

Juan Carlos Corina Orué*.

Contratos Administrativos. La aplicación de las reglas del derecho privado y el caso de la excepción de incumplimiento contractual.

Resumen:

El presente trabajo trata respecto a la naturaleza contractual del contrato administrativo, atendiendo a la particular intervención del Estado como una de las partes contratantes. De igual modo deja entrever las tensiones que se producen entre sus sujetos participantes, cuál debe ser (a nuestro entender) el criterio a seguir para resolver dichas tensiones, y cómo equilibrar los intereses en juego. Por último se ha puesto el foco en la excepción de incumplimiento contractual, y de cómo la misma debe regir, como con cualquier ciudadano común, también respecto al Estado.

Abstract:

This paper deals with the contractual nature of the administrative contract, taking into account the particular intervention of the State as one of the contracting parties . In the same way, it shows the tensions that take place between its participants, what should be (in our opinion) the criteria to be followed to resolve these tensions, and how to balance the interests at stake. Finally, the focus has been on the Exception of Non-Performance, and how it should govern, as with any ordinary citizen, also with respect to the State.

Title: *Administrative Contracts. The application of the rules of private law and the case of the Exception of Non-Performance.*

Palabras clave: *contrato, contrato administrativo, excepción de incumplimiento.*

Keywords: *Contract, administrative contract, Exception of Non-Performance.*

*Magíster en Derecho Privado (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Argentina), Profesor Titular de Contratos Civiles y Comerciales (Facultad de Derecho, Universidad Americana), Profesor por concurso público de méritos y aptitudes, en la cátedra de Derecho Romano II (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Asunción), Profesor de Posgrado en diversas universidades.

INTRODUCCIÓN

El Estado necesita cubrir una serie de necesidades con miras a cumplir sus fines. Es así que entre su lista interminable de tareas tiene -por ejemplo- la de brindar educación, salud, viviendas, seguridad, etc.

Para la consecución de dichos fines el Estado podrá utilizar sus propios medios, es decir, -por dar un caso- el Ministerio de Obras Públicas podrá construir las viviendas que hagan falta, o podrá valerse de la colaboración de particulares, o sea, recurrir al sector privado, lo que hace que también queden integrados ingredientes de dicho sector.

Es en el segundo caso donde surgen los denominados contratos administrativos, los cuales presentan una mezcla apasionante, puesto que por un lado, ante la intervención del estado, surgen aristas de carácter público, mientras que por el otro lado, la colaboración la brinda un particular, proveniente del sector privado.

Así, como bien lo reseñara la doctrina, el contrato administrativo deberá equilibrar que *“mientras el cocontratante persigue la satisfacción de su propio interés, la Administración Pública persigue la satisfacción del interés público o general”* (Marienhoff, 2011, p. 7)

Ahora bien, el presente trabajo justamente se abocará a delimitar la naturaleza del contrato administrativo, para luego pasar a destacar cuáles son las áreas de influencia del derecho privado dentro del esquema de dicho tipo contractual, profundizando con carácter especial en lo atinente a la excepción de incumplimiento contractual.

CONCEPTO GENERAL DE CONTRATO.

En su etimología, la palabra contrato deriva de la latina *“contractus”*, que implica, unir, contraer, estrechar. En efecto, las voluntades que une, son específicamente la de la persona que realiza una oferta, y la de aquella que la acepta. Metafóricamente hablando, el contrato vendría a ser como el hilo, que permite unir dos pedazos de tejido, los cuales anteriormente se encontraban separados.

Ahora bien, la principal característica del contrato vendrá a ser su exigibilidad, es decir, la posibilidad de exigir su cumplimiento como cualquier otra norma de derecho o ley. En efecto, el contrato dará nacimiento a un precepto jurídico, una norma contractual, comúnmente denominada en doctrina como *lex contractu*.

Por otro lado cabe destacar que el ámbito dentro del cual los contratos necesariamente se deberán circunscribir, es el campo de los derechos patrimoniales. Si el elemento patrimonial faltare, tendremos cualquier cosa menos contrato, mientras que si el elemento patrimonial estuviere presente acompañado de un acuerdo, tendremos contrato, como bien lo refiere Pasarelli, citado por Mosset (2000), al expresar “...*todos los negocios bilaterales o plurilaterales en materia patrimonial, incluso los constituidos para la consecución de un fin común, se llaman precisamente contratos*”. (p. 35)

En síntesis, el contrato vendrá a ser el acuerdo de voluntades que regirá los derechos patrimoniales de las partes¹, y cuya característica principal consiste en su exigibilidad².

Por último cabe aclarar que el término contrato abarca tanto el acto de contratación, como la norma que resulta de él, así “*La palabra contrato encierra un equívoco, pues se refiere unas veces al acto que los contratantes realizan (v. gr.: se dice celebrar un contrato) y otras veces se refiere al resultado normativo o reglamentario que con este acto se produce para los contratantes (v. gr.: se dice cumplir un contrato, estar obligado por un contrato)*”. (Diez Picazo, 1996, p. 123)

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO PROPIAMENTE.

Como se ha adelantado ya someramente, el Estado precisa cumplir ciertas funciones, y tiene ciertas necesidades, algunas más urgentes que otras. Ahora bien, con miras al mejor cumplimiento de dichas necesidades es que han surgido los contratos administrativos. (Marienhoff, 2011, p. 7)

Dicho esto cabe hacer énfasis en que los contratos administrativos, antes que administrativos son “**contratos**”. Es decir, los mismos se inscriben como una especie

¹ De igual manera **Diez Picazo (1996)** refiere que el contrato vendrá a ser “*todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*”. (p. 123)

² En dicha tesitura jurisprudencialmente se ha expuesto que “...*es contrato toda convención destinada a crear, extinguir, modificar o ceder derechos, pues todos esos efectos caben en la locución “reglar derechos”...*” CNCOM, SALA D, 1986/12/16, Blutrach, Jorge c. Producciones Liceo, S.A.

dentro del grupo de contratos posibles, los cuales pueden ser a modo de ejemplo, laborales, comerciales, deportivos, de consumo, etc.

Sobre el punto se ha expuesto que *“El contrato es una categoría abstracta y genérica, una figura jurídica que en sentido estricto significa ‘acuerdo de voluntades generador de obligaciones’.*” (Dromi, 1998, p. 295)

Es por ello que resulta necesario erradicar la concepción de que en el contrato administrativo el Estado actúa de manera unilateral y jerárquica, pudiendo modificar, rescindir o alterar como bien le venga en gana. Ello no corresponde, no solamente porque se avasallaría la temática contractual, sino porque el estado, antes que nada, necesita la colaboración de los particulares, sin los cuales, la contratación sería imposible.

Justamente haciendo referencia a que el contrato administrativo responde no a una situación de esclavitud sino a un *acuerdo de partes* se ha expuesto que *“No se conoce ejemplo de concesión de servicio público, a la cual el concesionario haya sido compelido, llevado por la fuerza, violentamente obligado. Admitir que ella puede surgir de ese modo, es desconocer todas las conquistas de libertad individual y de la seguridad humana. Es cambiar el imperio de la ley por los arbitrios del despotismo. Es destruir el régimen de derecho para establecer una situación de esclavitud”*³.(Masagão, 1933, p. 6970)

En este punto, la definición que mejor conjuga la teoría contractual pura, con la administrativa, es aquella que ve al contrato administrativo como el acuerdo de voluntades celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con un particular o administrado, el cual tendrá por efecto generar derechos y obligaciones para las partes, y busca como objetivo primordial la satisfacción de finalidades públicas. (Marienhoff, 2011)

Yendo específicamente a nuestro orden normativo tenemos que la Ley No 2051/2003 (art. 3º) de Contrataciones Públicas (LCP) establece que será *“Contratación Pública o Contratación Administrativa: Todo acuerdo, convenio*

³ De igual manera **Dromi (1998)** reseña que *“I. El contrato como técnica de colaboración administrativa. El obrar administrativo requiere la colaboración voluntaria de particulares u otros entes públicos, ya sea en forma amplia, por medio de un acuerdo creador, o en forma limitada, por adhesión. Si la colaboración fuera forzosa, daría lugar a la carga pública o prestación personal obligatoria”.* (p. 292)

o declaración de voluntad común, por el que se obliga a las partes a cumplir los compromisos a título oneroso, sobre las materias regladas en esta ley; independientemente de la modalidad adoptada para su instrumentación”.

Siendo que la ley cataloga como contrato administrativo a aquel que verse sobre las materias reguladas por dicha ley, cabe hacer hincapié en que la ley regula los acuerdos de “...*adquisiciones y locaciones de todo tipo de bienes, la contratación de servicios en general, los de consultoría y de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas*”⁴.

PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN.

Dado que los intereses vinculados al contrato administrativo tienen tanto un tenor público –por parte del Estado-, como un tenor privado -del particular-, es que para cumplir las finalidades públicas, en este se han previsto ciertas facultades o prerrogativas a favor de la administración, situación que no acontece en otros contratos del derecho privado.

Dichas prerrogativas, al salir completamente de la esfera normal de los contratos del derecho netamente privado, han sido denominadas por la doctrina como “*cláusulas exorbitantes del derecho privado*”, y si bien prima-facie las mismas quiebran el equilibrio contractual, son admitidas dentro del marco general de los contratos administrativos, dado que estos tienen por fin esencial satisfacer una finalidad pública.

Definiendo a las mismas se ha expuesto que “*Son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil. En otros términos, son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían "ilícitas", por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público. Estas estipulaciones tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las leyes civiles o comerciales... Ejemplificando, digamos que son inusuales o inhabituales en derecho privado, las cláusulas que facultan a la Administración Pública a rescindir el contrato por sí y ante sí, o a dar instrucciones a*

⁴ Art. 1° de la Ley 2051/2003.

su contratista, o que la Administración quede exenta de responsabilidad por mora en los pagos". (Dromi, 1998, p. 304)

Sentado lo anterior, si bien existieron voces que propugnaban que las facultades citadas podían ser ejercidas por el Estado de manera arbitraria y sin más consecuencias, poco a poco ha ido primando la sensatez, en el sentido de reconocer que por más que se trate de una contratación donde se persigue un fin público, el contratante particular tiene sus derechos, los cuales no pueden ser avasallados con el simple pretexto de encontrarnos ante un contrato administrativo.

Repetimos, es sumamente importante poner el foco en que por más que el contrato sea "administrativo", sigue siendo antes que nada un "contrato", es decir, un "acuerdo de voluntades", no una imposición "unilateral" de una de ellas, máxime teniendo en cuenta que la parte fuerte de la ecuación es justamente el Estado.⁵

Ahora bien, las prerrogativas exorbitantes concedidas a la administración pública no pueden ser ejercidas de forma arbitraria, y en el caso que causen menoscabos a la contraparte privada, estos tienen que ser resarcidos.

En efecto lo dicho se encuentra contemplado en la misma LCP, la cual en su art. 55 prescribe que el derecho de contratante a modificar unilateralmente el contrato se confiere "*sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondieren si hubiere mérito*".

De igual manera ello se encuentra en consonancia con lo prescripto en la Constitución Nacional, la cual en su art. 39 refiere que "*Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuere objeto por parte del Estado*".

⁵ En dicho tenor [Marienhoff \(2011\)](#) reseña que "*Como los contratos "administrativos" siguen siendo o constituyendo la "ley de las partes", va de suyo que éstas tienen el derecho recíproco de exigirse las prestaciones a que se han obligado. Como bien se dijo, también en este ámbito del derecho "debe respetarse la convención de las partes", cualquiera sea la especie del contrato administrativo que se considere.*"(p. 130). Sobre la posición de fuerza en la cual se encuentra el Estado se ha reseñado que "*En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre las partes, que es uno de los elementos de los contratos civiles. La Administración aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del contratista.*". ([Dromi, 1998, p. 304](#))

Con respecto a ello se ha reseñado que *“El fundamento de la responsabilidad stricto sensu reside, tanto en el Derecho Público como en el Privado, en el deber general de obediencia a la ley y observancia de lo que ella dispone, consistente en definitiva, en no dañar a los demás o alterum non laedere, de la compendiosa fórmula de Ulpiano; por lo que el Estado, que es quien ha sentado dicho principio, ha de ser, también y sin duda, el primero en respetarlo”*. (Trigo Represas y López Mesa, 2004, p. 112)

APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO PRIVADO.

El artículo 8º de la LCP refiere que *“En todo lo no previsto por esta ley, su reglamento y demás disposiciones administrativas que deriven de ellos, serán aplicables supletoriamente el Código Civil, las leyes que rigen el Procedimiento Contencioso Administrativo y el Código Procesal Civil”*.

Del artículo citado se desprende claramente que las normas del derecho privado son perfectamente aplicables a los contratos administrativos, en tanto y en cuanto lo normado no se encuentre previsto por la ley, su reglamento u otras disposiciones administrativas⁶.

Sobre el punto se ha reseñado que *“Sea administrativo o civil un contrato, se ha repetido frecuentemente, es siempre un contrato y, en la concepción general de nuestro derecho, esencialmente consensualista, como lo hemos recordado, la voluntad manifestada por las partes al momento de la celebración del contrato es la idea directriz a la cual el juez debe en primer lugar referirse cuando hay que determinar el contenido de las obligaciones de los contratantes en vista aplicarlas a la ejecución”* (Coviello, s.f.)

En cuanto a la vinculación entre los campos del derecho público y privado se ha expuesto que *“la realidad muestra que en los acuerdos o vínculos contractuales de la Administración, no es posible establecer terminantemente el límite donde deja de*

⁶ Como bien lo ha reseñado la **Dra. Buongermi (s.f.)**, hoy jurídicamente se ha superado *“una casi pueril división ratione materiae del Derecho, que suponía inaplicables las normas del Derecho Civil a situaciones originadas en el Derecho Público”*.

aplicarse el derecho público y donde comienza a regir el derecho privado... ”⁷
(Dromi, 1998, p. 295)

Dicho esto, si bien en principio uno pensaría que la materia contractual está toda regulada por la LCP y su reglamento, dado que a las otras normas se las cita “supletoriamente”, empero al observar todo lo que puede contener una contratación, uno cae en la cuenta que enormes campos de regulación quedan a cargo del Derecho Civil, por lo tanto la *lex contractu* será necesariamente

Repárese que en lo concerniente a la etapa de preparación del contrato administrativo, es decir en lo relativo a los pasos para llamar a licitación—por ejemplo-, se encuentran detalladamente legislados en la LCP y sus reglamentos. Ello ocurre también en lo concerniente a la etapa de evaluación y adjudicación del contrato, las cuales se encuentran en cierto sentido, bastante pormenorizadas.

Ahora bien, quedan sin regularse – y por tanto sujetas al Código Civil- áreas neurálgicas de la contratación, como ser la de la *interpretación* de los contratos, y la de varios de sus efectos.

Es más, inclusive a la hora de determinar cuál será el órgano jurisdiccional encargado de dirimir respecto a un tema de ejecución contractual, se observa que lo hará la justicia civil.

Ello se debe justamente a lo que antes resaltáramos, respecto a que el contrato administrativo, por más que tenga ciertas particularidades sigue siendo contrato, y por lo tanto, originalmente de naturaleza civil, por lo que corresponde que en lo atinente a su cumplimiento o no, lo determine un juzgado encargado de la materia civil.

Sobre el punto el Prof. Villagra Maffiodo (1981) ha reseñado *que “...todos los contratos celebrados por la Administración como persona jurídica –y no hay otros- se rigen por el Derecho común y los actos administrativos que interfieren en ellos, por el Derecho administrativo. La jurisdicción competente es por tanto, la ordinaria para las cuestiones propias del contrato y la contencioso-administrativa para la revisión judicial de los actos administrativos... ”.* (p. 216)

⁷Cfr. DROMI.; *ob. cit.*, pág. 295.

Concordante con lo expuesto, la jurisprudencia ha reseñado que la justicia civil se encargará de aquellos casos en los cuales el estado intervenga en cierto pie de igualdad con los particulares, siendo competente la justicia administrativa cuando el estado obre en su carácter de poder público, resaltando a su vez que en el primer caso existiría una simetría o coordinación, mientras que en el segundo existe una suerte de subordinación del individuo al estado.⁸

Ahora bien, siendo que la naturaleza del contrato administrativo en cuanto a su regulación es heterogénea, existen una serie de principios del derecho privado aplicables, como serían la excepción de incumplimiento contractual, la imprevisión, etc. El referirnos a todos ellos excedería largamente el objeto del presente trabajo, por lo cual nos ocuparemos someramente de la excepción de incumplimiento contractual, dada su constante aparición en la práctica.

LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

Una figura del derecho privado cuya aplicación en los contratos administrativos es, según Marienhoff (2011), aceptada de manera conteste en la doctrina es la excepción de incumplimiento contractual, es decir, la facultad de negarnos a cumplir con nuestra obligación si la otra parte debiendo haberlo hecho con anterioridad no lo ha hecho. (p. 140)

En efecto, la mayoría de los contratos generarán obligaciones para varias partes; ahora bien, una parte no puede pedir que la otra cumpla con su obligación si ella misma no lo ha hecho (por ejemplo: si no he pagado la cuenta del supermercado, no puedo exigir que me entreguen las mercaderías).

Ello responde, según Mosset, citado por Alterini (1999), a la incuestionable lógica del “*No cumplo porque tú incumpliste antes*” (p. 535), y responde a un principio de justicia, puesto que no sería justo que me obligasen a cumplir si debiendo la otra parte

⁸ En el fallo citado se ha expuesto que: “...en los procesos administrativos lo que se impugna son actividades administrativas públicas; en tanto que en los civiles se disputan actos privados.” (Voto de la Dra. María Mercedes Buongermini Palumbo). T. Apel. Civil y Comercial, sala 3, 17/06/2011, Partes: Asociación de Vendedores de Fruti-Hortícola del Mercado Central de Abasto c. Municipalidad de Asunción s/ Cumplimiento de contrato, consignación de pago y medida cautelar de urgencia. (Ac. y Sent. N° 57), Publicado en: La Ley Online; Cita Online: PY/JUR/340/2011.

hacerlo en el mismo acto o antes, no lo ha hecho. De ahí que desde antiguo *“no merecía que se le guardara la fe, quien no comenzaba por observarla (non servanti fidem non est fides Servando)*. (López de Zavalía, 1997, p. 599)

Sobre el punto, y recomendando que nunca se olvide la noción de que la excepción tiene por fin evitar una injusticia, Marienhoff (2011) reseña que *“La exceptio non adimpleti contractus tiene, pues, como razón de ser la necesidad de evitar una “injusticia”. Esto es fundamental y jamás deber se olvidado, porque la idea de “justicia” debe presidir toda solución jurídica, ya se trate de una relación perteneciente al derecho privado o al derecho público.”*(p. 140)

Por ello la excepción de *“incumplimiento contractual”* o de *“contrato no cumplido”*, es una defensa en virtud de la cual las partes pueden negarse a cumplir el contrato, hasta tanto la otra contratante cumpla con su parte del acuerdo, siempre y cuando la otra haya tenido que cumplir al mismo tiempo o antes. En otros términos se ha reseñado que *“...cuando una de las partes incumple el contrato, la otra también puede incumplirlo, amparándose en la exceptio non adimpleti contractus...”* (Zanella Di Pietro, 2002, p. 261)⁹

Nótese que la defensa está contemplada dentro de la órbita del derecho privado, puesto que la misma se encuentra legislada en el art. 719 del Código Civil reseñando que: *“En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo, a menos que la otra parte debiere efectuar antes su prestación. Cuando ésta debe hacerse a varias personas, puede rehusarse la entrega de la parte que le corresponda hasta que se haya recibido la contraprestación íntegra. Si un contratante ha efectuado prestaciones parciales puede negarse la contraprestación, a menos que, según las circunstancias, deba juzgarse que es contrario a la buena fe resistir la entrega, por la escasa importancia de la parte adeudada”*.

Por su parte nótese que la excepción de incumplimiento contractual ha sido recepcionada tácitamente por parte de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas en virtud a la indicación cursada a las Unidades

⁹ *“...quando uma das partes descumpre o contrato, a outra pode descumpri-lo também, socorrendo-se da exceptio non adimpleti contractus...”*

Operativas de Contratación, documento denominado como “Orientaciones a la UOC para la contratación de obras”¹⁰.

En efecto, en el documento citado se realizó expreso hincapié en que las contratantes no podrán exigir a sus contrapartes privadas la ejecución de obras en plazo, si no han cumplido las obligaciones que por su parte le corresponden, como ser: la liberación de la zona de obras, la entrega de todas las aprobaciones o autorizaciones necesarias, y el pago íntegro del anticipo.

Nótese que dichas orientaciones ponen el foco directamente en la excepción de incumplimiento contractual, puesto que permiten al contratista privado decir “*no voy a cumplir con mis obligaciones, hasta tanto ustedes cumplan con las suyas*”.

LA FALTA DE PAGO COMO SUPUESTO DE LA EXCEPCIÓN.

La falta de pagos –en la que incurre el Estado- se ha vuelto demasiado común en los contratos administrativos, por lo que hoy podemos afirmar sin temor a equívocos, que la regla es que exista mora en los pagos y la excepción, el cumplimiento a tiempo.

Ahora bien, en la doctrina se ha planteado la cuestión respecto a si la falta de pago habilitaría al contratista a invocar dicha circunstancia en defensa a los pedidos de cumplimiento de sus propias obligaciones¹¹.

La respuesta a la interrogante citada se presenta con varios matices. En efecto, cierta parte de la doctrina ha destacado que para que la excepción sea admisible, la contratista debió encontrarse en una situación de *imposibilidad absoluta* de realizar la obra a causa de los retrasos, mientras que otra parte hace hincapié en que sólo deberá tratarse de una razonable imposibilidad, en el sentido de que los pagos adeudados sean sustanciales, comprometiendo así la posibilidad de realizar la obra. (Marienhoff, 2011, p. 140)

¹⁰ Orientaciones a las UOC para la Contratación de Obras. Publicadas en el apartado *documentos de interés* del link www.contrataciones.gov.py.

¹¹ En principio es necesario reseñar que la falta de pago habilita al contratista a suspender el contrato, conforme lo reseña el art. 56 de la LDC, al expresar:

“Los proveedores y contratistas tendrán los siguientes derechos:...c)...Si la mora fuera superior a sesenta días, el proveedor o contratista tendrá derecho a solicitar de la contratante la suspensión del contrato, por motivos que no le serán imputables.” Repárese que el artículo citado señala que *el contratista tendrá derecho a solicitar*, por lo que va de suyo que ello no constituye una obligación sino una facultad pudiendo hacerlo o no. Dicho ello, si la contratista no solicitó la suspensión, que como dijéramos es una facultad, vuelve la interrogante de si podría alegar la falta de pago para oponerse al pedido de la contratante de que cumpla con sus obligaciones.

Evidentemente la primera posición es absolutamente inaceptable, es decir, sostener la exigencia de una imposibilidad absoluta para realizar la obra sería un total despropósito, puesto que se estaría cargando al particular con situaciones que él jamás previó, sometiéndole a realizar pedidos de crédito y malabares financieros ante la falta de fondos para asumir sus costos, por culpa de la contratante, lo cual en final medida podría ocasionar inclusive su quiebra financiera, con los devastadores efectos que ello conlleva.

En este tenor la doctrina ha expuesto que hipotéticamente *“siempre existiría la "posibilidad material" de que el cocontratante obtenga un préstamo que le permita continuar financiando las obligaciones que le crea el contrato y cumplir éste dentro de los plazos estipulados. Pero exigirle esto al cocontratante sería deshonesto, vacuo de ética y de fundamento legal, pues la mala situación financiera a que lo había conducido el hecho de la Administración no le es imputable, ya que en los cálculos lógicos que se habrá formulado al contratar no tenía porqué considerar semejante conducta culposa de la Administración, quien, con tal comportamiento, ha trastornado la situación del sistema económico del cocontratante, sistema o situación en base a la cual dicho cocontratante tenía sobrados fundamentos para considerar que cumpliría sus obligaciones contractuales dentro de los plazos estipulados”*. (Marienhoff, 2011, p. 140)

Ahora bien, es entendible que al encontrarnos ante contratos administrativos, cuyo norte a seguir lo constituye el interés público, podrían existir restricciones a la hora de considerar admisible la defensa, empero esto no puede implicar la alteración o puesta en riesgo de la capacidad financiera de la contratista. Concretamente, el Estado no puede exigir que el contratista privado se desangre en aras del cumplimiento de la función pública.

Sobre el punto se ha reseñado que el Estado *“...órgano creador del derecho y encargado de asegurar su imperio, no puede basarse en las consecuencias de su propio comportamiento irregular para obtener ventajas de tal situación en contra de su cocontratante inocente y damnificado”*. (Marienhoff, 2011, p. 143)

Repárese que en cierto momento, en la República Argentina, se ha planteado la posibilidad de excluir la defensa de incumplimiento contractual en los contratos administrativos, lo cual posteriormente tuvo el rechazo de la propia procuradoría del tesoro.

Así se ha destacado que *“La Procuración del Tesoro ha entendido que no corresponde incluir en los contratos públicos una cláusula que implique renunciadas a la “exceptio non adimpleti contractus” que, en cualquier contrato bilateral, funciona como aseguramiento en tanto permite no cumplir con la propia prestación si la contraparte no cumple a su vez. Se mantiene así, el equilibrio y la correlatividad de las prestaciones. La inclusión en el contrato de la renuncia a la potestad de oponer la excepción de incumplimiento, cuando no estaba prevista en el pliego de condiciones, supone un apartamiento de las reglas contractuales carente de toda razonabilidad jurídica (PTN, Dictamen 80/96, del 21/5/96).”* (Dromi, 1998, p. 353, 354)

Sumado a todo lo expuesto cabe destacar que es absolutamente indudable que si, como apuntáramos, los pagos adeudados tienen cierta entidad sustancial, habilitarán la defensa, dado que como bien se constata en los casos en que la contratista no recibe los pagos necesarios para realizar la obra, la misma se ve envuelta en una situación de *fuerza mayor*, ya que dicha situación se constituye en un hecho absolutamente inevitable e imprevisible.

Sobre el punto la doctrina ha expuesto que *“Cuando el incumplimiento en que incurra el Estado fuere de tal magnitud que práctica y razonablemente imposibilite a su cocontratante el cumplimiento de sus obligaciones, el incumplimiento del contrato por parte del cocontratante debe considerarse como un “derecho” de éste: ese “hecho de la Administración” se asimila en este caso a la “fuerza mayor”, y ésta le sirve al cocontratante de título idóneo para ser relevado de la obligación de cumplir lo convenido. En estos supuestos la obligación del cocontratante de cumplir el contrato aunque la Administración Pública no lo cumpla, jurídicamente cesa.”*

Aquí es muy oportuno tener presente que la fuerza mayor como eximente para el cumplimiento de las obligaciones se encuentra expresamente prevista en el art. 78 de la LDC el cual refiere:

“EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD. No se impondrán sanciones cuando se haya incurrido en la infracción por causa de fuerza mayor o de

caso fortuito, o cuando se observe en forma espontánea el precepto que se hubiese dejado de cumplir.”

CONCLUSIÓN.

En reiteradas ocasiones las autoridades de la Dirección General de Contrataciones Públicas han resaltado que su principal misión es la de obtener la transparencia en las contrataciones del Estado, y obtener para éste, las mejores condiciones de contratación, como bien la propia LCP lo busca, a través del art. 4º.¹²

Ahora bien, dicho objetivo solamente podrá ser logrado el día en que las entidades contratantes entiendan que la contratación pública, por más pública que sea, tiene un condimento contractual, un acuerdo de voluntades que le sirve de cimiento, y sin el cual sería imposible obtener la colaboración de los contratistas privados, por los menos de los que obran con buena fe.

Para que el contratista privado confíe, y en última medida le interese contratar honradamente con el Estado, deberá percibir que se respetan sus derechos, y que el Estado no abusa de su posición de sujeto más fuerte de la relación. Así debe establecerse *“un justo y sólido sistema de garantías que compensen de algún modo las situaciones de sujeción en que se halla el administrado frente a las potestades públicas”*. (Cassagne, 1998, p. 24)

Es por ello que estimo que es fundamental la intervención de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, en miras a concientizar a las entidades respecto a que los contratos administrativos son acuerdos, y no imposiciones, ya que caso contrario seguiremos observando empresas temerosas de contratar con el Estado, ante la zozobra de si al hacerlo, esto podría representar abrir una caja de Pandora.

¹² Artículo 4º.- PRINCIPIOS GENERALES. La actividad de contratación pública se regirá por los siguientes principios: a) Economía y Eficiencia: Garantizarán que los organismos, entidades y municipalidades se obliguen a planificar y programar sus requerimientos de contratación, de modo que las necesidades públicas se satisfagan con la oportunidad, la calidad y el costo que aseguren al Estado Paraguayo las mejores condiciones, sujetándose a disposiciones de racionalidad, austeridad y disciplina presupuestaria.”

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio A. (1999). *Contratos Civiles – Comerciales – de consumo*, Teoría General. Reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.
- BORDA, Guillermo A. (2006). *Manual de Contratos*. (20a. ed.). Actualizada por Alejandro Borda. Buenos Aires: Lexis-Nexis – Abeledo-Perrot.
- BUONGERMINI PALUMBO, María Mercedes. (Sin Fecha). “*El actuar dañoso del estado*”, Derecho Paraguayo de Daños. Editora Intercontinental.
- CASSAGNE, Juan Carlos. (1998). *Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Editorial Lexis-Nexis.
- DIEZ PICAZO, Luis. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial – Introducción a la Teoría del Contrato*. Vol I. (5a. ed.). Madrid, España: Editorial Civitas.
- DROMI, Roberto. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina.
- JORGE COVIELLO, Pedro José. (Sin Fecha). *¿Contratos administrativos o contratos públicos? La actualidad jurídica de los contratos estatales*. elDial.com - DC1540.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. (1997). *Teoría de los Contratos*. (4a. ed.). Buenos Aires, Argentina: Zavalia.
- MARIENHOFF Miguel. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- MASAGÃO, Mário. (1933). “*Naturaleza jurídica da concessão de serviço público*”. São Paulo, Brasil.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. (2000). *Contratos*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni.
- TRIGO REPRESAS, Félix A. & LÓPEZ MESA, Marcelo J. (2004). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Tomo IV. (1a. ed.). Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- VILLAGRA MAFFIODO, Salvador. (1981). *Principios de Derecho Administrativo*. Editorial El Foro.
- ZANELLA DI PIETRO, María Sylvia. (2002). *Direito Administrativo*. (14a. ed.). Sao Paulo, Brasil: Editora Atlas.