

RAÚL ENRIQUE GRANILLO OCAMPO

*Distribución de los riesgos
en la
contratación administrativa*

Funcionamiento y crisis del principio de riesgo y ventura
Principios y notas típicas de la contratación administrativa
El equivalente económico. Mutabilidad. Hecho del príncipe
Imprevisión contractual. Efectos. Riesgos sobrevenidos

Prólogo de
JUAN CARLOS CASSAGNE



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1990

SAI 145
145

ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i>	VII
<i>Advertencia preliminar</i>	XI

CAPÍTULO PRIMERO

PLANTEAMIENTO DEL TEMA

A) INTRODUCCIÓN

§ 1. Idea general	1
§ 2. El contrato como una forma de colaboración	2
§ 3. La idea de equivalencia	3
§ 4. Equivalencia absoluta y relativa	5
§ 5. Alteraciones del contrato	6
§ 6. Áleas del contrato	6
§ 7. Distribución de los riesgos o áleas	7
§ 8. Conclusión	8

B) ANÁLISIS HISTÓRICO

§ 9. Derecho antiguo	9
§ 10. Fundamentación filosófica	11
§ 11. Generalización de la técnica	11
§ 12. Importancia del derecho canónico en la materia .	14
§ 13. El riesgo y ventura como nota típica de algunos contratos del fisco	15
§ 14. Trasvasamiento del principio del riesgo y ventu- ra al contrato de obra pública	16
§ 15. El problema en nuestro derecho	17

**C) NUEVA CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO
DEL RIESGO Y VENTURA**

§ 16.	Planteamiento del tema	19
§ 17.	Perspectiva financiera	19
	a) Legalidad presupuestaria	19
	b) Técnicas de escape a la rigidez presupues- taria	20
	1) Créditos adicionales	21
	2) Crédito global de emergencia	21
	3) Créditos extraordinarios	22
	c) Panorama actual	22
§ 18.	Perspectiva jurídica	23
	a) Confusión dogmática	23
	b) La concepción liberal del contrato	24
	c) Riesgo y ventura y equivalente económico a la luz del principio del "contractus lex"	26
	d) Correcta ubicación del riesgo y ventura	27

**D) FUNCIONAMIENTO DEL RIESGO Y VENTURA
EN EL DERECHO ARGENTINO**

§ 19.	Introducción. Primeros tiempos	30
§ 20.	Eficiencia empresaria versus ineficiencia de la Administración	31
§ 21.	Legalidad formal versus legalidad sustancial	32
§ 22.	El error	32
	a) El error en nuestro derecho civil	33
	b) El error en nuestro derecho administra- tivo	33
	1) Principios generales en materia de obras públicas	34
	2) Excepción. Error provocado por la Admi- nistración	36
	3) Importancia del contenido teleológico	37
§ 23.	Daños y destrucciones de las obras	37
	a) Análisis dogmático	37
	b) El tema en el contrato de obras públicas. Efectos en la recepción provisoria en la trans- ferencia de los riesgos	40

- c) Fundamento dogmático de la atribución de los riesgos. Responsabilidad por riesgo profesional 42
- d) Caso fortuito y fuerza mayor 44

**E) PROGRESIVO DEBILITAMIENTO
DEL RIESGO Y VENTURA**

- § 24. Consideraciones generales 47
- § 25. El artículo 39 de la ley 13.064 48
 - a) El caso fortuito y la fuerza mayor en la ley 13.064 49
 - b) Funcionamiento del sistema en la actualidad 51
 - c) Posibilidad de renuncia 51
- § 26. Sistema de precios unitarios o de unidad de medida 52
- § 27. Trabajos adicionales 53
 - a) Razones y condiciones de funcionamiento del sistema 54
 - b) Ámbito de aplicación 55
 - c) Concepto de dificultades materiales imprevisitas 56
 - d) Efectos 58
 - e) Fundamento de la imputación de responsabilidad 59
 - f) Nuestra opinión 61
 - g) Síntesis 62
- § 28. Panorama actual del riesgo y ventura 63

CAPÍTULO II

**LA DENOMINADA CRISIS DEL CONTRATO.
NACIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

- § 29. Los contratos en el derecho moderno 65
- § 30. Posibilidad de contratos de la Administración 67
- § 31. Teorías negatorias 68
- § 32. Teorías que aceptan la existencia del contrato administrativo 71

§ 33.	Denominación de la actividad contractual de la Administración	72
§ 34.	Posibilidad de contratos privados de la Administración	74
	a) Personalidad única del Estado	76
	b) Imposibilidad de encontrar un criterio diferenciador	77
	1) Criterio subjetivo	77
	2) Criterio de la jurisdicción	78
	3) Criterio formal	78
	4) Criterio del servicio público	79
	5) Criterio del fin de utilidad pública	79
	6) Criterio de la cláusula exorbitante	79
	c) Ineficacia de actos privados de la Administración	80
	d) Inexistencia de interés práctico	81
	1) Régimen legal	81
	2) Jurisdicción	81
	3) Impugnabilidad (dónde)	82
	4) Impugnabilidad (medios)	82
	5) Régimen aplicable en caso de duda	82

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS Y NOTAS TÍPICAS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

A) PRESENTACIÓN DEL TEMA

§ 35.	La cuestión	85
-------	-------------------	----

B) PRINCIPIO DEL INTERÉS PÚBLICO

§ 36.	Introducción	86
§ 37.	Desigualdad jurídica de las partes	87
§ 38.	Teoría de las obligaciones inherentes	87
§ 39.	El fin, principio autónomo de interpretación	88
§ 40.	Remuneración del contratista	89

C) PRINCIPIO DE MUTABILIDAD

§ 41.	Consideraciones generales	89
§ 42.	Se aplica a todos los contratos de la Administración	91
§ 43.	Se trata de una potestad	91
§ 44.	Límites	91

D) PRINCIPIO DE COLABORACIÓN

§ 45.	Introducción	93
§ 46.	Quiebra del principio de desconfianza	94
§ 47.	Buena fe	95
§ 48.	Apoyo económico y financiero	96

CAPÍTULO IV

**PRINCIPIOS DEL EQUIVALENTE ECONÓMICO
Y DEL RIESGO IMPREVISIBLE**

A) EL EQUIVALENTE ECONÓMICO

§ 49.	Planteo general del tema	97
§ 50.	Fundamento	99
§ 51.	Esencia administrativa del principio	101
§ 52.	Aplicaciones de este principio	103
§ 53.	“Potestas variandi”	105
	a) Fundamento y alcance de la indemnización .	105
	b) El problema del lucro cesante	106
	c) El tema en la ley 13.064	107
§ 54.	“Factum principis”. Conformación histórica del principio. Concepto	108
	a) Delimitación conceptual	109
	1) Resoluciones generales	109
	2) Toda autoridad pública perteneciente a la misma jurisdicción que la que firmó el contrato	110
	3) Existencia de un daño cierto y diferencial .	111

4) Modificación imprevista	112
5) Modificación anormal	112
b) Diferencias con el "potestas variandi"	113
c) Diferencias con el incumplimiento contractual de la Administración	113
d) Fundamento y alcance de la indemnización .	114

B) ÁLEA ECONÓMICA. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN CONTRACTUAL

§ 55. Introducción	115
§ 56. Antecedente. Cláusula "rebus sic stantibus" ..	116
§ 57. Concepto	119
§ 58. "Arrêt 'Gaz de Bordeaux'"	120
§ 59. Recepción en el derecho comparado	124
§ 60. Fundamento jurídico	128
a) Fundamentos en el derecho privado	129
1) La voluntad de las partes contratantes ...	129
2) Vicios de la voluntad (error sustancial) ..	130
3) Equilibrio de las prestaciones	130
4) Fuerza mayor	131
5) Teorías fundadas en factores extraños a la voluntad de las partes	131
b) Fundamentos propios de la contratación administrativa	132
1) La buena fe	132
2) La fuerza mayor	134
a) La categoría general del derecho fuerza mayor	135
b) El concepto de fuerza mayor en la contratación civil	137
c) El concepto de fuerza mayor en la contratación administrativa	139
d) La fuerza mayor y la teoría de la imprevisión	140
3) Continuidad del servicio y cumplimiento del fin del contrato	141
c) Fundamento jurídico en el derecho argentino..	142
§ 61. Requisitos	145
§ 62. Caracteres	149
a) Es de orden público	149
b) No puede ser invocada por la Administración	152

C) EFECTOS JURÍDICOS DEL HECHO IMPREVISIBLE

§ 63.	Rescisión, suspensión o revisión	154
§ 64.	Alcance de la indemnización	157
	a) Apertura del período	157
	b) Carga extracontractual	158
	c) Indemnización	162
§ 65.	Crítica al criterio de indemnización no integral .	164
	a) Es incompatible con la fundamentación jurídica de la institución	165
	b) Arrastre histórico	167
	c) Ausencia de un criterio objetivo	168
	d) Resultado ilógico	169
	e) Condena al contratista a trabajar sin beneficio	170

D) LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

§ 66.	Consideraciones generales	171
§ 67.	Ámbito de actuación	173
§ 68.	Teoría de la imprevisión en la legislación nacional	173
	a) Mayores costos	173
	b) Revisión de precios	178
	c) Actualización de precios	180
§ 69.	Prescripción	182

CAPÍTULO V**EL PROBLEMA DE LOS RIESGOS SOBREVENIDOS EN EL SISTEMA DEL "COMMON LAW"****A) ALGUNAS PRECISIONES BÁSICAS**

§ 70.	Introducción	185
§ 71.	Fuentes del derecho	185
§ 72.	Concepto de contrato	186

§ 73.	Unidad conceptual	189
§ 74.	Doctrina de la consideración	192

B) VÍAS DE ESCAPE A LA SANTIAD DEL CONTRATO

§ 75.	Consideraciones generales	195
§ 76.	Error mutuo en el objeto del contrato	196
§ 77.	Frustración del propósito	197
§ 78.	Contratos excesivamente desequilibrados (“un-conscionability”)	198
§ 79.	Alteraciones de circunstancias	200
§ 80.	Usos y costumbres como otra vía de alivio	203

C) NORMAS APLICABLES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

§ 81.	Introducción	204
§ 82.	Error en la contratación administrativa	205
§ 83.	Fuerza mayor y el hecho imprevisible en la contratación administrativa	206
§ 84.	Dificultades materiales imprevistas en la contratación administrativa	210
§ 85.	“Potestas variandi”	213
§ 86.	“Factum principis”	216

D) CONCLUSIÓN

§ 87.	Síntesis	218
	<i>Bibliografía</i>	221