

Voces: CONTRATACIONES DEL ESTADO ~ CONTRATO ADMINISTRATIVO ~ CONCESION DE SERVICIO PUBLICO ~ EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS ~ PROCEDENCIA DE LA EXCEPCION DE INCUMPLIMIENTO ~ CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ~ DERECHO ADMINISTRATIVO ~ DERECHO PUBLICO ~ INTERES PUBLICO ~ ORDEN PUBLICO ~ ACTO DE GOBIERNO ~ LICITACION PUBLICA ~ OBRA PUBLICA ~ BUENA FE ~ CONDUCTA CONTRACTUAL ~ CONSERVACION DEL CONTRATO ~ PRINCIPIO DE CONTINUIDAD ~ CONTRATISTA DEL ESTADO ~ USUARIO ~ INTERPRETACION RESTRICTIVA ~ RESCISION DEL CONTRATO ~ SERVICIO PUBLICO

Título: La excepción de incumplimiento en la concesión de servicios públicos

Autor: Diana, Nicolás

Publicado en: LA LEY 2008-D, 856

SUMARIO: I. Introducción. - II. La autonomía del derecho administrativo. - III. El contrato de concesión de servicios públicos. - IV. ¿Improcedencia de la "exceptio non adimpleti contractus" en materia de concesiones de servicios públicos? - V. Opinión sobre su inoponibilidad. - VI. Nuestra opinión.

"En el mundo de las ciencias naturales (físicas) la articulación entre la teoría y la práctica se realiza por medio de la intuición que levanta hipótesis y la verificación que la confirma (o falsea). En el mundo del Derecho se cuenta, además, con el instrumento áureo de la prudencia, que es la verdadera esencia del conocimiento práctico, tal como nos enseñaron los juristas romanos en una lección de permanente actualidad. La prudencia moldea la ley para ajustarla al caso. La prudencia es el puente que permite transitar del intelecto a la vida: sin prudencia podrá haber lógica, mas no vida"⁽¹⁾.

I. Introducción

Con causa o como consecuencia de la emergencia económica declarada en 2002 por la Ley N° 25.561 (Adla, LXII-A, 44) ⁽²⁾, se comenzó a reelaborar y reeditar la discusión sobre si la excepción de incumplimiento contractual (exceptio non adimpleti contractus) tenía o no aplicación respecto a los contratos administrativos, en particular en los contratos de concesión de servicios públicos ⁽³⁾.

En rigor de verdad, la preocupación de su operatividad o no frente a contratos de concesión de servicios públicos va más allá del acuerdo Autoridad Concedente-Concesionario y los incumplimientos que puedan reprocharse entre sí, debido a que una prestación defectuosa o deficiente puede llegar a subsanarse en una obra pública o en un suministro de determinados bienes, pero cuando aludimos a un servicio esencial para la población, los daños se trasladan directamente a los usuarios cautivos de monopolios otorgados por el propio Estado.

Resalto entonces liminarmente que el interés público se ve aun más comprometido por la sola naturaleza de la prestación a cargo del concesionario que no puede ni debe ser interrumpida (v.gr. servicio público de distribución de electricidad, gas, de agua potable y tratamiento sanitario).

II. La autonomía del derecho administrativo

A nadie es ajeno, nos parezca acertado o no, que en la actualidad en la República Argentina el derecho administrativo conforma el derecho común de la Administración Pública; y que la exceptio non adimpleti contractus está regulada en el Código Civil ⁽⁴⁾ y se trata de una norma típica de un contrato regido por el derecho privado.

Tampoco escapa o debería escapar a nosotros que las relaciones que se plantean con el derecho civil en el ámbito de dos disciplinas sustantivas de similar autonomía técnica, se dieron como corolario de un proceso que desplazó el carácter excepcional y exorbitante ⁽⁵⁾ originario del derecho administrativo, reemplazándolo por un régimen propio y típico abastecido con normas y principios inherentes al derecho público ⁽⁶⁾.

Se ha sostenido que en el derecho argentino no existe actividad estatal que se encuentre sometida única y exclusivamente a normas de derecho común, por lo que cuando tales normas se aplican al Estado, se encuentran modificadas o interconectadas con normas de derecho público, de forma tal que se integran al complejo normativo del derecho público ⁽⁷⁾.

Como reconoce MAYER, entre el derecho administrativo y el derecho civil existen "relaciones de contacto, de continuidad."⁽⁸⁾ Estas relaciones, en toda ciencia y, especialmente, en el derecho como técnica de ordenación social, se reducen a unidades constantes metodológicamente agrupadas, las que a través de su aplicación y utilización en el tiempo conforman las instituciones jurídicas.

Pero no todas las actividades de la Administración revisten las formas de instituciones jurídicas del derecho administrativo, por lo que siempre ha subsistido el principio o la idea en el imaginario doctrinario de que el Estado y los cuerpos de administración propia están, en cierta medida, sometidos al derecho civil ⁽⁹⁾.

Así, entre las relaciones de contacto e interferencia con el derecho civil pueden mencionarse: 1) capacidad de las personas físicas; 2) personas jurídicas; 3) locación de cosas; 4) dominio privado; 5) instrumentos

públicos; 6) prescripción, etcétera. En su relación con el derecho comercial, a su vez, existe una problemática similar, advirtiéndose una intromisión del derecho público en aquél (vgr. en materia de sociedades de participación estatal mayoritaria) como la utilización de las formas jurídicas mercantiles para crear entidades de propiedad estatal (ej.: sociedades anónimas) (10).

Como en cualquier sistema jurídico nacional, cada rama del derecho posee sus propias instituciones que responden a finalidades distintas porque regulan (e instituyen) relaciones jurídicas diferentes. En el derecho civil las instituciones jurídicas tienen como norte la equiparación de las relaciones en un mismo plano (coordinación), regulándose en cada una de ellas los derechos individuales en particular. Empero, las instituciones administrativas organizan jurídicamente la actividad estatal y representan una garantía contra la arbitrariedad del Estado frente al ciudadano, por lo que la evolución del derecho administrativo con relación al derecho civil, en el curso de la historia, transcurre por el reconocimiento de esta autonomía disciplinar.

Con esta óptica, la relación jurídica administrativa lleva impreso el signo que caracteriza la realización de fines públicos estatales, significando una vinculación recíproca de derechos y obligaciones y atribuciones sea entre órganos, entre sujetos o entre distintos entes. Estas relaciones tienen distintos contenidos por existir en ellas intereses diferenciados de los intereses jurídicos resguardados, estos últimos identificados como intereses públicos (11).

Por el contrario, las leyes civiles no contemplan más allá de las relaciones de los particulares entre sí, por lo que para que estas reglas sean aplicables al Estado, éste deberá someterse a aquéllas en una relación idéntica de coordinación con los administrados. Cuando no se está frente al sometimiento voluntario del Estado a estas relaciones de coordinación propias del derecho privado, sino frente a relaciones jurídicas administrativas, debe existir por parte del operador jurídico mucha cautela en la aplicación de los principios jusprivatistas.

Y, entre estos principios, el de la exceptio non adimpleti contractus, de carácter eminentemente patrimonial y, por ende, de carácter restringido en contrataciones administrativas donde en el acuerdo de voluntades lo que subyace o debería subyacer es la satisfacción directa o indirecta del interés general. De ello se infiere que "[n]o puede tratarse aquí sino de la aplicación de las reglas del derecho patrimonial, porque la administración jamás aparece en las relaciones que provienen de los derechos de familia, de las personas y de las sucesiones. Pero diciendo que sólo el derecho civil patrimonial puede llegar a ser aplicable, no admitimos que se desnaturalice esta regla, declarando que el Estado se halla sometido al derecho civil todas las veces que se trate de su fortuna, de una cuestión de dinero y de lo que se adquiere mediante dinero" (12).

Aplicar, entonces, la exceptio non adimpleti contractus en forma directa a vinculaciones jurídicas que no son propias del derecho privado desnaturalizaría al derecho público argentino y a la autonomía que ostenta el derecho administrativo como rama autónoma del derecho, en especial afectando la satisfacción del interés público, inherente a toda la actividad administrativa.

Tampoco creemos que el contratista debe estar atado a un contrato que no puede cumplir, sea por caso fortuito o fuerza mayor, o por incumplimiento de la Administración, pero este incumplimiento difiere —como se dijo— del típico de un contrato entre particulares, agravado cuando los efectos repercuten directa o indirectamente sobre los administrados y la ciudadanía en su conjunto.

Finalmente, es útil tener presente que el mayor riesgo del método conceptual "estriba en que al «descender» a los fenómenos individuales reales se desnaturaliza el «mínimo jurídico» de lo abstracto y se aplica a fenómenos que por su singularidad son incompatibles con el régimen general atribuido al concepto abstracto" (13).

III. El contrato de concesión de servicios públicos

Ha sido GASTÓN JÈZE quien señaló, con sinceridad, que había que "desechar la idea de que la concesión de un servicio público sólo es una empresa privada que, en razón de su importancia, se somete al control de la Administración. Esto será verdadero en lo que se refiere a los farmacéuticos, dentistas, médicos de los establecimientos peligrosos, incómodos o insalubres, etc. Pero no puede decirse lo mismo de las concesiones de servicio público, ferrocarriles, tranvías, etc. Lo fundamental es que se trata de un servicio público propiamente dicho, y no de una empresa privada importante, vigilada por la Administración. Esta idea principal se traduce en la fórmula de que el interés general es decisivo: prevalece siempre sobre los intereses privados. En otros términos: deben aplicarse las reglas del derecho público y no las del derecho privado" (14).

Esto no significa otorgarle una carta en blanco a la Administración para que haga o deshaga un contrato administrativo a su antojo. Ello, porque "aun en aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho toda vez que «la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba» (D.M.K. Realty Copr. v. Gabel, 242 N.Y.S. 2d. 517, 519 (Sup. Ct. 1963), en tanto llevaría a consagrar —como bien se ha señalado— «una verdadera patente de corso a favor de los despachos administrativos»" (15).

Toda concesión es primordialmente un acto de gobierno que tiene por fin organizar un servicio público de interés general, pese a los aspectos contractuales que quepa reconocérsele (16). La creación y organización de un servicio público son actos que, sin lugar a dudas, corresponde emitir al Estado (nacional, provincial, municipal),

sea por actividad legislativa formal o material, aunque tampoco entraremos en esa discusión. Cabe recordar, en tal sentido, que "[c]rear un servicio público significa decidir que la satisfacción de determinada necesidad de interés general podrá efectuarse mediante los procedimientos del derecho público"⁽¹⁷⁾.

La organización y diseño de la concesión de un servicio público también corresponden al Estado, el que en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público debe respetar las reglas de toda actuación administrativa, ajustando su proceder —en el orden federal— a las normas del procedimiento administrativo ⁽¹⁸⁾, en general, y del contrato administrativo ⁽¹⁹⁾, en particular.

Pero en materia de concesiones de servicios públicos si algo nos demostró la década del '90 es la multiplicidad de marcos regulatorios y modelos de contratos a los cuales recurrió el Estado federal para dar en concesión, en especial, servicios hasta ese entonces prestados por entidades públicas de diversa naturaleza y organización económica y prestacional ⁽²⁰⁾.

Esa multiplicidad de regímenes jurídicos, sin embargo, encuentran soporte en un mismo derecho administrativo de fondo, aplicable aun cuando no existiera norma expresa. Esto es así, porque los consorcios que resultaron adjudicatarios en cada contrato en particular mal podrían argüir desconocimiento o ignorancia de la realidad jurídica argentina al tiempo de presentar sus ofertas y someterse voluntariamente a todo un régimen jurídico en el marco de un estado de emergencia y crisis del Estado, donde la inestabilidad era la regla y no su excepción.

Es Gordillo quien, desde la doctrina nacional, se animó a decir, frente al silencio de otros, que en algunos de estos contratos, "particularmente los celebrados en condiciones manifiestamente desventajosas para el Estado y la sociedad, en épocas de estado de necesidad pública como fueron los años 1989/91, puede resultar aplicable el principio de la lesión. Este instituto, aplicable tanto al derecho privado como público, sanciona la «ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación» que obtenga una de las partes merced a «la necesidad, ligereza o inexperiencia» de la otra, lo que se presume juris tantum cuando existe una «notable desproporción de las prestaciones,» a tenor del art. 954 del Código civil"⁽²¹⁾.

De ahí que no podría sostenerse por parte de muchos de estos concesionarios de servicios públicos desconocimiento de la realidad y de los principios inherentes a toda contratación administrativos, cuando de lo que estamos hablando, en prieta síntesis, es de la facultad de aquéllos de poder suspender total o parcialmente las obligaciones contractuales, imputando incumplimiento por parte de la Autoridad Concedente. Es decir, de interrumpir el servicio otorgado y cuya finalidad no es otra que la satisfacción de necesidades básicas de la población (electricidad, gas, agua, recolección domiciliar de residuos, etc.).

Dejando de lado la discusión sobre la (in)existencia (o no) y/o la (in)necesidad (o no) de una teoría general del contrato administrativo ⁽²²⁾, debemos indicar que todo contrato —sea cual fuera su naturaleza— debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Principios también aplicables al ámbito de los contratos regidos por el derecho público ⁽²³⁾.

Nuestro más Alto Tribunal, desde hace mucho tiempo y siguiendo precedentes doctrinarios y jurisprudenciales norteamericanos, ha sostenido que las dudas de interpretación en los contratos administrativos deben ser resueltas con criterio adverso al concesionario ⁽²⁴⁾.

En fecha más reciente en el caso "Aguas Argentinas S.A. c/Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios s/proceso de conocimiento"⁽²⁵⁾ la Corte sostuvo, remitiéndose al Dictamen de la Procuradora Fiscal, que: "en la relación contractual administrativa, la intangibilidad del acuerdo sobre la base de la propuesta seleccionada es la garantía insoslayable para que los proponentes no vean frustrado su derecho de participar en la licitación en igualdad de condiciones (Fallos: 327:3919). Al respecto, la Corte ha declarado de manera inveterada que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosíblemente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión y que este principio cardinal de la buena fe informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura (Fallos 312:1725, considerando 10)".

Agregando luego que "en los contratos administrativos [...] se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación, entre los que se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquel mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente. La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario (Fallos 308:618 y 316:382, entre otros)."

IV. ¿Imprudencia de la "exceptio non adimpleti contractus" en materia de concesiones de servicios públicos?

En general, cuando la mayoría de los autores modernos se refieren a la escasa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de interpretación de la excepción de incumplimiento contractual en

contrataciones administrativas, aluden a dos precedentes "Cinplast" y "Bricons"⁽²⁶⁾ en los cuales no se hizo lugar a su planteo durante la ejecución contractual, por no haberse acreditado —en el primero de ellos— una razonable imposibilidad de cumplir las obligaciones a su cargo.

Este criterio jurisprudencial fue tomado, muchos años después, en el inciso c) del artículo 13 del Decreto Delegado N° 1023/2001, que ninguna modificación genera respecto a las opiniones doctrinarias en la materia previas a su dictado ⁽²⁷⁾, en cuanto dispone que el co-contratante tendrá "[l]a obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato."

Llamativamente en "Cinplast" la empresa contratista había resuelto unilateralmente el contrato, cuando en realidad, una de las características inherentes a cualquier contrato administrativo es que no puede ser resuelto por la sola voluntad del co-contratante ⁽²⁸⁾, y aun cuando no esté expresamente contemplado, constituye una prerrogativa que la Administración Pública tiene igualmente por estar ínsita en todo contrato administrativo ⁽²⁹⁾.

Sin perjuicio de ello, en el orden provincial existen algunos fallos recientes que pueden servir para analizar el estado actual de la jurisprudencia y las posibles tendencias.

4.1. Teleson S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Córdoba ⁽³⁰⁾

En el caso, la municipalidad demandada había sancionado a la firma actora con multa y rescisión del contrato por grave incumplimiento en la ejecución del mismo, pero al fundamentar su decisión no se analizó tal extremo ni tampoco se resolvió sobre las razones que invocara la empresa con anterioridad intentando justificar su incumplimiento ⁽³¹⁾.

En primer lugar, destacó el tribunal provincial que "el objeto y la finalidad de todo contrato administrativo lo constituye una prestación específica de interés general que motiva a la Administración a contratar y al co-contratante a colaborar con ella para alcanzar el objetivo deseado. Tal propósito, común de las partes, debe necesariamente orientar toda interpretación que se realice acerca de las obligaciones mutuas asumidas en el contrato".

Por lo que, "[a]corde con el objetivo propuesto, resulta inherente a la contratación administrativa el "principio de continuidad", por el cual la administración puede exigirle a su co-contratante la continuación de la ejecución del contrato, contando con los medios jurídicos para obligarle a ello (ver Marienhoff "Tratado de Derecho Administrativo" t. III A, p. 392). Tal postulado excluye en principio, la posibilidad de aplicar supletoriamente la regla exceptio non adimpleti contractus (art. 1201 CCiv.) y los principios que la sustentan, ya que en el ámbito de la contratación administrativa ello se encuentra restringido, sin perjuicio que el incumplimiento de la Administración, pueda eventualmente dar lugar a la suspensión de la ejecución, aun cuando limitada a casos extremos."

Adunando a ello, que en el límite de la obligación del contratista "de continuar la ejecución del contrato, debe encontrarse en el principio de la buena fe, en la figura del abuso del derecho y en el mantenimiento razonable del equilibrio contractual."

Pero en la decisión adoptada no se analizó la existencia o no incumplimiento por parte de la Municipalidad que justificaba de algún el incumplimiento de la contratista, sino puntualmente, que "[s]i la administración sólo exige el cumplimiento del contrato, intimando a la empresa actora a ejecutar a toda costa y quebranto sus obligaciones, pero no responde los pedidos que previamente le formula la contratista en relación a circunstancias ajenas a su voluntad, imprevistas y graves, que modificaban sustancialmente la ecuación económico financiera del contrato y que resultaban idóneas para justificar su incumplimiento, el acto sancionatorio que dicta la Administración en consecuencia resulta en mi criterio ilegítimo por dos motivos:"

"Primero, por vicios en la motivación, al no tratar una cuestión esencial planteada previamente y relevante para la solución del caso, incumpliendo su obligación de administrar dando respuesta a peticiones concretas formuladas."

"En segundo término, por vicio en la causa, ya que las razones aludidas (debidamente acreditadas según lo analizado precedentemente y tampoco negada por la accionada ni su existencia, ni su relación con el contrato), constituían fundamento suficiente para privar de culpa a Teleson S.R.L. en relación al incumplimiento contractual invocado y por consiguiente de motivos para sancionar al contratista."

Es decir que más allá del planteo de excepción en sede administrativa, el tribunal ponderó la falta de tratamiento por la Municipalidad al tiempo de rescindir el contrato en el respectivo decreto, pero en modo alguno sobre su procedencia en el contrato en cuestión. Una salida elegante, por vía de la nulidad del acto, como para evitar analizar la vigencia del instituto en el ámbito de un contrato de obra pública.

4.2. Benito Roggio e Hijos S.A. Ormas Ambiental S.A.I.C.I.C. U.T.E. v. Provincia de Córdoba ⁽³²⁾

Con fecha anterior a Teleson, la sala 1ª también de la Cámara Contencioso Administrativa de Córdoba, tuvo también oportunidad de expedirse sobre la procedencia de la exceptio en un caso relacionado a una cuestión de corte tributario, por el pago del impuesto de sellos provincial.

Sin perjuicio de ello, como obiter dictum, el tribunal provincial analizó los caracteres propios de un contrato administrativo de concesión, señalando que (33) "no hay discusión posible acerca de que los contratos administrativos se rigen por reglas de derecho público exorbitantes del derecho privado, vale decir que su régimen es de derecho público. En tal sentido, el contrato lleva ínsitas cláusulas exorbitantes, escritas o no, que permiten a la Administración modificar el contrato en su ejecución con ciertos límites, ejecutarlo directamente por sí o por otro, ejercer el control y dirección durante la ejecución, aplicar sanciones y disponer la caducidad contractual por sí y ante sí".

Esto así, porque "[l]os efectos que el contrato administrativo produce entre las partes son consecuencia de la subordinación en que está colocado el cocontratante, atento los distintos fines que las partes persiguen por su intermedio. Otro efecto es el distinto uso que las partes pueden hacer de la exceptio non adimpleti contractus, como lo señala Berçaitz. Recuerda este autor que, como principio general, el cocontratante no puede ampararse en el incumplimiento de sus obligaciones por la Administración, para dejar de cumplir las suyas. Ello, porque existe un interés público a satisfacer, y el cocontratante que ha aceptado colaborar con la Administración en esa satisfacción, debe cumplir con el deber a su cargo. Expresa así Berçaitz: "Pero este principio no es absoluto y tiene sus límites... Concordantemente, expresa Escola que si bien es correcto el 'criterio de quienes sostienen que la exceptio non adimpleti contractus no tiene cabida en el contrato administrativo..., la aplicación de la teoría de la 'razonable' imposibilidad de ejecutar esos contratos, vinculada a su vez a la teoría del hecho de la administración y a las consecuencias que son propias de éste, permite solucionar todas las situaciones que puedan presentarse, de manera adecuada'."

Pero, en determinadas circunstancias, "el cocontratante podrá oponer a la Administración la defensa de non adimpleti contractus..., e inclusive pedir la rescisión del contrato cuando la inejecución de sus obligaciones en tiempo oportuno por la Administración haga imposible razonablemente el cumplimiento de las asumidas por él...". Citando disposiciones de la ley nacional de obras públicas, que establecen que el contratista tendrá derecho a rescindir el contrato en los casos allí previstos, concluye que si el contratista puede pedir la rescisión contractual, con igual fundamento puede oponer la exceptio non adimpleti contractus, atento que quien puede lo más, puede lo menos: a maiore ad minus."

De ahí que si bien no había inclusión expresa de la cláusula referida a la exceptio non adimpleti contractus, pero sí la de rescisión por falta de pago en los Pliegos, el tribunal provincial consideró que la hipótesis para su vigencia no es descartable y depende de la hipotética situación de hecho que se produjere.

Obviamente que esta aplicación responderá a cada caso particular y dadas las particularidades del servicio a cargo del Concesionario, corresponderá darle intervención a la justicia con el fin de no afectar los derechos de los usuarios.

4.3. Arévalo, Isidro A. v. Municipalidad de Adolfo González Chávez (34)

En este caso, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires analiza pragmáticamente la oponibilidad de la excepción durante la ejecución de contrato de obra pública, con posterioridad a la declaración de emergencia provincial por Ley N° 10.867 (Adla, L-A, 680) (modif. por Ley N° 10.923 —Adla, L-C, 3073—), conforme la Ordenanza Municipal N° 1598/1991.

Sostuvo aquí el Máximo Tribunal provincial que "la demandada incumplió la obligación a su cargo de reiniciar las obras, desde que su inicio no estaba supeditado ni condicionado a pago alguno. Todo lo contrario, sin tal reinicio no había derecho a ningún pago. Pero, a más de ello, esta conducta omisiva que a lo largo de la historia de la relación contractual es el reflejo de anteriores incumplimientos, cumplimientos defectuosos o interrupciones a su solo arbitrio configura el incumplimiento imputable que da su causa a la facultad legal y contractual de la comuna de resolver el contrato que lo vinculaba con el cocontratante incumplidor [...] Esta voluntad extintoria se hizo saber a la actora como se relatara en los resultandos de este voto a través de la intimación a retomar las labores en el término de quince días, fijándose un plazo de finalización de 45 días... bajo apercibimiento de rescisión contractual." Por lo que "[m]anteniéndose la actora en su reprochable incumplir pese a la intimación que anunciaba la voluntad extintoria de la Administración, encuentro ajustado a derecho el decreto 1101/1992 que dispuso la rescisión del contrato".

4.4. Fernández, Carlos v. Municipalidad de Godoy Cruz (35)

En este caso, también atinente a una obra pública municipal, la sala 2ª de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, expresó que en el ámbito de la contratación pública "rige el principio de la juridicidad, el que no sólo vincula a la Administración, sino que también obliga a los particulares a velar por su respeto (ver Cassagne, Juan C. y Rivero Ysern, Enrique, "La Contratación Pública", t. II, fs. 637 y ss.)."

De este modo, se desprendía en la causa que "en la etapa de mantenimiento de la obra realizada, la tormenta extraordinaria del mes de octubre y la mora en el pago de los certificados fueron las circunstancias que causaron los problemas al contratista. Mas ello no implica en forma directa el reconocimiento legal del derecho del reclamante, quien como ya lo expresara debió canalizar su conducta fundándose no sólo en las circunstancias acaecidas, sino también en el derecho aplicable. De tal forma debió en el marco del procedimiento previsto en la Ley de Obras Públicas, advertir a la Administración de los hechos y cumpliendo con los recaudos legales

pertinentes, deslindar su responsabilidad respecto al cumplimiento del contrato que lo vinculaba con la Administración. El actor no actuó de tal manera y abandonó unilateralmente los trabajos de mantenimiento de la obra que estaban bajo su cometido. El municipio tomó a su cargo los mismos y siguiendo el procedimiento legal apropiado [...] optó por la rescisión contractual".

Por lo que concluyó la Corte Provincial que "[n]o se advierte en el procedimiento seguido por la Administración ningún tipo de irregularidad o ilegalidad, pues conforme surge del art. 81, Ley de Obras Públicas (36) se permite declarar la resolución del contrato cuando el contratista obrare con culpa grave en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales o abandonare la obra".

V. Opinión sobre su inoponibilidad

Para Mairal, la inoponibilidad de la exceptio, "...podría ser defendible —dentro de ciertos límites— en una concesión servicios públicos, en la cual existe una relación tripartita Estado concedente - concesionario - usuario, donde la principal prestación que recibe el concesionario (el precio servicio) proviene del usuario, no del Estado"(37).

Propiamente se ha indicado, no hace demasiado tiempo, que la aplicación de la excepción de incumplimiento a los contratos de concesión de servicios públicos presenta un panorama más intrincado que el que encontramos en los de obra o suministros (38). Esto, porque, a diferencia de aquellos contratos administrativos, en los vinculados a la concesión o licencia de un servicio público, la relación contractual (sinalagma) se da no entre dos partes (Estado – empresa contratista) sino entre tres sujetos: Estado – concesionario – usuarios.

De ahí que, esta especial situación "...hace que una aplicación directa de la exceptio a favor del contratista pueda terminar en un perjuicio inmerecido para el usuario que ha pagado la tarifa correspondiente. No aparece como solución justa la interrupción del servicio, razón por la que debe atenderse esta particular relación entre contratantes al momento de definir posiciones en torno a la aplicación de la excepción de incumplimiento"(39).

Cierto es que uno de los caracteres propios de todo servicio público es su continuidad dado el interés público comprometido en su prestación.

Así, en un precedente de 1918, en l'affaire du Gaz de Poissy (40), se sostuvo que en todo contrato de servicio público en donde realmente interesa el funcionamiento de los servicios públicos, el Estado no contrata como un particular. No procura administrar intereses totalmente restringidos, intereses de individualidad, intereses individuales. Contrata para una colectividad, para un público, para los usuarios de los servicios públicos, para un interés colectivo el general. Y para hacerlo, no se transforma en un contratante ordinario, no hace falta que aplique las mismas reglas que a los contratos de derecho común.

Este criterio luego fue ampliado en 1945, l'affaire Ville de Toulon (41), donde el Comisario de Gobierno Odent expresó que no se puede reprochar a una sociedad por defender sus intereses legítimos, destacando que el explotador de un servicio público está en una situación particular: debe asegurar el servicio mientras un obstáculo material no se lo impida. Actuar de otro modo significaría olvidar que la continuidad de los servicios públicos constituye el principio fundamental del derecho de la concesión; sería anteponer un interés particular antes del interés general de la sociedad, por cuanto el Consejo de Estado se refiere a la obligación que le incumbe a un concesionario de hacer todos sus esfuerzos para asegurar la continuidad y, en caso de interrupción, restituir al Estado el servicio público a él confiado.

De este modo, la continuidad del servicio público también se encuentra vinculada con los sujetos con los que el concesionario se relaciona como prestador de un servicio esencial para la población, que no puede ser interrumpido so pretexto del interés privado de la empresa.

La doctrina francesa moderna, de especial interés para el derecho administrativo argentino, no varía en cuanto al carácter restrictivo de la exceptio para todos los contratos administrativos en general, y su inaplicabilidad en materia de contratos de concesión de servicios públicos con carácter monopólico (42) (43).

En la doctrina nacional se ha indicado que "[e]n materia de interpretación de las cláusulas del contrato puede hallarse también otra característica diferencial entre los contratos de colaboración y de atribución, pues en estos últimos, en el supuesto de existir una duda razonable en punto a su interpretación, ella debe resolverse a favor del interés del contratista, a contrario de lo que acontece en materia de contratos de colaboración, donde la interpretación que prevalece, en principio y en caso de duda, es aquella que favorece a la Administración por la naturaleza de la actividad que se ha contratado (servicio público, obra pública, etc.) y en la medida que represente la realización del interés público objeto del contrato y no se altere el principio de lex contractus"(44).

VI. Nuestra opinión

El estado actual de la jurisprudencia y doctrina nacional, nos permite provisionalmente afirmar que la exceptio non adimpleti contractus en materia de contratos administrativos en el orden federal:

- a) tiene carácter restrictivo;
- b) está sujeta a requisitos más exigentes que en el ámbito privado, dada la naturaleza de las prestaciones

recíprocas y el interés público comprometido en ellas;

c) no autoriza, en principio, la rescisión unilateral del contrato por parte del contratista privado, con excepción de los supuestos donde exista previsión normativa expresa (45);

d) excepcionalmente, su procedencia exige una razonable circunstancia de hecho que torne imposible cumplir las obligaciones a cargo del contratista privado;

e) esa imposibilidad debe ser invocada y demostrada no sólo en sede administrativa, sino también en sede judicial;

f) el contratista privado no puede interrumpir por su solo arbitrio la ejecución contractual, de lo contrario mediaría abandono y

g) en servicios públicos su procedencia es todavía más restrictiva, por el carácter monopólico que en general se otorga la concesión, no existiendo libertad de elección del usuario frente a un servicio cautivo.

Evidentemente la aplicación directa del artículo 1201 del Código Civil en los contratos administrativos en general —supuesto no contemplado por el legislador— conllevaría a una interpretación que puede estar teñida de intereses que difieren de la satisfacción del interés público comprometido en toda prestación convenida por la Administración con un co-contratante privado y, en mayor medida aún, en la concesión de un servicio público.

Empero, cada caso particular será el que defina su oponibilidad por ambas partes, recordando, una vez más, que la rescisión unilateral de un contrato administrativo no es una facultad del co-contratante, sino una prerrogativa irrenunciable de la Administración. Un criterio forzado al respecto, nos llevaría a la desnaturalización de la figura del contrato administrativo, al menos, en su evolución actual en nuestro derecho (46).

Abona tal conclusión lo indicado GORDILLO en tanto entre los contratos privados y administrativos, si bien hay puntos en común, "las diferencias justifican una explicación separada para no inducir a confusiones entre dos regímenes que de hecho todavía tienen más diferencias que semejanzas".

Por lo que el juego argumental siempre debe analizar el régimen y no las esencias, para evitar discusiones fútiles, agregándose que respecto a los contratos de concesión de servicios públicos existen diferencias frente a otros contratos administrativos, "[e]n cuanto a sus relaciones contractuales con los usuarios, hay elementos de derecho público como la tarifa, prohibición de ganancias «sin límite objetivo alguno» condiciones de servicio, etc., que son indubitables en cuanto tales, también hay diferencias en cuanto a la responsabilidad del concesionario o licenciatario y del Estado, por la prestación del servicio público. No puede hacerse una sola categoría con esta multiplicidad de situaciones" (47).

Entendemos, por ende, que tampoco podemos dar una solución única para todas las categorías de contratos administrativos, aunque sí tener presentes las diferencias para evitar soluciones injustas que desconozcan los principales sujetos afectados en la interrupción de un servicio público: Los usuarios (48).

Se exige, entonces, máxima prudencia en el operador jurídico, cuando se trata de generalizar en el ámbito de los contratos de concesión de servicios públicos, una solución pensada para otros supuestos que difieren a los propios de esta categoría jurídica, donde ni siquiera opera la regla típica de la bilateralidad.

De lo contrario, como recuerda Nieto, las soluciones que se propongan desde el plano teórico podrán ser lógicas, pero no responderán a la realidad.

(1) NIETO, Alejandro / GORDILLO, Agustín, "Las limitaciones del conocimiento jurídico", Madrid, Trotta, 2003, p. 19.

(2) En particular por su art. 11 que establece: "ARTICULO 10. — Las disposiciones previstas en los artículos 8° y 9° de la presente ley, en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones".

(3) Ver, en tal sentido: GARCIA SANZ, Agustín A. M., "La exceptio non adimpleti contractus en la emergencia económica: ¿Es la propiedad un bien jurídicamente protegido en la Argentina?", en GORDILLO, Agustín (director) El contrato administrativo en la actualidad, Buenos Aires, LA LEY, mayo-2004, p. 170 y ss.; COMADIRA, Julio P., "La Ley de Emergencia Económica 25.561 y el alcance de la prohibición a los prestadores de servicios públicos de suspender o alterar sus obligaciones", SJA, 8/10/2003; SALVATELLI, Ana, Condiciones de aplicación y vigencia de la exceptio non adimpleti contractus en el ámbito de los contratos administrativos, LA LEY, 2006-A, 1232.

(4) En cuanto establece en su artículo 1201, 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".

En igual sentido, en materia de obligaciones, el artículo 510 dispone 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".

(5) Así es que debería eliminarse la denominación "cláusulas exorbitantes del derecho privado", debido a que como señala GORDILLO, se trata de la utilización del lenguaje a favor del poder; ver GORDILLO, Agustín / CAMPOLIETI, Federico, "¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional", LA LEY, 2006-F, 892.

(6) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, p. 16.

(7) GORDILLO, Agustín, "Introducción al derecho administrativo", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 43.

(8) "Derecho Administrativo Alemán", tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 181 y ss.

(9) MAYER, ob. cit., p. 184.

(10) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., ps. 197 y 198.

(11) Cfr. FIORINI, Bartolomé, "Derecho Administrativo", tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, p. 225 y ss.

(12) MAYER, ob. cit., p. 185.

(13) NIETO, Alejandro / GORDILLO, Agustín, "Las limitaciones del conocimiento jurídico", Madrid, Trotta, 2003, p. 25.

(14) "Principios generales del derecho administrativo", t. II, Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 72/73.

(15) CSJN, Fallos, 315:1361. Con cita de: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo / FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, Madrid, Civitas, 4ª ed. 1984, pág. 433.

(16) CSJN, FALLOS, 178:243; 183:116; 184:280, 306; 186:48 y 254:441, entre otros.

(17) JÈZE, ob. cit., p. 103.

(18) Decreto-Ley N° 19.549/72 y Decreto N° 1759/72 (t.o. 1991) (Adla, XXXII-B, 1752; XXXII-B, 2125).

(19) Decreto Delegado N° 1023/2001, Decreto N° 436/2000, Ley N° 17.250, Ley N° 13.064, Ley N° 22.460 (Adla, LXI-D, 4144; LX-C, 2869; XXVII-A, 238; VII-404; XLI-B, 1688), etc.

(20) Para profundizar sobre todo el entramado jurídico de la reforma del Estado antes y después de la Ley N° 23.696 (Adla, XLIX-C, 2444), consultar: <http://mepriv.mecon.gov.ar>.

(21) GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", t. 1, Parte General, 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003, Cap. XI-23. Disponible gratuitamente en: <http://www.gordillo.com>.

(22) Para ello nos remitimos a: MAIRAL, Héctor A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", ED, 179: 655; CASSAGNE, Juan Carlos, "Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo", ED, 180: 773; MAIRAL, Héctor A., "El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo", ED, 180: 849; y, MAIRAL, Héctor A., "La ideología del servicio público", RDA, 14:359.

(23) CSJN, Fallos, 311:971; 314:491; 328:2004.

Ver también, GORDILLO, Agustín, "Después de la reforma del Estado", 2ª ed., Buenos Aires, FDA, 1998, cap. III "La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios". Disponible gratuitamente en: <http://www.gordillo.com>.

Respecto a la evolución jurisprudencial del concepto de contrato administrativo, nos remitimos a: COVIELLO, Pedro José Jorge, "La teoría general del contrato administrativo a través de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación," en el libro "130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993," Buenos Aires, La Ley, 1994, p. 98 y ss.; COVIELLO, Pedro José Jorge, "El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED, 111: 845; COVIELLO, Pedro José Jorge, "El concepto de contrato administrativo," en AA.VV., "El derecho administrativo argentino", hoy, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 166 y ss.

(24) CSJN, FALLOS, 146:297; 149:218; 308:618; 316:382; 323:337.

(25) CSJN, FALLOS, 330:1649, dictamen de fecha 22-08-06, sentencia del 17-04-07.

(26) FALLOS, 316:212 y 1060, respectivamente, ambos de 1993.

(27) En sentido contrario, ver: SALVATELLI, Ana, "Condiciones de aplicación y vigencia de la exceptio non ad impleti contractus en el ámbito de los contratos administrativos", LA LEY, 2006-A, 1232.

(28) Sobre la facultad rescisoria del contrato administrativo y la opinión actual de la Procuración del Tesoro de la Nación, ver PTN, Dictámenes, 251:557 (2004).

(29) CSJN, Fallos, 322:3139.

(30) C. Cont. Adm. Córdoba, sala 2ª, "Teleson S.R.L. c. Municipalidad de Córdoba", 15-12-05.

(31) Cabe señalar que Teleson había resultado adjudicataria en 1989 de un contrato para la ejecución de la obra denominada "Mantenimiento de espacios verdes paquete 1".

(32) C. Cont. Adm. Córdoba, sala 1ª, "Benito Roggio e Hijos S.A. Ormas Ambiental S.A.I.C.I.C. U.T.E. c. Provincia de Córdoba", 16-09-05.

(33) Considerando 11, del voto de la Dra. Suárez Abalos de López.

(34) SC Buenos Aires, "Arévalo, Isidro A. v. Municipalidad de Adolfo González Chávez", SJA 21/12/2005, JA 2005- IV-153, sentencia del 7-09-05.

(35) SC Mendoza, sala 2ª, "Fernández, Carlos c. Municipalidad de Godoy Cruz", 28-12-07.

(36) Ley Orgánica de Obras Públicas N° 4416 (Adla, XL-B, 2012).

(37) De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo, ED, 179-655.

(38) GARCIA SANZ, Agustín A. M., "La exceptio non adimpleti contractus en la emergencia económica: ¿Es la propiedad un bien jurídicamente protegido en la Argentina?", en GORDILLO, Agustín (director), "El contrato administrativo en la actualidad", Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 173. Omitimos aquí toda la referencia doctrinaria jusadministrativa nacional y extranjera, la que es debidamente tratada por los autores precitados a cuyos trabajos nos remitimos.

(39) GARCIA SANZ, A. A. M., op. cit., p. 173.

(40) Recordado en DE LAUBADÈRE, André / MODERNE, Franck / DEVOLVE, Pierre; "Traité des contrats administratifs", tome premier, París, 1983, P. 706.

(41) Recordado en DE LAUBADÈRE, André / MODERNE, Franck / DEVOLVE, Pierre; "Traité des contrats administratifs", tome premier, París, 1983, P. 707.

(42) GUGLIELMI, Gilles J., "Une introduction au droit du service public", Collection «Exhumation d'épuisés», <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/INTRODSP.pdf>, p. 43.

En igual sentido, ver: CHAPUS, René, "Droit administrative general", 15ª éd., tome 1, París, Montchrestien, 2001, pp. 173-174 y 608, entre otras.

(43) HAMIDOU, Mohamadi, "L'obligation d'agir des personnes publiques", Université des Sciences Sociales de Toulouse - Faculté de Droit, Thèse pour le Doctorat en Droit Public, 2005, p. 172 (<http://www.biu-toulouse.fr/uss/scd/theses/fiches-pdf/hamidou-m/ThMHamidou2.pdf>).

(44) CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato administrativo", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 27-28. Con cita de MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. III-A, p. 617 y Fallos, 149:218; 303:1890.

(45) Aludimos, por ejemplo, al contrato de obra pública, donde la Ley N° 13.064 (Adla, VII-404), en su artículo 53 establece que: "El contratista tendrá derecho a rescindir el contrato, en los siguientes casos: a) Cuando las modificaciones mencionadas en el artículo 30 o los errores a que se refiere el artículo 37 alteren el valor total de las obras contratadas, en un 20% en más o en menos; b) Cuando la administración pública suspenda por más de tres meses la ejecución de las obras; c) Cuando el contratista se vea obligado a suspender las obras por más de tres meses, o a reducir el ritmo previsto en más de un 50 % durante el mismo período, como consecuencia de la falta de cumplimiento en término, por parte de la administración, de la entrega de elementos o materiales a que se hubiera comprometido; d) Por caso fortuito y/o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato; e) Cuando la administración no efectúe la entrega de los terrenos ni realice el replanteo de la obra dentro del plazo fijado en los pliegos especiales más una tolerancia de treinta días." Al respecto, nos remitimos al análisis elaborado por MERTEHIKIAN, Eduardo, "La excepción de incumplimiento contractual y su aplicación al contrato de obra pública", LA LEY, 1994-D, 302. Agregamos, en tal sentido, que la sola alusión al artículo 13 inciso c) del Decreto Delegado N° 1023/2001 no resuelve la cuestión vinculada a la procedencia o improcedencia de la excepción en materia de contratos de concesión de servicios públicos.

(46) Ver al respecto, BONINA, Nicolás / DIANA, Nicolás, "Contrapunto. Sobre la forma de los contratos administrativos", LA LEY, 2007-A, 780.

(47) GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", t. 3, El acto administrativo, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, Cap. IV-21/22. Disponible gratuitamente en: <http://www.gordillo.com>.

(48) Y esto no significa simplificar el debate en la oposición interés público – interés privado, si no establecer un equilibrio entre ellos, donde lo que exista sea una identificación en la satisfacción de ambos, tomando como eje los derechos de los usuarios quienes no están integrados en la discusión (cfr. artículo 42 de la Constitución Nacional). Esto es lo que torna más compleja la aplicación directa de la excepción, ya que no se trata de una relación bilateral, sino multilateral, en hiposuficiencia para el usuario cautivo de determinado servicio monopólico.