

## La rescisión del contrato administrativo por el concurso de la contratista

### Comentario al fallo “Municipalidad de Concepción del Uruguay c/ Hosifa Constructora S. A. s/ acción meramente declarativa”[1]

Por Amiris Zavala

#### 1. Los hechos [\[arriba\]](#)

El 25 de enero de 2013, la Municipalidad de Concepción del Uruguay y Hosifa Constructora S. A. celebraron un contrato administrativo en el marco de la Licitación Pública 09/12 para la “provisión del uso de un inmueble y la concesión del servicio de disposición final de residuos sólidos urbanos, símil e industriales no peligrosos”.

Con fecha del 16 de abril 2018, Hosifa Constructora S. A. le notificó al municipio la rescisión del contrato de concesión por concurso preventivo de la contratista, con base en lo dispuesto por la cláusula 28, inc. e, de aquel instrumento.

En consecuencia, la Municipalidad de Concepción del Uruguay interpuso acción meramente declarativa contra la firma Hosifa Constructora S. A. con el fin de que el tribunal despeje la incertidumbre generada por la existencia y la aplicación de dicha cláusula, en el entendimiento de que la sola presentación de la contratista en concurso preventivo no le otorgaba el derecho a extinguir el contrato, y, más fundamentalmente, de que la causal había sido establecida en favor del municipio, es decir, como facultad exclusiva de este último para ejercer unilateralmente la decisión de rescindir la relación jurídica vinculante en caso que tal extremo –situación falencial– alcanzara a Hosifa Constructora S. A., afectando de forma inmediata el servicio contratado.

#### 2. La cláusula litigiosa [\[arriba\]](#)

La discusión se generó alrededor de la cláusula 28, inc. e, del contrato de concesión, cuyo texto establecía: “La extinción de la concesión, en un todo de acuerdo con lo establecido por el art. 49 y ss. del pliego de bases y condiciones generales, podrá ocurrir por las siguientes causas: (...) e) Concurso o Quiebra del concesionario. En un todo de acuerdo a lo establecido por el art. 54 del pliego de bases y condiciones generales”. El artículo 54, por su parte, precisa que: “En caso que se decrete el concurso o quiebra del concesionario se procederá a extinguir el contrato de concesión, dando lugar a indemnización solo para el caso que la quiebra se declare culposa o fraudulenta”.

#### 3. El *thema decidendum* [\[arriba\]](#)

La Cámara en lo Contencioso Administrativo[2] se abocó a decidir dos cuestiones vinculadas entre sí: en primer lugar, si la cláusula contenía un supuesto de extinción del contrato *ipso facto* y de pleno derecho, en virtud del pedido de concurso preventivo de la contratista; y, en segundo lugar, de resultar negativa la anterior, si la causal podía ser invocada por la empresa concesionaria de manera unilateral o, por el contrario, había sido establecida en favor del municipio para que este pudiera extinguir el contrato cuando la situación de concurso de la concesionaria afectara la prestación del servicio público.

#### **4. El concurso de la contratista no es *per se* causal de rescisión del contrato administrativo** [\[arriba\]](#)

Primeramente, la Cámara entendió que la causal de extinción por concurso o quiebra del concesionario dispuesta en la cláusula 28 del contrato no era automática o de pleno derecho.

Para así resolver, consideró que la cláusula en cuestión, al decir que la extinción “podrá ocurrir por las siguientes causas”, utilizaba un modalizador deóntico facultativo que denotaba que no operaba la extinción *ipso facto* o automática.

A su entender, ello quedaba reafirmado por el pliego de bases y condiciones generales, cuyo artículo 49, al enunciar las causas de extinción, utilizaba la misma expresión “podrá”, de modo que ninguno de los supuestos allí consagrados era automático, sino que requerían de una manifestación de voluntad para operar.

De esta manera, concluyó que, frente a la apertura del concurso preventivo, se presentaba la facultad de extinguir el contrato, no operando dicha causal en forma automática o de pleno derecho, como pretendía el demandado.

#### **5. La rescisión del contrato administrativo por concurso de la contratista es una atribución o prerrogativa exclusiva y excluyente de la Administración** [\[arriba\]](#)

Respecto del segundo tópico, la Cámara resolvió que no podía considerarse extinguido el contrato por la sola petición de concurso de la concesionaria Hosifa Constructora S. A., así como tampoco tenía virtualidad cualquier manifestación de voluntad de la concursada o del juez del concurso tendiente a considerar extinguido el contrato de concesión de servicio público, pues ello era atribución o prerrogativa exclusiva y excluyente de la Administración municipal.

Para así resolver, sostuvo que, en los casos de concurso preventivo, si bien el concursado continúa a cargo de la administración de sus bienes bajo la vigilancia del síndico, igualmente se abre:

‘el derecho de la Administración a reevaluar la concesión a la luz de la nueva realidad jurídica de la concesionaria’ sin que tenga facultad el juez del concurso preventivo de ordenar válidamente ‘la continuación del contrato de concesión en un análisis de mera defensa de los acreedores, estando de por medio el interés público, superior al del fallido, y al de los acreedores, que representa el servicio, también público, pero cuyo control de calidad y eficiencia está garantizado constitucionalmente’ (Cfr. Pérez Hualde, Alejandro, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Astrea - RAP, p. 259).

Consideró que tanto la cláusula 28, inc. e, como el art. 54 del pliego de bases y condiciones generales se debían interpretar a la luz de lo dispuesto por la Ordenanza 4.818 que regía las contrataciones del Municipio de Concepción del Uruguay.

Ello así por cuanto la validez e incluso la eficacia de las previsiones contenidas en los pliegos de bases y condiciones generales quedaban subordinadas a lo establecido en la legislación

general aplicable al contrato, que los pliegos tenían por finalidad reglamentar y el contrato implementar.

En este sentido, teniendo en cuenta que el art. 25 de la ordenanza le confería al municipio prerrogativas o potestades exorbitantes del derecho privado —entre ellas la facultad de modificar, revocar o rescatar el contrato por razones oportunidad, mérito o conveniencia que tuvieran en miras el interés público de la comunidad que estaba a su cargo proteger—, la comuna mal podía establecer una causal de extinción que fuera objetiva o dejara librado al cocontratante particular la facultad de decidir poner fin a la relación jurídica.

En suma, sostuvo que ello importaría reconocer a la contratista las mismas franquicias de las que gozaba el municipio, en la medida que el art. 25 de la Ordenanza 4.818 supeditaba la extinción del contrato a la voluntad de la Administración municipal, única autoridad competente para modificar, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de esta.

## **6. Voces contrarias [\[arriba\]](#)**

En contra[3] se ha dicho que las cláusulas exorbitantes que disponen la rescisión del contrato por mero concurso del contratista, o bien que facultan a la Administración Pública a rescindir el contrato apreciando la situación jurídica de la empresa concursada, son nulas por dos motivos: 1) tienen un contenido contrario al ordenamiento jurídico, y 2) carecen de razonabilidad.

El primer motivo lo sustentan en que la Administración Pública se inmiscuye en temas de bancarrota, incluso en oposición a lo previsto por la Ley de Concursos y Quiebras, cuando se trata de materia excluida de su ámbito, y delegada por la Constitución Nacional al Congreso Nacional (art. 75, inc. 12, CN).

En efecto, el artículo 20 de la LCQ permite al deudor continuar con el cumplimiento de los contratos en curso de ejecución cuando hubiere prestaciones recíprocas pendientes, previa autorización del juez, quien deberá ponderar la conveniencia del cumplimiento contractual para la continuación de las actividades del concursado; mientras que el artículo 22 de la LCQ dispone la nulidad de toda estipulación en contrario.

El segundo motivo lo asientan en que no existe proporcionalidad entre la medida adoptada — rescisión del contrato por culpa del contratista— y el fin perseguido, pues el concurso por sí mismo no es un obstáculo para el cumplimiento de las obligaciones asumidas, ya que el concursado conserva la administración de sus bienes bajo vigilancia del síndico.

Además, indican que es el juez del concurso quien conoce la situación del concursado y —con asesoramiento del síndico— se encuentra en mejores condiciones para apreciar la conveniencia de la continuación del contrato.

Finalmente, los autores dejan a salvo la posibilidad de la Administración Pública de revocar el contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, lo que apareja el deber de indemnizar a la contratista por los daños causados, además de acreditar la existencia de las razones de interés público que motiven la revocación del contrato.

Otra corriente doctrinaria,[4] si bien reconoce la existencia de jurisprudencia que considera que la relación entre el concesionario y la Administración Pública es ajena al ámbito del art. 20, LCQ, entiende que la ley concursal, al ser de orden público, prevalece sobre aquellas cláusulas contractuales que establecen la resolución del contrato en caso de concursarse alguno de los contratantes.

Reparan que el art. 22, LCQ, consagra una nulidad absoluta, la cual, en caso de ser manifiesta, puede ser decretada de oficio por el juez.

Enfatizan que una de las finalidades primordiales de la LCQ es posibilitar la continuación del giro empresarial, lo que amerita proseguir algunas relaciones contractuales que la empresa mantiene con terceros.

## **7. Conclusión** [\[arriba\]](#)

En mi opinión, el fallo en comentario consagra una tesis susceptible de armonizar con las voces contrarias existentes, desde que admite la convivencia pacífica entre las normas de derecho administrativo y las normas concursales.

En efecto, lo que viene a decir la Cámara en lo Contencioso Administrativo es que la cláusula que consagra la rescisión del contrato administrativo por concurso preventivo constituye una atribución o prerrogativa exclusiva y excluyente de la Administración para que pueda extinguir el contrato, no por la mera presentación en concurso de la contratista, sino en el supuesto de que dicha circunstancia afecte la normal prestación del servicio público.

Al decir de la Cámara: “un supuesto especial de extinción lo configura el concurso preventivo o quiebra del cocontratante” y “en el caso particular de las concesiones de servicios públicos la prestación del servicio es obligatoria y habilita a su rescate a fin de que la Administración Pública reasuma su gestión o prestación”.

En definitiva, lo que el juez del concurso puede apreciar en mejores condiciones que la Administración es la conveniencia de la continuación del contrato para la prosecución de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores (art. 16, LCQ), no así para la correcta prestación del servicio público comprometido en el contrato.

En este sentido, la Cámara sostuvo que un contrato específico de la administración lo constituye la concesión de servicios públicos, por cuanto es una manera en que el Estado satisface necesidades generales valiéndose para ello de la colaboración de los administrados. De ello se deduce que el sistema jurídico de la concesión de servicios públicos se halla fundamentalmente influido por el régimen jurídico del servicio público, el cual se encuentra imbuido por sus caracteres de continuidad, regularidad, igualdad, generalidad y obligatoriedad, como también tienen plena vigencia las garantías constitucionales de calidad y eficiencia del servicio (art. 42 CN y 30 CP).

Por su parte, si bien el fallo comentado no se pronunció —expresamente— sobre la validez o invalidez de las cláusulas que incorporan la rescisión automática por concurso de la contratista, lo cierto es que reconoció su aplicación únicamente cuando el concurso afecte la

prestación del servicio público, con miras a que la Administración Pública reasuma su gestión o prestación.

En consecuencia, las cláusulas que consagran la rescisión del contrato administrativo por concurso preventivo de la contratista son válidas en tanto y en cuanto dicha situación falencial afecte la normal prestación del servicio público, cuya ejecución debe garantizar el Estado en condiciones de continuidad, regularidad, igualdad, generalidad y obligatoriedad, y de calidad y eficiencia.

En este sentido, comparto lo dicho por Rojo[5] en cuanto a que no corresponde invalidar *a priori* la cláusula, sino que se la debe someter a un examen de regularidad funcional, analizando el contexto fáctico en que el cocontratante ejerce la facultad resolutoria, ya que la situación de insolvencia puede configurar una justa causa de resolución o de denuncia, en atención a la naturaleza y contenido de las obligaciones emergentes del contrato.

Finalmente, encuentro que el criterio esbozado por la Cámara es superador del establecido por el Supremo Tribunal de Justicia de Entre Ríos en el año 2011,[6] cuyo voto mayoritario rechazó el pedido de ilegitimidad de la rescisión del contrato dispuesta por la comuna, con causa en el concurso de la contratista, por hallarse dicha causal prevista en el art. 101 de la Ordenanza 22.715 de Obras Públicas de la Municipalidad de Concordia, y entender que el art. 22 de la LCQ solo censura los convenios celebrados por las partes, mas no compromete la suerte del caso donde la causal está determinada por normas positivas preexistentes.

#### Notas [\[arriba\]](#)

[1] Cám. Cont. Adm. N° 2 de Concepción del Uruguay, 18-X-2019, Rubinzal Online, RC J 1034/20.

[2] De acuerdo con el art. 1 del Código Contencioso Administrativo de Entre Ríos, Ley 7.061 (modif. por Ley 8.640, 8.918, 9.676 y 10.052), corresponde a la Cámara en lo Contencioso Administrativo conocer y resolver las acciones que se deduzcan por violación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo regido por ley, decreto, reglamento, resolución, contrato, acto o cualquier otra disposición de carácter administrativo.

[3] Cfr. Fanelli Evans, María A. y Fanelli Evans, Guillermo E. (2002). La rescisión del contrato administrativo por el concurso del contratista, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (Continuación de: Régimen de la Administración Pública, 153-156.

[4]Cfr. Caputo, Leandro J. y Galli, Claudio A. (2 de abril de 2003). Reflexiones en torno al art. 20 de la ley de concursos, El Derecho Diario, tomo 201, 998, ED-DCCLXIV-894, 2.

[5] Rojo Vivot, Rómulo, Los contratos en curso de ejecución frente al concurso preventivo (art. 20 de la LCQ), LA LEY AP/DOC/899/2019, RDCO 293,665, 13.

[6]STJ de Entre Ríos, Lemiro Pablo Pietroboni SA c/ Municipalidad de Concordia s/ demanda contencioso administrativa, 22-XII-2011.