

Tiempo de lectura de hechos y estándares: 10 minutos

TDA MEDIDAS CAUTELARES Y DERECHO ADMINISTRATIVO

APLICACION DE LA EXEPTIO NON ADEMPTI CONTRACTUS A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Requisitos para su procedencia

Rescatamos y aplicamos S.U.B.E. a un fallo suscripto por 3 grandes administrativistas que deja 6 valiosos estándares sobre la excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos

HECHOS

Caminos del Rio Uruguay SA. de Construcciones y Concesiones Viales (“CRUSA”) solicitó -como medida cautelar en los términos de los artículos 1 95 y del código procesal- que se ordenara al Estado Nacional (Ministerio de Infraestructura y Vivienda) que se abstuviera de exigir a su mandante el cumplimiento de las obligaciones de inversión correspondientes al año X de la concesión a su cargo que excedieran al flujo de caja real derivado de la explotación del corredor, sin que la eventual disminución de las obras ejecutadas y/o sus consecuencias generasen responsabilidad para el concesionario hasta tanto existieran pronunciamientos judiciales firmes respecto de los cuestionamientos formulados por CRUSA ante la negativa estatal a abonar: a) los importes establecidos en las resoluciones MEyOSP 1250/99; MIV 2/00; 91/00; 182/00 y 216/00, devengados a partir del mes de abril de 2000; b) los importes correspondientes al numeral 8.2. del “Acta acuerdo de reformulación del contrato de concesión de obra pública para las mejoras ampliación remodelación, conservación y administración del corredor n° 1 8 de la red vial nacional” del 12 (1º) de abril de 1 996, aprobada por el decreto 1019/96; y c) la restitución tarifaria prevista en el punto 4.2. del Anexo y del Acta Acuerdo.

La juez de primera instancia rechazo la medida cautelar solicitada porque no se había probado que la denegación de la medida tornara de cumplimiento imposible o ineficaz la eventual sentencia favorable y que tampoco se reunía el requerido peligro de un perjuicio irreparable en tanto la violación de derechos podría ser indemnizada con posterioridad.

Respecto de los incumplimientos imputados a la Comitente que no era posible aplicarla la exceptio non adimpleti contractus a los contratos administrativos, maxime cuando la cuestión se relaciona con la prestación de un servicio público, uno de cuyos caracteres esenciales es la continuidad.

La actora interpuso y fundo su recurso de apelación:

1. que se ha demostrado la necesidad de no agravar el estado de ahogo financiero real y existente en el que se encuentra CRUSA, que le impide continuar con la gestión de la concesión, pudiendo -incluso- causar su concurso o su quiebra.
2. que no es necesario que el peligro sea irreparable, bastando con que la reparación in natura sea imposible o al menos difícil.
3. que en el caso pesa sobre CRUSA el riesgo cierto de que la empresa no exista al momento dictarse una sentencia de fondo, y que -no obstante ello- deba hacer frente a las sanciones que el Estado le puede imponer por incumplimiento de sus obligaciones a causa de la disminución de los flujos de fondos, llegando eventualmente a la rescisión por culpa del concesionario.
4. que la sentenciante no ha negado ni cuestionado la verosimilitud del derecho invocado.
5. que las afirmaciones de la a quo respecto de la aplicación de la exceptio non adempti contractus resultan improcedentes en atención a que su parte no ha solicitado dejar de cumplir el contrato sino ajustarla prestación que le compete al nivel real de las contraprestaciones que percibe por ellas.
6. que la doctrina y la jurisprudencia han admitido el empleo de esa excepción cuando el contratista se hallare en una razonable posibilidad de cumplir en razón de la conducta adoptada por la Administración.
7. que no es posible esgrimir en contra de su pretensión la necesaria continuidad del servicio público, toda vez que en el caso no se trata de una concesión de servicios públicos sino de una concesión de obra pública. Sin embargo, indica que la satisfacción de lo requerido en modo alguno importará la no utilización de la ruta.
8. que no se encuentra en peligro la seguridad de los usuarios de la ruta, y que -en el caso de que ello arrojará dudas al tribunal- éste podría otorgar la medida aclarando expresamente que no podría importar afectación de las obras de conservación necesarias para mantener la seguridad de los usuarios.

6 ESTANDARES DEL FALLO DE CAMARA

1. Las medidas cautelares tienden a impedir que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva.
2. La requisitos para la procedencia de dichas medidas son:
 - a. la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita; y
 - b. el peligro en la demora, que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda en los

hechos realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes

c. contracautela suficiente por los eventuales perjuicios que la medida pudiera ocasionar a la contraria, de haber sido pedida sin derecho.

3. La aplicación de la exceptio non adempti contractus (art. 1201 del Código Civil, “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”), a los contratos administrativos podría ser aceptada, en supuestos excepcionales, cuando el incumplimiento en que incurriera el Estado fuera de tal magnitud que práctica y razonablemente imposibilitase a su cocontratante el cumplimiento de sus obligaciones- por cuanto en ese caso el incumplimiento de contrato por parte del último debería considerarse como un derecho de éste.

4. Para determinar cuándo el deudor se encuentra en la situación de hecho requerida para que se torne procedente la excepción de incumplimiento, se presenta como criterio razonable examinar la relación entre:

a) la magnitud del incumplimiento del Estado concedente,

b) el valor de la prestación a cumplir por la contratante y

c) la evolución de la economía del contrato a lo largo de su ejecución

5. Si bien se ha acompañado documentación de la cual podría – prima facie- resultar la existencia de deudas del Estado originadas en la aplicación de la resolución 1250/99 y sus posteriores, en cuanto a la determinación de la tarifa conforme a la variación del CPI y aplicación de las tarifas previstas en el punto 4.2 del Anexo V) no se han agregado a la causa elementos suficientes para que sea posible, siquiera minimamente, llegar a una presunción acerca de la razonabilidad de su procedencia o rechazo.

6. No es posible evaluar la evolución de la economía del contrato, pues no se han acompañado las bases y condiciones licitatorias origen de aquél, ni se ha mostrado siquiera de modo indiciario el desenvolvimiento -no el esperado- de la empresa en los anteriores años de vigencia de la concesión. De tal modo no ha quedado probado que las dificultades económicas que alega la actora revistan la trascendencia y gravedad suficientes para considerarla encuadrada en los supuestos de excepción que habilitarían la aplicación de la exceptio non adempti contractus.

FALLO COMPLETO

Caminos del Río Uruguay SA. de Construcciones y Concesiones Viales c/ Estado nacional.

Y VISTOS:

Para resolver acerca del recurso de apelación interpuesto y fundado por la parte actora (Fs. 626 y 628/632 vta.), contra la resolución de Fs. 623/ y

CONSIDERANDO

1. Que a fs. 2/27, la representante de Caminos del Rio Uruguay SA. de Construcciones y Concesiones Viales (“CRUSA”) solicitó -como medida cautelar en los términos de los artículos 195 y del código procesal- que se ordenara al Estado Nacional (Ministerio de Infraestructura y Vivienda) que se abstuviera de exigir a su mandante el cumplimiento de las obligaciones de inversión correspondientes al año X de la concesión a su cargo que excedieran al flujo de caja real derivado de la explotación del corredor, sin que la eventual disminución de las obras ejecutadas y/o sus consecuencias generasen responsabilidad para el concesionario hasta tanto existieran pronunciamientos judiciales firmes respecto de los cuestionamientos formulados por CRUSA ante la negativa estatal a abonar: a) los importes establecidos en las resoluciones MEyOSP 1250/99; MIV 2/00; 91/00; 182/00 y 216/00, devengados a partir del mes de abril de 2000; b) los importes correspondientes al numeral 8.2. del “Acta acuerdo de reformulación del contrato de concesión de obra pública para las mejoras ampliación remodelación, conservación y administración del corredor n° 18 de la red vial nacional” del 12 (le abril de 1996, aprobada por el decreto 1019/96; y c) la restitución tarifaria prevista en el punto 4.2. del Anexo y del Acta Acuerdo.

II. Que a fs. 623/624, la señora juez de primera instancia dictó sentencia y rechazo la medida cautelar solicitada

Para decidir de ese modo sostuvo que no se había probado que la denegación de la medida tornara de cumplimiento imposible o ineficaz la eventual sentencia favorable y que tampoco se reunía el requerido peligro de un perjuicio irreparable en tanto la violación de derechos podría ser indemnizada con posterioridad. Además, agregó -respecto de los incumplimientos imputados a la Comitente que no era posible aplicarla la exceptio non adimpleti contractus a los contratos administrativos, maxime cuando la cuestión se relaciona con la prestación de un servicio público, uno de cuyos caracteres esenciales es la continuidad.

III. Que a fs. 626 y 628/632 vta., la actora interpuso y fundo su recurso de apelación.

La apelante sostiene que se ha demostrado la necesidad de no agravar el estado de ahogo financiero real y existente en el que se encuentra CRUSA, que le impide continuar con la gestión de la concesión, pudiendo -incluso- causar su concurso o su quiebra. Agrega además que no es necesario que el peligro sea irreparable, bastando con que la reparación in natura sea imposible o al menos difícil. Precisa que en el caso pesa sobre CRUSA el riesgo cierto de que la empresa no exista al momento dictarse una sentencia de fondo, y que -no obstante ello- deba hacer frente a las sanciones que el Estado le puede imponer por incumplimiento de sus obligaciones a causa de la disminución de los flujos de fondos, llegando eventualmente

a la rescisión por culpa del concesionario. Además, indica que la sentenciante no ha negado ni cuestionado la verosimilitud del derecho invocado.

Asimismo, manifiesta que las afirmaciones de la a quo respecto de la aplicación de la exceptio non adempti contractus resultan improcedentes en atención a que su parte no ha solicitado dejar de cumplir el contrato sino ajustarla prestación que le compete al nivel real de las contraprestaciones que percibe por ellas. No obstante, aclara que la doctrina y la jurisprudencia han admitido el empleo de esa excepción cuando el contratista se hallare en una razonable posibilidad de cumplir en razón de la conducta adoptada por la Administración.

Por otra parte, señala que no es posible esgrimir en contra de su pretensión la necesaria continuidad del servicio público, toda vez que en el caso no se trata de una concesión de servicio públicos sino de una concesión de obra pública. Sin embargo, indica que la satisfacción de lo requerido en modo alguno importará la no utilización de la ruta.

Finalmente, pone de manifiesto que no se encuentra en peligro la seguridad de los usuarios de la ruta, y que -en el caso de que ello arrojaré dudas al tribunal- éste podría otorgar la medida aclarando expresamente que no podría importar afectación de las obras de conservación necesarias para mantener la seguridad de los usuarios.

IV. Que en primer término es del caso recordar que “las medidas cautelares tienden a impedir que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva” (conf. esta Sala, “Canop Nazar”, del 13-12-90, y muchas otras).

y Que la procedencia de dichas medidas se halla condicionada como principio a que se demuestre 1) la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita; y 2) el peligro en la demora, que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda en los hechos realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (conf. fallo cit. y 28-10-97, Radio Siglo XXI”, 30-10-97 in ,re”Robledo” 30-12-97, in re”Pizarro” entre muchos otros). Además es menester que se fije una contracautela suficiente por los eventuales perjuicios que la medida pudiera ocasionar a la contraria, de haber sido pedida sin derecho (conf esta Sala. 15-5-92, in re “Incidente s/ recurso de apelación efecto devolutivo en los autos ‘Bclt SA. y otros c/ Dirección Nacional de Aduanas s/juicio de conocimiento” 1 0-10-97, in re”Miguez José María c/ Estado Nacional -M° de Cultura y Educación s/empleo público”). Por otra parte. en el caso de la prohibición de innovar se requiere que la cautela no pudiese obtenerse por otros medios (conf. art. 230 C.P.C. y C.).

VI. Que la pretensión de la demandante se centra en la eximición de cumplimiento de sus obligaciones para el año X de la concesión por un período indeterminado de tiempo (hasta que recaiga decisión en los procesos a iniciar). En consecuencia, no resulta irrazonable considerar a la medida solicitada semejante a la aplicación -en el ámbito de un contrato administrativo— de la exceptio non adempti contractus, prevista en el art. 1201 del Código Civil, en cuya virtud “en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su

cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, oque su obligación es a plazo”.

Ello sentado, debe tenerse presente para resolver la cuestión traída a esta alzada que -en principio- la aplicación de la mentada excepción a los contratos administrativos podría ser aceptada, en supuestos excepcionales, cuando el incumplimiento en que incurriera el Estado fuera de tal magnitud que práctica y razonablemente imposibilitase a su cocontratan el cumplimiento de sus obligaciones- por cuanto en ese caso el incumplimiento de contrato por parte del último debería considerarse como un derecho de éste- (conf esta Sala, fallos in re “Cinplast I.A.P.S.A. e/ Entel”, 5/9/89 -confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 3 16:212; y “Tanque Argentino Mediano SE. c/ Industria Metalúrgica Pescarmona”- 29 de noviembre de 1994; Sala 11, “UTE Macoim S.R.L. y otro c/ Ministerio de Defensa”, 19 de noviembre de 1998; confr. en el mismo sentido Marienhoff Miguel,” Tratado de Derecho Administrativo de Derecho Administrativo, Tomo III-A, Ed. Abeledo Perrot, 13s. As, 1978, pag. 376 y ss).

V. Que, desde ese en foque, y entrando en el examen de la verosimilitud del derecho invocado, para determinar cuándo el deudor se encuentra en la situación de hecho requerida para que se torne procedente la excepción de incumplimiento, se presenta como criterio razonable c de examinarla relación entre: a) la magnitud del incumplimiento del Estado concedente, b) el valor de la prestación a cumplir por c contratante y e) la evolución de la economía del contrato a lo largo de su ejecución (conf criterio similar de la Sala III de esta Cámara en la causa “Brícons”, resuelta el 4 de mayo de 1989).

Con base en lo expuesto es adecuado precisar, respecto de la magnitud del incumplimiento.,que en autos sólo se ha acompañado documentación de la cual podría – prima facie- resultar la existencia de deudas del Estado originadas en la aplicación de la resolución 1250/99 y sus posteriores.

Sin embargo, en cuanto a los restantes rubros discutidos (determinación de la tarifa conforme ala variación del CPI y aplicación de las tarifas previstas en el punto 4.2 del Anexo V) no se han agregado a la causa elementos suficientes para que sea posible, siquiera minimamente, llegar a una presunción acerca de la razonabilidad de su procedencia o rechazo.

En el mismo sentido se advierte la total imposibilidad de evaluar la evolución de la economía del contrato, debiendo destacarse que no se han acompañados las bases y condiciones licitatorias origen de aquél, ni se ha mostrada siquiera de modo indiciario el desenvolvimiento -no el esperado- de la empresa en los anteriores años de vigencia de la concesión.

En conclusión, de lo aportado al sub lite parece razonable inferir -en Principio- que no ha quedado probado que las dificultades económicas que alega la actora revistan la trascendencia y gravedad suficientes para considerarla encuadrada en los supuestos de excepción que habilitarían la aplicación de la exceptio non adempti contractus.

Por todo lo expuesto, SE RESUELVE: no hacer lugar a la medida cautelar solicitada. Régistrese, notifíquese y devuélvase. GUILLERMO PABLO GALLI.- ALEJANDRO JUAN USLENGHI.- MARÍA JEANNERET DE PEREZ CORTES.-