

La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa

The exception of non-performance in public contracts regulation

Gonzalo Rivera

Universidad Católica del Uruguay- Uruguay
griveramo@gmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.22235/rd.v0i14.1236>

RESUMEN: El presente artículo analiza la procedencia de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito del derecho administrativo, cuestión sobre la cual se evidencian posiciones disímiles tanto en la doctrina nacional como en la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Las sentencias más recientes del citado Tribunal rechazan la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, considerando que el incumplimiento de la Administración no legitima al co-contratante para incumplir sus obligaciones. En discordancia con la posición de la Corporación, estimamos que debe admitirse de regla la operatividad del instituto en el campo de la contratación administrativa, siempre que se verifiquen determinados requisitos. Ello por cuanto la falta de cumplimiento de la Administración opera como causa de justificación y en consecuencia enerva la ilegitimidad del incumplimiento del co-contratante. En consecuencia, resultará ilegítimo, por estar viciado en sus motivos, el acto administrativo de rescisión unilateral del contrato que se funde en un incumplimiento del contratista que esté justificado por la inejecución de la contraparte.

Recibido: 22/02/16. Revisado: 30/9/16. Aceptado: 18/10/16)

PALABRAS CLAVE: excepción de contrato no cumplido; contratación administrativa; incumplimiento; rescisión unilateral del contrato; prerrogativas de la administración; Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

ABSTRACT: This article discusses the merits of the exception of non-performance in the field of administrative law, issue on which both national doctrine and the “Tribunal de lo Contencioso Administrativo” (Court of Administrative Litigation Law) show dissimilar positions. The most recent judgments of that Court reject the application of the *exceptio non adimpleti contractus*, considering that the failure of the public agency does not authorize the contractor not complying with its obligations. In disagreement with the position of the Court, we estimate that it must be allowed, as a general rule, the operation of the institute in the field of public contracts, provided that certain conditions are observed. This because the breach of the public agency operates as a justification and consequently eliminates the illegality of the failure of the contractor. Consequently, the administrative act of unilateral termination of the contract, which is based on a breach of the contractor that is justified by the failure of the counterparty, it is unlawful for being flawed in their motives.

KEYWORDS: exception of non-performance; public contracts regulation; breach of contract; unilateral termination of the contract; privileges of the public agencies.

SUMARIO: I. Planteo inicial. II. Ejecución de los contratos administrativos. Aspectos generales. III. Potestad de rescisión unilateral del contrato en mérito al incumplimiento del co-contratante. 1. Doctrina. 2. Jurisprudencia. IV. Defensas que puede ejercer el co-contratante ante la rescisión unilateral dispuesta por la Administración. V. La excepción de contrato no cumplido. Nociones generales. VI. Procedencia de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa: ¿el incumplimiento de la Administración legitima el no cumplimiento del co-contratante? 1. Doctrina. 2. Jurisprudencia. VII. Fundamentos para la recepción del instituto de la *exceptio* en el campo de la contratación administrativa. VIII. Requisitos para la aplicación del instituto en la contratación administrativa. IX. Vías para la aplicación del instituto. X. Competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para juzgar los presupuestos de la excepción de contrato no cumplido. XI. Conclusiones.

I. **PLANTEO INICIAL**

El objeto del presente trabajo consiste en analizar la posibilidad de aplicación, en el marco de la contratación administrativa, del instituto de la excepción de contrato no cumplido, a efectos de examinar si la inexecución por parte de la Administración de las obligaciones a su cargo legitima o no el incumplimiento del co-contratante. Dicho en otros términos, se trata de determinar si la *exceptio non adimpleti contractus* puede ser opuesta por el particular que contrata con la Administración, cuando ésta le exige el cumplimiento de su obligación o ejerce la potestad de rescisión unilateral del contrato en mérito al incumplimiento del co-contratante.

Se estudiará el asunto con especial énfasis en la doctrina nacional y en la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), poniendo el foco en la procedencia o improcedencia de la aplicación de la *exceptio* en el ámbito de la contratación pública, en la forma en qué debería aplicarse el instituto en este campo, así como en la debatida cuestión acerca de si el mencionado Tribunal, ante la impugnación por parte del co-contratante del acto administrativo de rescisión unilateral, puede juzgar o no el cumplimiento de la Administración de las obligaciones a su cargo.

II.

EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ASPECTOS GENERALES

A la hora de estudiar la ejecución de los contratos administrativos, no puede perderse de vista que los contratos que celebra la Administración, sin perjuicio de sus particularidades, son ante todo contratos, y por ende se le aplican las reglas de la teoría general del contrato.

Así lo destaca reiteradamente Delpiazzo al señalar que el contrato, como categoría jurídica, trasciende las distintas ramas del Derecho, constituyendo objeto propio de la teoría general. El contrato es un género, que se adjetiva o califica en diversas especies, una de las cuales es aquella en que participa una Administración —o más modernamente, un poder adjudicador—. Y bien, para el análisis de dicho contrato, deben considerarse primordialmente las reglas básicas aplicables a todo contrato, propias de la teoría general, y solo en un segundo orden las reglas específicas, propias de la contratación administrativa —o más modernamente, contratación pública—¹.

En tal sentido, indica el autor que el Código Civil, cuando regula los contratos, si bien lo hace pensando de modo particular en los contratos de derecho privado, contiene un conjunto de reglas que pueden considerarse aplicables a todo tipo de contrato, cualquiera sea su especie². En la misma línea, señala Durán Martínez que cuando se regulan aspectos esenciales de instituciones que son comunes al derecho público y privado, los mismos son aplicables en ambos derechos, sin necesidad siquiera de acudir a la analogía³.

De este modo, entre las reglas generales aplicables a todos los contratos, inclusive los administrativos, corresponde incluir, a modo de ejemplo, al principio de eficacia vinculante del contrato (recogido en el art. 1291 inc. 1° del Código Civil), a la regla de que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden quedar librados al arbitrio de uno de los contratantes (prevista en el art. 1253 C.C.), y al principio de buena fe en la ejecución del contrato (estatuida en el art. 1291 inc. 2° C.C.).

¹ Carlos Delpiazzo, "Los contratos como reglas de Derecho", en *Fuentes del Derecho Administrativo. IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, coords. Rodríguez Arana, Jaime y otros (Buenos Aires: RAP, 2010), 668-669.

Décadas atrás, en esta misma línea, había indicado Sayagués que la regla de que los contratos deben ejecutarse de buena fe no es exclusiva del derecho privado, sino que es un principio general, y por lo tanto rige también en el derecho administrativo (Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, 7ª Ed. (Montevideo: FCU, 1998), 474).

² Carlos E. Delpiazzo, *Contratación administrativa*, 2ª Ed. (Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004),

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142
218.

³ Augusto Durán Martínez, "Ejecución de los contratos administrativos", en *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General* (Montevideo: Augusto Duran Martínez, 2003), 274.

En la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede destacarse la Sentencia N° 417/1988, en la cual se señala, con respecto a un contrato de función pública, que resultan perfectamente aplicables al caso, los principios generales de la contratación manejados en la esfera privada, tales como el de que el contrato es ley de las partes y el de que los contratos no solo deben celebrarse, sino también cumplirse de buena fe. Tales principios, en el terreno de la Administración Pública, solo ceden ante un texto claro, expreso, y desde luego aplicable al caso⁴.

Las consideraciones anteriores no implican ignorar la categoría del contrato administrativo, que tiene sus peculiaridades salientes, como ser que la Administración está situada en una posición de supraordenación, con un conjunto de potestades exorbitantes atribuidas por la legislación, y sujeta también a limitaciones que no tienen los particulares, en función del distinto fin que persiguen una y otra parte (fin público el Estado, fin privado los co-contratantes). Antes bien, estas circunstancias determinan que los contratos en los que participa la Administración tengan un régimen jurídico particular, con reglas propias pertenecientes al derecho público, las cuales se ponen especialmente de manifiesto en la etapa de ejecución⁵. Ahora bien, en aquellos aspectos en los cuales el contrato administrativo carece de una regulación propia, será posible —en general— llenar los vacíos mediante la analogía con la normativa de derecho privado⁶.

En conclusión, estimamos que la ejecución del contrato administrativo se rige primeramente por las reglas generales aplicables a todo contrato, luego por las reglas específicas propias de la contratación administrativa, así como por las reglas especiales aplicables a determinadas especies de contrato administrativo, y finalmente por las reglas particulares dadas en cada caso por el pliego de condiciones y por el propio contrato celebrado ente la Administración y el co-contratante.

⁴ En igual sentido: Sentencia TCA N° 964/1999.

⁵ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 472.

⁶ Augusto Durán Martínez, "Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos", en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, 1ª Ed., Directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales, y Miguel Ángel Sendín García (Londres: Cameron May y la Junta de Castilla y León, 2008), 745.

III

POTESTAD DE RESCISIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN MÉRITO AL INCUMPLIMIENTO DEL CO-CONTRATANTE

En el marco de la ejecución del contrato administrativo, cabe hacer referencia a la potestad de la Administración para rescindir unilateralmente el contrato en virtud del incumplimiento del particular.

1. DOCTRINA

A juicio de la doctrina publicista clásica, la potestad de rescisión unilateral de la Administración resultaba implícita⁷. En tal sentido, señalaba Sayagués:

La rescisión procede, aunque nada se hubiera establecido expresamente en el contrato, cuando el particular incurre en incumplimiento de cierta gravedad. (...) En general admítase que la administración puede declarar unilateralmente la rescisión del contrato, sin necesidad de acudir a la vía judicial, aunque nada se hubiere estipulado al respecto. Esta solución se justifica por el interés público de que la ejecución del servicio no se paralice, lo cual ocurriría fatalmente si la administración tuviere que aguardar el pronunciamiento de la justicia.⁸

Sin embargo, en los últimos tiempos, autores de la talla de Cajarville, Durán Martínez y Delpiazzo, han cuestionado la existencia de una potestad de principio de la Administración de extinguir unilateralmente el contrato cuando se produce un incumplimiento del co-contratante⁹. Esgrime al respecto Cajarville:

La afirmación de que la Administración, en la contratación administrativa o en cualquier otra materia, tiene poderes exorbitantes, será cierta en tanto no se la considere un postulado a priori del cuál deducir poderes, sino en cuanto sea una comprobación inductiva, a posteriori; será verdadera en la medida en que se demuestre que hay normas que confieren potestades exorbitantes. Pero es equivocado partir como postulado de que la Administración tiene potestades exorbitantes, para

⁷ Entre los autores nacionales que sostenían la existencia de dicha potestad unilateral de rescisión, enumera Cajarville a los siguientes: Sayagués Laso, Brito, Latorre y Prat (Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Extinción de los contratos de la Administración", en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, 1ª Ed., Directores: Jaime Rodríguez- Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales, y Miguel Ángel Sendín García (Londres: Cameron May y la Junta de Castilla y León, 2008), 804).

⁸ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 480-481.

⁹ Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Extinción de los contratos de la Administración", 812-814; Augusto Durán Martínez, "Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos", 756; Carlos E. DELPIAZZO, *Contratación administrativa*, 251-252.

deducir de esa afirmación apriorística la existencia de un poder de modificar o extinguir unilateralmente el contrato, que no pueda fundarse en ninguna “regla de derecho”. Entonces, si existe una norma que atribuye expresamente el poder de extinguir un contrato a la Administración, la cuestión se traslada al análisis de la legitimidad de esa norma. No siendo así, para que pueda admitirse su existencia como potestad implícita deberán cumplirse los requisitos que conforme a la “teoría de los poderes implícitos” permiten sostenerla.¹⁰

Señala luego el autor que existen diversos supuestos de extinción del contrato, algunos de los cuales constituyen “hipótesis de conflicto entre la Administración y su cocontratante”, como ocurre con el caso del “incumplimiento del co-contratante”. Respecto de estas hipótesis, sostiene el doctrino que la actividad consistente en el dictado de actos imperativos que tengan por objeto resolver conflictos intersubjetivos concretos de pretensiones fundadas en derecho, es la esencia de la función jurisdiccional, por lo que compete, de regla, al Poder Judicial. Esa competencia no puede descartarse mediante una ley, pues una norma legal que atribuyera función jurisdiccional a órganos ajenos al Poder Judicial, sin autorización constitucional expresa, resultaría inconstitucional¹¹. Asimismo, tampoco puede descartarse dicha competencia del Poder Judicial por medio de una estipulación contractual que pretenda conferir dicha potestad a la Administración, pues la competencia de los Poderes es de orden público y no puede alterarse mediante un contrato. Y a su vez, tampoco puede entenderse que exista un ‘poder implícito’ de la Administración para extinguir el contrato en forma unilateral en estos casos de conflicto, pues no se verifica uno de los requisitos de la ‘teoría de los poderes implícitos’ (el relativo a que el poder ‘no esté expresamente atribuido a otro órgano’, que en el caso lo está al Poder Judicial)¹².

En la misma línea apunta Durán Martínez al expresar que el Estado, una vez celebrado el contrato, no puede esgrimir una posición privilegiada. “Queda atado por la regla que él mismo ha contribuido a crear. De más está decir que si la rescisión se pretende por razones de legitimidad o de incumplimiento del co-contratante particular, como éstas son hipótesis de conflicto ello es resorte de la función jurisdiccional. Con mayor razón, en estos casos resulta inadmisibles una rescisión unilateral”¹³.

¹⁰ Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Extinción de los contratos de la Administración”, 808-809.

¹¹ Si bien cabe señalar que no ha sido ésta la posición de la Suprema Corte de Justicia, la que ha admitido la constitucionalidad de la atribución por ley a la Administración de la potestad de rescisión unilateral de los contratos por incumplimiento del co-contratante (Sentencia SCJ de fecha 4/9/1998, en LJU 13.654).

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142

¹² Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Extinción de los contratos de la Administración", 812-814; en igual sentido: Carlos E. Delpiazso, *Contratación administrativa*, 251-252.

¹³ Augusto Durán Martínez, "Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos", 756.

2. JURISPRUDENCIA

Ahora bien, la posición de la moderna doctrina no es acompañada por la jurisprudencia del TCA, la cual admite la existencia de una potestad implícita de receso unilateral de la Administración por incumplimiento del co-contratante. Así, por citar un caso, señala el Tribunal en la Sentencia N° 201/2001:

No puede dudarse de que la “potestad” de proceder por “voluntad unilateral” a la rescisión del contrato, está ínsita en el propio contrato y forma parte indiscutible de la naturaleza del mismo. Así no se duda, que la Administración como cocontratante, cuenta con tal privilegio (inexistente en el derecho privado) en función de la naturaleza PÚBLICA de la contratación. Tal potestad responde entonces, no sólo a las características propias del contrato administrativo, sino a su “finalidad” que no es otra que la satisfacción del interés común. Es muy claro que esa potestad (exorbitante del Derecho Privado, al decir de MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo T. III A, pág. 403 y sgtes.), está legítimamente justificada”. “Vale decir entonces que ese “fortalecimiento” de una de las dos voluntades contratantes, está sobradamente justificado por los intereses en juego, que en el caso es el interés PÚBLICO”.¹⁴

En consecuencia, puede concluirse que actualmente doctrina y jurisprudencia se hallan en posiciones divergentes respecto de la existencia de dicha potestad de rescisión unilateral.

IV.

DEFENSAS QUE PUEDE EJERCER EL CO-CONTRATANTE ANTE LA RESCISIÓN UNILATERAL DISPUESTA POR LA ADMINISTRACIÓN

Ante el dictado por la Administración de un acto administrativo de rescisión unilateral del contrato por incumplimiento del co-contratante, se le abre a éste, de acuerdo a la actual redacción del art. 312 de la Constitución, la opción de promover —previo agotamiento de la vía administrativa— la acción de nulidad contra dicho acto rescisorio (vía contencioso anulatoria, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo), o de entablar directamente

¹⁴ En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corporación en las Sentencias TCA N° 294/1989, 327/1998, 996/1999, 249/2001, 616/2004, 45/2006, 58/2006, 291/2006, 829/2006, 313/2007, 295/2009, 334/2012, 356/2012, 211/2013, 353/2013, 703/2014, 709/2014, 189/2015 y 764/2015, entre otras.

la acción de reparación de los daños y perjuicios causados por dicho acto (vía reparatoria, ante los Juzgados Letrados en lo Contencioso Administrativo) ¹⁵.

A su vez, si el co-contratante considera que ha cumplido con sus obligaciones y que el incumplidor es el Estado, cuenta con la opción general prevista en el art. 1431 del Código Civil, conforme con la cual puede solicitar ante la justicia ordinaria la ejecución forzada o la resolución del contrato, con más los daños y perjuicios generados por el incumplimiento. En el marco de estas acciones, según lo entiende parte de la doctrina administrativista, el juez podrá desaplicar (descartar) el acto administrativo de extinción unilateral —siempre que entienda que el mismo es ilegítimo—, y ordenar a la Administración el cumplimiento del contrato (en la acción de ejecución), o disponer la resolución del vínculo contractual por incumplimiento del Estado (en la acción de resolución)¹⁶.

En el presente trabajo, nos centraremos en la primera de las opciones enumeradas, esto es, la promoción de la acción de nulidad ante el TCA, la cual requiere indispensablemente el previo agotamiento de la vía administrativa.

Respecto a la procesabilidad ante la jurisdicción del Tribunal del acto de extinción unilateral del contrato, el Colegiado ha mantenido una jurisprudencia firme en el sentido de que el acto administrativo en cuyo mérito la Administración, por sí y ante sí, dispone la rescisión de un contrato, al tratarse de un acto separable del contrato (art. 23 Decreto Ley 15.524), resulta procesable ante la Sede¹⁷.

En relación a las bases en que puede fundarse una acción de nulidad contra un acto rescisorio, cabe señalar primeramente que en la tesis de la moderna doctrina nacional, conforme con la cual la Administración carece de una potestad de principio para rescindir unilateralmente los contratos que ha celebrado fundándose en el incumplimiento del co-contratante, sería suficiente para el particular con alegar dicha causal de ilegitimidad ante el TCA, para que la Corporación acogiera la demanda y en consecuencia dispusiera la anulación del acto de extinción unilateral.

No obstante, dado que el Tribunal ha mantenido su postura respecto a la existencia de una potestad implícita de la Administración para proceder a la rescisión unilateral del

¹⁵ Para la jurisprudencia mayoritaria es requisito necesario, para la promoción de la acción reparatoria, agotar previamente la vía administrativa, solución que es rechazada casi por la unanimidad de la doctrina.

¹⁶ Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Extinción de los contratos de la Administración", 816-817; Carlos E. Delpiazzo, *Contratación administrativa*, 252; Felipe Rotondo, "El incumplimiento de la Administración en la concesión de servicios públicos", en *Revista de la Facultad de Derecho de la UDELAR*, Tomo 22 (2003): 173.

¹⁷ Véase en jurisprudencia las Sentencias del TCA N° 327/1998, 249/2001, 70/2005, 45/2006, 829/2006, 313/2007, 334/2012, 356/2012, entre otras. En doctrina, véase: Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Extinción de los contratos de la Administración", 808; Carlos E. Delpiazzo, *Contratación administrativa*, 232-233 y 238-239; Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 481.

contrato en mérito al incumplimiento del co-contratante, cabe analizar qué otras causales de ilegitimidad puede invocar el particular al promover la acción de nulidad contra el acto de rescisión.

Una posibilidad que debe analizarse, en los casos en los que existe en el contrato una cláusula de rescisión, es si la Administración cumplió con las exigencias previstas en dicha cláusula¹⁸. De igual modo, el acto de rescisión unilateral puede resultar ilegítimo por no haberse verificado los requisitos previstos en el Pliego para que opere la rescisión¹⁹. También puede alegarse por el co-contratante que la extinción unilateral es ilegítima por no haberse producido el incumplimiento en el que se funda la rescisión²⁰, o que ha operado una causa extraña no imputable que justifica el incumplimiento del contratista²¹.

Por último, se discute si el co-contratante puede plantear ante el TCA, como justificativo de su falta de cumplimiento, la previa inexecución de la Administración, esto es, si opera en este ámbito la excepción de contrato no cumplido, aspecto sobre el cual nos detendremos en los siguientes apartados.

V.

LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO. NOCIONES GENERALES

El instituto denominado 'excepción de contrato no cumplido' consiste, al decir de Gamarra, '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

¹⁸ En una sentencia del año 2013, el Tribunal anuló un acto de rescisión unilateral dictado por AFE, 'ante la evidente infracción a la regla de derecho, concretizada en el incumplimiento de la cláusula rescisoria del contrato, firmado entre las partes (...), cuya violación inficiona irremediabilmente de nulidad, lo actuado por la Administración' (Sentencia TCA N° 211/2013).

¹⁹ En este sentido se pronuncia el Tribunal en un fallo del año 2007, señalando que 'corresponde la anulación del acto impugnado, en virtud de no haberse verificado en el caso, las hipótesis que habrían habilitado a la Administración el ejercicio de la facultad rescisoria, en mérito a la cual aquél fue dictado. (...) La posibilidad de rescindir el contrato estaba acotada para la demandada por las reglas establecidas en el Pliego de Condiciones, las cuales estipulan que esa facultad sólo podía ser ejercida si la adjudicataria incurría: a) en tres incumplimientos sucesivos; b) no debidamente justificados; c) o de suma gravedad' (Sentencia TCA N° 313/2007).

²⁰ Véase en tal sentido las Sentencias del TCA N° 356/2012 y 416/2015, que anulan actos de rescisión unilateral por considerar que no existieron incumplimientos del co-contratante.

²¹ Véase la Sentencia TCA N° 353/2013, que descarta las circunstancias configurativas de causa extraña que habían sido alegadas por la actora, por cuanto 'en la especie, ninguno de los hechos invocados reviste la nota de irresistibilidad característica del caso fortuito o fuerza mayor'.

la *exceptio n. a. c.* es una causa de justificación del incumplimiento; legitima la resistencia a cumplir del demandado²².

A pesar de que el Código Civil carece de una regulación general del instituto, éste ha sido unánimemente aceptado en el ámbito del derecho privado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia vernácula. “No podría ser de otra manera —dice Gamarra—, porque se funda en elementales y básicas razones jurídicas, y en principios generales, como el de la igualdad entre los contratantes. Es evidente que, en un contrato bilateral, donde ambas partes se encuentran parificadas, ninguna de ellas puede exigir el cumplimiento a la otra si, a su vez, no cumple u ofrece cumplir con lo debido²³.”

El instituto está íntimamente vinculado con la figura del sinalagma funcional. En ese sentido, apuntan De Cores-Gamarra-Venturini que “la excepción de contrato no cumplido constituye uno de los principales mecanismos que revelan la existencia del sinalagma funcional. (...) En efecto, dada una situación de anomalía en el cumplimiento de las prestaciones a que una de las partes estaba obligada, es claro que ello repercute en la otra parte del contrato, la que debe contar con mecanismos de defensa para suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta tanto reciba la prestación de su contraparte.²⁴”

Añaden los citados autores que la *exceptio* constituye una causa de justificación del no cumplimiento, desde que, en tal supuesto, la conducta de retener el propio cumplimiento es un acto permitido por el derecho, del mismo modo que las causas de justificación eliminan la ilicitud tanto en el derecho penal como en el derecho civil. Se caracteriza, entonces, por constituir un medio de defensa que puede ejercerse tanto en la esfera judicial como en la extrajudicial. En la primera, opera como excepción. En la segunda, actúa como ‘causa de legitimación del incumplimiento’, que podrá ser evaluada posteriormente, cuando deba resolverse sobre la juridicidad de la conducta de las partes²⁵.

En cuanto a su radio de aplicación, debe señalarse que el ámbito natural de la excepción de contrato no cumplido es la acción de cumplimiento (o ejecución forzada). Sin embargo, se ha admitido progresivamente la posibilidad de oponer la *exceptio* ante una demanda de resolución del contrato, o bien de exigir como presupuesto de la demanda resolutoria el cumplimiento por parte del pretensor de la obligación principal a su cargo, lo que tiene

²² Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 1ª reimpresión (Montevideo: FCU, 1987), 93.

²³ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 94.

²⁴ Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 1ª Ed. (Montevideo: La Ley Uruguay, 2013), 533-534.

²⁵ Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento*

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142 de *Contrato. Tomo I*, 534-535.

como consecuencia que en caso de que éste no haya cumplido, la pretensión resolutoria será desestimada²⁶.

Por último, en lo que atañe a los efectos de su aplicación, dado que la *exceptio* opera como causa de justificación del incumplimiento del excepcionante, se entiende que las obligaciones que gravan a éste dejan de ser exigible, se enervan las consecuencias de la mora, y por ende no se deben daños y perjuicios, intereses ni cláusula penal²⁷.

VI.

PROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA:

¿EL INCUMPLIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN LEGÍTIMA EL NO CUMPLIMIENTO DEL CO-CONTRATANTE?

Tomando en consideración los precedentes postulados, y situando el análisis en el ámbito de la contratación administrativa, resulta apropiado preguntarse si el co-contratante requerido por la Administración para ejecutar su prestación, puede oponer ante aquella la excepción de contrato no cumplido y en consecuencia no cumplir con su obligación hasta tanto el Estado no cumpla con la suya, o demuestre que está pronto para cumplir. En otras palabras, se trata de examinar si la falta de cumplimiento de la Administración puede justificar (legitimar) el no cumplimiento del co-contratante, y tornar por ende ilícita la rescisión unilateral dictada por aquella en mérito a un alegado incumplimiento del particular.

²⁶ Sobre el punto, sostenía Layerle que el previo cumplimiento del acreedor no es un presupuesto de la acción resolutoria sino un elemento contingente, que solo tiene relevancia cuando el deudor, al evacuar el traslado de la demanda, opone la excepción de contrato no cumplido (Carlos Layerle, *La condición resolutoria legal* (Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna, 1966), 289).

La jurisprudencia seguía en general este criterio, el cual varió a partir de una nota de jurisprudencia de Tomás Guerrero en el Tomo XVI del Anuario de Derecho Civil Uruguayo, quien sostuvo que dado que la parte requerida está legitimada por el no cumplimiento de su contraparte, caduca el presupuesto de mérito para acoger la demanda de resolución. En opinión del autor, la llamada 'excepción de contrato no cumplido' no se trata propiamente de una excepción, sino de un requisito o presupuesto de las acciones de ejecución forzada y de resolución por incumplimiento (Tomás Guerrero, "Excepción de contrato no cumplido y acción de resolución de contrato por incumplimiento: si la primera es una defensa eficaz ante la segunda", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XVI, Jurisprudencia comentada* (1986) 127-131).

Tanto los Tribunales de Apelaciones como la Suprema Corte de Justicia se afiliaron a partir de allí a dicho criterio (entre otras: Sentencia SCJ N° 93/1991, 189/2001 y 248/2009, Sentencia TAC 4° N° 21/1990, Sentencia TAC 5° N° 99/2009).

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142

²⁷ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 106-107; Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 539.

1. DOCTRINA

Apuntan Delpiazzo y Ruocco que la doctrina clásica del derecho administrativo pos- tuló como uno de los caracteres singularizantes de los contratos que celebran las entidades estatales, la desigualdad de intereses (públicos y privados) perseguidos por ambas partes. “Como concreta manifestación de tal desigualdad, se sostuvo la inviabilidad para el cocontratante de hacer uso de la excepción de contrato no cumplido”²⁸.

En esa línea, señalaba Escola que el contrato administrativo persigue un fin de interés público, lo que origina que en él se reconozcan principios y potestades exorbitantes del de- recho privado, entre ellos el principio de continuidad de la ejecución, que se vería afectado por la posibilidad de aplicación de la *exceptio*, instituto que encuentra su razón de ser en principios y fundamentos que no se concilian con los que dan basamento al derecho admi- nistrativo, con los cuales se halla incluso en contradicción²⁹.

En nuestra doctrina contemporánea, sostiene Cajarville que la falta de cumplimien- to de la Administración no justifica el incumplimiento de la contraparte, salvo el caso de imposibilidad del co-contratante de continuar con su prestación. El co-contratante tiene que seguir cumpliendo estrictamente con sus obligaciones, pese al incumplimiento de la Administración, hasta que el contrato se extinga por la vía que corresponda por falta de la Administración. La consecuencia de esta extinción será la indemnización integral para el co-contratante³⁰.

El autor argentino Ismael Mata, en un trabajo que recopila las opiniones de diversos especialistas sobre el tema, indica que según la posición de Jèze, Bielsa y Escola, la *exceptio* no se aplica en este ámbito cualquiera sea el incumplimiento en que haya incurrido la Administración; mientras que, para otros autores como Marienhoff, Mo, Cassagne, Berçaitz y Mertehikian, aquella puede aplicarse en casos de grave incumplimiento por parte de la Administración³¹.

En esta última posición puede ubicarse en nuestra doctrina al Maestro Sayagués, quien señalaba que el deber del particular de cumplir estrictamente sus obligaciones tiene límites, entre los cuales aparece, 'en cierta medida, el incumplimiento de la administración a

²⁸ Carlos E. Delpiazzo y Graciela Ruocco, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo I*, 1^ª Ed. (Montevideo: La Ley Uruguay, 2013), 375.

²⁹ Héctor Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos, Volumen I* (Buenos Aires: Depalma, 1977), 437.

³⁰ Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Extinción de los contratos de la Administración”, 797 (cita en su apoyo las opiniones de Brito, Prat, Jèze, García de Entrerría y Fernández, Berçaitz, Escola y Marienhoff).

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142

³¹ Ismael Mata, "Prerrogativas de la Administración en la contratación pública", en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, 1ª Ed., Directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales, y Miguel Ángel Sendín García (Londres: Cameron May y la Junta de Castilla y León, 2008), 47.

sus propias obligaciones”, añadiendo en nota al pie que no comparte las opiniones extremas que admiten la aplicación íntegra de la regla o la rechazan totalmente, puesto que, a su juicio, en ciertos casos la falta de la administración es susceptible de excusar el incumplimiento en que incurriere el contratante³².

La misma tesis sustenta Rotondo, con referencia específica al contrato de concesión de servicio público, cuando sostiene:

El incumplimiento de la administración concedente no puede hacer exigible la ejecución del servicio por el concesionario, específicamente si aquél fuera grave, creara una relevante dificultad o prácticamente una imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, incidiera también gravemente, o se extendiera temporalmente sobre la ecuación económico-financiera. En esos supuestos cabe la suspensión de la ejecución por parte del cocontratante ya que no puede admitirse que cumpla a costa de cualquier sacrificio. De persistir, correspondería la extinción del contrato, por vía de acuerdo o mediante decisión jurisdiccional, con la reparación de los daños y perjuicios.³³

Continúa exponiendo Mata, en el citado trabajo, que otros autores argentinos como Mairal y Gordillo admiten en principio la procedencia de la *exceptio* en la contratación administrativa, pero niegan la posibilidad de su aplicación en los contratos de concesión o licencia de servicios públicos, fundándose en el principio de continuidad del servicio público y la defensa del derecho de los usuarios, especialmente en los casos en que los servicios se prestan con carácter monopólico o en exclusividad³⁴.

Por su parte, en la posición más proclive a la recepción del instituto, se ubican autores como Durán Martínez, Delpiazzo y Ruocco, quienes sostienen la admisibilidad con carácter general de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito del derecho administrativo. En esta línea, señala Durán Martínez:

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.³⁵

³² Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, 473 y 481.

³³ Felipe Rotondo, “El incumplimiento de la Administración en la concesión de servicios públicos”, 171.

³⁴ Ismael Mata, “Prerrogativas de la Administración en la contratación pública”, 47.

³⁵ Augusto Durán Martínez, “Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos”,

757. Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142

Al fundar su posición, sostiene el autor que la no recepción de la *exceptio* en sede administrativa, al igual que la admisión de la potestad de modificación o rescisión unilateral del contrato por la Administración, implica un desconocimiento de disposiciones constitucionales (arts. 7, 8, 10, 32 y 72 de la Constitución), en tanto tales potestades 'afectan la seguridad jurídica, o la libertad, o la igualdad, o los derechos adquiridos, o todos ellos', por lo cual 'solo por ley dictada por razones generales se podría admitir esas potestades. Por cierto que esas razones de interés general deben existir, y además la regulación prevista en esa forma no debe desnaturalizar el contrato ni, en definitiva "legitimar" un poder que vaya contra la persona humana'³⁶.

En la misma línea, apuntan Delpiazzo-Ruocco:

[La *exceptio*] 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. (...) si bien el contratante no puede, ante el incumplimiento de la Administración, interrumpir sin más o retirarse de la relación contractual y dar el contrato por extinguido, sí puede suspender sin responsabilidad, sin culpa, sus prestaciones hasta tanto se restablezca la ecuación en base a la cual se celebró el contrato.³⁷

2. JURISPRUDENCIA

En cuanto a la jurisprudencia del TCA, cabe destacar en primer término el pronunciamiento que más amplia y detalladamente examina estos aspectos, que lo es la Sentencia N° 807/1997, redactada por el Dr. Bermúdez. En el caso, la Intendencia de Canelones había aplicado una multa a la co-contratante por incumplimiento del contrato de servicios de barrido de calles y recolección de residuos domiciliarios. La accionante (contratista) invocaba reiterados incumplimientos de la Administración por atrasos en los pagos, que excusarían los que a ella se le imputaban. Reclamaba entonces la actora la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* como eximente de responsabilidad, que dejaría sin sustento apropiado al acto sancionatorio impugnado. Sobre el punto, se señaló en la fundada Sentencia N° 807/1997:

Ingresando al análisis de la *exceptio non adimpleti contractus*, para la doctrina, en tesis general, esta defensa perentoria o general es de total recibo a propósito de los contratos

³⁶ Augusto Durán Martínez, "Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos", 759.

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142
³⁷ Carlos E. Delpiazco y Graciela Ruocco, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo I*, 375.

administrativos, aun cuando el incumplimiento sea imputado a la Administración, como lo señala SAYAGUES LASO compartiendo la opinión de JEZE (...) Empero, es obvio que la “exceptio” no puede prosperar en el “contencioso anulatorio como en el ámbito de un proceso judicial por “resolución o incumplimiento de un contrato bilateral o sinalagmático, “dónde aquélla puede ser alegada, por la parte demandada y, en su caso, “por la parte actora si mediara PRETENSIÓN RECONVENCIONAL. La exceptio no opera sino como invocación del incumplimiento del Estado para excusar el propio incumplimiento del particular accionante, afectado por ciertos actos administrativos, como la rescisión unilateral de un contrato dispuesta por la Administración en ejercicio de los poderes exorbitantes que se le reconocen en ámbito del Derecho Público; o como la aplicación de una multa por presunta ejecución de las obligaciones contractuales asumidas. (...) Es decir, en suma, que la “Exceptio” no procede en el contencioso anulatorio, en los términos, oportunidad y condiciones en que opera en procesos judiciales por resolución o ejecución del contrato. Pero ello no impide, como señala la doctrina, que en proceso anulatorio jurisdiccional la accionante pueda “... en ciertos casos, (invocar) la falta de la administración para excusar el incumplimiento en que incurriere el contratante” (SAYAGUES (...). La Dra. Cristina VAZQUEZ, siguiendo a SAYAGUES LASO Y DIEZ, a quienes cita expresamente, señala que: “... si las demoras son anormales y responden a mala voluntad de la Administración o revisten carácter extraordinario, provocando al contratista perjuicios no compensados con el solo pago de intereses, la Administración puede resultar obligada a indemnizar... Dichas demoras pueden, también, motivar una demanda de rescisión o excusar la demora del contratista” (“Modalidades de ejecución de la obra pública”...).

Como enseña la doctrina, no CUALQUIER incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración da lugar a la invocación de tal hecho como excusa, porque el cocontratante puede acudir a ella cuando el hecho de la Administración le haya creado una “RAZONABLE IMPOSIBILIDAD” de cumplir con las obligaciones emergentes del contrato. De ahí que un atraso “grosero” en los pagos, señala MARIENHOFF, merite su alegación, pero no un atraso “tolerable”, y, concretamente, puede afirmarse que la morosidad de la Administración excederá toda noción de prudencia cuando la demora o atraso en el pago supere los lapsos o plazos requeridos al efecto por el trámite burocrático normal, y, con mayor razón, si dichos lapsos fueren excedidos con amplitud. En suma: debe aceptarse que opera la justificante cuando un atraso en el pago de la Administración, le cree al contratante una “razonable imposibilidad” de cumplir el contrato en la parte que le incumbe (MARIENHOFF...). Pero tan decisivas circunstancias no pudo ser justificada por la actora, que no ofreció siquiera prueba al efecto, razón por la cual no puede aducir una imposibilidad razonable de continuar la prestación de sus servicios.

Si se analiza con detenimiento la fundamentación de la citada sentencia, puede colegirse que la posición que esgrime la Corporación en dicho pronunciamiento es que si bien la *exceptio* no procede en el contencioso anulatorio “en los términos, oportunidad y condiciones en que opera en procesos judiciales por resolución o ejecución del contrato”, ello no impide que en el proceso anulatorio jurisdiccional “la accionante pueda en ciertos casos,

[invocar] la falta de la administración para excusar el incumplimiento en que incurriere el contratante"; y se añade luego que "no CUALQUIER incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración da lugar a la invocación de tal hecho como excusa, porque el cocontratante puede acudir a ella cuando el hecho de la Administración le haya creado una "RAZONABLE IMPOSIBILIDAD" de cumplir con las obligaciones emergentes del contrato".

Por el contrario, en la reciente Sentencia N° 189/2015, que confirma un acto dictado por la A.N.E.P. por el cual se rescindió en forma unilateral un contrato de obra pública en mérito al incumplimiento de la contratista, el Tribunal sostiene una posición tajantemente contraria a la aplicación del instituto en sede contencioso administrativa:

El incumplimiento de la empresa que motivó la rescisión del contrato de arrendamiento de obra se halla sobradamente probado. Tal incumplimiento no se justifica en función de presuntos incumplimientos de la Administración (que como se verá no fueron tales), por dos órdenes de razones: una de hecho y otra de Derecho. La de hecho, porque lo que la empresa en su demanda postula como supuestos incumplimiento de la Administración, no fueron tales. La de Derecho, porque como lo ha señalado el Tribunal en su reiterada jurisprudencia (ver por todas las Sentencias 807/1997 y 419/2008) y lo reafirma la mejor doctrina, el incumplimiento de la Administración —que en este caso no existió como se verá más abajo— no habilita a incumplir con las obligaciones que el contratista tiene a su cargo.

En otras palabras, no funciona en este ámbito, la excepción de contrato no cumplido. Si la empresa entendió que la Administración estaba incumpliendo con las obligaciones a su cargo podría, ora haber pedido la rescisión judicial del contrato ora recurrir al procedimiento arbitral pactado en el pliego (...). Pero sin embargo, no tomó ninguno de estos dos caminos y optó por mantener el vínculo contractual, lo que implicaba que debía cumplir con las obligaciones a su cargo.

(...) Como enseña nuestra doctrina la falta de cumplimiento de la Administración no justifica el incumplimiento de la contraparte, salvo el caso de imposibilidad del cocontratante de continuar con su prestación. El cocontratante tiene que seguir cumpliendo estrictamente con sus obligaciones pese al incumplimiento de la Administración, hasta que el contrato se extinga por la vía que corresponda por falta de la Administración. La consecuencia de esta extinción será la indemnización integral del cocontratante (Cf. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: "Extinción...", cit., pág. 428).

En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal en la Sentencia N° 764/2015, respecto a un acto de rescisión unilateral de contrato de obra pública dictado por el B.H.U., caso en el cual la empresa accionante esgrimió, como justificativo de su incumplimiento, la inejecución de la Administración de sus respectivas obligaciones, defensa que fue rechazada por la Sala en base a

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142
iguales fundamentos a los ensayados en la Sentencia N° 189/2015. En

consecuencia, puede concluirse que la posición actual del TCA es claramente contraria a la aplicación de la *exceptio* en el ámbito de la contratación administrativa.

Resulta interesante indagar qué posición adoptó el Tribunal sobre este tópico en el período que va desde la primera sentencia citada a los últimos fallos que acaban de referirse.

Tras una exhaustiva búsqueda en la base jurisprudencial del TCA³⁸, comprensiva de las sentencias dictadas por la Sala durante el antedicho período (1997-2016), no hemos hallado ningún otro pronunciamiento, fuera de las referidas Sentencias N° 189/2015 y 764/2015, que sostenga terminantemente que el incumplimiento de la Administración no habilita a incumplir con las obligaciones que el contratista tiene a su cargo, o dicho de otro modo, que no funciona en este ámbito la excepción de contrato no cumplido.

Por el contrario, la jurisprudencia del TCA registra al menos cuatro casos en los que no se descartó de plano la posible aplicación de la *exceptio*, sino que se analizó la presunta inejecución de la Administración, alegada por los respectivos promotores como causa legítima de su propio incumplimiento³⁹.

Así ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia N° 698/2004, relativa a una multa impuesta por el M.T.O.P. a su co-contratante por incumplimiento de un contrato de suministro. La Corporación analizó el presunto incumplimiento de la Administración, que fuera alegado por la actora en su demanda como justificativo de su propio incumplimiento. Tras analizar el punto, el Tribunal estimó que no resultaba de recibo “la pretensión de la Empresa de querer exonerarse de responsabilidad basada en problemas relacionados con la importación, atribuidos a la tardanza de la Administración en resolver la adjudicación”, por lo que concluyó que no podía considerarse justificado el incumplimiento de la contratista.

En similar sentido, puede citarse la Sentencia N° 127/2015, recaída en un caso en que se impugnaba de nulidad el acto dictado por la Unidad Centralizada de Adquisiciones del M.E.F. por el cual se aplicaron sanciones a una empresa co-contratante por incumplimiento (temporal) en el suministro de un producto. La empresa alegó, como hecho legitimante de su incumplimiento, que la Administración pagaba siempre fuera de plazo. Al respecto, expresó el Tribunal que dicho aserto no había sido suficientemente acreditado en obrados, agregando que, sin perjuicio de ello, “no corresponde que sea alegado ahora como justificativo del incumplimiento de la actora, cuando tal extremo no se invocó en el momento de

³⁸ Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Jurisprudencia, <http://www.tca.gub.uy> (consultada

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142
el 23 de setiembre de 2016)

³⁹ Si bien en todos estos casos luego se concluyó por el Tribunal que el alegado incumplimiento de la Administración no había sido acreditado por los respectivos accionantes.

serle requeridas las entregas de la mercadería. No se verifican, en definitiva, las circunstancias configurativas de la excepción de contrato no cumplido, que resulten hábiles para legitimar el incumplimiento temporal configurado”.

Asimismo, en la Sentencia N° 249/2001, el Tribunal examinó la excepción de contrato no cumplido opuesta por la actora, si bien también la descartó por considerar no probado el alegado incumplimiento de la Administración. Se impugnaba en la especie una resolución del Directorio de A.F.E. por la que se había dispuesto la rescisión, por incumplimiento de la vendedora, del contrato suscrito entre el ente estatal y la empresa accionante para el suministro de “129.000 durmientes comunes de madera dura”. Sostuvo allí el Colegiado:

En lo que tiene relación con el aspecto sustancial, tampoco le asiste razón a la accionante que se ampara en la “exceptio non adimpleti contractus”, en tanto que señala que la entrega de los durmientes no se realizó, pura y exclusivamente porque no se abrieron en tiempo y forma las respectivas Cartas de Crédito y que, cuando se cumplió ese extremo, se lo hizo en forma defectuosa y violentando lo establecido contractualmente (fs. 9 vta. de autos). Tal como enseñan doctrina y jurisprudencia en materia civil, tal defensa sustantiva supone que, quien alega la misma, admite su incumplimiento, bien que pretende excusarlo y eliminarlo invocando el previo incumplimiento de su contraparte. (...) Resulta claro en el caso, que el contrato no fijó fecha para la apertura de las Cartas de Crédito, mientras que la entrega de los durmientes era una condición necesaria para que ésta pudiera pagarse. (...) De lo que viene de verse se puede concluir que en modo alguno pudo funcionar la cláusula invocada por la parte actora —de contrato no cumplido— ya que siempre y en todo caso, la entrega de durmientes era condición previa a la posibilidad de hacer efectivo el pago.

Finalmente, en la Sentencia N° 327/1998, en la que se impugnaba una resolución del M.V.O.T.M.A. que dispuso rescindir, por incumplimiento de la contratista, los contratos celebrados para la construcción de “Núcleos Básicos Evolutivos”, se señaló por la Sala:

La actora ha excusado su incumplimiento en la falta de pagos del M.V.O.T.M.A., así como en atrasos en los mismos; afirma que el acto es ilegítimo, que los motivos invocados en el mismo son falsos ya que en ningún momento hizo abandono de las obras, y aduce que la ejecución de las mismas estuvo precedida de un continuo incumplimiento de la Administración, por reiterados atrasos en los pagos estipulados en los contratos. En consecuencia, lo que pretende la actora, es de excusar el incumplimiento (no el avance de obras) en virtud del previo incumplimiento por parte del M.V.O.T.M.A., de una obligación esencial y respectiva: pagar a medida del “avance de obra”, como estaba estipulado. Sin embargo, el Tribunal por unanimidad de sus miembros integrantes, considera que la empresa demandante no acreditó en forma suficiente tal presunta inejecución del sinalagma, pues como sostiene el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo en su dictamen, el presunto atraso

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142
injustificado en el pago no está probado en autos.

En resumen, en todos estos casos el Tribunal no rechazó el funcionamiento de la *exceptio* en el marco de la contratación administrativa, sino que, por el contrario, analizó las circunstancias que eventualmente podían dar pie a la aplicación del instituto (los respectivos incumplimientos de la Administración), si bien en los cuatro casos registrados entendió que éstos no se habían acreditado.

VII.

FUNDAMENTOS PARA LA RECEPCIÓN DEL INSTITUTO DE LA *EXCEPTIO* EN EL CAMPO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Expuestas las distintas posiciones que se han sostenido por nuestra doctrina y juris- prudencia, corresponde ahora exponer nuestra opinión sobre el punto.

A nuestro juicio, no existe un fundamento contundente para rechazar la aplicación del instituto, con carácter general, en el ámbito de la contratación pública. El interés público o interés general, reiteradamente invocado como justificativo de potestades exorbitantes⁴⁰, no puede tener por efecto impedir en todos los casos la aplicación de la *exceptio* respecto de la Administración cuando ésta no cumple con sus obligaciones.

Cabe recordar las enseñanzas de Cajarville, cuando al analizar la potestad de extinción unilateral de los contratos, controvierte el argumento según el cual la Administración cuenta con tal facultad porque está en juego el interés público, afirmando que 'también el respeto a los derechos de los individuos es de interés público', lo cual 'no es solo un postulado filosó- fico y de convicción política, es una solución constitucional del derecho positivo uruguayo', por lo que 'el interés público no exige en principio el desconocimiento de esos derechos, salvo que una ley establezca la necesidad de limitarlos por razones de interés general'⁴¹.

En similar enfoque, señala Durán Martínez que no es adecuado al principio de igual- dad que 'para satisfacer el interés general que la Administración persiguió al contratar, se obligue a un particular a sufrir un perjuicio o eventualmente a sacrificarse hasta la ruina para cumplir lo pactado', añadiendo luego, con referencia específica a la admisibilidad de la

⁴⁰ Véase por ejemplo las Sentencias del TCA N° 334/2012, 291/2006 y 45/2006. En doctrina: Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, 480-481; Héctor Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos, Volumen I*, 437.

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142

⁴¹ Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Extinción de los contratos de la Administración", 807; en similar sentido: Carlos

E. Delpiazzo, *Contratación administrativa*, 251.

excepción de contrato no cumplido, que “interés general e interés particular deben conjungarse en términos de coordinación y no en función del sacrificio de uno en aras del otro”⁴². De acuerdo a los conceptos señalados, puede admitirse a nuestro juicio la inaplicabilidad de la *exceptio* solamente cuando ello se justifique en razón del interés público en juego, pero no para la generalidad de los casos. Así, en los contratos de concesión de servicio público, cuando éste se preste por el concesionario en carácter monopólico o con exclusividad, puede resultar razonable la limitación de la *exceptio*, de forma de no perjudicar el interés general, tutelando de ese modo los derechos de los usuarios del servicio. En tales hipótesis, puede resultar aplicable el principio de continuidad del servicio público, impidiendo al co-contratante, en caso de incumplimiento de la Administración de las obligaciones a su cargo, hacer uso de la excepción de contrato no cumplido.

Ahora bien, constituyendo la inoperatividad de la *exceptio* una potestad claramente excepcional, que implica la desnaturalización del contrato (en tanto afecta seriamente el sinalagma funcional), aquélla solo puede provenir de un texto legal, dictado por razones de interés general, en función de la restricción de derechos fundamentales, especialmente del derecho de igualdad, que tal inaplicabilidad supone.

A falta de ley formal que otorgue esa potestad exorbitante⁴³, y como regla de principio, consideramos que el co-contratante puede oponer la excepción de contrato no cumplido frente a la Administración incumplidora cuando ésta le exige el cumplimiento de sus obligaciones, o cuando promueve judicialmente o bien dispone unilateralmente la rescisión del contrato. Ello por cuanto el incumplimiento de la parte estatal, de regla, legitima o justifica la falta de cumplimiento del particular.

Dicho en otras palabras, el incumplimiento contractual de la Administración tiene por consecuencia enervar la ilegitimidad del incumplimiento del co-contratante, por lo cual, excluida la antijuridicidad de este incumplimiento, resulta improcedente la pretensión judicial (o la decisión administrativa unilateral) de rescisión del contrato fundada en tal circunstancia, lo mismo que la intimación o pretensión de ejecución forzada que se deduzca por la Administración contra el co-contratante.

Desde que la *exceptio* se funda en principios generales que constituyen pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico todo, no pueden aceptarse las posiciones que descartan de plano su aplicación en el ámbito del derecho administrativo.

⁴² Augusto Durán Martínez, “Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos”, 753 y

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142
757.

⁴³ Tal como señala Durán Martínez, no existe ninguna ley que impida la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* contra la parte estatal (Augusto Durán Martínez, "Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos", 762).

De acuerdo con la opinión de Gamarra, el instituto 'se funda en elementales y básicas razones jurídicas, y en principios generales, como el de igualdad entre los contratantes', por lo que 'es evidente que en un contrato bilateral, donde ambas partes se encuentran parificadas, ninguna de ellas puede exigir el cumplimiento a la otra si, a su vez, no cumple u ofrece cumplir'. La excepción de contrato no cumplido se funda en la relación sinalagmática, o más precisamente en el sinalagma funcional; dado que las obligaciones son interdependientes, deben cumplirse simultáneamente, salvo que las partes hayan establecido otra cosa⁴⁴.

En sentido similar apunta Carnelli, al afirmar que la racionalidad del instituto se encuentra 'en la tutela de la contemporaneidad del cumplimiento de las obligaciones', por lo cual tiene aplicación en los contratos sinalagmáticos, y también en las obligaciones que proceden de negocios conexos, además de ser aplicable en zonas no contractuales como el mutuo receso, la transacción y las restituciones⁴⁵.

Además del referido principio de igualdad, añaden De Cores-Gamarra-Venturini que el instituto se funda también en el principio de buena fe, de raíz constitucional, aplicable a la ejecución de los contratos⁴⁶.

Otros autores sostienen que la *exceptio* reposa en el principio de justicia, ya que no sería justo que la Administración reclame el cumplimiento al contratista cuando ella incumple sus obligaciones⁴⁷. Se dice así que la Administración no puede, si no cumple, exigir el cumplimiento de la otra parte, pues ello sería injusto y por tanto antijurídico⁴⁸.

En resumen, la excepción de contrato no cumplido constituye una causa de justificación del incumplimiento, que tiene por consecuencia la inexigibilidad de la obligación del sujeto requerido⁴⁹. Por tanto, cuando el particular oponga fundadamente la *exceptio* en virtud de la falta de ejecución de la Administración de las obligaciones a su cargo, ya no podrá hablarse técnicamente de "incumplimiento del co-contratante", por más que éste no haya cumplido puntualmente con sus propias obligaciones, pues su falta de cumplimiento estará justificada por el incumplimiento de la parte estatal.

⁴⁴ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 94 y 96.

⁴⁵ Santiago Carnelli, "La renuncia anticipada al derecho a obtener la resolución judicial del contrato por incumplimiento y al derecho a invocar la excepción de incumplimiento", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXI* (1991): 433.

⁴⁶ Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 535-537. Se cita allí la Sentencia del Juzgado Letrado en lo Civil de 7° Turno N° 224/1986, y se hace referencia asimismo a la opinión del autor italiano Francesco Galgano, para quien el instituto es una aplicación específica de la cláusula general de buena fe contractual.

⁴⁷ Carlos E. Delpiazzo y Graciela Ruocco, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo I*, 375.

⁴⁸ Augusto Durán Martínez, "Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos", 757.

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142
⁴⁹ Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 539.

En consecuencia, en tales hipótesis, el acto administrativo que disponga la rescisión del contrato 'por incumplimiento del co-contratante' estará viciado en sus motivos, pues el presupuesto de hecho en el cual está fundado el acto resultará falso o erróneo⁵⁰.

VIII.

REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL INSTITUTO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Admitida con carácter general la operatividad de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación pública, resulta necesario definir cómo debería aplicarse el instituto.

Genéricamente, las condiciones para que opere la *exceptio*, según la visión de Gamarra, son las siguientes: a) que se trate de un contrato bilateral; b) que la contraparte no haya cumplido con su obligación recíproca o interdependiente; c) que el contrato no imponga al excepcionante el deber de cumplir en primer término; d) que la excepción se ajuste al principio de buena fe⁵¹.

Respecto al primer requisito, resulta lógico que tratándose de un instituto que tiene su principal fundamento en la relación sinalagmática, corresponda su aplicación en aquellos contratos en que ambas partes se obligan recíprocamente, asumiendo obligaciones interdependientes.

Asimismo, la segunda condición enumerada está relacionada con igual fundamento. En efecto, si la *exceptio* tiene sustento en el sinalagma, es claro que puede oponerse cuando la contraparte (en nuestro caso, la Administración) haya incumplido su obligación principal, esto es, aquella que integra dicho sinalagma, y no cuando el incumplimiento sea de una obligación secundaria o accesorio; excepción hecha de los casos en que la obligación accesorio esté instrumentalmente predispuesta para la realización de la principal⁵², o en los que la normativa establezca expresamente la posibilidad de oponer la excepción en relación al incumplimiento de tal obligación secundaria⁵³.

⁵⁰ Sobre vicios en los motivos de los actos administrativos, y especialmente error en los motivos, véase: Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Sobre actos administrativos", en *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo II (Montevideo: FCU, 2008), 31-32.

⁵¹ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 99.

⁵² Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 98.

⁵³ Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 535.

En lo que refiere a la constitución en mora, entiende la doctrina privatista que no es necesario que la contraparte haya incurrido en mora, sino que es suficiente con que su obligación sea exigible y no se haya cumplido, por cuanto el verdadero presupuesto de la *exceptio* no es propiamente el incumplimiento, sino que la otra parte 'no haya cumplido' con su obligación recíproca⁵⁴.

Sin embargo, estimamos que para que pueda considerarse ilegítima la rescisión unilaterial dispuesta por la Administración, tiene que haber existido un efectivo incumplimiento previo de su parte, pues solo en tal hipótesis podrá considerarse legitimado el incumplimiento que se le atribuye al co-contratante, que opera como presupuesto de hecho (o motivo) del acto administrativo de rescisión. Por ende, si lo que se endilga a la Administración es un incumplimiento de carácter temporal, ésta deberá estar incurso en mora (sea en forma automática o por interpelación); por el contrario, si el incumplimiento que se le atribuye a aquélla es de carácter definitivo, lógicamente será innecesaria la constitución en mora.

Por su parte, en lo que respecta a cómo contrarrestar la excepción, apunta Gamarra que la contraparte debe acreditar que ha cumplido su obligación, o que está 'pronta para cumplir'; añade el insigne civilista que no alcanza con meramente formular la oferta de cumplir, sino que ésta debe ser seria y contener el compromiso de cumplir de inmediato, acreditando que tiene a disposición la cantidad de dinero requerida⁵⁵.

Ahora bien, a nuestro juicio, el estar 'pronto para cumplir' puede operar la destrucción de la excepción en el marco de un proceso tendiente a la ejecución del contrato, no así en el marco de un proceso de resolución, pues allí la voluntad del pretensor ya no está dirigida al cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato. Del mismo modo, no parece razonable que en el marco de la acción de nulidad entablada contra el acto de rescisión unilateral, ante la acreditación por el co-contratante de que la Administración no cumplió con sus obligaciones recíprocas, ésta pueda esgrimir que estaba pronta para cumplir, y de ese modo pretender legitimar la decisión de rescindir unilateralmente el contrato.

Pasando a la tercera exigencia listada, relativa a que el contrato no imponga al excepcionante el deber de cumplir en primer término, ella está vinculada con la modalidad temporal del cumplimiento de las prestaciones.

En principio, las obligaciones que surgen de un contrato bilateral deben cumplirse simultáneamente, pero puede que el contrato (o el pliego de condiciones) haya dispuesto que la obligación del co-contratante deba cumplirse

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142

en primer término, en cuyo caso no será

⁵⁴ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 100; Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 538.

⁵⁵ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 103-104.

legítima la oposición de la *exceptio* que éste pretenda oponer ante la Administración que le exige el cumplimiento, o que solicita o dispone la rescisión.

Pese a ello, si existe un grave riesgo de no obtener la contraprestación sinalagmática, el co-contratante podría hacer uso de un instituto análogo a la excepción de contrato no cumplido, ejerciendo el 'derecho de suspensión provisoria de la ejecución'⁵⁶, el cual, a diferencia de la *exceptio*, opera cuando la obligación de la contraparte aun no es exigible.

Finalmente, en cuanto al cuarto requisito, consistente en oponer la excepción conforme a la regla de la buena fe, apuntan De Cores-Gamarra-Venturini que la jurisprudencia italiana ha entendido que el contratante que opone la *exceptio* puede considerarse que está de buena fe solo si su propia resistencia a la ejecución del contrato constituye un comportamiento que resulta objetivamente razonable y lógico, en el sentido de que encuentra justificación en la inejecución de la contraparte, conforme al canon legal de la correspectividad y contemporaneidad de las prestaciones⁵⁷.

En referencia al punto, señala Gamarra que la aplicación del principio de la buena fe en el campo de la *exceptio* debe hacerse atendiendo a todas las circunstancias del caso, entre las cuales se cuentan la entidad del incumplimiento y la proporcionalidad entre la inejecución de una y otra parte⁵⁸. En la misma línea, manifiesta Durán Martínez que la aplicación del instituto 'debe ser razonable, proporcionada a la entidad del incumplimiento, tal como ocurre en los contratos de Derecho Privado'⁵⁹.

A nuestro juicio, compartiendo los precedentes postulados, no resultaría legítima la oposición de la *exceptio* por el co-contratante frente a un incumplimiento leve de la Administración, que no tenga la nota de gravedad – calificada según las circunstancias del caso –, pues tal actitud no se ajustaría a la actuación de buena fe en la ejecución del contrato.

Por lo demás, sin perjuicio de los cuatro requisitos generales ya examinados, estimamos que la normativa legal y reglamentaria, los pliegos de condiciones y los propios contratos, pueden establecer otras exigencias y condicionantes para que opere la excepción de contrato no cumplido en el marco de la contratación administrativa; pero ello siempre con el límite de que se respete tanto el efecto vinculante de todo contrato (art. 1291 C.C.), como el principio de que el cumplimiento de los contratos no puede quedar librado al

⁵⁶ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, pp. 111-112; Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 541-542.

⁵⁷ Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 537-538.

⁵⁸ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 105.

⁵⁹ Augusto Durán Martínez, "Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos",

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142
757.

arbitrio de una sola de las partes (art. 1253 C.C.), reglas que más allá de su incorporación en el Código Civil, constituyen principios universales pertenecientes a la teoría general del contrato.

IX.

VÍAS PARA LA APLICACIÓN DEL INSTITUTO

En cuanto a las vías para la oposición de la excepción de contrato no cumplido, entendemos que este medio de defensa puede oponerse tanto en la esfera jurisdiccional como extrajurisdiccional.

En la primera hipótesis, en que la *exceptio* se opone en juicio ante una pretensión de ejecución o de resolución del contrato⁶⁰, o como fundamento de la acción de nulidad entablada contra el acto de rescisión unilateral dictado por la Administración, será el juez o el TCA el que determinará si están dadas las condiciones para que aquélla proceda.

En el segundo supuesto, en que la defensa se ejerce fuera del ámbito jurisdiccional, la legitimidad de la resistencia al cumplimiento podrá ser evaluada posteriormente por los tribunales, en caso que se promueva un litigio por existir diferencias entre las partes respecto a si existió o no incumplimiento del contratante, hipótesis en la que el juez o el Tribunal se expedirán respecto de la juridicidad de la conducta seguida por las partes⁶¹.

X.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA JUZGAR LOS PRESUPUESTOS DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Resta analizar la cuestión relativa a la competencia del TCA para evaluar los presupuestos que configuran la excepción de contrato no cumplido, en especial, si ingresa dentro

⁶⁰ En los casos de los procesos de resolución, entiende parte de la doctrina y de la jurisprudencia que técnicamente no procede la excepción de contrato no cumplido, pero lo que puede hacer valer el deudor es la falta de un presupuesto de la acción por no haber cumplido el accionante con la obligación a su cargo. Véase nota 26 de este trabajo.

⁶¹ Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario*.

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142
Incumplimiento de Contrato. Tomo I, 535.

de su 'parquet competencial' el juzgamiento del cumplimiento o incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones a su cargo.

Sobre el punto, puede convocarse en primer lugar la Sentencia del TCA N° 291/2014, relativa a una rescisión de contrato dispuesta unilateralmente por O.S.E., en la que se señaló por el Tribunal:

A entender del actor, la Administración demandada incumplió con la contraprestación que tenía a su cargo; en consecuencia, procedió a ampararse en el instituto de excepción de contrato no cumplido. Pues bien; a juicio de los miembros integrantes de la Corporación, no corresponde juzgar en esta Sede si la *exceptio* fue legítimamente opuesta por el Sr. VIZCAÍNO; esto es, si se daban en el caso los presupuestos que, de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina civilistas, habilitan el funcionamiento de dicho instituto. Ello por cuanto, tal materia resulta indudablemente ajena a la justicia contencioso-anulatoria, y será resuelta por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Mercedes de 2º Turno, el cual viene entendiendo en el proceso relativo a la resolución del contrato por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios.

Del mismo modo, en la Sentencia N° 313/2007 se indicó por el Tribunal que el objeto de la contienda no era el contrato en sí mismo, 'sino la facultad que se irroga la Administración de dar por finalizado el contrato en forma unilateral. Por tanto, no se trata de debatir y resolver sobre la ejecución del contrato —que en todo caso sería un tema de competencia de la Justicia Ordinaria— sino de la legitimidad del acto administrativo que extingue el vínculo por la sola voluntad de la Administración". En la misma línea, en la Sentencia N° 419/2008, la Corporación consideró respecto al pretendido incumplimiento contractual de la Administración, que 'no corresponde dirimir tal cuestión en la acotada competencia de la Corporación (art. 309 de la Constitución Nacional); esto es, su *parquet competencial* le inhibe conocer en una materia cuyo conocimiento le corresponde a órganos jurisdiccionales específicos del Poder Judicial'⁶².

En una línea distinta, en la Sentencia N° 807/1997 previamente analizada, se expresaba por la Sala que la *exceptio* 'no procede en el contencioso anulatorio, en los términos, oportunidad y condiciones en que opera en procesos judiciales por resolución o ejecución del contrato', pero luego se aclaraba que ello no impedía que 'en el proceso anulatorio jurisdiccional la accionante pueda (...) en ciertos casos, (invocar) la falta de la administración para excusar el incumplimiento en que incurriere el contratante".

Mientras tanto, en las Sentencias N° 127/2015, 698/2004, 249/2001 y 327/1998, anteriormente estudiadas, el Tribunal procedió a analizar si se verificaba el incumplimiento

⁶² En igual sentido: Sentencias TCA N° 236/2011, 189/2015 y 764/2015.

de la Administración que pudiera dar cima a la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, o dicho de otro modo, que justificara o legitimara el incumplimiento del co-con- tratante. En todos esos casos se examinó por la Sala si la Administración había dado correcto cumplimiento a sus respectivas obligaciones.

Y bien, a nuestro juicio, es correcto el criterio seguido por el Tribunal en estas últimas sentencias, en las que se analiza si la Administración cumplió correctamente sus obligaciones. Ello por cuanto el acto administrativo de rescisión unilateral sería ilegíti- mo si el incumplimiento del co-contratante, que constituye el motivo fundante de dicho acto rescisorio, estuviera justificado o legitimado por un previo incumplimiento de la Administración.

En tal sentido, señala con frecuencia el Tribunal, citando a Cajarville, que cuando la Administración extingue unilateralmente un contrato, lo hace dictando un acto adminis- trativo y por consiguiente, se trata de analizar si ese acto administrativo es o no arreglado a derecho, si es legítimo o ilegítimo⁶³. Una de las pautas que debe seguirse para juzgar la legi- timidad de un acto administrativo es analizar la existencia y licitud de sus motivos. Ilustra al respecto el propio Cajarville:

En cuanto a la apreciación de la existencia o inexistencia en sí misma de los hechos y su valoración jurídica (legitimidad o ilegitimidad), la Administración no goza de ninguna discrecio- nalidad. Si los hechos operantes como supuesto normativo, o motivo del acto administrativo, no existen o no son como la Administración pretende, el acto estará viciado por inexistencia de los motivos. Si los hechos son como la Administración pretende, pero no caben en el supuesto (deter- minado o indeterminado) de la norma atributiva del poder de dictar el acto, éste estará viciado por ilegitimidad de los motivos.⁶⁴

Trasladando tales conceptos al tema en estudio, puede afirmarse que el acto de rescisión unilateral que se funda en un incumplimiento del co-contratante que técnicamente no es tal, por estar la falta de cumplimiento excusada o justificada por el previo incumplimiento de la Administración, adolece de error o falsedad en sus motivos, y por ende constituye un acto administrativo ilegítimo.

Cabe concluir, entonces, que cuando el accionante expresa como agravio la exis- tencia de un previo incumplimiento de la Administración, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe analizar si efectivamente existió tal incumplimiento, y si ésterevistelas

⁶³ Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Extinción de los contratos de la Administración", 808; en la jurisprudencia del Tribunal: Sentencias TCA N° 189/2015, 709/2014, 356/2012 y 334/2012.

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142
64 Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Sobre actos administrativos", 31-32.

características necesarias para justificar o legitimar la falta de cumplimiento del co-contratante. Y en caso que así se verifique, corresponde que el Tribunal declare la nulidad del acto administrativo de rescisión unilateral, por existir vicio (error o falsedad) en los presupuestos de hecho o motivos del acto.

XI.

CONCLUSIONES

La jurisprudencia reciente del TCA rechaza la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación pública, señalando que el incumplimiento de la Administración no habilita al co-contratante a incumplir las obligaciones a su cargo (Sentencias N° 189/2015 y 764/2015).

A nuestro juicio, la referida posición del Tribunal no resulta convincente.

La *exceptio* se funda en principios generales que constituyen pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico todo, tales como el principio de igualdad (y sus corolarios: la relación sinalagmática y el sinalagma funcional), el principio de buena fe en la ejecución de los contratos y el principio de justicia. En consecuencia, fundándose el instituto en tales principios de portada general, no pueden aceptarse las posiciones que descartan de plano su aplicación en el ámbito del derecho administrativo.

En tal sentido, estimamos que no existe un fundamento contundente para rechazar la aplicación del instituto, con carácter general, en el campo de la contratación pública. El interés público o interés general, reiteradamente invocado como justificativo de potestades exorbitantes, no puede tener por efecto impedir en todos los casos la aplicación de la excepción de contrato no cumplido respecto de la Administración. Así, puede admitirse la inaplicabilidad de la *exceptio* en aquellos supuestos en que efectivamente está en juego el interés público, como podrían ser los contratos de concesión de servicio público, cuando éste se presta por el concesionario en carácter monopólico o con exclusividad. En tal supuesto, puede resultar razonable la limitación de la excepción, de forma de no perjudicar el interés general, tutelando de ese modo los derechos de los usuarios del servicio.

Ahora bien, constituyendo la inoperatividad de la *exceptio* una potestad claramente excepcional, que implica la desnaturalización del contrato y afecta el principio de igualdad, entendemos que solo puede ser concedida a la Administración mediante un texto legal dictado por razones de interés general. A falta de ley formal que otorgue esa potestad exorbitante,

y como regla de principio, consideramos que el co-contratante puede oponer la excepción de contrato no cumplido frente a la Administración incumplidora.

Para que dicha excepción sea acogida, deberán verificarse los siguientes requisitos:

i) que se trate de un contrato bilateral; ii) que la Administración haya incumplido su obligación principal (o excepcionalmente una obligación secundaria); iii) que el contrato no imponga al co-contratante el deber de cumplir en primer término; iv) que la oposición de la excepción se ajuste al principio de buena fe; v) que el incumplimiento de la Administración tenga la gravedad suficiente para justificar la inejecución del co-contratante. Ello sin perjuicio de otros requisitos y condicionantes que puedan establecerse por la normativa legal o reglamentaria, los pliegos de condiciones y los propios contratos, pero siempre con el límite de que se respete tanto el efecto vinculante de todo contrato (art. 1291 C.C.), como el principio de que el cumplimiento de los contratos no puede quedar librado al arbitrio de una sola de las partes (art. 1253 C.C.).

Cuando se reúnan los antedichos requisitos, el incumplimiento de la Administración actuará como causa de justificación y por consecuencia eliminará la ilegitimidad del incumplimiento del co-contratante; por ende, en tales casos, resultará improcedente la pretensión (o la decisión administrativa) de rescisión del contrato fundada en tal inejecución del particular, lo mismo que la intimación o pretensión de ejecución forzada que se deduzca por la Administración contra el co-contratante.

Por último, en relación a la competencia del TCA para evaluar los presupuestos que configuran la excepción de contrato no cumplido, cuestión sobre la cual se han evidenciado posiciones divergentes en la jurisprudencia del Cuerpo, estimamos que lo correcto es que el Tribunal ingrese en el análisis relativo al cumplimiento o incumplimiento por la Administración de las obligaciones a su cargo. Ello por cuanto el acto administrativo de rescisión unilateral sería ilegítimo si el incumplimiento del co-contratante, que constituye el motivo fundante de dicha decisión, estuviera justificado o legitimado por un previo incumplimiento de la Administración. En tal hipótesis, el acto de rescisión unilateral adolecería de error o falsedad en sus motivos, y sería por ende ilegítimo.

Para citar este artículo: Rivera, Gonzalo, "La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa", *Revista de Derecho* 14 (dic. 2016), 111-142

BIBLIOGRAFÍA

- Cajarville Peluffo, Juan Pablo. 2008a. Extinción de los contratos de la Administración. En *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, 1ª Ed., Directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales, y Miguel Ángel Sendín García, 789- 817. Londres: Cameron May y la Junta de Castilla y León.
- _____. 2008b. Sobre actos administrativos. En *Sobre Derecho Administrativo, Tomo II*, 7-78. Montevideo: FCU.
- Carnelli, Santiago. 1991. La renuncia anticipada al derecho a obtener la resolución judicial del contrato por incumplimiento y al derecho a invocar la excepción de incumplimiento. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXI*: 425-437.
- De Cores, Carlos, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini. 2013. *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*. 1ª Ed. Montevideo: La Ley Uruguay.
- Delpiazzo, Carlos E. 2004. *Contratación administrativa*. 2ª Ed. Montevideo: Universidad de Montevideo.
- _____. 2006. Eficacia aplicativa de los principios generales de Derecho en la contratación administrativa. *Anuario de Derecho Administrativo, Tomo XIII*: 65-77.
- _____. 2010. Los contratos como reglas de Derecho. En *Fuentes del Derecho Administrativo. IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, coords. Jaime Rodríguez Arana y otros, 667-677. Buenos Aires: RAP.
- Delpiazzo, Carlos E. y Graciela Ruocco. 2013. *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo I*. 1ª Ed. Montevideo: La Ley Uruguay.
- Durán Martínez, Augusto. 2003. Ejecución de los contratos administrativos. En *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*, 263-279. Montevideo: Augusto Duran Martínez.
- _____. 2008. Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos. En *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, 1ª Ed., Directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales, y Miguel Ángel Sendín García, 743-766. Londres: Cameron May y la Junta de Castilla y León.
- Escola, Héctor. 1977. *Tratado integral de los contratos administrativos, Volumen I*. Buenos Aires: Depalma.
- Gamarra, Jorge. 1987. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*. 1ª reimpresión.

Gonzalo Rivera, *La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa*, 111-142
Montevideo: FCU.

- Guerrero, Tomás. 1986. Excepción de contrato no cumplido y acción de resolución de contrato por incumplimiento: si la primera es una defensa eficaz ante la segunda. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XVI, Jurisprudencia comentada*: 127-131.
- Layerle, Carlos. 1966. *La condición resolutoria legal*. Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna.
- Mata, Ismael. 2008. Prerrogativas de la Administración en la contratación pública. En *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, 1ª Ed., Directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales, y Miguel Ángel Sendín García, 25-48. Londres: Cameron May y la Junta de Castilla y León.
- Rotondo, Felipe. 2003. El incumplimiento de la Administración en la concesión de servicios públicos. *Revista de la Facultad de Derecho de la UDELAR, Tomo 22*: 165-174.
- Sayagués Laso, Enrique. 1998. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*. 7ª Ed. Montevideo: FCU.