

51

Enero/Marzo 2005

# DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Doctrina, Jurisprudencia,  
Legislación y Práctica

Director: **Juan Carlos Cassagne**

 LexisNexis®

## LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

por JUAN MANUEL CARASSALE

### I. INTRODUCCIÓN

En el marco de los procesos de renegociación de contratos de obras y servicios públicos derivados de la ley 25.561 y las normas provinciales que adhirieron a ella, originalmente previstos con el fin de recomponer el equilibrio económico y financiero de los contratos afectados por la pesificación de tarifas y la eliminación de los mecanismos de ajuste tarifario basados en índices internacionales, el debate se ha extendido con frecuencia a la cuestión del cumplimiento de las obligaciones a cargo de los concesionarios y licenciatarios.

En algunos casos, se intenta compensar los efectos económicos de las medidas adoptadas por el Estado —e, incluso, de medidas anteriores a la emergencia apartadas del régimen de los contratos, especialmente en materia tarifaria— con el valor de inversiones no realizadas por los concesionarios o de las sanciones por incumplimientos en la calidad o expansión del servicio originados en la inejecución de tales inversiones.

La misma cuestión se ha suscitado también, aunque de manera colateral, en diversas controversias internacionales planteadas contra la República Argentina por parte de los accionistas extranjeros de los concesionarios y licenciatarios locales. Allí, pese a que los reclamos no tienen naturaleza contractual, sino que se fundan en la posible violación de los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, suele presentarse en el debate también el tema del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las empresas locales en las que se realizaron las inversiones objeto de aquellas controversias.

En uno y otro ámbito, el problema se presenta cuando los incumplimientos contractuales alegados por el Estado aparecen como resultado de sus propias medidas (incluso anteriores a la emergencia), en cuanto afectaron la remuneración pactada a favor de los concesionarios y, en consecuencia, su capacidad económica y financiera para hacer frente a los compromisos que requieren inversión.

En tanto las obligaciones contractuales de los concesionarios, cuyo cumplimiento se discute, resultan correlativas a la obligación del Estado de respetar el régimen remuneratorio pactado, vuelve a plantearse la clásica cuestión de la aplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* en casos de contratos administrativos, en particular,

en materia de servicios públicos. Parece oportuno, entonces, formular un breve repaso de las normas y antecedentes que reconocen a ese instituto en el ordenamiento local y en el derecho internacional, y luego un análisis sobre la aplicabilidad de aquél en casos en que se encuentra involucrado un servicio público.

## II. EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. CONCEPTO Y CONDICIONES DE APLICACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

### 1. La *exceptio* en el derecho argentino

La *exceptio non adimpleti contractus* es una figura nacida en el derecho romano y luego acogida en numerosos ordenamientos jurídicos de Europa continental y América Latina <sup>1</sup>, en virtud de la cual quien es demandado por incumplimiento de un contrato puede oponerse al progreso de la acción en tanto el demandante no pruebe haber cumplido sus propias obligaciones.

En el derecho argentino, la *exceptio* se encuentra consagrada en el art. 1201, CCiv., que expresa: "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".

Los fundamentos de esta regla tradicional se vinculan con el principio de buena fe que rige la ejecución de los contratos, ya que en aquellos que originan obligaciones a cargo de ambas partes existe un nexo de interdependencia recíproca entre las contraprestaciones, en función del cual "se da para recibir" y, por ende, "no se puede pretender recibir si no se da" <sup>2</sup>.

El principio de reciprocidad contractual tiene sustento normativo expreso en el derecho argentino en virtud de lo establecido en el art. 510, CCiv., que dispone: "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".

Para el ejercicio de la *exceptio* deben verificarse las siguientes condiciones: a) que se trate de obligaciones correlativas o interdependientes (sinalagma funcional); b) que la obligación a cargo del reclamante sea exigible, es decir, que no esté sometida a plazo ni a condición suspensiva; c) que la obligación del reclamante no haya sido cumplida, o que no medie ofrecimiento suyo de cumplir; d) que el excepcionante no haya causado el incumplimiento del reclamante <sup>3</sup>; e) que la excepción se invoque de buena fe <sup>4</sup>; f) con relación a las obligaciones sobre las cuales podría recaer la aplicación de

<sup>1</sup> Aun cuando no había sido formulada como regla general, la *exceptio* era aplicada en el derecho romano en materia de contratos. Luego fue incorporada a los Códigos Civiles de Italia, Alemania, Suiza, Brasil, Venezuela, etc. En Francia y España no está expresamente prevista en la legislación, pero es admitida por la jurisprudencia (BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II, Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 184).

<sup>2</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado...*, cit., p. 184.

<sup>3</sup> LLAMBIAS, Jorge J. - ALTERINI, Atilio A., *Código Civil anotado*, t. III-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 174.

<sup>4</sup> SPOTA, Alberto G., *Tratado de locación de obra*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 373.

la *exceptio*, la doctrina ha señalado que esta figura es admisible no sólo respecto de la obligación principal, sino también de obligaciones legales conexas.

Algunos autores sostienen que aquélla no procede si el crédito de quien la invoca no es líquido o seguro <sup>5</sup>.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones del demandante, se requiere para la invocación de la *exceptio* que aquél sea razonablemente significativo. En este sentido, el deber de cumplir los contratos de buena fe impone una cierta relación de proporcionalidad entre el incumplimiento del demandante y el incumplimiento de quien invoca la *exceptio* <sup>6</sup>, de modo que una falta insignificante en los deberes del primero no sería suficiente para admitir su procedencia.

El requisito de la buena fe en la invocación de la *exceptio* no es más que la aplicación del principio general de buena fe que debe guiar a las partes tanto en la formación como en la ejecución de los contratos. Por aplicación de este principio, la *exceptio* no procede: (i) si —tal como se señaló en el párrafo anterior— se alega sobre la base de incumplimientos insignificantes; (ii) si quien la invoca ha impedido por sus propios actos el cumplimiento del demandante; y (iii) si quien la invoca se ha colocado él mismo en imposibilidad de cumplir.

La jurisprudencia ha agregado una condición adicional para el ejercicio de la *exceptio* vinculada con el principio de buena fe, en virtud de la cual quien invoca dicha defensa no debe encontrarse en mora al momento de su invocación <sup>7</sup>.

Con relación al tema de la prueba, la jurisprudencia ha señalado que, en tanto se trata de un presupuesto de su acción, el demandante es quien debe probar el cumplimiento de sus obligaciones si pretende reclamar el cumplimiento de las obligaciones de su cocontratante, tal como se desprende de la letra del art. 1201, CCiv. <sup>8</sup>.

## 2. La *exceptio* en el derecho internacional

En tanto constituye una regla derivada de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, la *exceptio* ha sido expresamente acogida en el derecho internacional.

Así, por ejemplo, está ampliamente admitido que la violación de un tratado internacional por una de las partes otorga a la otra parte la facultad de denunciar o suspender la ejecución del tratado por efecto de una regla de derecho internacional consuetudinario inspirada en la *exceptio non adimpleti contractus* del derecho interno.

Esta solución ha sido consagrada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 —que reconoce, en sus arts. 26 y 31, la regla *pacta sunt ser-*

<sup>5</sup> Como ejemplo, se ha señalado que el locatario de un inmueble no puede retener alquileres bajo el argumento de que el locador debe realizar reparaciones (BORDA, Guillermo A., *Tratado...*, cit., p. 186).

<sup>6</sup> SALAS, Acdeel E. - TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo, *Código Civil anotado*, Depalma, Buenos Aires, 1999, Lexis nro. 6804 - 9, con cita de fallo de la Sup. Corte Justicia Bs. As., 17/12/1991, Juba 7 B21839.

<sup>7</sup> CASSAGNE, Juan C., *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 71, con cita del fallo de la Sup. Corte Just. Mendoza, 28/2/1990, *in re* "Pettino, Jorge Luis y otro en Pettino Ricardo D. v. Reynado Cáseres s/demanda ordinaria".

<sup>8</sup> Sup. Corte Bs. As., 5/11/1985, AyS 1987-III-464 y 31/8/1993, Juba 7 B10226, cit. SALAS, A. - TRIGO REPRESAS, F. - LÓPEZ MESA, M., *Código Civil...*, cit., Lexis nro. 6804 - 12.

vanda y el principio de buena fe en la ejecución e interpretación de los tratados internacionales— y establece, además, en su art. 60, el derecho de una parte a dar por terminado un tratado o suspender su aplicación total o parcialmente en caso de que la otra incurra en una violación grave de sus disposiciones que modifique radicalmente la situación de la primera respecto de la ejecución ulterior de sus obligaciones.

La doctrina sostiene que las reglas contenidas en el art. 60, Convención de Viena, importan la aplicación del principio general *inadimpleti non est inadimplendum*<sup>9</sup>. En este sentido, se afirma que la aplicación de este principio supone una sanción para el Estado que ha violado un tratado, pero también, a su vez, el restablecimiento del equilibrio entre las partes, porque no se puede pedir en esas circunstancias que la parte afectada cumpla las obligaciones resultantes de un instrumento violado gravemente por la otra parte<sup>10</sup>.

En el ámbito del derecho privado, la *exceptio* ha sido consagrada, además, por otros instrumentos del derecho internacional, como los “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales” elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en 1994<sup>11</sup>, que establecen lo siguiente:

“Art. 7.1.2. Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo”.

“Art. 7.1.3. (1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación. (2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido”.

El comentario de UNIDROIT, con relación a estas disposiciones, confirma el amplio alcance y aplicabilidad de la *exceptio* en el ámbito de los contratos internacionales, al señalar que “puede considerarse que este artículo [7.1.2] contempla dos hipótesis que excusan el incumplimiento. Sin embargo, conceptualmente, va más lejos. Cuando este artículo es aplicable, la conducta pertinente no se convierte en un incumplimiento excusable, sino que pierde la condición de incumplimiento”. Destaca, además, que “los Principios contemplan la posibilidad de que la interferencia de una de las partes en el cumplimiento de la otra sea sólo parcial”. En estos casos será necesario determinar en qué medida el incumplimiento se debe a la interferencia de la otra parte y en qué medida se pueden reconocer otras causas.

En cuanto al art. 7.1.3, el comentario de UNIDROIT destaca que la disposición allí contenida “trata de los remedios de la parte perjudicada y se corresponde funcionalmente con el concepto de *exceptio non adimpleti contractus*, propio de los países de tradición jurídica romanista”, y destaca el caso de incumplimiento parcial de una de las partes, señalando que en ese caso “la parte facultada a recibir tal prestación puede suspender la suya, pero sólo en los casos en que en circunstancias normales dicho proceder sea conforme al principio de buena fe y lealtad negocial”.

<sup>9</sup> CONFORTI, Benedetto, *Derecho internacional*, Zavallía, Buenos Aires, 1998, edición en español revisada y anotada por Raúl E. Vinuesa, p. 172.

<sup>10</sup> PODESTÁ COSTA, Luis - RUDA, José, *Derecho internacional público*, t. 2, TEA, Buenos Aires, p. 149.

<sup>11</sup> Ver en [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org).

De este modo, se reiteran en la esfera internacional los elementos señalados en el capítulo anterior como requisitos para la procedencia de la *exceptio* en el ámbito interno, en especial su ejercicio de buena fe y la relación de proporcionalidad entre el incumplimiento de quien la invoca y el de aquél que motivó su invocación.

En el ámbito del arbitraje internacional en materia de inversión también existen antecedentes relativos a la aplicación de reglas basadas en la figura de la *exceptio*.

En este sentido, la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso “Chorzow Factory” (decisión sobre jurisdicción) ha reconocido como principio general aplicado por los tribunales arbitrales internacionales, así como por los tribunales locales, aquél en virtud del cual una de las partes no puede aprovecharse del hecho de que la otra parte no haya cumplido una obligación si la primera de ellas ha impedido a la segunda —mediante actos ilegítimos— el cumplimiento de la obligación en cuestión <sup>12</sup>.

En el caso “Klöckner v. United Republic of Cameroon”, un tribunal del CIADI señaló que la *exceptio non adimpleti contractus* forma parte de los principios generales del derecho internacional a los que se refiere el art. 42, Convención del CIADI, que establece el derecho aplicable para la resolución de las controversias planteadas ante dicho centro <sup>13</sup>.

En su apoyo, el laudo mencionado cita, a su vez, la opinión del juez Anzilotti en el caso “Diversion of Water from the Meuse (Netherland v. Belgium)” <sup>14</sup>, que considera a la *exceptio* como una regla tan justa, tan equitativa y tan universalmente reconocida que debe ser aplicada también en las relaciones internacionales. La *exceptio* es calificada allí como una regla general de derecho reconocida por las naciones civilizadas.

La aplicación de este principio como una regla de equidad ha sido sostenida en otras decisiones tales como *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, y *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* <sup>15</sup>.

En los casos citados, la *exceptio* ha sido considerada como una figura aplicable en supuestos de obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, especialmente cuando es claro que el cumplimiento de una obligación por una de las partes es una condición previa o concurrente para el cumplimiento de la misma obligación o una obligación correlativa de la otra parte <sup>16</sup>.

<sup>12</sup> *Case concerning the Factory at Chorzow (jurisdiction)*, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1927, Serie A, nro. 9, disponible en [www.worldcourts.com](http://www.worldcourts.com).

<sup>13</sup> *ICSID Reports*, vol. II, Cambridge University Press, p. 63.

<sup>14</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, 1937, Serie A/B, nro. 70, cit. en el fallo del caso “Klöckner” mencionado precedentemente.

<sup>15</sup> Citados por CRAWFORD, James, “Second Report on State Responsibility”, en *United Nations General Assembly, International Law Commission, Fifty-first Session*, [www.un.org](http://www.un.org), ps. 46 y 47.

<sup>16</sup> CRAWFORD, James, “Second Report...”, cit., p. 47.

### III. APLICABILIDAD DE LA *EXCEPTIO* EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CONFORME AL DERECHO ARGENTINO. ALCANCE ESPECIAL EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

#### 1. Las tesis propuestas por la doctrina argentina

La admisibilidad de la *exceptio* en el campo de los contratos administrativos ha sido muy discutida entre los autores e, incluso, su tratamiento en la jurisprudencia no ha sido uniforme. Los mayores cuestionamientos sobre su aplicabilidad se plantean con relación a los contratos vinculados con la prestación de servicios públicos.

Algunos autores, considerando que se trata de una figura propia del derecho privado, han negado —como principio general— que la excepción de incumplimiento pueda aplicarse en los contratos administrativos, por encontrarse en juego un interés público superior al interés económico particular<sup>17</sup>. En función de este criterio, ante un incumplimiento de la Administración, el cocontratante se vería obligado a continuar ejecutando sus prestaciones y, en todo caso, ejercer las acciones de daños y perjuicios a las que tal incumplimiento diera lugar.

Sin embargo, la doctrina reconoció ciertos límites a este principio general, admitiendo que la *exceptio* pueda oponerse en los casos en que los incumplimientos del Estado hubieren generado una “razonable imposibilidad” de ejecutar el contrato<sup>18</sup>.

La tesis de la “razonable imposibilidad” —que, como se explica más adelante, fue adoptada por los tribunales argentinos— ha sido criticada por considerarse que su aplicación origina un trato desigual a los distintos cocontratantes según su capacidad financiera, en tanto y en cuanto la posibilidad de invocar la *exceptio* dependería, no ya de la magnitud o gravedad del incumplimiento del Estado, sino de la capacidad del contratante privado de continuar ejecutando sus prestaciones sin recibir la contraprestación comprometida. Además, se ha señalado que no resultaría justo que el Estado reclame el cumplimiento de una obligación cuando él no cumple con las suyas ni que el contratante privado sea quien soporte la carga financiera del contrato, aunque estuviera en condiciones de hacerlo<sup>19</sup>.

El criterio de la “razonable imposibilidad” ha sido también cuestionado por otros autores en razón de que, mediante su aplicación, se exige al contratante privado llegar al borde de la insolvencia para poder invocar la *exceptio*, poniendo así en riesgo la supervivencia de la empresa y de la fuente de trabajo. Estos autores han señalado la injusticia de la solución adoptada por la jurisprudencia, por cuanto supone que las demás obras que tiene en curso el contratante privado deben auxiliar financieramente a la que contrató el Estado, dado que si su situación financiera es desahogada debido al flujo de fondos proveniente de sus otras obras, podría probarse en el juicio que aquél disponía de medios suficientes para continuar cumpliendo el contrato<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1955, p. 224; BERCAITZ, Miguel Á., *Teoría general de los contratos administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1952, ps. 291 y 292.

<sup>18</sup> ESCOLA, Héctor M., *Tratado integral de los contratos administrativos*, Parte general, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 435.

<sup>19</sup> CASSAGNE, Juan C., *El contrato...*, cit., p. 72.

<sup>20</sup> MAIRAL, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, ED 179-675.

Pese a la críticas mencionadas, el criterio de la "razonable imposibilidad" ha sido recogido en el Proyecto de Ley Nacional de Servicios Públicos, presentado en el Primer Congreso Nacional sobre Regulación de Servicios Públicos realizado en la ciudad de Mendoza en el mes de abril de 2004 <sup>21</sup>, en los siguientes términos:

"Art. 17. — *Obligaciones del prestador. El prestador deberá:...*c) atento al principio de continuidad del servicio, abstenerse de interrumpirlo en forma total o parcial por mora o incumplimiento del Estado nacional, considerándose dicha interrupción como abandono del servicio y causal de rescisión culpable; exceptúase el caso fortuito, y será viable la suspensión de la ejecución en los supuestos en que exista una razonable imposibilidad de cumplir el contrato o la licencia en las condiciones establecidas".

Otro sector de la doctrina ha sostenido que las reglas establecidas en los arts. 510 y 1201, CCiv., tal como se desprende de su ubicación en ese cuerpo normativo, forman parte de la teoría general de las obligaciones y de la teoría general de los contratos, respectivamente, de modo que, considerando al contrato administrativo como especie dentro del género de los contratos, aquellas normas le resultan directamente aplicables <sup>22</sup>.

Por su parte, otros autores, si bien reconocen como principio general que el cocontratante de la Administración Pública tiene derecho a invocar la excepción de incumplimiento, restringen la posibilidad de hacerlo cuando se trata de contratos de concesión de servicios públicos.

En efecto, aun tomando en consideración que en los contratos de concesión de servicios públicos el pago de tales servicios no le es efectuado al concesionario por el Estado sino principalmente por sus usuarios, estos autores reconocen la posibilidad de que incluso en ese tipo de contratos se produzcan incumplimientos graves imputables al Estado. En tales casos, las restricciones a la admisibilidad de la *exceptio* estarían fundadas en el principio de *continuidad* de los servicios públicos <sup>23</sup>.

En función de este principio, parte de la doctrina ha intentado armonizar el régimen del servicio público con los derechos del concesionario sosteniendo que, ante un grave incumplimiento imputable a la Administración Pública, el concesionario puede invocar y poner en ejercicio la *exceptio*, en tanto la prestación que él deje de cumplir no sea el propio servicio, sino una prestación accesoria (por ejemplo, pagos a favor del Estado que el concesionario se encuentre obligado a hacer, etc.) <sup>24</sup>.

En este último sentido, se ha señalado como ejemplo que, si bien no sería razonable que el incumplimiento estatal acarree la suspensión del servicio público, "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 de tarifas que el contrato prevé" <sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Organizado por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo y el Instituto de Estudios de Regulación de Servicios Públicos (IERSeP).

<sup>22</sup> MERTHEKIAN, Eduardo, *Estudios sobre contratación pública*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 201.

<sup>23</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 638.

<sup>24</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 640. En el mismo sentido, CASSAGNE, Juan C., *El contrato...*, cit.

<sup>25</sup> MAIRAL, Héctor A., "De la peligrosidad...", cit., p. 675.

## 2. La postura adoptada por la jurisprudencia argentina

Entre los diversos criterios sostenidos por los autores especializados, la *jurisprudencia* de los tribunales argentinos, después de cierta evolución registrada a través de los años, ha adoptado aquel que restringe el ejercicio de la *exceptio* cuando el contrato se vincula a la prestación de servicios públicos y condiciona su procedencia a la demostración de una "razonable imposibilidad" de ejecutar el contrato, provocada por los incumplimientos del Estado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó ese criterio en un fallo del 2/3/1993, dictado en la causa "Cinplast v. Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTel)"<sup>26</sup>.

La causa "Cinplast" había sido iniciada por el contratante privado, adjudicatario de una licitación para la provisión de tubos destinados a obras de ampliación del sistema de telecomunicaciones. Ante la mora de la empresa estatal ENTel en los pagos a su cargo, el contratante privado intimó a la entidad estatal el cumplimiento de sus obligaciones, poniendo de manifiesto el desequilibrio económico que el incumplimiento provocaba en la empresa por las bruscas variaciones del precio de la materia prima y la notoria escasez de financiación. Posteriormente, solicitó una prórroga para la entrega de los materiales, dejando constancia de que dicho plazo adicional se computaría a partir de la fecha en que el obligado se pusiera al día con los pagos de facturas y mayores costos pendientes.

En el fallo del tribunal inferior, apelado por el demandante, se había considerado que "el contrato se encuentra sometido al derecho público y que la *exceptio non adimpleti contractus* puede ser opuesta por la contratista si existe prueba de una razonable imposibilidad, entendiéndose que esa situación no se presentaba al momento en que la actora dispuso la rescisión del acuerdo".

Para resolver en última instancia el caso, el máximo tribunal argentino resaltó que "la licitación de suministros necesarios para la prestación del servicio público a cargo de ENTel —provisión de caños para canalización subterránea— deriva en un contrato sujeto a los principios de derecho administrativo".

En este sentido, el fallo valoró el hecho de encontrarse involucrada "la prestación de un servicio destinado a cumplir el fin público de las telecomunicaciones (...). 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".

Con relación a la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, el fallo destacó como fundamento del rechazo a la pretensión del contratante privado que "se demuestra con suficiencia que el hecho de la demandada no provocó en el cocontratante una razonable imposibilidad de cumplir las obligaciones a su cargo".

En definitiva, el fallo del máximo tribunal nacional, antes de rechazar al ejercicio de la *exceptio*, analizó el caso en función de dos factores determinantes de la resolución: (i) la vinculación de las prestaciones suspendidas con la ejecución de un servicio público —aun cuando se trataba de la ampliación de la red existente y no de la continuidad del servicio existente—, y (ii) la falta de prueba de la "razonable imposibilidad" de cumplir con tales prestaciones.

<sup>26</sup> Fallos 316:212.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ha seguido una línea similar. Así, con relación a un contrato vinculado con la prestación del servicio de agua potable, la corte provincial resolvió 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 1201, CCiv. Ello, sin perjuicio de que el incumplimiento estatal, además de hallar corrección en el resarcimiento de los daños que de él deriven, 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”<sup>27</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

En síntesis, puede afirmarse que la figura de la *exceptio* se encuentra ampliamente reconocida en la esfera del derecho privado interno de nuestro país y también en el derecho internacional, especialmente en el régimen de los tratados; los contratos comerciales internacionales y diversos laudos arbitrales en materia de inversión, sujeto a la existencia de *correlatividad* y *proporcionalidad* entre el incumplimiento de quien la invoca y aquel que motivó su invocación.

En cuanto a su aplicación en los contratos administrativos, este instituto ha recorrido un largo camino hasta ser aceptado en el derecho argentino. Y aun así, su aplicación en casos de contratos vinculados a la prestación de servicios públicos está condicionada a la demostración de una “razonable imposibilidad” de cumplir con las prestaciones a cargo del contratante privado, provocada por los incumplimientos del Estado.

En mi opinión, la vinculación del contrato con la explotación de un servicio público no debería suponer por sí sola una restricción a la aplicación de una regla tan estrechamente ligada al principio de buena fe. En este sentido, y siguiendo al respecto las opiniones de Mairal y Cassagne<sup>28</sup>, las restricciones a la aplicación de la *exceptio* deberían limitarse únicamente a los casos en que la inejecución de la prestación a cargo del contratante privado comprometa en forma directa la continuidad del servicio público. Sólo en ese caso debería exigirse la prueba de la “razonable imposibilidad” a la que se refieren los antecedentes jurisprudenciales reseñados.

<sup>27</sup> Fallo del 8/3/1983, *in re* “Ghisani, J. M. v. Servicio Provincial de Agua Potable y Saneamiento”, ED 19-444.

<sup>28</sup> MAIRAL, Héctor A., “De la peligrosidad...”, cit., p. 675; CASSAGNE, Juan C., *El contrato...*, cit., p. 71. También Marienhoff considera que la aplicación de la *exceptio* sólo debe restringirse en cuanto pueda afectar la continuidad del servicio y no en relación con prestaciones “accesorias”, tales como pagos que el concesionario deba realizar a favor del Estado (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 640). En realidad, podrían existir —y de hecho existen— en los contratos de concesión de servicios públicos otras obligaciones a cargo del concesionario que también constituyen prestaciones “esenciales” del contrato y no “accesorias” —tales como la obligación de realizar obras para expandir las redes a nuevos usuarios o para elevar los niveles de calidad del suministro—, aun cuando no estén directamente ligadas a la continuidad del servicio.

Por otra parte, tal imposibilidad no debería ser evaluada en función de la solvencia económica y financiera del contratante privado ni, menos aún, de sus accionistas, sino exclusivamente sobre la base del flujo de fondos derivado del propio contrato de cuyo cumplimiento se discute. La solución contraria implicaría establecer una carga exagerada sobre el contratante privado, quien —como advierte Mairal<sup>29</sup>— se vería obligado a llegar al borde de su insolvencia para invocar la *exceptio*. Esa situación excede, sin dudas, los límites razonables del “sacrificio especial” que puede pretenderse de un particular en función del interés colectivo, aun cuando sea resarcido, ya que no parece justo que la Administración morosa someta a la empresa al riesgo de su propia desaparición so pretexto de satisfacer necesidades públicas por las que aquélla, más que nadie, debió velar.

Finalmente, cuando se trate de prestaciones que, aun estando vinculadas a un servicio público, no condicionan su continuidad (v. gr., las obras de expansión de redes a nuevos usuarios), el Estado no debería exigir su cumplimiento si se encuentra en mora con la ejecución de obligaciones correlativas a su cargo (v. gr., la correcta aplicación del régimen remuneratorio del contratante privado), en la medida en que medie entre ambos incumplimientos una adecuada relación de proporcionalidad. El principio de buena fe y la equidad impiden extender a tales casos la prueba de la “razonable imposibilidad” como condición de aplicación de los arts. 510 y 1201, CCiv.

<sup>29</sup> MAIRAL, Héctor A., “De la peligrosidad...., cit., p. 675.