

CAPÍTULO 17

EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

POR EDUARDO MERTEHIKIAN

Es abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires. En el ámbito académico es profesor titular de la Maestría en Abogacía del Estado de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, profesor adjunto en la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires y ex profesor adjunto de las Universidades de Buenos Aires y Del Salvador. Profesor del Programa Master de Derecho Administrativo de la Universidad Austral y de la Carrera de Posgrado en Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica Argentina.

Es autor de numerosas publicaciones. Integró la comisión redactora del Anteproyecto de Ley Nacional de Obras Públicas.

Ha sido Director Nacional de Concesiones del ex Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación; Vicepresidente de la ex Sindicatura General de Empresas Públicas de la Nación; Delegado de la Auditoría General de la Nación ante la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y Vocal del Directorio del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos.

I. Introducción

Ya en una anterior ocasión, comentando un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,¹ tuve oportunidad de ocuparme de la posibilidad de aplicar al contrato administrativo la denominada "exceptio non adimpleti contractus", legislada por el Art. 1.201 y su correlativo Art. 510, ambos del Código Civil, bien que allí se trataba del contrato de obra pública.

Conforme lo explica la más autorizada doctrina² la excepción de incumplimiento contractual vehiculiza la posibilidad de que un contratante se abstenga legítimamente de cumplir su prestación si no advierte el cumplimiento simultáneo de la prestación correlativa.

Se advierte desde el comienzo, que lo que tratamos de discernir en estas páginas es si en definitiva la Administración actúa legítimamente cuando pretende imponerle al particular, con abstracción de la situación en que éste se encuentre en relación al contrato, que aquel continúe con la ejecución del mismo cuando ella misma se encuentra en mora en el cumplimiento de las obligaciones que le son recíprocas, omitiendo considerar que la mora del acreedor obsta a que el deudor caiga a su vez en mora (Art. 510 del Código Civil) y que en los contratos bilaterales el uno de los obligados no puede demandar su cumplimiento, si no probare haberlo cumplido u ofreciese cumplirlo o que su obligación es a plazo (Art. 1.201 del mismo Código).

¹ Me refiero a mi trabajo "La excepción de incumplimiento contractual en el contrato de obra pública", comentando el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa "Bricons S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Comunicaciones) s/ordinario" de fecha 24 de mayo de 1993, incluido en el libro del autor *Estudios Sobre Contratación Pública*; ECA; Buenos Aires 1996.

² Cfr. Messineo, F. "Doctrina General del Contrato"; II p. 431.

Anticipo desde ya, conforme lo expusiera además en el trabajo citado anteriormente, que el instituto resulta admisible en el ámbito de la contratación administrativa, bien entendido que ello es así, en tanto se reúnan en un caso dado las circunstancias que habilitan su aplicación. Desde ese plano y al igual que ocurre en el ámbito del derecho privado, no cualquier incumplimiento, como luego se verá, justifica la invocación del instituto que se estudia, pues ello sería abiertamente contrario al fundamento ético y jurídico que lo justifican.

En sentido análogo, no obstante su obviedad, destaco que la aplicación de la *exceptio* es invocable por ambos contratantes, público y privado, pues "(...) su función es la de conferirles un medio que el ordenamiento jurídico pone a disposición de cada contratante para que se defienda a sí mismo de los acontecimientos que lo perjudican (...)".³ De tal modo, por sólo citar el ejemplo del contrato de obra pública, no podría exigirse a la Administración pública que cumpla con el pago de los créditos que pudieran nacer del contrato en favor del cocontratante, si este demorase sin causa la ejecución de los trabajos y, recíprocamente, aquella no podría exigir el cumplimiento de las obligaciones de ejecución asumida si respectivamente no cumpliera con sus obligaciones contractuales.

Su fundamento ético se asienta en la justicia que el instituto conlleva⁴ y su fundamento jurídico, en principio, en la correlación o interdependencia de las prestaciones recíprocas.

En punto a esto último, no han faltado autores⁵ que han ubicado su fundamento jurídico en el "sinalagma funcional" que encierra el contrato con prestaciones recíprocas, según el cual "(...) la obligación de una parte queda ligada, no sólo a la existencia originaria de la otra (sinalagma causal) sino también en la permanencia de esa obligación correspondiente y por ende al cumplimiento o la posibilidad de su cumplimiento. No se considera la formación del vínculo sino la vida de la relación que tiene origen en el contrato (...)".

II. Concepto

Sin perjuicio de remitirnos a los estudios más detallados sobre esta cuestión⁶, puede decirse que la opinión mayoritaria, tanto de la doctrina científica, como de la jurisprudencia, adscribe al criterio de que se trata de un medio de oposición o defensa de derechos emanados del contrato bilateral (Artículo 1.138 Código Civil)⁷ por el cual cada parte puede diferir legítimamente el cumplimiento de sus propias prestaciones hasta tanto la otra parte no cumpla u ofrezca cumplir simultáneamente con las suyas. En suma, nos encontramos frente a una "excepción dilatoria", no en el sentido procesal, sino sustancial, es decir como defensa de fondo fundada en el incumplimiento de una obligación contractual.⁸

³ Cfr. Masnatta, Héctor, *Excepción de incumplimiento contractual*; Abeledo-Perrot; Bs. As. 1967, p. 11 con citas de Messineo.

⁴ Cfr. Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III-A, p. 377.

⁵ Cfr. Masnatta, "ob. cit.", p. 30 con cita de Trabucchi, "Instituzione di diritto civile", 10ª. Edición, p. 651, n° 293.

⁶ Pueden verse entre otros, Masnatta, Héctor, "ob.cit.". Centanaro-Gastaldi, *Excepción de incumplimiento contractual*, Abeledo Perrot, Bs. Aires 1995.

⁷ Artículo 1.138 Código Civil: "Los contratos se denominan en este Código unilaterales, o bilaterales. Los primeros son aquellos en que una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. Los segundos, cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra."

⁸ Cfr. Messineo, "ob.cit." p. 433.

En efecto, es una "excepción" que si bien deja subsistente el derecho del actor, funda con respecto al demandado, el derecho de rehuir su cumplimiento hasta determinado tiempo o para siempre.⁹

III. La *exceptio non adimpleti contractus*. Requisitos para su procedencia

El Art. 1.201 del Código Civil consagra la denominada "*exceptio non adimpleti contractus*" o excepción de contrato no cumplido o ejecutado o excepción de incumplimiento contractual, en los siguientes términos: "En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo o que su obligación es a plazo".

Esta disposición, ubicada en la teoría general de los contratos, es coincidente con la receptada por el Art. 510 del citado Código, ubicada en la teoría general de las obligaciones, que dispone: " En las obligaciones recíprocas el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allanare a cumplir la obligación que le es respectiva".

Ambas disposiciones (Arts. 510 y 1.201 del Código Civil), deben ser aplicadas en forma correlacionada, de manera que, como lo señala autorizada doctrina, no se incurre en mora por estar vedado demandar el cumplimiento si previamente no se ha cumplido, se ofrece cumplir o se invoca el plazo convenido a su favor.¹⁰

Desde ese punto de vista señalado,, el Prof. Jorge J. Llambías afirma que la interpelación efectuada por el acreedor de la obligación, carece de eficacia moratoria, si, a su vez, no cumple con sus obligaciones conexas, pese a la exigibilidad de ellas y de allí que para que funcione esta circunstancia obstativa de la mora del interpelado las obligaciones deben ser conexas, es decir derivadas de la misma causa. Si, en cambio, las obligaciones son independientes entre sí, la mora de un obligado no le impide hacer valer la mora en que hubiera incurrido el deudor de la otra obligación. Se trata entonces de que el Artículo 510 tiene una virtualidad semejante a la consignada en el Art. 1.201.

Esto significa que la mora del acreedor con respecto a una obligación conexas, a cargo suyo, tiene estas dos virtualidades: 1) destituye de eficacia moratoria a la interpelación dirigida al deudor; 2) impide exigir el cumplimiento de la obligación a cargo de la otra parte.¹¹

La correlación existente entre ambas disposiciones resulta de trascendental importancia, ya que, por el carácter recíproco que tiene la calidad de deudor, "(...) no puede tolerarse que uno de los contratantes pretenda constituir en mora al otro si él a su vez ha incurrido en incumplimiento material, respecto a la obligación a su cargo."¹²

En sentido coincidente se expresa que el fundamento de la *exceptio* se encuentra en la interdependencia o conexión de las obligaciones emergentes de los contratos bilaterales, definidos por el Art. 1.138 del Código Civil como aquellos en los cuales las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.

De lo expresado anteriormente surge claramente que no cualquier incumplimiento por parte del acreedor autorizará al deudor a oponer tal defensa frente a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

⁹ Cfr. Masnatta, "ob.cit." p. 51.

¹⁰ Mosset Iturraspe, Jorge; *Teoría General del Contrato*; p. 453; Edic. Orbir; 1970.

¹¹ Llambías, Jorge Joaquín; *Tratado de Derecho Civil-Obligaciones*; T. I núm. 120 b) y sus notas; 2da. edición.

¹² Llambías, Jorge Joaquín; "Tratado..." citando a Salvat-Galli.

Para que la *exceptio* tenga cabida es preciso que el incumplimiento que al acreedor se le achaca revista transcendencia, ya que de lo contrario, el deudor obraría en contra del principio de buena fe que es dable requerirle en el curso de un contrato bilateral (Art. 1.198 del Código Civil); regla de interpretación que resulta enteramente aplicable al ámbito de la contratación administrativa.

Ahora bien, la obligación que el acreedor debe haber incumplido es aquella que, en la relación de conexidad apuntada, pueda calificarse de principal, en el sentido que debe guardar equivalencia o correlación con la obligación que es dable exigirle al deudor.¹³

No podemos dejar de señalar, que tal como lo sostiene Marienhoff, que la *exceptio* encuentra fundamento en el principio de justicia y que esta idea debe presidir toda solución jurídica, sea que la misma se desenvuelva en el ámbito del derecho público o del derecho privado.¹⁴

Cabe advertir aquí y conforme a lo dicho al comienzo, que los criterios expresados en los párrafos precedentes en torno a los requisitos que deben verificarse a efectos de admitir de admisibilidad de la aplicación de la *exceptio* en el ámbito de la contratación administrativa, han sido sistematizados por un sector de la jurisprudencia y de la doctrina científica, aunque –cabe aclarar– los mismos no resulten uniformes.

En efecto, mientras en algunos casos la aplicación del instituto examinado es lisa y llanamente desechada, en otra corriente de opinión su desestimación no puede realizarse sin un examen de aplicación razonable y de acuerdo a las circunstancias de hecho que rodean un caso dado.

De tal manera, Marienhoff –por ejemplo– no acepta el criterio de Gastón Jeze, según el cual el “hecho de la Administración” como eximente de responsabilidad del cocontratante por el retardo o el incumplimiento, requiere que el “hecho” (que en el caso sería la falta de pago del precio o de parte de él) “impida absolutamente” el puntual cumplimiento por parte del particular.¹⁵

Por su parte, el citado autor considera que debe exigírsele una “razonable imposibilidad”, requisito que quedaría cumplido cuando la Administración deja de pagar a su cocontratante una suma apreciable durante un lapso que exceda toda prudencia y cuyo atraso de acuerdo a la índole del contrato y a la capacidad económica del contratante haya podido implicar un trastorno en las finanzas de este último.¹⁶

Los criterios expuestos han sido los empleados en general por la jurisprudencia. Así puede citarse la sentencia recaída de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, recaída en la causa “Bricons”, con fecha 4 de mayo de 1989,¹⁷ antecedente inmediato del emanado de la Corte Suprema en dicho asunto, así como en los autos “Rancevich, Voislav c. Estado Nacional, Ministerio de Economía” del 3 de septiembre de 1982.¹⁸

En este sentido, la sentencia de Cámara recaída en “Bricons”, resolvió que la disminución del ritmo de los trabajos, o lisa y llanamente su suspensión, por parte del cocontratante particular sólo se podría justificar, si advertida en tiempo propio la Administración, “(...)

¹³ Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge; ob. cit; p. 458.

¹⁴ Marienhoff, Miguel S.; *Tratado de Derecho Administrativo*; T.III-A; p. 377.

¹⁵ Marienhoff, Miguel S.; ob. cit; num. 729.

¹⁶ “Tratado...”; p. 375.

¹⁷ Revista *La Ley* del 18.8.89.

¹⁸ Revista *El Derecho*, Rep. 19, 445.

sus atrasos en los pagos motivasen en los hechos para la contratista una razonable imposibilidad de cumplir, para lo cual es menester acreditar una relación insostenible entre el monto adeudado, el valor de la obra y el giro de la empresa (...)” (cfr. considerando IV apartado h) de la sentencia de Cámara).

Del señalado criterio jurisprudencial surge que, a efectos de que la defensa normada por el Art. 1.201 del Código Civil encuentre sustento en el ámbito de la contratación administrativa, deben reunirse los siguientes extremos: a) la tempestiva advertencia a la administración y b) una razonable imposibilidad de cumplir, que, a su vez, deberá examinarse en función de: la necesaria existencia de una relación insostenible entre el monto de la deuda, el valor de la obra y el giro de la empresa.

Tales requisitos son también exigidos, en general, por la doctrina que admite su aplicación, como más adelante se expondrá, y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace suyos en el precedente “Cinplast IAPSA c/ ENTEL s/ ordinario” de fecha 2.3.1993.

En un sentido, podría decirse, más restringido, Canasi afirma que la *exceptio non adimpleti contractus* es propia del derecho privado y por ende no tiene en principio aplicación en el derecho público, para exigir a la Administración pública, por vía de excepción en los contratos administrativos, que el Estado dé previo cumplimiento a sus obligaciones contraídas. “(...) La *exceptio non adimpleti contractus*” no es absoluta y solamente es excusable, en caso de imposibilidad del cocontratante para proseguir su colaboración en el servicio público o prestación prometida en cualquier contrato administrativo propiamente dicho.”¹⁹

Seguidamente, este autor atempera la rigurosidad del planteo, al sostener que “ (...) el cocontratante no debe cesar en su prestación en caso de simple dificultad, ya que tendría consecuencia sobre el funcionamiento regular del servicio o prestación.”²⁰

IV. La continuidad de los servicios públicos como fundamento para declarar su inaplicabilidad al contrato administrativo.

El referido en el precedente título, es el fundamento que en general se ha esgrimido para no admitir la aplicación del instituto analizado en el ámbito de los contratos administrativos, el que se cita como propio del derecho privado. Tal ha sido, por lo demás, es el criterio empleado por la jurisprudencia para desestimar su aplicación.

Así, en el citado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa “Cinplast IAPSA c/ ENTEL s/ ordinario” de fecha 2.3.1993, el Alto Tribunal sostuvo: “(...) 7) ... la actora se queja de la sentencia porque calificó el contrato como administrativo vinculándolo en forma directa con la prestación de un servicio público y decidió que aquella calificación no tuviera atinencia con la acción principal ejercida en los autos, vale decir, la rescisión del acuerdo por aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*.” “(...) 8) ... En tal sentido, la licitación de suministros necesarios para la prestación del servicio público a cargo de E.N.tel (...) deriva de un contrato sujeto a los principios de derecho administrativo (Fallos: 263:510).” “(...) 10) (...) la prestación a cargo del cocontratante tiene, en el caso, relación directa e inmediata con obras de ampliación de la red telefónica nacional, de modo que toda suspensión en el suministro ocasionaría serios inconvenientes al normal desarrollo del plan de obras (...) y a la comunidad.”

¹⁹ Canasi, José; *Derecho Administrativo*; Vol. II, p. 498; Buenos Aires, 1974.

²⁰ Obra y lugar citados.

Seguidamente y de manera análoga a lo resuelto en "Bricons", la sentencia hace referencia a que no se encontraba configurada en la causa –por diversas circunstancias de hecho que meritúa– una conducta de la demandada (falta de pago) que provocara en el cocontratante una "razonable imposibilidad" de cumplir las obligaciones a su cargo.

De idéntico modo puede citarse la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que en términos más o menos semejantes tiene resuelto en forma reiterada que "(...) en materia de contratos administrativos las disposiciones del derecho privado no son directamente aplicables; sólo tienen cabida por vía analógica y con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia que constituye la sustancia de las disciplinas juspublicísticas. De allí que la *exceptio non adimpleti contractus* no es aplicable a los contratos administrativos sino con importantes peculiaridades en aras del principio de continuidad en la ejecución de éstos."²¹

De manera análoga ha dicho que "(...) La primacía del interés público y las consecuencias que de ella derivan, entre éstas el principio de continuidad de los contratos administrativos –máxime cuando se vinculan a la prestación de un servicio público esencial, como lo es el referido al agua potable–, excluyen la aplicación analógica lisa y llana de las reglas de los Arts. 510 y 1.201 del cód. civil. Ello, sin perjuicio de que el incumplimiento estatal (...) pueda dar lugar eventualmente a la suspensión de la ejecución en casos extremos, como cuando el hecho de la Administración origina una razonable imposibilidad de cumplir el contrato." (SC de Buenos Aires; "Ghisani, J.M. c. Servicio Provincial de Agua Potable y Saneamiento").²²

El expresado argumento, siempre para fundamentar el rechazo de la aplicación de la "*exceptio*" en el contrato administrativo, también ha sido empleado durante mucho tiempo por la jurisprudencia administrativa emanada de la Procuración del Tesoro de la Nación,²³ aunque el criterio expuesto en época más reciente, en oportunidad de requerirsele dictamen en el caso de la licitación pública para la construcción de establecimientos carcelarios por el sistema "llave en mano" parecería haberse modificado. En efecto, en dictamen de fecha 21/5/1996,²⁴ la Procuración del Tesoro ha estimado no ajustada a derecho la pretensión del contrato que en tales circunstancias se proponía celebrar por el Estado Nacional (en el caso el Ministerio de Justicia) al establecer una injustificada renuncia, no prevista por lo demás en el Pliego de la licitación, a oponer tal excepción por parte de la Administración Pública nacional, frente a un eventual incumplimiento del cocontratante particular, en razón de que –según se sostuvo– "(...) la abstracción que se pretende dar a los créditos por alquileres debidos por el Estado, implica una renuncia a alegar la <<exceptio non adimpleti contractus>> que, en cualquier contrato bilateral, funciona como aseguramiento en tanto permite no cumplir con la propia prestación si no se cumple con la prometida por la contraparte, manteniéndose así sin quiebre e intactos el equilibrio y la correlatividad de las prestaciones."

²¹ Cfr. SC de Buenos Aires: "Bocazzi I.C.I.F. c/ Poder Ejecutivo" marzo-8-1983; Revista *ED*, Rep. 19-443.

²² Revista *ED*, Rep. 19-444; idem, "Sarsa, Construcciones Civiles y Rurales S.A. c. Municipalidad de Tres Arroyos", del 19.5.1981; "JLRP Publicidad c. Municipalidad de Gral. Pueyrredón", del 29.6.1982. SC de Buenos Aires; "Ghisani, J.M. c. Servicio Provincial de Agua Potable y Saneamiento".

²³ Así pueden citarse el dictamen reunido en colección de *Dictámenes* 181:138 de fecha 23/6/1987 donde se sostuvo, con argumentos semejantes a los vertidos en el texto, que "(...) el cocontratante en los contratos administrativos no puede oponer la excepción de <<non adimpleti contractus>>, o sea que no puede ampararse en el incumplimiento de sus obligaciones por la Administración, para dejar de cumplir las suyas (...) y ello es así por cuanto en estos contratos está en juego un interés público, superior a cualquier interés económico particular (...)". Ver asimismo las abundantes citas de precedentes emanados de la propia Procuración del Tesoro que allí se mencionan.

²⁴ *Dictámenes* 217:115.

Del criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación precedentemente transcrito puede extraerse como una consecuencia lógica –de mantenerse coherencia en el planteo– que si la Administración no puede válidamente renunciar a oponer tal defensa frente al incumplimiento del cocontratante particular, cuando las circunstancias que habilitan su aplicación se encuentren reunidas, tampoco puede negarse su funcionamiento en la situación inversa, es decir, frente a un incumplimiento del cocontratante público, pues lo contrario implicaría –parafraseando al Organismo Asesor– que se produzca un quiebre del equilibrio y correlatividad de las prestaciones asumidas en el marco de un contrato bilateral.

El Profesor. Miguel S. Marienhoff²⁵ ha resumido los dos argumentos que en general la doctrina expone para no admitir la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus*: a) que el servicio público no debe ser interrumpido (Péquignot, Lentini, Cretella Junior); b) que el cocontratante tomó a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera y a costa de cualquier sacrificio, sea cual fuere el cumplimiento o incumplimiento de la Administración Pública respecto a sus obligaciones de orden económico (Berçaitz)²⁶.

El segundo fundamento esbozado, es considerado por el autor seguido fuera del orden jurídico, en tanto que en lo referente a la necesaria continuidad de los servicios públicos, menciona que cuando no se trate precisamente de un servicio público, dicha prohibición pierde su rigidez conceptual y su razón de ser, tanto más cuanto –sigue afirmando– el contrato administrativo no solo tiene o puede tener por objeto el servicio público, sino fundamentalmente las “funciones” esenciales o específicas del Estado, los “fines” públicos propios de éste.²⁷

El criterio expresado es también seguido por el profesor Juan C. Cassagne quien se ha encargado recientemente de poner de manifiesto que “(...) salvo las prestaciones vinculadas a la continuidad del servicio público, la <<exceptio>> es oponible en los contratos administrativos, aunque tal oponibilidad no es absoluta (...)”.²⁸ Antes de ello, el citado autor deja expresamente aclarada su oportuna adhesión a la postura sostenida por Marienhoff relativa a la exigencia de una “razonable imposibilidad de cumplir” en el cocontratante particular, a efectos de admitir la “*exceptio*” y seguidamente expresa su total adhesión al principio dogmático de la oponibilidad del instituto “(...) en todos los contratos administrativos, con las adaptaciones a los principios del servicio público (...)”.²⁹

En un interesante debate acerca de la “sustantividad del contrato administrativo” que se viene registrando en nuestro derecho en las postrimerías del milenio entre los juristas Juan Carlos Cassagne y Héctor Mairal y en el que recientemente ha efectuado muy interesantes aportaciones el Dr. Rodolfo Carlos Barra³⁰, Mairal sostiene que la inoponibilidad del instituto estudiado constituye otro ejemplo de la exagerada generalización ínsita en la teoría del contrato administrativo. Tal inoponibilidad –continúa– podría ser defendible

²⁵ Tratado...”; T. III-A p. 379.

²⁶ Vale aquí la aclaración – tal como se encarga de mencionarlo Cassagne – que la postura del Prof. Miguel Ángel Berçaitz varió sustancialmente en ocasión de la segunda edición de su “Teoría General de los Contratos Administrativos” (ver el trabajo del Dr. Juan C. Cassagne, que se alude en la nota 28).

²⁷ Marienhoff, Miguel S.; ob. cit

²⁸ Cassagne, Juan Carlos; “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”. Revista *ED* 180-774 y ss.. Ver en especial lo que se dice en p. 783, nota 42.

²⁹ Cassagne; “ob. cit.” p. 783 y 784.

³⁰ Ver “La Sustantividad del Contrato Administrativo”; *El Derecho* del 23 – 4 – 1999; Serie Especial “Administrativo”; p. 1 y ss.

–dentro de ciertos límites– en la concesión de servicios públicos, en la cual existe una relación tripartita Estado concedente – concesionario – usuario, y donde la principal prestación que recibe el concesionario (el precio del servicio) proviene del usuario y no del Estado. Obsérvese que la *exceptio* rige plenamente entre el concesionario y el usuario: la falta de pago conlleva generalmente la interrupción del servicio. Pero no parece razonable que una controversia entre el Estado y el concesionario acarree la suspensión del servicio por parte de este último. Ello no impide que el concesionario pueda oponer al Estado, como defensa ante la imputación de falta de expansión o mejoramiento del servicio, su renuencia a aprobar los aumentos tarifarios que el contrato prevé. Como se observa, la *exceptio* aún juega, aunque de modo limitado, en la concesión de servicios públicos. Por el contrario, allí donde la prestación principal a que tiene derecho el contratista proviene del Estado, rechazar la procedencia de la *exceptio* constituye una flagrante injusticia que no puede validarse con la apelación al interés público ni con la presunción –tan abusada en la práctica– de la solvencia del Fisco. Por otra parte, reducir la aplicación de la *exceptio* a aquellos casos en que el incumplimiento del Estado coloca al contratista en “razonable imposibilidad de incumplimiento” constituye una solución imperfecta e injusta.³¹

Ahora bien, el argumento de la necesaria continuidad del servicio público, como fundamento para negar la aplicación del instituto al contrato administrativo, amén de su excesiva generalización, como cita Marienhoff, e injusticia intrínseca, parece estar contradicho por las propias disposiciones regulatorias de tales servicios, al amparo de las cuales el concesionario o licenciataria del mismo se encuentra habilitado a interrumpir la prestación comprometida frente al incumplimiento con los pagos por parte del usuario o consumidor del servicio. Si no obstante ello, el Estado concedente exigiese la continuación del servicio público en tales condiciones de mora del beneficiario, es indudable que debería remediar la situación de desequilibrio económico que le impone al particular.

De otro lado, los conceptos de “gravedad y trascendencia del incumplimiento” a los que seguidamente nos referiremos permite –en nuestro criterio– aplicar el instituto estudiado en la relación que se da entre el Estado y el prestatario del servicio público bajo los regímenes de concesión o licencia, sin poner en riesgo el principio de partida, que es siempre el de la oponibilidad de la “*exceptio*” en todo contrato administrativo.

V. Nuestra opinión

A esta altura del relato, corresponde verter nuestra opinión –en forma sistematizada– acerca de lo que venimos diciendo, para lo cual debemos partir del examen de ciertos aspectos cuyo análisis creemos que colaborará para aproximarnos a la caracterización del instituto tratado.

Aquellos aspectos que nos hemos propuesto destacar y a los que recién hacíamos referencia son: por una parte, la “integridad” del ordenamiento jurídico positivo, en consonancia con la ubicación metodológica que las disposiciones de los Artículos 510 y 1.201 poseen en la ley el Código Civil y por ende el modo en que –a nuestro juicio– corresponde realizar la aplicación de estas disposiciones al ámbito de la contratación administrativa y por otro lado, el rector principio de la buena fe contenido en esta materia en el Artículo 1.198 del mismo cuerpo dispositivo, aunque constituya un elemento connatural a la conducta que es debida por las instituciones públicas y privadas.

³¹ Cfr. Mairal, Héctor; “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”; *ED* 179:655 y ss.

Señalamos de antemano que el examen que se formula no puede hacerse sin la particular consideración de un ordenamiento jurídico dado, so pena de incurrir en generalizaciones abstractas y carentes de sentido jurídico concreto, pues a poco que se examine, el instituto estudiado no se encuentra consagrado expresamente en el Código Civil napoleónico,³² ausente en ordenamientos tales como el derecho francés, donde el Código Civil napoleónico la desconoció, al punto que nuestro codificador se inspiró en otros sistemas jurídicos, tal como surge de las menciones que efectúa en la nota al citado Artículo 1.201.

V.1. El dogma de la integridad. La inexistencia de “laguna” en el derecho administrativo

Ahora bien, partiendo de la afirmación de que un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema,³³ podemos sostener que nuestro ordenamiento jurídico positivo está basado en el “dogma de la integridad”.

En efecto, el Art. 15 del Código Civil, ubicado en su Título Preliminar, establece tajantemente que “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” y este dogma es predicable también del derecho administrativo.

La fuente de dicha disposición es señalada por Vélez Sársfield el codificador en el Art. 4º del Código Civil francés, el cual ha sido caracterizado como el arquetipo de los ordenamientos fundados en el dogma de la integridad.³⁴

No sería aventurado afirmar que las razones que en general se esgrimen para dar fundamento a la inaplicabilidad del instituto aquí examinado al contrato administrativo, parten de considerar que la solución contraria no resulta justa.

Elo así, por cuanto se sostiene que la “*exceptio non adimpleti contractus*”, al ser propia del derecho privado, está llamada a regir relaciones jurídicas distintas a las que entabla el Estado cuando contrata con un particular y al serle entonces ajena, su solución debe –por ende– ser aplicada únicamente en situaciones extremas, en las cuales exista o bien “imposibilidad absoluta de cumplir”, o, en las opiniones más moderadas, “una razonable imposibilidad de cumplir”, criterio, este último al que –como se dijo– adhieren Marienhoff³⁵ y Cassagne³⁶.

El profesor Juan Francisco Linares enseña que cuando se dice que la “*exceptio non adimpleti contractus*” del Art. 1.201 del Código Civil no es aplicable a los contratos de servicios públicos en ciertos casos, se lo hace en virtud de una aquilatación axiológica de esa norma y de un juicio negativo de valor respecto de ella y del caso concreto. En efecto, se piensa que es contrario al “interés público” o al “bien común público”, la aplicación de esa ley al caso.³⁷

De modo análogo y tal como también lo sostiene Linares,³⁸ si la aplicación de una norma ya existente implica una injusticia, se afirma que esa norma no rige el caso y que hay una “laguna” en la legislación o en el derecho.

³² Masnatta, Héctor; “ob.cit.” p. 19.

³³ (Cfr. Bobbio, Norberto; *Teoría General del Derecho*; Edit. Temis, Bogotá 1987; p. 209).

³⁴ Bobbio, Fernando; ob. cit.

³⁵ Marienhoff (cfr. ob. cit. en p. 375).

³⁶ Cassagne (cfr. ob. y lugar citados).

³⁷ Linares, Juan Francisco; “Caso Administrativo no previsto”; p.34; Astrea; colección Ensayos Jurídicos..

³⁸ ob. cit.

Respecto a qué debe entenderse por una “laguna” nos remitimos a Fernando Bobbio³⁹ diciendo que se entiende por “laguna” no ya la ausencia de una solución, cualquiera que ésta sea, sino de una solución satisfactoria o, en otras palabras, no ya la ausencia de una norma, sino la falta de una norma justa, o sea de aquella norma que se desearía que existiese y que no existe.

Partiendo de lo precedentemente expresado, sostenemos que en el caso en análisis el ordenamiento jurídico proporciona una solución y que dicha solución es justa. Por lo tanto, no cabe esgrimir aquí la eventual existencia de una laguna en el derecho administrativo para dejar de aplicar o hacerlo de manera limitada el instituto de la *exceptio non adimpleti contractus*, particularmente frente al caso de la ausencia de una norma que en el ámbito de la contratación administrativa prohíba la solución propugnada. (arg. Art. 19 de la Constitución Nacional).

Antes bien, en materia del contrato administrativo de obra pública, por ejemplo, el Art. 35 de la Ley Nacional de Obras Públicas n° 13.064 dispone claramente a nuestro juicio que ninguno de los celebrantes de un contrato de obra pública incurre en mora si su cocontratante ha incumplido las obligaciones a su cargo. En efecto, adviértase que el contratista es responsable por las demoras en la terminación de los trabajos en relación a los plazos estipulados, respecto de los cuales quedará constituido en mora por el solo hecho de su transcurso, salvo que demuestre que su incumplimiento obedece a causas justificadas.

V.1.1. La ubicación metodológica de las normas

Ahora bien, partiendo del criterio de que nuestro ordenamiento positivo es completo y que como más arriba dijéramos la solución que aquí brinda es justa, resulta trascendente en el presente análisis la ubicación que el codificador de la ley civil ha conferido a las disposiciones de los Arts. 510 y 1.201.

Como se sabe, metodológicamente se encuentran ubicadas en la teoría general de las obligaciones y en la teoría general de los contratos, respectivamente, por lo cual, sin poner en peligro el criterio de la sustantividad del contrato administrativo, a partir del cual puede predicarse la existencia del contrato administrativo como especie aislada del género, aunque regido por sus propias notas distintivas, habida cuenta la finalidad de interés público que encierra su objeto, tales disposiciones se entrelazan en el ámbito de la contratación administrativa, al punto que –por lo que venimos diciendo– creemos que deben ser aplicadas en forma directa sin necesidad de recurrir a la analogía o la subsidiariedad como mecanismos de interpretación jurídica.⁴⁰

V.2. La buena fe en los contratos. El incumplimiento debe ser “grave y trascendente”

Va de suyo, que no cualquier incumplimiento habilitará a uno de los contratantes para plantear la causal eximente de su incumplimiento frente al incumplimiento de su contraparte. Será necesario que el incumplimiento que se le achaca al contratante en mora reúna las características de ser grave y trascendente.

³⁹ (*Teoría General del Derecho*: p. 226; Temis, Bogotá 1987 y al propio Linares “ob. cit.”; p.32).

⁴⁰ En relación a la aplicación de las disposiciones del derecho civil al ámbito del derecho administrativo y más específicamente a la cuestión relativa a si tales disposiciones resultan aplicables por vía analógica o supletoria, nos remitimos a la opinión de la más autorizada doctrina, para lo cual pueden consultarse los trabajos de Cassagne, Juan Carlos, “ Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo”; Linares, Juan Francisco, “Caso Administrativo No Previsto”. Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*; tomo 1; p. VIII-2 y ss. 4° Edición; Fundación de Derecho Administrativo; Buenos Aires 1997.

De lo contrario estaría obrando en contra del principio rector que aquí no debe jamás soslayarse y que es el de la buena fe consagrado por el Art. 1.198 del Código Civil, el cual ha sido declarado aplicable por nuestros tribunales al contrato administrativo y en especial al de obra pública, llegando a sostenerse incluso, "(...) que aún tratándose de contratos administrativos el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado", conf. orme surge de la doctrina de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaídos en "Panedile Argentina S.A. c/ Agua y Energía Eléctrica S.E." (agosto-4-1983)⁴¹; "Dulcamara c/ ENTEL s/ cobro de pesos"; (marzo-29-1990)⁴²; "Necon c/. Dirección Nacional de Vialidad"; (junio-4-1991).⁴³ De igual modo puede verse la abundante jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que ha dicho: "Como los contratos administrativos deben cumplirse de buena fe, (Arts. 16 y 1198, cód. civil), no es dable tratar al contratista como a un adversario al que sea preciso someter con dureza, sino que debe tenérselo como un colaborador a quien, cuando menos, corresponde indicarle con certeza las obligaciones a las que está sujeto.", (Boccazzi, I.C.I.F. c. Poder Ejecutivo; de junio 2-1981).⁴⁴

Dadas su importancia y características entendemos que el examen vinculado a la gravedad y trascendencia del incumplimiento resulta ser una cuestión de hecho insusceptible de ser valuada o tasada de manera apriorística, sino que dependerá de las circunstancias de cada caso, pero, eso sí, sin que al cocontratante particular sea pertinente exigirle que acredite el extremo de la razonable imposibilidad de cumplir. En un sentido coincidente Rodolfo C. Barra sostiene que la cuestión de la mora de la Administración debe ser tratada de manera circunstanciada, es decir, a la luz de los efectos reales que la mora es susceptible de causar sobre la economía del contrato y por ende sobre la marcha de la ejecución de los trabajos, de manera que en todo caso lo establecido en las regulaciones que tratan la materia deberán tomarse como una suerte de presunción *iuris tantum*, a la manera de las indemnizaciones tasadas, que admite prueba en contrario por parte del contratista que pretende que la mora de su cocontratante lo ha afectado en una medida mayor que la establecida en las regulaciones comentadas.⁴⁵

A esta altura cuadra decir que, sin perjuicio del principio de justicia al que Marienhoff le asigna fuente inspiradora de la *exceptio non adimpleti contractus*, la misma encuentra fundamento también en la norma según la cual los contratos no solo deben celebrarse de buena fe y para ser cumplidos, sino también interpretarse y ejecutarse conforme a tal principio, de acuerdo a lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión (cfr. Art. 1.198 del Código Civil).

La regla según la cual le está vedado al deudor prevalerse de su incumplimiento para empeorar la situación de su acreedor es aquí enteramente aplicable. El Estado, órgano

⁴¹ Fallos 305:1011. RED 18-299

⁴² ED 141-802 y ss.

⁴³ Fallos 314:491. RED 26-201

⁴⁴ RED 26:201.

⁴⁵ Cfr. *Contrato de Obra Pública*; tomo 3; p.1011 y ss. De tal modo, disposiciones como las contenidas en el decreto n° 1186/84, del cual se ha sostenido que aparece reglamentando el Art. 35 de la Ley N° 13.064 cfr. Barra, Rodolfo Carlos; ob. cit. puedan ser en determinadas circunstancias inapropiadas o si se quiere injustas. Vale aquí recordar que el mencionado Decreto N° 1186/84 dispone en su Artículo 1°§) que " Se consideran causas justificadas del incumplimiento del plazo de ejecución y del plan de trabajo y de inversión estipulados en los contratos de obra pública, encuadradas en el Art. 35 de la Ley N° 13.064, las dificultades que generen demoras, originada en la situación financiera de la plaza sobrevivientes a la celebración del contrato y las derivadas del atraso en que incurra el comitente, en la medida que el contratista pruebe su incidencia en el plazo contractual. De entender que ha existido atraso cuando el comitente ha demorado los pagos o retrasado por su culpa la emisión de los certificados en forma tal que el monto impago de ,estos o, en su caso, el de los no

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.⁴⁶

Por ende, aparece como contrario al orden jurídico que la Administración pueda invocar el incumplimiento imputable de sus obligaciones nacidas al amparo de un acuerdo de voluntades lícitamente celebrado, quebrando la regla esencial de la buena fe.

Refiriéndose a la disposición análoga a nuestro Art. 1.198 que se encuentra contenida en el Art. 1.258 del Código Civil español, Jesús González Pérez, afirma que la misma consagra lo que se ha considerado "norma general de la buena fe objetiva."

Como principio general –sigue diciendo– rige en el cumplimiento de cualquier obligación, aunque derive de actos que, como los administrativos, no dimanen de la voluntad privada dentro del amplio campo de la autonomía de la voluntad, sino de la voluntad de un órgano público.⁴⁷

"También en derecho administrativo, el obligado a realizar una prestación, no sólo viene obligado a lo expresamente previsto en el acto que dio vida a la obligación, sino a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe. Y por el contrario, no vendrá obligado a aquello que aun cuando estuviere expresamente previsto, fuese contrario a la buena fe."⁴⁸

Las exigencias derivadas de la aplicación de tal principio cobran mayor vigor cuando se está en presencia del ejercicio de facultades exorbitantes por parte de la Administración. Es que como lo sostiene el autor seguido en este aspecto del análisis, si en todo caso debe atemperarse el ejercicio de derechos y facultades a las exigencias de la buena fe, con mayor razón cuando tales facultades merecen la calificación de exorbitantes o conforman una situación de desigualdad jurídica, como son las potestades administrativas en el ámbito de los contratos que celebra la Administración.⁴⁹

En este sentido, Dromi⁵⁰ –citado también por el anterior autor– sostiene que la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales.

Jesús González Pérez, en su citada obra, afirma que el derecho nunca debe ser manejado a espaldas de su fundamento ético, que debe ser el factor informante y espiritualizador. Si la Administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas.

La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para

emitidos en término, supere el quince por ciento (15%) del valor contractual actualizado o, en caso de mora, el retardo exceda de tres (3) meses al plazo contractualmente estipulado para el pago." Por su parte, el Artículo 2) establece que " La justificación de la demora, de conformidad con lo dispuesto el Art.1º del presente decreto, determinar el otorgamiento de una correlativa prórroga del plazo contractual y la consecuente modificación del plan de trabajo y de la curva de inversión estipulados."

⁴⁶ Marienhoff, Miguel S.; "ob. cit." p. 375.

⁴⁷ González Pérez, Jesús; *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*; p. 109 y ss.

⁴⁸ ob.cit.; p. 110.

⁴⁹ González Pérez, Jesús; ob. cit. p. 107 y ss.

⁵⁰ Dromi, José Roberto; "Instituciones de Derecho Administrativo"; p. 475.

la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida.

De otra parte –concluye el autor citado– la aplicación del principio, comportará la confianza de la Administración en que el administrado que con ella se relaciona va a adoptar un comportamiento leal en la fase de constitución de las relaciones, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la Administración y a los otros administrados.

VI. Conclusión

Para concluir y tal como quedara anticipado al comienzo, dada la característica recíproca que posee el instituto, por imperio de las disposiciones examinadas, la Administración no incurrirá en mora si el contratista se encuentra –a su vez– en mora en relación a las obligaciones a su cargo, pudiendo la Administración invocar en su beneficio la *exceptio non adimpleti contractus* del Art. 1.201 del Código Civil, en la medida, también, que dicho incumplimiento sea grave y trascendente.

Para que no queden dudas a este último respecto, entendemos *que el concepto de gravedad* –tal como lo hemos apuntado más arriba– *debe relacionarse con el incumplimiento de la obligación principal que en el concepto de los contratantes tenga una función equivalente*, siempre interpretando las disposiciones que dan sustento al instituto de cara al principio rector de la buena fe, que el legislador ha consagrado “como norma general objetiva” en el Artículo 1.198 del Código Civil.