

GABRIEL DELPIAZZO ANTÓN

Universidad de la República (Uruguay)

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0004-3025-7867>

gabriel.delpiazzo@delpiazzo.com

Recibido: 30/4/2024 - Aceptado: 20/06/2024

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Delpiazzo Antón, G. (2024). Aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos administrativos.

Revista de Derecho, 23(45), 125-131. <https://doi.org/10.47274/DERUM/45.8>

Aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos administrativos

125

Application of the unfulfilled contract exception in administrative contracts

Aplicação da exceção do contrato não cumprido em contratos administrativos

1. Resumen del caso

El caso que motiva la sentencia a comentar consiste en una controversia suscitada en el marco de la ejecución de un **contrato de obra pública**, cuyo objeto era la realización de obras de saneamiento en barrios del interior del país¹.

Durante la obra, la empresa contratista se encontró con que el volumen de roca que había en el subsuelo era significativamente mayor al previsto en el Pliego de Condiciones respectivo, lo que le generó importantes sobrecostos y desencadenó el mecanismo de indemnización previsto en el propio contrato (art. 70 del Pliego de Condiciones Generales).

Sin embargo, la Administración contratante rechazó la aplicación de dicha estipulación al caso, por entender que la obra había sido contratada por un precio global y que, en todo caso, la empresa debió prever el volumen de roca a extraer al momento de cotizar.

Lo cierto es que, ante la falta de pago de esa indemnización, la empresa no tuvo los recursos para poder terminar la obra, dejando inconclusas las últimas tareas, consistentes en la reposición de los pavimentos.

Al no lograrse una solución, **la empresa demandó a la Administración contratante**, reclamando la indemnización por los sobrecostos en que debió incurrir durante la ejecución de las obras, en cumplimiento de lo establecido en el art. 70 del Pliego de Condiciones Generales.

Por su parte, la Administración contratante no solo contestó la demanda, reiterando su posición sobre la improcedencia de la indemnización pretendida, sino que, además, promovió **reconvención contra la empresa contratista**, por los mayores costos en que debió incurrir para terminar los trabajos que ésta dejó inconclusos, consistentes en la reposición de pavimentos.

En su **contestación de la reconvención**, la empresa invocó la excepción de contrato no cumplido, justificando que la imposibilidad de culminación de tales trabajos (reposición de pavimentos) solo obedeció a la falta de pago por la Administración contratante de prestaciones cumplidas por su parte.

He aquí el punto específico sobre el cual se desea centrar el presente comentario de jurisprudencia, en tanto la posibilidad de oponer esta excepción frente a un incumplimiento contractual de la Administración ha sido objeto de cuestionamientos, desde la perspectiva tradicional de sus prerrogativas exorbitantes para la ejecución del contrato.

2. Concepto y requisitos de la excepción

En nuestro Derecho, no existe norma positiva que regule explícitamente la excepción de contrato no cumplido, si bien se trata de un instituto desarrollado por la doctrina

1 Tribunal Apelaciones Civil 1ºTº, Sentencia N° 86/2021 de 30 de junio de 2021, Ministro Redactor: Dr. Álvaro Messere Ferraro. En autos caratulados: TEYMA URUGUAY S.A. c/ ADMINISTRACIÓN DE OBRAS SANITARIAS DEL ESTADOCOBRO DE PESOSRECURSOS TRIBUNAL COLEGIADO P.E. 24/2021. Ficha 2-7258/2019.

civilista en virtud de indudables reglas contractuales de principio, como ser la igualdad de las partes contratantes y la buena fe en la ejecución del contrato.

Consiste en un derecho potestativo de resistir la demanda de cumplimiento (con lo cual se paraliza transitoriamente el derecho del adversario) si éste no cumple o demuestra que está pronto para cumplir a su vez con su obligación: no cumplo si tu no cumples. Así configurada la *exceptio non adimpleti contractus* es una causa de justificación del incumplimiento; legitima la resistencia a cumplir del demandado (Gamarra, 1987, p. 93).

Su aplicación **en el campo de la contratación privada** ha sido pacíficamente recogida por la doctrina y la jurisprudencia, sin perjuicio de requerirse la verificación de las siguientes condiciones para que pueda ejercitarse la excepción:

- a) que se trate de un contrato bilateral;
- b) que la contraparte no haya cumplido con su obligación recíproca e interdependiente;
- c) que el contrato no imponga al excepcionante el deber de cumplir en primer término; y
- d) que la excepción se ajuste al principio de buena fe.

Sin embargo, su aplicación **en el campo de la contratación pública** ha generado resistencia jurisprudencial y amplio debate doctrinario, a partir de una posición tradicional que rechazaba que el particular que contrata con la Administración pueda ampararse en el incumplimiento de ésta para dejar de cumplir con sus obligaciones correlativas, en virtud del interés público que está en juego en todo contrato administrativo.

3. Aplicación de la excepción a los contratos administrativos

Como viene de decirse, la **doctrina clásica del Derecho administrativo** postuló mayoritariamente una posición de rechazo a la aplicación de la excepción de contrato no cumplido a los contratos administrativos.

Es que este instituto se sustenta fundamentalmente en el principio de igualdad de las partes contratantes, mientras que para el Derecho Administrativo clásico uno de los caracteres singularizantes de los contratos que celebran las entidades estatales es que las partes no se encuentran en una posición de igualdad, debido a los diferentes propósitos que persiguen una y otra.

Mientras la Administración Pública persigue -debe perseguir- un fin de interés público, el co-contratante persigue su interés particular. Ello determina, para la doctrina clásica, que este co-contratante queda en una posición de subordinación respecto de la Administración contratante.

Por ende, como concreta manifestación de tal desigualdad y subordinación jurídica, se sostuvo -entre otras prerrogativas exorbitantes de la Administración- la inviabilidad para el co-contratante de hacer uso de la excepción de contrato no cumplido (Rivero, 1980, p. 128 y 129).

Para esta posición doctrinaria, el particular que celebra un contrato administrativo no puede ampararse en el incumplimiento de sus obligaciones por la Administración, para dejar de cumplir con las suyas, porque ha tomado a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera. Tendrá derecho a reclamar jurisdiccionalmente el pago de las obligaciones de que le sea deudora la Administración, más los daños y perjuicios que este incumplimiento le haya ocasionado, pero no puede dejar de cumplir con sus obligaciones contractuales (Berçaitz, 1980, P. 370).

Sin embargo, la **doctrina actual del Derecho administrativo** ha postulado una posición diferente, admitiendo la oposición de la *exceptio* en sede de contratación administrativa.

Ello obedece en parte a que, modernamente, la doctrina ha cuestionado aquel concepto de subordinación o desigualdad como característica del contrato administrativo, reivindicando como notas singularizantes a su eficacia vinculante y a la colaboración entre las partes. Más ampliamente, incluso, el concepto de subordinación hoy está en crisis como criterio para distinguir el Derecho Público del Derecho Privado (Delpiazzo, 2019, p. 23).

Entre nosotros, ya el Maestro de todos advirtió desde la primera edición de su Tratado (1953) que, entre los límites a la obligación del particular contratante de cumplir, se encuentra “el incumplimiento de la Administración a sus propias obligaciones”, y, citando a Gastón JEZE, agregaba en nota al pie de página que el particular contratante “puede invocar la inejecución de la Administración a sus obligaciones, como excusa justificativa en cierta medida de su propio incumplimiento. No compartimos pues, las opiniones extremas que no admiten la aplicación de la regla o la rechazan totalmente” (Sayagués, 2022, p. 553).

Más recientemente, se ha sostenido enfáticamente que:

La *exceptio non adimpleti contractus* es admisible. No hay ninguna razón para que no se pueda esgrimir contra la Administración. La Administración no puede, si no cumple, exigir el cumplimiento de la otra parte. Eso no es justo y, si no es justo, es antijurídico. Además, es de interés público la tutela de los intereses particulares. Justamente, el bien común está para el desarrollo de la persona humana, lo que implica que interés general e interés particular deben conjugarse en términos de coordinación y no en función del sacrificio de uno en aras del otro. Si la Administración no cumple, pretender que el co-contratante deba igualmente cumplir significa su ruina por hechos imputables a la Administración, lo que no es constitucionalmente aceptable. Cabe señalar, por otro lado, que admitir la *exceptio non adimpleti contractus* para una de las partes y no para la otra, no se compadece con el principio de igualdad (Durán Martínez, 2017, p. 682 y 683). Consecuentemente, hoy la *exceptio non adimpleti contractus* no encuentra obstáculos para su procedencia, habida cuenta del principio de justicia en que ella reposa (la reciprocidad obligacional) ya que no sería justo que la Administración reclame el cumplimiento al contratista cuando ella incumple sus obligaciones ni tampoco que el contratante privado sea quien, en definitiva, soporte la carga financiera del contrato, aunque estuviera en condiciones de hacerlo (Delpiazzo y Ruocco, 2013, p. 375).

De acuerdo a esta posición, ante el incumplimiento de la Administración el cocontratante puede suspender sin responsabilidad, sin culpa, sus prestaciones hasta tanto se restablezca la ecuación en base a la cual se celebró el contrato (Delpiazzo, 2019, p. 24).

No obstante, debe destacarse también que, dentro de esta posición favorable a la aplicación de la *exceptio* a los contratos administrativos, existen diversas **opiniones que la admiten pero con limitaciones**, atento al interés público que estos contratos buscan satisfacer.

Por un lado, un sector de la doctrina considera que la excepción es oponible solo cuando el incumplimiento de la Administración genera en el particular co-contratante una “razonable imposibilidad de cumplimiento” de sus obligaciones recíprocas (Marienhoff, 1998, p. 376 y ss.; Escola, 1977, p. 437 y ss., Cajarville, 2007, p. 416, entre otros).

Por otro lado, hay diversos autores que limitan la aplicación de la excepción según el tipo de contrato administrativo de que se trate y las consecuencias que la suspensión de su ejecución signifique para el interés público comprometido.

Así, por ejemplo, Cassagne admite ampliamente la oposición de la excepción por parte del co-contratante de la Administración, “salvo en el caso de aquellos contratos que tuvieran por objeto la prestación de un servicio público y en los estrictamente inherente a su continuidad” (Cassagne, 2005, p. 125).

Por su parte, Gordillo entiende que la aplicación de la excepción no procedería respecto de aquellos contratos administrativos que supongan para el co-contratante el privilegio del monopolio o exclusividad en la prestación contratada (Gordillo, 2013, p. XI-35).

De forma más amplia, Comadira considera que “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” (Comadira, 2007, p. 703). Al respecto, advierte que no todos los contratos administrativos comprometen el interés público de la misma manera, extremo que debe evaluarse en cada caso.

4. La sentencia del caso

En el contexto reseñado, la excepción de contrato no cumplido opuesta en el caso planteado fue desestimada en primera instancia y acogida en segunda instancia, por la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno N° 86 de 30 de junio de 2021, que es objeto de este comentario.

A su vez, esta sentencia de segunda instancia fue confirmada en lo pertinente por la Suprema Corte de Justicia, al rechazar el recuso de casación promovido por la Administración contratante.

Sin perjuicio de ello, se dedicará el presente comentario a la referida sentencia de segunda instancia, porque es la que dedica su Considerando V a la cuestión que da mérito a este análisis, sosteniendo que “*el agravio relativo a la excepción de contrato no cumplido es de recibo legal*”.

Funda su aserto en la doctrina civilista que ha desarrollado la excepción de contrato no cumplido y sus requisitos, para luego hacer aplicación de ellos al contrato público en cuestión.

Así, parte de la base de que “La referida excepción consiste en un derecho potestativo de resistir la demanda de cumplimiento si éste no cumple o demuestra que está pronto para cumplir a su vez con su obligación (cf. Gamarra, Tratado, t. XVIII, 1992, pág. 93).

Es un derecho potestativo de resistir la demanda de cumplimiento, una forma legitimante de la resistencia a cumplir por parte del demandado, difiriendo su prestación hasta que la contraparte cumpla la suya o pruebe que está pronta a hacerla, pero manteniendo en vida el negocio respectivo (op. cit., págs. 91 y 92).

Los requisitos para que pueda ejercitarse la excepción de contrato no cumplido son que se trate de un contrato bilateral, que la contraparte no haya cumplido con su obligación recíproca e interdependiente, que el contrato no imponga al excepcionante el deber de cumplir en primer término y que la excepción se ajuste al principio de la buena fe (cf. autor op. cit., pág. 97).

Luego de este marco conceptual, la sentencia ingresa al análisis del caso, señalando que, “A juicio de la Sala, in folios, se verifican los elementos indispensables para admitir la excepción.

OSE incumplió con la obligación de pagar los sobrecostos por el exceso de roca extraída, lo que determinó que T.S.A. no haya podido culminar el último tramo de la obra comprometida, por falta de fondos económicos para hacer frente a la obligación.

Los mails que refiere la parte actora, al apelar (fs. 157/159), dan cuenta de la dificultad económica y la necesidad de pagos por parte de OSE para continuar con la obra.

Va de suyo que el incumplimiento de OSE es anterior en el tiempo, por lo que la actora estaba habilitada a resistir el cumplimiento de la obligación asumida por su parte ante la imposibilidad de hacer frente a los costos para finalizar las obras”.

De esta manera, la sentencia, si bien no abunda en los fundamentos de la aplicación de la excepción en el ámbito público, asume que el contrato, como categoría jurídica, trasciende las distintas ramas del Derecho y, por ende, habilita la invocación de institutos como el de la excepción de contrato no cumplido en el campo de la contratación administrativa, sin necesidad de acudir a la analogía.

Al respecto, sin que este sea el lugar para examinar las relaciones del Derecho Administrativo con el Derecho Civil, es valor entendido que el Código Civil explicita en muchos casos reglas y principios generales en materia contractual que resultan aplicables a todos los contratos, como género, cualquiera sea su especie o la naturaleza de las partes contratantes.

En definitiva, presupone que se trata de una lógica consecuencia de la naturaleza sinalagmática del contrato, con independencia de que una de las partes sea una Administración Pública, además de las razones de justicia, de protección del equilibrio contractual y patrimonial de los contratantes, y de buena fe, que respaldan su general aplicación (De Cores, C., Gamarra, R. y Venturini, B., 2013, p. 535 y ss.).

Sin perjuicio de ello, la referencia que realiza la sentencia al final del Considerando V citado, al señalar que “la actora estaba habilitada a resistir el cumplimiento de la obligación asumida por su parte ante la imposibilidad de hacer frente a los costos para finalizar las obras”, parece seguir la posición doctrinaria que admite la aplicación de

la excepción a los contratos administrativos, pero limitándola a los casos en que el incumplimiento de la Administración revista una gravedad o trascendencia tal que determine para su co-contratante una “razonable imposibilidad de cumplimiento”.

Referencias bibliograficas

- Cajarville Peluffo, J.P. (2007). *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo II, Montevideo, F.C.U.
- Cassagne, J.C. (2005). *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Comadira, J.P. (2007). “La excepción de incumplimiento contractual en el Derecho Administrativo”. *Cuestiones de contratos administrativos*, Buenos Aires, RAP.
- De Cores, C., Gamarra, R. y Venturini, B. (2013). *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Incumplimiento del Contrato*, Tomo I, Montevideo, La Ley.
- Delpiazzo, C. (2019). *Contratación administrativa*, Montevideo, F.C.U.
- Delpiazzo, C. y Ruocco, G. (2013). *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Actos y Contratos de la Administración*, Tomo I, Montevideo, La Ley.
- Durán Martínez, A. (2017). *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*, Montevideo, La Ley.
- Escola, H. (1977). *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen I, Buenos Aires, Depalma.
- Gamarra, J. (1987). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XVIII, Montevideo, F.C.U.
- Gordillo, A (2013). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.
- Marienhoff, M. (1978). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Rivera, G. (2016). “La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, N° 14, p. 111-142
- Rivero, J. (1980). *Droit Administratif*, Paris, Dalloz.
- Rotondo, F. (2003). “El incumplimiento de la Administración en la concesión de los servicios públicos”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, N° 22, p. 165-174.
- Sayagués Laso, E. (2022). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, F.C.U.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy