

Buenos Aires, 2 de marzo de 1993.

**VISTOS LOS AUTOS: "CINPLAST I.A.P.S.A. C/ E.N.TEL. S/ ORDINARIO".**

Considerando:

1°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto hizo lugar parcialmente a la demanda -condenando a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones al pago de las sumas adeudadas en orden a las prestaciones cumplidas del contrato de suministro-, y modificó ese pronunciamiento en lo relativo a la imposición de las costas.

2°) Que contra ese pronunciamiento la demandante dedujo recurso ordinario de apelación, que fue concedido a fs. 930 y es formalmente viable, por cuanto se trata de un fallo definitivo recaído en una causa en que la Nación asume -aunque indirectamente- el carácter de parte, y el valor cuestionado excede el mínimo legal previsto en el art. 24, inc. 6°, apartado a), del decreto-ley 1285/58 y sus modificaciones, a la fecha de su interposición (fs. 912 vta.), según resolución 552/89 de esta Corte.

3°) Que la empresa Cinplast I.A.P.S.A. resultó adjudicataria de la licitación pública N° 250-P/83 abierta por E.N.Tel., por la cual se solicitaba presupuesto para la adjudicación de tubos PVC rígidos y otros accesorios, según las Bases y Condiciones Generales acompañadas (Anexo A, fs. 16).

La compra consistía en 146.100 tubos PVC con diámetro externo de 90 mm., espesor de 1,5 mm., con sello y de conformidad a normas IRAM, según los planos integrantes de la licitación (fs. 23/25). Se pactó un precio unitario que, al incluirse el 18 % en concepto de IVA sobre el monto resultante, llevaba la suma total del contrato a 28.962.864 pesos argentinos. En materia de plazos, se acordó la división en seis entregas mensuales y consecutivas de 24.350 unidades y, respecto a los precios establecidos, quedó fijado el reajuste o indexación de consumo a una cláusula de variabilidad (confr. Legajo agregado N° 2.566/83, fs. 163). La adjudicataria, en el mes de junio de 1984, reclamó de E.N.Tel. la regularización de los pagos atrasados con referencia a materiales requeridos por la orden de compra N° 69.780, en razón de haber efectuado las entregas previstas y del desequilibrio financiero que ello provocaba en la empresa por las variaciones bruscas del precio de la materia prima y la notoria escasez de financiación. Posteriormente solicitó una prórroga de treinta días para la entrega de los materiales, dejando constancia que dicho plazo se extendería a partir de la fecha en que el obligado se pusiera al día con los pagos de facturas y mayores costos pendientes, sin que pudieran producirse los efectos previstos en el art. 115 del Reglamento de Contrataciones.

Invocando el incumplimiento y la mora de E.N.Tel., la empresa Acinplast - luego Cinplast (fs. 210)- declara resuelto el contrato, con reserva de reclamar daños y perjuicios e intereses derivados del incumplimiento y los importes de las facturas pendientes reajustadas y mayores costos abonados fuera de término (confr. legajo cit., fs. 191). Las tentativas de reanudación del suministro resultaron un fracaso, y, aunque ciertos condicionamientos de la adjudicataria fueron aceptados por E.N.Tel. (confr. legajo cit., fs. 206), aquélla ratificó la resolución contractual por carta documento (ídem fs. 210). Ante esa situación la empresa licitante resolvió declarar parcial y formalmente rescindido el contrato en la parte no cumplida, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 89 del Reglamento de Contrataciones (Resolución 349-A.G. E.N.Tel./78).

4°) Que la actora fundó su pretensión en la forma sorpresiva utilizada por E.N.Tel. para resolver parcialmente el contrato, y, sustentando su tesis en preceptos del derecho común (arts. 509, 1197, 1198 y 1201 del Código Civil), adujo que, en definitiva, debía aplicarse el art. 1204 del Código Civil -y el correlativo art. 216 del Código de Comercio- que lo facultaban a resolver el negocio ante el incumplimiento de la otra parte.

5°) Que la decisión de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando a E.N.Tel. al pago de las sumas adeudadas por la mora respecto a las prestaciones cumplidas, sin atender el resto de los reclamos (fs. 813/819). Apelada la sentencia por ambas partes, la alzada confirmó la sentencia en cuanto fue materia de recurso por la actora y la modificó respecto a las costas (fs. 901/907 vta.). Ello dio motivo al recurso ordinario interpuesto por la actora que ahora debe ser considerado.

6°) Que, para así resolver, el fallo apelado sostuvo 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 de cumplir con las obligaciones impuestas, frente al incumplimiento de pago por la Administración, entendiéndose que esa situación no se presentaba al momento en que la actora dispuso la rescisión del acuerdo. Al respecto dejó expuesto que:

- a) en la oportunidad que la actora decidió por se la rescisión del contrato, se encontraban pagadas -aunque en mora- todas las facturas emitidas hasta el 23 de junio de 1984, así como todas las notas de débito con vencimiento el día 5 de noviembre del mismo año;

- b) a la fecha de la ruptura unilateral -7 de diciembre de 1984- la deuda de E.N.Tel. "no acusaba un monto notable" si bien luego se incrementaría por otras razones;

- c) la mora en las obligaciones de la demandada no habilitaba por sí a la ruptura, pues no se daba objetivamente la razonable imposibilidad de cumplir los compromisos asumidos;

d) las facturas que Cinplast entregara al Banco de la Ciudad de Buenos Aires, no aparecen como una consecuencia directa de la demora de la demandada porque, conforme a la pericia de autos, con anterioridad al comienzo del cumplimiento contractual, la actora operaba crediticiamente con entidades financieras a través de préstamos amortizables o a plazo;

e) el pago de las entregas realizadas, igual que las notas de débito por reajuste y los mayores costos, no justificaban la rescisión si la deuda relacionada a los pagos fuera de término era de poca importancia;

f) la rescisión impuesta por la Administración es legítima en cuanto a que el incumplimiento es fruto de la responsabilidad de la actora;

g) es inoficioso considerar la omisión de tratar la inconstitucionalidad del art. 110 del Reglamento de Contrataciones porque, al respecto, el juez a quo no aplicó dicha norma en relación a las deudas subsistentes, sino que dispuso la aplicación de la ley 21.392, con los intereses allí previstos, con referencia a los montos que habrían de resultar de la pericia.

7°) Que 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*. Se agravia de que no se tuviera por configurada una "razonable imposibilidad de cumplir" con las obligaciones asumidas, y que el contrato se resolvió el 22 de agosto de 1984 y no el 7 de diciembre de 1984, lo que tiene importancia -dice- a los efectos de analizar los montos adeudados al momento de comunicarse la resolución. Está en desacuerdo en que las facturas que Cinplast entregara a la institución bancaria no aparecieran como consecuencia directa de la demora incurrida por la demandada. Se agravia asimismo de que en el fallo apelado se afirme que al tiempo de la rescisión estuvieran pagadas las entregas realizadas, las notas de débito por reajuste, así como los mayores costos; que por su incumplimiento diera motivo a la rescisión dispuesta por la Administración y que ésta se ajustara a derecho. Dice que el a quo omitió considerar la inconstitucionalidad del art. 110 del Reglamento de Contrataciones de E.N.Tel. y, al fin, objeta cómo se han impuesto las costas.

8°) Que de la exposición de los hechos y la documentación adjunta surge que el contrato suscripto por las partes se rige por las condiciones generales y cláusulas especiales de la licitación pública N° 250-P/83 (Legajo N° 2566/83), y por el Reglamento de Contrataciones (Res. N° 349 A.G. E.N.Tel./78). En tal sentido, la licitación de suministros necesarios para la prestación del servicio público a cargo de E.N.Tel. -provisión de caños para canalización subterránea- deriva en un contrato sujeto a los principios de derecho administrativo (Fallos: 263:510).

9°) Que ello es así porque, en principio, en tales contratos una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado. Deben tenerse presentes las razones invocadas para declarar la incompetencia del fuero civil y comercial federal y remitir las actuaciones al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 150/150 vta.); adviértase que asumida la competencia por este juez (fs. 153), dicho trámite fue consentido por el interesado (fs. 173 y 175).

10) Que la sentencia, en suma, valoró adecuadamente la gravitación del carácter administrativo del contrato entre E.N.Tel. y la actora en consideración a su objeto, esto es, la prestación de un servicio destinado a cumplir el fin público de las telecomunicaciones (confr. Fallos: 312:146). 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 -como surge de fs. 192 del legajo citado- y a la comunidad.

11) Que el agravio vinculado a la falta de atingencia de la calificación del contrato respecto a la pretensión principal, que el a quo entendió dirigida a la rescisión por aplicación de la exceptio non adimpleti contractus, remite a la perspectiva del derecho privado y a consideraciones anteriores del juez de primera instancia. Dicha cuestión fue puntualizada por la alzada (considerando 8°) y resuelta en esta sentencia (considerando 9°).

12) Que el agravio referente a que no está verificada la razonable imposibilidad de la actora de cumplir las obligaciones frente al incumplimiento de la otra parte, reitera argumentos vertidos con anterioridad (fs. 846/847) y se basa en presuntos errores de cálculo del juez de primera instancia al no comparar sumas homogéneas. Debe señalarse en este punto que el mencionado fallo, contrariamente a lo expuesto, ponderó valores constantes al 1 de junio de 1984 (fs. 816 vta.), tomando la deuda de E.N.Tel. a esa fecha -13.546.366 australes- de acuerdo a la pericia (fs. 299 vta.) y, por lo demás, señalada esa cantidad en el propio escrito de demanda (fs. 136). No es cierto, por otro lado, que aquella situación no fuera subsanada por el fallo de la alzada puesto que, en su desarrollo (considerandos 9°, 10 y 11), 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, según la documentación agregada e informe pericial (fs. 291/315).

13) Que, en relación a la fecha de rescisión del contrato y lo atinente a la pretensión principal, los agravios no concretan una crítica razonada de los argumentos dados por los jueces de la causa. Respecto al tiempo de ruptura, la actora no explica la razón por la cual ratificó la rescisión el 7 de diciembre de 1984 ya efectuada el 22 de agosto de 1984 (fs. 191 y 208 del legajo cit.), no obstante admitir tratativas de arreglo seguidas a la suspensión de entregas. La negativa a que

se computen las facturas pagadas con posterioridad al 22 de agosto de 1984 -en base a que el contrato ya estaba resuelto y con reserva de reclamar actualizaciones e intereses- carece de sustento bastante porque tales pagos, además de las razones expuestas en la sentencia apelada sobre el particular, finalmente se efectuaron y están al margen de discusión.

14) Que, conectado al tema de la reserva de actualización del capital, intereses compensatorios por costos financieros extraordinarios y recargos en costos de insumos, dado como se ha resuelto la naturaleza del contrato, ellos deben ajustarse al contexto reglamentario (Resolución N° 349, cit. art. 82). La alegada tardanza de un dictamen jurídico que respaldara las modificaciones propuestas (confr. télex, fs. 202 del legajo cit.), conforme a su objeto y tratativas que lo rodearon (fs. 193/209, legajo cit.), mal puede haber puesto a la actora en "una situación de permanente y definitiva incertidumbre".

15) Que el agravio respecto a la pretensión principal -declaración judicial de la resolución y relación con los daños y perjuicios- insiste en que la actora se vio en la necesidad ineludible de resolver el contrato y ello mediante argumentos irrelevantes. No es cierto que hubiera contratado con E.N.Tel. en compra directa - porque hubo licitación para seleccionar el contratista- y que ello implicara poner en marcha una sección de la fábrica y toda una organización para satisfacer el suministro, por ser una cuestión obvia e ínsita del riesgo empresario, sobre la cual, en todo caso, debió meditar antes de contratar. Tratamiento similar merece la cuestión de que la demandada guardó silencio respecto a la carta documento del 19 de junio de 1984 (art. 919, Código Civil) y que la conducta de aquella fuera arbitraria y reñida con el principio de la buena fe. Ello no condice con las tratativas posteriores reconocidas por la propia interesada y, conforme tuvo lugar abruptamente la ratificación rescisoria dando por terminadas las negociaciones, no puede imputarse mala fe a E.N.Tel. en la interpretación y ejecución del contrato. No es ocioso recordar que todo contrato -sea cual fuere su naturaleza- debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos regidos por el derecho público, como ha sostenido esta Corte (Fallos: 311:971; N.132.XXII. "Necon S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario", del 4 de junio de 1991 y sus citas).

16) Que las facturas entregadas por Cinplast al Banco de la Ciudad de Buenos Aires no constituyen una consecuencia directa de la mora del demandado. La conclusión del a quo que motiva el agravio tiene fundamento suficiente en las constancias de la causa y vinculadas a operaciones crediticias de préstamo amortizable o a plazo (pericia a fs. 294/296), que revelan una conducta normal de la empresa. La cita de la actora del informe pericial en cuanto a que "la retención de fondos no se debe a problemas instrumentales sino que se le puede vincular como consecuencia directa de la resolución del contrato" (fs. 310 vta.), debe compararse

con el informe acompañado por la actora a fs. 157 (letra "c") que llega a distinta conclusión.

En la aludida pericia consta, asimismo, que "al resolverse el contrato con E.N.Tel., se suspenden las entregas y por lo tanto se suspende la entrega de nuevas facturas en garantía de las pagadas directamente por E.N.Tel. al Banco. Este hecho interrumpe la mecánica de la operación financiera, ya que el Banco no puede liberar los fondos cobrados, si no es mediante la recepción de nuevas facturas y Acinplast S.A. no las puede entregar, porque el contrato se ha resuelto anticipadamente" (fs. 310, 2° párr.). De consumo a la prueba agregada -y lo que se lleva expuesto- surge qué parte resolvió el contrato anticipadamente.

17) Que los agravios referentes a que no se justificaba la resolución en el mes de diciembre -oportunidad en que se encontraban pagadas las entregas- y a que la rescisión dispuesta por E.N.Tel. se debía a propia responsabilidad del cocontratante, vuelven a críticas anteriores e insuficientes que, en modo alguno, descalifican el fallo atacado. La primera cuestión, en cuanto a que "se confunden los conceptos de suspensión de entregas con resolución contractual y ratificación de la voluntad rescisoria" (fs. 961 vta.), o las apreciaciones sobre el intercambio de notas, el pago de las facturas, negativas de cumplir el contrato y reservas legales, fueron tratadas y desechadas anteriormente (confr. considerando 12). El otro agravio -que enlaza la rescisión dispuesta por E.N.Tel. a la propia responsabilidad de la actora- una vez más hace notar "la sustancial cuestión vinculada con la naturaleza del contrato" y que sus fundamentos "se enraizan en todos los agravios restantes". Estos argumentos merecieron oportuno tratamiento (confr. considerandos 9°, 10 y 12) y, por lo demás, debe advertirse que la conducta de la demandada tiene fundamento razonable en las constancias de autos (fs. 153/210 del legajo cit.) y en normas que regían la contratación (art. 89 de la Res. 349 cit.).

18) Que en lo que hace a la omisión de considerar la inconstitucionalidad del art. 110 de la Res. 349/78, carece de razón el apelante. No obstante lo abstracto de la cuestión por el juicio que merece el recurso, la omisión de pronunciamiento en punto a la norma aludida -cuya nulidad se pidió en la demanda (fs. 140 vta.)- resulta una reflexión tardía en sede judicial, pues el cocontratante se adhirió a las cláusulas prefijadas en la licitación sin formular protesta. La falta de reserva del interesado al perfeccionarse el acuerdo obsta a que se alteren los términos de éste por vía jurisdiccional. Si hubo pacífico sometimiento en la instancia administrativa con referencia a la demora en el pago y liquidación de intereses, la conducta contraria y posterior de la actora importa volver sobre sus propios actos.

19) Que la decisión de la cámara que impuso las costas en primera instancia en un 80 % y 20 % a la actora y demandada respectivamente, y en la alzada a la actora, fue cuestionada por esta parte. Alega que, en todo caso, la cuestión es opinable jurídicamente y que no hay precedentes judiciales categóricos que

resuelvan la cuestión en el sentido pretendido por la demandada. Sin embargo, atento al supuesto de vencimiento parcial y mutuo -art. 71, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- y puesto que el a quo graduó prudencialmente las costas según el progreso de las pretensiones, tal interpretación de la actora no es razonable. Procede también en este punto confirmar la sentencia apelada. Por ello, se confirma la sentencia apelada a fs. 901/907 vta., con costas a cargo de la recurrente (art. 68 del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase. - Ricardo Levene (h.). - Mariano Augusto Cavagna Martínez. - Rodolfo C. Barra. - Carlos S. Fayt. - Enrique Santiago Petracchi. - Julio S. Nazareno. - Eduardo Moliné O'Connor. - Antonio Boggiano