

LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Julio Pablo COMADIRA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La excepción de incumplimiento en la doctrina argentina*. III. *La excepción de incumplimiento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha discutido en doctrina argentina sobre la aplicación de la excepción de incumplimiento en el ámbito de la contratación administrativa.

En efecto, mientras algunos autores se inclinan por negarle vigencia en el derecho administrativo, en el otro extremo se posicionan quienes postulan su presencia en los mismos términos que en el derecho privado. Entre ambas posturas, podemos ubicar aquella otra en virtud de la cual el contratista particular podría invocar la excepción de incumplimiento contractual cuando exista una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones.

En las páginas que siguen, luego de incursionar en las ideas que propone la doctrina y la solución que adopta en Argentina el máximo tribunal de la nación, haré una breve reflexión crítica sobre la cuestión exponiendo, en relación con ésta, mi punto de vista.

II. LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN LA DOCTRINA ARGENTINA

En los párrafos que continúan, me detendré en el estudio que la doctrina ha hecho de la institución que ahora nos ocupa. Consciente de que la investigación no es exhaustiva y se limita a los márgenes de un trabajo como el presente, intentaré, al menos, abordar las posturas que, en líneas generales, se han esbozado hasta el momento.

En un principio, Berçaitz negaba toda vigencia a la excepción de incumplimiento en el ámbito administrativo. Así, sostenía que “otro de los rasgos característicos de la subordinación jurídica en que se halla el cocontratante, es que no puede ampararse en el incumplimiento de sus obligaciones por la administración, para dejar de cumplir las suyas. En principio, sólo tiene derecho para reclamar jurisdiccionalmente el pago de las obligaciones de que le sea deudora la administración, con más los daños e intereses que el incumplimiento por parte de ésta le haya ocasionado. Él ha tomado a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera”.¹

Sin embargo, en la segunda edición de su obra reconoce que ese principio no es absoluto y que posee sus límites. De esta forma, señala, siguiendo a 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”.²

Escola, entonces, si bien rechaza la posibilidad de que en el contrato administrativo pueda plantearse la excepción de incumplimiento de la misma forma como se lo hace en el derecho privado, enseña que ello no significa que “acepte que el cocontratante particular quede totalmente desarmado frente al incumplimiento de las obligaciones correlativas de la administración y que deba cumplir las suyas *á outrance*, puesto que tal resultado sería manifiestamente injusto y también inmoral para la administración pública, que no puede sacrificar de esa manera a quien es su colaborador. En ese sentido, cobra especial importancia la aplicación de la teoría del hecho de la administración, no sólo cuando su conducta pueda llevar a la imposibilidad absoluta de ejecutar el contrato, sino sobre todo a la “razonable” imposibilidad de cumplirlo, teoría que guarda perfecta correlación con las exigencias del interés público y los principios de la contratación administrativa”.³

¹ Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, corregida y actualizada con la ley 19.549, p. 370.

² Berçaitz, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 1, p. 371.

³ Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, Parte General, vol. I, pp. 437 y ss.

Por su lado, Mo apunta, luego de rechazar la postura que niega la aplicación de la excepción de incumplimiento en el derecho administrativo, que admite, “pues, que el derecho público debe considerarse penetrado, en cierta medida, por la institución que nos ocupa. Pero, siendo distintos los intereses del derecho privado y del derecho público, se advierte que la excepción en análisis ha de aceptarse restringidamente, en materia de este último”.

A su vez, Marienhoff, partiendo de la idea de que la *exceptio non adimpleti contractus* tiende a evitar una injusticia,⁴ ya sea que se trate de una relación de derecho privado o de derecho público, concluye que aquella excepción tiene aplicación en el ámbito de los contratos administrativos pero limitada a la “razonable imposibilidad de cumplimiento” en la que debe encontrarse el contratista particular.⁵

En otra inteligencia, Cassagne enseña que “salvo en el caso de aquellos contratos que tuvieran por objeto la prestación de un servicio público y en lo estrictamente inherente a su continuidad la procedencia de la *exceptio* no encuentra obstáculo para su procedencia, habida cuenta del principio de justicia en que ella reposa (la reciprocidad obligacional)”. Señala, asimismo, que independientemente de la dificultad de medir la “razonable imposibilidad de cumplimiento”, es injusto que la administración reclame el cumplimiento al contratista cuando ella incumple sus obligaciones como, también, que sea el contratante privado quien soporte la carga financiera del contrato, aunque estuviera en condiciones de hacerlo. Paralelamente, agrega que el criterio de la “razonable imposibilidad de cumplimiento” afecta el principio de igualdad pues sólo podrían llegar a invocarla aquéllos contratistas que cuentan con menor capacidad patrimonial. Finalmente, destaca que la no admisión de la excepción de incumplimiento agrava los riesgos del contrato y, el contratista, “los trasladará, como es lógico, al precio de sus prestaciones, en perjuicio del interés de la comunidad”.⁶

⁴ En el mismo sentido, Mertehikian, Eduardo, “Excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos”, *Contratos administrativos*, Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la administración, 2000, p. 278.

⁵ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. III-A, Contratos Administrativos, pp. 376 y ss.

⁶ Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 71 y 72.

Gordillo, desde otro ángulo, distingue entre contratos administrativos que supongan o no monopolio o exclusividad. Allí donde existe alguno de estos privilegios, la excepción no tendría lugar mientras que, en caso contrario, ante el incumplimiento administrativo el contratante particular podría interrumpir sus obligaciones pero sin exigir la extinción por culpa de administración, es decir, se trataría de una extinción sin culpa de ninguna de las partes.⁷

Para Mairal, la inoponibilidad de la excepción de incumplimiento únicamente “podría ser defendible, dentro de ciertos límites, en la concesión de servicios públicos en la cual existe una relación tripartita entre el 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 concesionario y usuario, 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 falta de expansión o mejoramiento del servicio, su renuencia a aprobar los aumentos de tarifas 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”.⁸

Por su parte, Mertehikian se pronuncia a favor de la admisibilidad del instituto en la contratación administrativa en tanto se reúnan en el caso las circunstancias que habilitan su aplicación, destacando, especialmente, que el incumplimiento debe ser “grave y trascendente”.⁹

Asimismo, Martínez expresa que la “*exceptio non adimpleti contractus...* es en principio oponible por el contratista particular en todos los contratos administrativos, en la misma forma y con los mismos requisitos

⁷ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 5a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, t. I, Parte General, XI-42 y XI-47.

⁸ Mairal, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, *El Derecho* del 18 de septiembre de 1998, p. 10.

⁹ Véase Mertehikian, *op. cit.*, nota 4, p. 286.

que en el derecho privado” pues “pretender para la procedencia... que el incumplimiento administrativo debe provocar en el contratista una *absoluta* o, al menos, una *razonable* imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, es una pretensión desmedida, arbitraria e injusta”.¹⁰ Aclara, no obstante, que su afirmación es “en principio” pues tendría cierta limitación en materia de servicios públicos, donde rige el principio de continuidad. Pero, sin embargo, aun tratándose de un contrato de concesión de servicio público sería oponible la excepción cuando el contratista se vea en la imposibilidad de prestar el servicio como consecuencia de un incumplimiento del concedente o se trate, siguiendo a Gordillo, de una concesión o licencia no otorgada en monopolio.¹¹

Por último, en una línea similar, García Sanz apunta que desde su concepción “la *exceptio* resulta plenamente aplicable a cualquier tipo de contrato administrativo, reconociendo como único matiz la especial relación tripartita de las concesiones de servicios públicos bajo régimen de monopolio natural. No porque la necesidad o el interés público habiliten tal distinción, sino porque existe otro cocontratante cuyo derecho... debe ser igualmente protegido”.¹²

III. LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Actualmente, puede afirmarse que la posición del máximo tribunal se encuentra contenida en la sentencia recaída en la causa “Cinplast”.¹³

En el caso, la Corte confirma el fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en los Contencioso Administrativo Federal y rechaza la excepción de incumplimiento invocada por la actora por cuanto consideró que la conducta de la demandada, en los hechos, la falta de pago, no

¹⁰ Destacado en el original.

¹¹ Martínez, Armando Héctor, “¿Continuidad o suspensión de la ejecución?”, Capítulo XVI en la obra colectiva dirigida por Ismael Farrando, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot-Lexis Nexis, 2002, p. 470.

¹² García Sanz, Agustín, A. M., “La *exceptio non adimpleti contractus* en la emergencia económica: ¿es la propiedad un bien jurídicamente protegido en la Argentina?”, “El contrato administrativo en la actualidad”, *La Ley*, mayo de 2004, p. 172.

¹³ “Cinplast S.A. c. ENTEL (Empresa Nacional de Telecomunicaciones)”, en *Fallos* 216:212.

habría provocado en aquélla una “razonable imposibilidad” de cumplir con las obligaciones a su cargo.

Es decir, el Superior Tribunal de la Nación adhiere a la doctrina de la “razonablemente imposibilidad de cumplimiento”.

IV. CONCLUSIONES

De la reseña anterior de opiniones, incluida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que queda fuera de toda duda es lo polémica que resulta la cuestión analizada.

Sin embargo, creo que en la actualidad no parecen prevalecer las concepciones que niegan la procedencia de la excepción de incumplimiento contractual en el ámbito de los contratos administrativos sino, por el contrario, las opiniones que la aceptan con arreglo a requisitos diferentes o, lisa y llanamente, la admiten sin matices. Es decir, lo que se discute hoy, a mi juicio, no es ya su vigencia o no en los contratos administrativos sino, por el contrario, los requisitos que hacen viable su invocación.¹⁴ Dicho en otros términos, la cuestión se resume en determinar cuán exigentes o rigurosos debemos ser al momento de reconocerle legitimidad a la pretensión del contratista particular que intenta justificar el incumplimiento de sus obligaciones con fundamento en esta excepción.

En ese sentido, creo que no es posible establecer un principio general para todos los contratos administrativos sin atender a las circunstancias concretas de cada una de sus especies y, a su vez, de cada contrato en particular. En otros términos: estimo que un estándar que se aplique indiscriminadamente a todos los tipos de contratos administrativos (de obra pública, de concesión de obra pública, de concesión o licencia de servicios públicos, etcétera) y a cada uno de los contratos que concretamente se celebren dentro de esas categorías, podrá, en algunos casos, resultar justo pero, ciertamente, dejará otros supuestos al margen de soluciones igualmente adecuadas.

En esa inteligencia, no comparto la opinión de quienes afirman en forma genérica que la excepción de incumplimiento únicamente tiene lugar

¹⁴ Tanto es así, que incluso autores que en algún momento han señalado que el contratista “ha tomado a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera”, en posteriores ediciones se han rectificado en el sentido de que “este principio no es absoluto y tiene sus límites”, Berçaitz, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 1, p. 371.

cuando el particular se encuentra en “una razonable imposibilidad de cumplimiento”. En efecto, quizá esta respuesta sea adecuada para cierto tipo de contratos administrativos y, en concreto, para un contrato determinado pero, contrariamente, insuficiente para otros casos.

En ese orden de ideas, entiendo que no son asimilables, en principio, las situaciones, por ejemplo, de los concesionarios de servicios públicos, por un lado, y de los contratistas de obra pública o concesionarios de obra pública, por el otro.

Ahora bien, ¿cuál es, entonces, la pauta que hay que considerar para evaluar la viabilidad jurídica de la excepción de incumplimiento de los contratistas? La respuesta es, a mi juicio, el interés público.

En efecto, es evidente que el interés público no gravita de la misma manera en todos los contratos administrativos.

Así las cosas, resulta que el interés público no impregna tan intensamente a todos los contratos administrativos por igual. Siendo ello así, es lógico que el sacrificio, o, si se quiere, las exigencias para el contratista particular, difieran en función del fin público comprometido en la ejecución del contrato administrativo.

En general, el interés público alcanzará su máxima expresión en los contratos de concesión de servicios públicos, donde entran a jugar otros factores como la continuidad del servicio, la satisfacción de necesidades esenciales, etcétera. En esta misma línea, y siempre por principio, probablemente no sea tan fuerte el interés público en un contrato de obra pública. Y digo “por principio” porque no se me escapa que, por ejemplo, en el caso de un contrato de obra pública que tenga por objeto la construcción de defensas para evitar una inundación inminente, el interés público en juego sea tan relevante como el de una concesión de servicios públicos.¹⁵

De esta forma, soy de la opinión de que a mayor compromiso del interés público en la ejecución del contrato, mayores deberán ser los requisitos para la procedencia de la excepción de incumplimiento pero, en ningún caso, llegando al extremo de negarle al contratista la posibilidad de su invocación. A la inversa, cuando el fin público que se busque satisfacer mediante el contrato administrativo revista menor relevancia, menores deberán ser las exigencias de la excepción de incumplimiento contractual.

¹⁵ Véanse otros ejemplos en Escola, *op. cit.*, nota 3, p. 384.

En suma, creo que debería existir una relación directamente proporcional entre el interés público y las exigencias de la institución estudiada.

Concluyo de ese modo pues, a mi juicio, sería injusto, v. gr., que se obligara a un contratista de obra pública a continuar con ésta cuando la administración (o el Poder del Estado de que se trate en ejercicio de su función administrativa) haya dejado de cumplir con sus obligaciones y, paralelamente, la no terminación de la obra no compromete seriamente el interés general. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de refacción de fachada (pintura, etcétera) de un edificio público. En este caso, se trataría, según la jurisprudencia de la Corte, de un contrato administrativo pero, no obstante, la suspensión de la obra por parte del contratista porque la administración no cumple con los pagos no afectaría, seria o gravemente, el interés general. Exigir, en este supuesto como en otros similares, que el contratista demuestre que tiene “una razonable imposibilidad de cumplimiento” constituiría, desde mi perspectiva, un exceso en la prerrogativas de la administración desequilibrando, de este modo, su juego armónico con las garantías que completan el actual régimen exorbitante del derecho administrativo.¹⁶

A la inversa, permitir que un concesionario de un servicio público deje de cumplir con la actividad a la que se obligó porque, simplemente, ha mediado algún incumplimiento del Estado concedente sería, desde mi óptica, no ponderar adecuadamente los intereses en juego. En estas hipótesis, se impone un análisis más riguroso de procedencia de la excepción pero, como señalé antes, sin que ese rigorismo nos conduzca al extremo de negar la plausibilidad de la institución. Probablemente, como veremos más adelante, demostrado por el particular la imposibilidad de continuar prestando de manera no ruinosa el servicio en las mismas condiciones luego del incumplimiento, la solución no sea autorizar su cese sino alterar sus compromisos.

No se me escapa que la dificultad que presenta mi planteamiento consiste en determinar, en cada caso, el nivel del interés público y, consecuentemente, la viabilidad jurídica de la excepción de incumplimiento contractual. No ignoro, tampoco, que para algunos se trata de una propuesta que

¹⁶ Sobre el contenido actual del régimen exorbitante véase Comadira, Julio Rodolfo, “El acto administrativo, en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, *La Ley*, Buenos Aires, 2002, p. 13.

sólo contribuirá a sembrar inseguridad jurídica entre los particulares que deciden celebrar el contrato administrativo. Sin embargo, creo que la situación puede superarse si ambas partes de la relación contractual se esmeran por cumplir el contrato de acuerdo con el principio de buena fe que, como reiteradamente ha dicho la Corte, no es ajeno a la contratación administrativa.¹⁷ Es que, como agudamente señala Mo, “la buena fe y la equidad son vectores principales de la *exceptio non adimpleti contractus* en el derecho público”.¹⁸

En otro orden de cosas, es claro que las ideas anteriores no excluyen los demás requisitos que la doctrina señala como necesarios para la procedencia de la excepción en el derecho privado. Así, el incumplimiento de la administración deberá ser grave, para evitar el abuso de derecho; existir una interdependencia y reciprocidad entre las obligaciones; y no estar en mora el excepcionante.

Por último, quisiera destacar que cuando me refiero a la excepción de incumplimiento, no sólo aludo a la suspensión del cumplimiento de las obligaciones sino también a su alteración, como medida menos drástica y extrema.

En resumen, es viable la excepción de incumplimiento contractual a favor del contratista particular en el marco de un contrato administrativo, pero su procedencia deberá limitarse en función del interés público comprometido en la ejecución contractual. De este modo, en principio y a título de ejemplo, cabría ser menos exigentes en su aplicación en los contratos de obra pública o concesión de obra pública, adoptando el temperamento contrario cuando se trata de una concesión de servicios públicos. Finalmente, es claro que en ningún caso podrá negársele al particular el derecho a invocar la excepción constriñéndolo a cumplir con el contrato a cualquier costo.

¹⁷ Causa “Juan María de Vido e Hijos”, de 1988, publicado en Fallos 311:970, entre muchos otros.

¹⁸ Mo, *op. cit.*, p. 351.

