre el tema, pues los actores solicitaban que se fijara un plazo cierto y determinado contra la Dirección Provincial de Vialidad para que dicho ente público procediera a pagar los montos adeudados a la contratista en concepto de “redeterminaciones de precios”. Señalaban los peticionantes que ese plazo era necesario para poder constituir en mora a la deudora, considerando que las redeterminaciones de precios tenían la misma naturaleza jurídica que el certificado de obra porque forman parte del precio mismo.

El Tribunal expresó que: “... no surge -en un examen provisional propio de esta instancia-, ni ha sido al menos invocado por la demandada, la concurrencia en autos de un supuesto de “plazo expreso” para el pago de las sumas resultantes del procedimiento de redeterminación de precios; menos todavía se ha demostrado que tal supuesto plazo expreso pueda ser superior a los veinte meses que han transcurrido desde que se aprobaron las actas de redeterminación de precios; y menos aún que los respectivos montos hayan sido efectivamente abonados a la actora”. Agregó el Tribunal que “... podrá ser complejo -e incluso exorbitar el limitado ámbito del conocimiento cautelar- definir con precisión si el plazo para el pago de dichas sumas es “tácito” o “indeterminado”, mas no resulta ya en esta instancia dudoso el incumplimiento por la demandada de su obligación contractual de pagar sumas que han sido reconocidas mediante actos administrativos expresos cuya legitimidad se presume, al ser un atributo predicable -como es sabido- no sólo de los actos de gravamen sino también de los actos favorables (criterio de “Vizcarra”, Cámara Nacional de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, 7.3.1995; de esta C.C.A.1: “Zarza”, S. T. 3, pág. 222; “Passamonte”, S. T. 3, pág. 306; “González”, A. y S. T. 14, pág. 490; “Cuevas”, A. y S. T. 16, pág. 346; “Nasta”, A. y S. T. 25, pág. 411; “Necón”, A. y S. T. 31, pág. 53; etc.)”.

Concluyó la Cámara expresando que: “resulta verosímil la posición substancial de la actora en cuanto postula la solución prevista en la ley 5188 para los certificados de obra”.

3.6 Los contratos de larga duración

Art. 1011:

En esta disposición, el Código Civil y Comercial señala que en los *contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto del contrato* (de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes, o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar).

Refiere al *deber de colaboración* en el ejercicio de sus derechos por las partes, y *este principio rige en el contrato administrativo*.

La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la *oportunidad razonable de renegociar de buena fe*, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

Esto también es interesante en materia de contratos administrativos, los cuales por lo general son de larga duración, y en los cuales las suspensiones o paralizaciones (ordenadas muchas veces por la comitente pública por falta de recursos, o que se producen por causas no imputables a la contratista) determinan un desequilibrio en la ecuación económica financiera, en tanto los efectos previstos al contratar debían producirse dentro de ese tiempo.

Del mismo modo, en torno a la rescisión contractual, muchas veces ésta es planteada por la Comitente pública sin estricta sujeción a la realidad del contrato y al estado de cumplimiento de las prestaciones por ambas partes (por ejemplo, falta de pago en término con mora considerable, y no obstante ello, la no invocación por la contratista de la excepción de incumplimiento contractual, etc.).

El Código Civil y Comercial impone el deber de dar a la otra parte oportunidad de renegociar, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos, y este imperativo debe aplicarse también en el ámbito de los contratos públicos.

3.7 La necesidad de la existencia de la causa del contrato durante el transcurso de todo el iter contractual

Art. 1013.

La causa del contrato debe existir: *en la formación, *durante la celebración, y *subsistir durante la ejecución.

La falta de causa da lugar a la nulidad (por ejemplo causa ilícita), a la adecuación o a la extinción del contrato.

Esta norma me parece también muy importante: se relaciona con la finalidad de la contratación, y se conecta entonces también con la frustración eventual de esa finalidad, que la veremos más adelante y sus consecuencias.

Es importante la posibilidad de *adecuación contractual*, que también es aplicable al contrato público, sin desmedro del principio de igualdad de trato.

3.8 La suspensión de cumplimiento y fuerza mayor. Arts. 1031 y 1032

El Art.1031 del nuevo ordenamiento regula el instituto de la “suspensión del cumplimiento”.

Dispone que en los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir *simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir.*

- * La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción.
- * Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación.

3.8.1 La “excepción de incumplimiento contractual” del art. 1201 del Código Civil derogado

El anterior Art. 1201 del Código Civil hoy derogado disponía que: “en los contratos bilaterales, una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”.

Por su parte, el Art. 510 del citado ordenamiento expresaba que: “En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva”.

El Dr. Carlos Hernandez ha explicado que si bien el Código Civil y Comercial no incluye una regla similar a la del Art 510 del ex Código Civil, que permita extender la pauta de la Excepción de incumplimiento a *todas las obligaciones recíprocas, surgieran o no de un contrato*, se puede aplicar de todos modos, pues ello deviene de la aplicación del principio general de la buena fe.

Puede darse entonces una prestación que sea sucesiva de otra, o una prestación que se sujeta al cumplimiento simultáneo de otra prestación.

En materia de contratos públicos, el instituto de la “excepción de incumplimiento contractual” resultó aplicable, con la limitación de que sólo podía ser invocada por el contratista frente a la Comitente pública, en sede administrativa, anticipando que iba a suspender la prestación a su cargo, ante al incumplimiento severo incurrido por la Administración Pública, que fuere de tal magnitud que le impidiera a aquél, razonablemente, en los hechos ejecutar su prestación.

Podía asimismo ser opuesta como defensa por la contratista, frente a la intimación a cumplir de parte de la Comitente.

Qué requisitos eran exigibles durante la vigencia del anterior Código Civil, a los fines de que dicha excepción fuere procedente:

- (i) Simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones: abarcando *obligaciones de cumplimiento simultáneo* (las partes no previeron un orden de prelación para la ejecución de las obligaciones); y *obligaciones de cumplimiento sucesivo* (una parte no cumple, porque la que debía hacerlo primero no cumplió); o cuando *ambas obligaciones estuvieren vencidas y se hubieren tornado exigibles* al momento en que la excepción es interpuesta.
- (ii) Incumplimiento grave de la otra parte: no estaba previsto este recaudo en el Art. 1201 del C. Civil, pero era considerado contrario a la buena fe pretender

una suspensión ante un mínimo incumplimiento de la otra parte, siendo necesario considerar la repercusión del cumplimiento sobre la economía total de la relación.

(iii) Buena fe por parte de quien invocaba la excepción.

(iv) Ausencia de ofrecimiento idóneo de cumplimiento.

La *doctrina* también ha admitido la “excepción de incumplimiento parcial o defectuoso” o “*exceptio non rite adimpleti contractus*”, la cual permite a una parte abstenerse legítimamente de ejecutar la prestación a su cargo, cuando media cumplimiento parcial o defectuoso de la otra.

Es decir, una parte cumplió pero SIN satisfacer los principios de identidad e integridad del pago (conforme a los arts. 740 y 742 del anterior Código Civil, y actuales Art. 868 y 869 del Código Civil y Comercial).

3.8.2 El actual art. 1031 del Código Civil y Comercial. La suspensión de cumplimiento

Se ha afirmado por la doctrina civilista que esta norma es uno de los instrumentos jurídicos plasmados en el C.C y C, para *prevenir el daño o impedir su agravamiento*.

En tal sentido, recordemos que bajo el título “Función preventiva y punición excesiva”, se impone el deber de toda persona, en cuanto de ella dependa, no sólo de evitar causar un daño no justificado, sino asimismo, de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; así como el deber de no agravar el daño, si ya se hubiere producido (Art. 1710 del Código Civil y Comercial).

El Art. 1711 regula la acción preventiva para el supuesto de que una acción u omisión antijurídica hiciera previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, no siendo exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Conforme al Art. 1172, resultan legitimados para reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño.

El juez, en la sentencia que admita la acción preventiva, deberá disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debiendo ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (Art. 1713).

Por su parte el Art. 1714 refiere a la punición excesiva o irrazonable, que podría darse en *condenaciones pecuniarias administrativas*, penales o civiles respecto de un determinado hecho: en ese caso, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto, encontrándose facultado, asimismo, en virtud del Art. 1715, a dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

Volviendo al Art. 1031 del Código Civil y Comercial, que regula la actual suspensión de cumplimiento, corresponde indicar que esta norma ha seguido los lineamientos del Artículo 7.1.3 (1) de Unidroit (para los contratos comerciales internacionales) – en relación a la fórmula utilizada y al título elegido.

Conforme a ello, creo entonces que dicho origen permitiría integrar el instituto de la “suspensión de cumplimiento” –tal como ha regulada en el Código Civil y Comercial-, con los demás parámetros que también contemplados en las reglas del UNIDROIT, abarcan otras situaciones conexas, a saber:

- * cuando el cumplimiento debe ser sucesivo, y no simultáneo, “la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que haya cumplido la parte que debe hacerlo primero” (art. 7.1.3. [2]);
- * ante el incumplimiento de una parte, la otra tiene derecho a concederle “un plazo adicional para que cumpla” y, entretanto, a “suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas” (art. 7.1.5 [1] y [2]);
- * si la parte incumplidora ofrece útilmente subsanar su propio incumplimiento, “mientras se encuentre pendiente la subsanación del incumplimiento, la parte perjudicada podrá aplazar su propia prestación” (art. 7.1.4 [4]).

La novedad que introduce el Art. 1031 es que la suspensión de cumplimiento puede ser deducida como acción judicialmente, y no sólo como excepción.- Esto es, quien se enfrenta al incumplimiento de la contraparte, puede accionar para obtener reconocimiento judicial de su propia prestación.

No se incorpora el requisito de gravedad del incumplimiento (que la doctrina fue elaborando paulatinamente).

Tal como se sostenía respecto a la anterior excepción de incumplimiento contractual, *también podrá plantearse extrajudicialmente*.

Y por último, resta señalar que el instituto actual *no ha receptado de modo general a la “excepción de incumplimiento parcial o defectuoso”* (anteriormente comentada), a pesar de contar con reconocimiento pacífico doctrinario y jurisprudencial, y recepción legislativa en el derecho comparado.

En los contratos administrativos entonces debemos en la actualidad referir a la “suspensión de cumplimiento” (descartando la terminología anteriormente utilizada), con las características y alcances de la nueva regulación para ser invocada judicial o extrajudicialmente por el contratista.

Creo que sería interesante, a la luz de lo comentado, que también fuera receptada en el ámbito contractual público la posibilidad de invocar por el contratista la “excepción de cumplimiento parcial o defectuoso”, cuando el Estado Comitente sólo cumple parcialmente.

Del mismo modo, y conforme al nuevo texto del art. 1031 del C.C. y C. y la fuente foránea de inspiración utilizada, podría ser viable también en el contrato

administrativo, la integración de las demás pautas que conforman -en las reglas del Unidroit- el instituto de “suspensión de cumplimiento”.

3.9 La tutela preventiva

En las reglas del Unidroit, para los contratos internacionales, no sólo está prevista la “Suspensión del propio cumplimiento” (ya analizada) sino también lo que nuestro actual Código Civil y Comercial llama “tutela preventiva”.

3.9.1 En el moderno derecho de los contratos se reconoce a una parte el derecho de suspender su propio cumplimiento, también cuando la otra parte

- a) se encuentra en imposibilidad temporaria de cumplir, aunque sea por causas ajenas;
- b) cuando es previsible que no cumpla, por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia (contemplado en el Código Civil alemán, en el Uniform Commercial Code -secs. 2-609 y 2-610-, Restatement of Contracts 2nd. -sec. 251-, entre otros, y también en proyectos anteriores argentinos de código único);
- c) cuando tiene un impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas (Restatement of Contracts 2nd. -sec. 269-).

Una de las reglas del Unidroit en tal sentido, prescribe lo siguiente: “una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial, podrá exigir garantía adecuada de cumplimiento y, mientras tanto, podrá suspender su propia prestación” (art. 7.3.4).

3.9.2 Veamos entonces cómo quedó redactado el instituto de la tutela preventiva en el Código Civil y Comercial de la Argentina

El Art. 1032 (Tutela preventiva) dispone: “Una parte puede *suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño* porque la otra parte:

- (i) ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o
- (ii) ha sufrido un menoscabo significativo en su solvencia.

La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”.

Esta llamada “tutela preventiva” no opera solamente frente a la insolvencia de la contraparte, sino ante un “menoscabo significativo en su aptitud para cumplir”:

ejemplo, pérdidas patrimoniales sufridas por la contraria que le impidan cumplir con la obligación asumida; fuerza mayor o caso fortuito que imposibiliten temporalmente la ejecución de la obligación a cargo de la otra parte.

Es una figura trascendente en el contrato, pues permite conservarlo con vida hasta que dicha imposibilidad desaparezca.

Creo que es de fundamental importancia su aplicación al contrato administrativo y es diferente de la “suspensión de cumplimiento” antes tratada.

Refiere a la existencia de una “grave amenaza de daño en sus derechos”: por menoscabo significativo de la otra parte en su aptitud para cumplir o en su solvencia.

Reflexionemos en torno a una situación de menoscabo significativo en la aptitud de cumplimiento por parte de la Comitente pública: a mero título enunciativo por ejemplo, no le llegan las partidas presupuestarias comprometidas por otro ente público, o no puede liberar el predio de intrusos instalados para entregarlo a la contratista a fin de que inicie la obra; va transcurriendo y agotándose el tiempo así como los plazos legales y reglamentarios desde la celebración del contrato para dar comienzo a la ejecución: podría el contratista suspender el cumplimiento de todas las obligaciones que tiene a su cargo a partir de la firma del contrato y antes de dar comienzo a la ejecución de la obra, pues resulta claro que se evidencia un menoscabo en la capacidad de cumplir de la Administración.

En tal sentido, el contratista podría estar habilitado para suspender el cumplimiento de obligaciones, tal como la entrega de las pólizas de seguro de responsabilidad civil, de responsabilidad técnica; la presentación de proyecto ejecutivo terminado en la etapa necesaria; obtención de permisos de obra de distintos entes públicos que deben otorgarlos, etc.

O, en su caso, no continuar ejecutando tareas que de acuerdo a la curva de inversión y el Plan de Trabajos resultan sustanciales, cuando ya en los meses previos han existido incumplimientos de la Administración respecto a prestaciones de envergadura mucho menor, con lo cual los derechos de la contratista al cobro de los trabajos que ejecutará se verían -sería y objetivamente- amenazados.

Por otra parte, el parámetro en materia de “interpretación contractual” que impone visualizar –entre otras circunstancias- “la conducta posterior de las partes”, otorga andamio, a mi juicio, a la posibilidad de invocar esta tutela.

La parte final del Art. 1032 del C.C. y C. es interesante: la suspensión cesa cuando la otra parte otorgue seguridades suficientes de que va a cumplir, o cumpla efectivamente.

Esto de las “seguridades suficientes” es interesante, pues estamos acostumbrados a que el Estado no dé garantías de cumplimiento de las prestaciones a su cargo, cuando -por el contrario- el contratista o el concesionario en contratos de obra pública o de concesión las tiene obligatoriamente que otorgar (pensemos en la garantía de

cumplimiento de contrato, la garantía de impugnación, el fondo de reparo, entre otras); o en las Asociaciones Público-Privadas reguladas a nivel nacional en la Argentina por el Decreto N° 967/2005 (las public-private partnership del derecho comparado) en las cuales se le exige al socio privado garantías para el cumplimiento de las obligaciones que resulten a su cargo –garantía de integración del aporte, garantía de cumplimiento de las obligaciones que asume- mientras que la Administración Pública no debe otorgarlas al sector privado a fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones (por ejemplo, según sea el aporte que el sector público haya comprometido, pago en efectivo, o cesión de créditos tributarios, otorgamiento de derechos sobre bienes públicos, u otros aportes legalmente autorizados, entre otros).

Esta omisión configura precisamente una de las grandes críticas que se le hace al sistema de APP en el ámbito nacional (Decreto Nro. 967/2005) y también en el régimen legal al respecto de la Provincia de Santa Fe (Ley N° 12518).

Podría entonces un contratista exigirle a la Comitente pública que le otorgue garantías suficientes de que procederá a cumplir –conforme las particularidades del contrato y de los eventuales menoscabos en la capacidad de cumplimiento- a fin de reanudar la ejecución de las prestaciones suspendidas, en aplicación de la “tutela preventiva”.

En síntesis, la previsión contenida en el Art. 1032 del C.C. y C. es relevante y puede ser invocada en los contratos administrativos, pues permite preservar con vida el contrato frente a ciertos avatares no imputables al contratista particular, y además preserva también la buena fe en la ejecución.

Sostener eventualmente su inaplicabilidad representaría lisa y llanamente un apartamiento del instituto de la “confianza legítima”; esto es, de la viabilidad de invocar las razonables expectativas de parte del co-contratante acerca de que la Administración Pública iba a cumplir, principios éstos que son objeto de preservación en el actual Código Civil y Comercial, en la parte de interpretación de contratos (cap. 10), y ahí llegamos ahora.

3.10 El principio de conservación del contrato. Art 1066

Este principio también rige en materia de contratos administrativos.

El *Art. 1066* agrega que de entre varias interpretaciones posibles, deben entenderse con el alcance más adecuado al objeto del contrato, y yo agregaría a la finalidad.

3.11 En el supuesto de expresiones oscuras (art. 1068) en los contratos a título oneroso, de persistir dudas a pesar de todas las reglas de interpretación anteriormente analizadas, deberá estarse “al sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes”

Esta disposición debe ser tenida en cuenta en la interpretación del contrato administrativo, porque en su ámbito debe ser encontrada esa solución que armonice los intereses público y privado en juego, y ese es el ajuste equitativo al que alude la norma.

4 En cuanto a la extinción del contrato

4.1 Resolución total o parcial

El Art. 1083.- Resolución total o parcial: *Una parte tiene la facultad de resolver total o parcialmente el contrato si la otra parte lo incumple. Se puede demandar judicialmente o declararse extrajudicialmente.*

Pero los derechos de declarar la resolución total o la resolución parcial son excluyentes, por lo cual, habiendo optado por uno de ellos, no puede ejercer luego el otro. Si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor sólo puede resolver íntegramente el contrato si no tiene ningún interés en la prestación parcial.

Para poder ejercer la facultad resolutoria, el incumplimiento debe ser esencial, en atención a la finalidad del contrato (Art. 1084).

Y ese incumplimiento se considerará esencial, cuando:

- a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato;
- b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor;
- c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar;
- d) el incumplimiento es intencional;
- e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.

Esto es relevante, a mi juicio, en el contrato de obra pública, pues dichos supuestos pueden ocurrir en su ámbito:

- * el pago íntegro del precio más las redeterminaciones de precios resulta fundamental dentro del contexto del contrato, pues configura el precio de la obra;

- * también el cumplimiento tempestivo de la obligación es condición de mantenimiento del interés del co-contratante; efectivamente con tasas de interés moratorio totalmente fuera del mercado, aunque en la actualidad se haya reformado el decreto provincial en tal sentido con tasas más acordes, provoca que el cumplimiento tempestivo del pago sea esencial;
- * asimismo, ese incumplimiento priva al co-contratante particular, de lo que sustancialmente tenía derecho a esperar (en relación directa con la confianza legítima y razonables y legítimas expectativas);
- * o el no pago de las redeterminaciones en su caso, que provocan que el contrato se haga a precio básico;
- * o cuando por ejemplo la comitente pública neutraliza el plazo, a espera de mejor fortuna en sus partidas presupuestarias, o cuando firmado el contrato no se da comienzo a la ejecución (no se da el replanteo), provocando una situación de sujeción del contratista en un stand by sine día: en esos supuestos, podría configurarse “incumplimiento esencial”, y debería dar lugar a las readecuaciones pertinentes, para preservar la vida, o a la extinción, si ya no es posible ninguna otra solución.

4.2 La cláusula resolutoria implícita (art. 1087)

Siempre ha existido en los contratos bilaterales, y se denominaba facultad comisorias, prevista en el ex Art. 1204 del Código Civil.

Uno de sus presupuestos de procedencia es precisamente, a partir del nuevo ordenamiento, que el incumplimiento de la otra parte haya sido esencial, conforme a los parámetros del art. 1084.

El Art. 1087 del nuevo Código Civil y Comercial (Cláusula resolutoria implícita) dispone que: “En los contratos bilaterales la cláusula resolutoria es implícita y queda sujeta a lo dispuesto en los artículos 1088 y 1089”.

Por su parte, el Art. 1088 determina los “presupuestos de la resolución por cláusula resolutoria implícita”, exigiéndose los siguientes recaudos:

- A. Un incumplimiento esencial, en los términos del artículo 1084.
- B. Que el deudor esté en mora.
- C. Que el acreedor emplazó al deudor, bajo apercibimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato, a que cumpla en un plazo no menor de quince días, excepto que de los usos, o de la índole de la prestación, resulte la procedencia de uno menor.

La resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo.

Dicho requerimiento no es necesario:

- (i) si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento,

- (ii) si la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir, o
- (iii) si el cumplimiento resulta imposible. En tales casos, la resolución total o parcial del contrato se produce cuando el acreedor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte.

Estas disposiciones también deben ser analizadas para ser articuladas en consonancia con las normas que exigen, en un contrato administrativo, y en caso de rescisión solicitada por el contratista por incumplimientos por parte de la Administración Pública, que se intime a esta última a normalizar la situación dentro de un plazo de 30 días –por ejemplo así está previsto en la Ley de Obras Públicas de Santa Fe- y luego nada más explícita.

Hay que evaluar la buena fe, la confianza legítima, lo que era razonable esperar conforme a la finalidad y objeto del contrato, teniendo en cuenta la conducta de la Administración, y en su caso, un incumplimiento esencial.

Por ende, habiendo incurrido la Administración en un incumplimiento esencial, cuyos supuestos están taxativamente regulados en la ley de obras públicas, l e intimada a cumplir por el plazo que determina esa ley especial, la Comitente no cumple, quedaría resuelto de pleno derecho el contrato.

5 Frustración de la finalidad del contrato. Art. 1090

Esta frustración no proviene del incumplimiento de las partes. No existía regulada en el anterior Código Civil, si bien resultaba admitida por la doctrina.

Se encuentra regulada en el Art. 1090 del Código Civil y Comercial, el cual sienta una regla general: la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución.

La norma contempla dos supuestos:

A. Se frustra la finalidad en forma definitiva, cuando:

- I. se produce por alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración;
- II. es ajena a las partes, y
- III. debe superar el riesgo asumido por la que es afectada.

El perjudicado comunica su declaración de resolución a la otra parte, y esa resolución es operativa a partir de esa comunicación.

B. Si se frustra la finalidad en forma temporaria, tiene derecho a la resolución, si se impide cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

Cabe también reflexionar sobre la posibilidad de aplicación de estas pautas a los contratos administrativos, por supuesto atendiendo a las particularidades del caso concreto y mediante un análisis con base en la razonabilidad.

Podría frustrarse la finalidad en forma temporaria, con derecho a eventual resolución del contrato, cuando por ejemplo se impide temporariamente la importación de determinadas mercaderías o la adquisición de insumos para una obra, o para proveer al Estado, lo cual provoca que -siendo el tiempo de ejecución esencial- la demora se prolongue en tal medida que se reconozca el derecho a resolver por el contratista.

La resolución tendrá efectos retroactivos, y no se admite en estos casos la “readecuación”, porque desaparece la causa fin.

6 La imprevisión. Art.1091

En lugar de referirse a “teoría de la imprevisión”, ahora se habla directamente de “imprevisión” que es el término correcto, como ya lo había discutido la doctrina, porque se trata de un instituto legal.

En el Código Civil derogado, el Art. 1098 la contemplaba. Actualmente, el Art. 1091 del Código Civil y Comercial dispone que: “Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación”. “Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia”.

Los comentarios que amerita la nueva disposición, son los siguientes:

- I.- Refiere a “causas ajenas a las partes”, sin hacer mención expresa de “mora” y/o “culpa”. Sin embargo, si son ajenas no hay culpa, y tampoco mora, y sobrevinidas, es decir posteriores a la celebración del contrato y no concomitantes a la celebración.
- II.-Podría *renunciarse anticipadamente a la imprevisión*. La expresión que alude a “causas ajenas al riesgo asumido por la que es afectada” lo permite. El cocontratante, evaluando los riesgos inherentes del contrato y de circunstancias externas, podría decidir asumir el riesgo renunciando a invocar “imprevisión”.
- III.-Debe tratarse de una *alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato*.

En el Código Civil derogado se aludía a “hecho extraordinario”. Actualmente “alteración extraordinaria”.

El Art. 1091 del Código Civil y Comercial no prescribe que la alteración sea “imprevisible”, aunque su título sea “Imprevisión”.

Sin embargo, la doctrina autorizada sostiene que sería inimaginable que el hecho generador o la circunstancia extraordinaria no fueran imprevisibles.

Lo opuesto presupondría que la parte perjudicada hubiera asumido el riesgo al contratar, circunstancia ésta que le impediría invocar la imprevisión.

IV. *Se aplica a los contratos a título oneroso y también a los gratuitos* (como lo había sostenido la doctrina, por ejemplo al mutuo gratuito, comodato, etc).

V. Debe existir una *excesiva onerosidad sobreviniente*. La diferencia entre “frustración de la causa fin” y “excesiva onerosidad sobreviniente” radica en que en la primera se afecta la causa (y no es posible readecuación alguna). En cambio en la “excesiva onerosidad sobreviniente” se afecta el monto de la prestación, es decir, que la afectación se da entre valores económicos, y por ende se puede inhibir la resolución readecuando los valores.

Ésta debe darse en la etapa de ejecución del contrato y ser de una entidad tal, que convierta en ruinoso el negocio o exija un desmesurado sacrificio.

VI. Se aplica el principio de conservación de los actos jurídicos (nuevo art. 1066).

VII. A la parte afectada, según las circunstancias, podrá convenirle:

*la resolución total o parcial; o

*la readecuación o reajuste equitativo de las contraprestaciones, total o parcial.

En ambos supuestos, lo puede pedir judicial o extrajudicialmente.

La doctrina civilista se ha preguntado si el demandado por readecuación del contrato podría reconvenir por resolución, y la respuesta casi unánime ha sido que si bien el Art. 1091 del C.C. y C. no lo establece, el demandado por reajuste equitativo podría estar legitimado para reconvenir por resolución del contrato, ya que si la ley le otorga la posibilidad de demandar por resolución, “se aplicaría el principio de quien puede lo más antes de ser demandado, también podría seguir sosteniendo esta prerrogativa al reconvenir, ya que igualmente para él su prestación podría haberse convertido en excesivamente onerosa”.

En los contratos administrativos siempre ha sido posible, producidas las circunstancias o hechos que viabilizan legalmente la aplicación del anterior Art. 1098 del Código Civil, invocar la teoría de la imprevisión por parte del contratista.

Actualmente, a partir de la renovada redacción de dicho instituto legal, éste ha quedado plasmado de modo más amplio en sus efectos y consecuencias jurídicas, resultando un instrumento hábil en pos de la conservación de la vida del contrato público.

7 En definitiva, el trabajo realizado abarca una temática convocante, provocadora y a la vez compleja. Sólo he tratado de abrir algunas inquietudes, de formular reflexiones sujetas a la crítica y al intercambio valioso de ideas, así como de realizar algunos aportes que merecerán necesariamente ser profundizados

Sin embargo, no cabe duda alguna de que las incidencias que -en variados aspectos de la contratación pública- provienen del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, resultan relevantes.- Ello así, en tanto creo que debemos imprimir una mirada más amplia y superadora del estrecho margen que deja, por ejemplo, a nivel nacional, el Régimen de Contrataciones del Sector Público Nacional (Decreto Nº 1023/2001), en el cual se potencian las “prerrogativas” de la Administración, en desmedro de los derechos del contratista particular.- Sin embargo, el Decreto Nº 893/2012 que reglamentó dicho régimen, en su Art. 5, luego de indicar las “fuentes” que integran en jurisdicción nacional el régimen jurídico de los contratos, remite en forma supletoria a las restantes normas del Derecho Administrativo, y “en su defecto, a las normas del Derecho Privado por analogía”.

En consecuencia, ante el nuevo Código Civil y Comercial, ley federal de derecho común, y su riqueza reguladora en los tópicos tratados; y ante ese vaso comunicante que se da del derecho público al privado y viceversa, por el elemento de cohesión que proviene de los principios y valores de la Constitución y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, enfrentamos por delante un desafío interesante, con instrumentos e institutos que permiten a ambas partes de un contrato administrativo, la tutela del equilibrio contractual y de la vida del contrato, en pos de la satisfacción de los intereses públicos involucrados, que no son más que los de la sociedad.

Some aspects of administrative contracts, from the viewpoint of the New Civil and Commercial Code of the Argentine Republic

Abstract: The new Civil and Commercial Code of the Rep. Argentina allows a renewed look of different topics concerning public procurement, because from his issuance it is possible to speak of the constitutionalization of private law. There is therefore an element of cohesion and a communicating vessel of public law to private law and vice versa, in a valuable dialogue of sources, where private law shall be interpreted by constitutional principles and international treaties; and we also find many institutes and principles enshrined in the Civil and Commercial Code, that can be applied in administrative contracts, as they have just as common element the Constitution and essential values from the International Human Rights Treaties. The paper addresses various aspects of administrative contracts we consider incised by the new civil and commercial law: general sources of legal interpretation and contractual interpretation; impossibility of performance; good faith; the integration of the contract; payment obligations; long-term

contracts; the principle of conservation of the contract; the cause of the contract; suspension compliance and force majeure; preventive care; the contract termination; fundamental breach; frustration of purpose; improvidence, among others.

Keywords: Administrative contracts. Conservation of the contract. Good faith. Preventive care. Improvidence. Force majeure. Contractual balance.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALIANAK, Raquel Cynthia. Algunos aspectos de los contratos administrativos, desde la mirada del Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 65-91, abr./jun. 2016.

Recebido em: 12.12.2015

Aprovado em: 04.03.2016