

## LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS EN LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Por **JORGE H. SARMIENTO GARCÍA**  
Para **LA REVISTA DEL FORO DE CUYO**

Hemos escrito sobre el tema que tanto la *“exceptio non adimpleti contractus”*, como la *“non rite adimpleti contractus”*, no son creación del derecho romano, sino que deben su origen a los glosadores que, inspirándose en una fórmula romana y teniendo en cuenta los principios de derecho canónico respecto a la palabra dada y la buena fe, coordinaron frases dispares y dieron lugar al nacimiento de estas dos diferentes defensas:

a) de contrato no cumplido, llamada *“non adimpleti contractus”*, y

b) de contrato no cumplido adecuadamente –en cantidad, calidad, manera o tiempo– denominada *“exceptio non rite adimpleti contractus”*: si el incumplimiento de la prestación a cargo de la contraria no es total, sino parcial, o deficiente, procede la *“exceptio non rite adimpleti contractus”*, que constituye una variante de la *“exceptio non adimpleti contractus”* y participa en principio de sus mismos efectos y naturaleza.

En cuanto a la primera, explica la doctrina autorizada que la excepción de incumplimiento contractual viabiliza la posibilidad de que un contratante se abstenga legítimamente de cumplir su prestación si no advierte el cumplimiento simultáneo de la prestación correlativa. Y se han señalado como fundamentos del instituto:

a) la justicia que el mismo conlleva, y

b) la correlación o interdependencia de las prestaciones recíprocas.

En lo que respecta a esta segunda base, se ha hablado del *“sinalagma funcional”* que se enquista en el contrato con prestaciones recíprocas, a tenor del cual la obligación de una parte queda ligada, no sólo a la existencia originaria de la otra (*sinalagma causal*), sino también en la permanencia de esa obligación correspondiente y por ende el cumplimiento o la posibilidad de su cumplimiento, considerando no la formación del vínculo sino la vida de la relación que tiene origen en el contrato (conmutatividad del mismo).

También se ha dicho que los derechos contractuales son medios jurídicos para el cumplimiento de los deberes, de donde la parte que no cumple con sus obligaciones, carece del derecho al que ellas dan origen.

El fundamento mediato de la *“exceptio”* reside, entonces, en un principio de justicia, mientras que el inmediato en el nexo de interdependencia que existe en los contratos bilaterales que exhiben la característica de simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones recíprocas; y su finalidad consiste en posibilitar al contratante accionado por incumplimiento, abstenerse de ejecutar su prestación hasta que la contraria no concrete el cumplimiento de la que está a su cargo.

Existe, por lo general, coincidencia en que los requisitos para la procedencia de la *“exceptio non adimpleti contractus”* son los siguientes:

a) debe tratarse de contratos bilaterales, cuyas obligaciones sean de cumplimiento simultáneo;

b) que la prestación a cargo de la contraparte no esté cumplida y su incumplimiento sea grave; y

c) que la excepción sea opuesta de buena fe, por quien no se encuentra en mora, y que cumpla u ofrezca cumplir la prestación a su cargo.

Debemos aquí introducir el tema en los contratos de la administración, especialmente en la concesión de servicios públicos, en la que surge el problema de si el concesionario puede invocar y poner en ejercicio la “*exceptio*” de marras.

Como está en juego la continuidad del servicio hay quienes no aceptan la excepción en trato, o la aceptan limitadamente; y así, mi querido profesor Miguel S. Marienhoff, ya en sus clases en la Universidad Nacional de La Plata allá por 1957, concluía en que ante un grave incumplimiento imputable al concedente, el concesionario puede invocar y poner en ejercicio la “*exceptio*” en tanto la prestación que él deje de cumplir no sea el propio servicio, sino una prestación accesorio, como por ejemplo el pago del porcentaje sobre el beneficio que el concesionario se hubiere obligado a entregarle al concedente.

Después, pero desde “hace tiempo y a lo lejos”, Juan Carlos Cassagne, pese a que admite que se encuentran limitadas las facultades del contratista para ejercer la “*exceptio*”, también entiende viable la suspensión de la ejecución del contrato en los supuestos en que exista una razonable imposibilidad de cumplirlo en las condiciones convenidas. Y muy recientemente ha sostenido<sup>1</sup> “que el funcionamiento de la *exceptio non adimpleti contractus* en determinados contratos administrativos –como la concesión o licencia de servicio público– difiere del establecido para los contratos regidos por el derecho civil o comercial habida cuenta de que la finalidad pública o causa firme que preside el acuerdo de voluntades viene a colocar, en un primer plano, el cumplimiento de la finalidad pública inmediata cuando esta finalidad se encuentra directamente vinculada a la prestación de un servicio público. Se ha sostenido que esta peculiaridad, típica de la concesión o licencia de servicios públicos, limita las facultades del contratista para ejercer la *exceptio non adimpleti contractus* y, consecuentemente, para suspender la ejecución del contrato administrativo, a los supuestos en que exista una razonable imposibilidad de cumplirlo en las condiciones convenidas. Desde luego que un atraso en los pagos a cargo de la Administración (v. gr., mora en los pagos) provoque una razonable imposibilidad de continuar la ejecución contractual o una mayor onerosidad de significativa importancia”.

Ahora bien, se avanzó definitivamente en el Anteproyecto de la ahora Ley de Procedimiento Administrativo 9.003 de la Provincia de Mendoza, consensuándose en la Comisión Redactora el siguiente texto: “***Exceptio non adimpleti contractus.*** Sin perjuicio de la aplicación supletoria del artículo 1031 y concordantes del Código Civil y Comercial, en las concesiones o licencias de servicios públicos, en el contrato de empleo público, suministro, obra pública y en otros en que aparezca comprometida la continuidad impostergable en la prestación contractual, la viabilidad de la excepción estará condicionada a la acreditación de una razonable imposibilidad de cumplir en las condiciones convenidas, lo que habilita al co-contratante, agente, concesionario o licenciataria a **reducir o suspender** la ejecución, pudiendo petitionar la extinción del

---

<sup>1</sup> En “Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Avellaneda, Bs. As., 2020., IBdeF, ps. 492 y 493.

*contrato en sede judicial si ello le fuere rechazado por la administración. La administración puede suspender el cumplimiento de sus obligaciones, en cuanto su co-contratante deje de cumplir con las suyas”.*

Ahora bien, la **disposición establecida por los Poderes políticos** en el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza sobre este “*thema*” es la siguiente: *“Sin perjuicio de la aplicación supletoria del Artículo 1031 y concordantes del Código Civil y Comercial, en las concesiones de obras o servicios públicos, en el contrato de empleo público, suministro, obra pública y en aquellos otros en que aparezca comprometida la continuidad impostergable en la prestación contractual, la viabilidad de la excepción de contrato no cumplido o de inejecución estará condicionada a la acreditación de una razonable imposibilidad de cumplir en las condiciones convenidas, y **sólo habilitará al co-contratante a reducir su prestación**. El co-contratante podrá accionar peticionando la resolución del contrato si la excepción fuera rechazada por la administración. La administración puede suspender el cumplimiento de sus obligaciones, en cuanto su co-contratante deje de cumplir con las suyas”.*

Y el artículo 1031 del Código Civil y Comercial de la Nación, de aplicación supletoria, reza: *“En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede **suspender** el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación”.*

Se advierte entonces que, literalmente, mientras que en la Ley de Procedimiento Administrativo sólo se admite la *exceptio* para **reducir** la prestación, en su Anteproyecto se acepta para **reducirla o suspenderla**, en tanto que en el Código Civil para **suspenderla**.

Pero no se preocupe el lector, pues si advierte que reducir puede tomarse como suspensión parcial y que la suspensión podría ser total o parcial (“reducción”), concluirá en que “todo es igual”.

Lo importante, entonces, es aprehender la naturaleza y finalidad del instituto, lo que llevará a respetar –como también manifiesta Cassagne– que “La procedencia de la citada *exceptio* constituye la regla general y se sustenta en un principio de justicia, pero, sobre todo, en el principio general de la buena fe que exige... no sólo que los contratos deben celebrarse con arreglo a dicho principio y para ser cumplidos, sino que también han de interpretarse y ejecutarse de buena fe, conforme a lo que las partes entendieron a pudieron entender actuando con cuidado y previsión...”.

Y en cuanto a la invocación de la “*exceptio*” por la administración, ha escrito Miguel Ángel Bercaitz: “La Administración Pública, como consecuencia de esa situación de desigualdad jurídica creada por el contrato administrativo, a la inversa de lo que ocurre al co-contratante, puede suspender el cumplimiento de las obligaciones que el contrato le imponga, en cuanto su co-contratante deje de hacerlo con las suyas. Puede negarse a entregarle las subvenciones acordadas y a otorgarle las autorizaciones, los materiales, los bienes, etc., que le reclame y que el contrato le obligue a hacerlo. Esta suspensión por parte de la Administración pública de las obligaciones a su cargo, vendrá a funcionar, en realidad, más como una forma de sanción para compeler al co-contratante a cumplir con

las obligaciones que le corresponden, que como una verdadera *exceptio non adimpleti contractus*".