

SOBRE LA OPONIBILIDAD DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO POR PARTE DEL CONTRATISTA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Mauricio Subero Mujica

I. PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN: SOBRE LAS PECULIARIDADES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En un fallo que —con el paso del tiempo— se ha erigido en uno de los principales precedentes en esta materia, afirmó la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“Cuando requerimientos del interés colectivo así lo postulan, acude la Administración a la figura del contrato administrativo para asegurarse la colaboración del particular en la satisfacción de determinadas necesidades de interés general. La presencia de la Administración —dadas determinadas condiciones— en el negocio jurídico, marca a éste, inevitablemente, de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquélla, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificarlo en aras de intereses privados de los administrados, por importantes —individualmente considerados— que éstos parezcan. [...] No sin razón se ha afirmado que entre esos dos extremos —sujeción a las normas de derecho civil, expresada en el respeto a la ecuación económica del contrato; y violación de algunos principios de derecho privado, motivada por razones de interés público— encuentra su adecuado y paradójico juego la peculiar teoría del contrato administrativo, cuya regulación queda sometida a reglas especiales distintas de las que rigen los pactos jurídico-privados”¹.

Tal como se señala en esta sentencia, la peculiaridad de los contratos administrativos radica, en primer lugar, en su vinculación con la satisfacción de una necesidad de interés general o, más precisamente, en el necesario vínculo del contrato con un servicio público²; servicio este destinado —por supuesto— a satisfacer dicha

¹ Sentencia de fecha 14 de junio de 1983, caso: *Acción Comercial, C.A.*

² La naturaleza y alcance de este vínculo es, a nuestro juicio, uno de los elementos (junto con el concepto de “servicio público manejado en la jurisprudencia de la materia) más ambiguos en el desarrollo que ha seguido la teoría del contrato administrativo en Venezuela. En nuestra opinión la jurisprudencia en la materia, emanada tanto del Máximo Tribunal (en sus distintas Salas), como de los Tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, no da una respuesta satisfactoria a este asunto. Esto ha originado una serie muy extensa de decisiones contradictorias de las cuales es imposible extraer un criterio cierto que pueda constituirse en guía para la identificación de los contratos administrativos. En algunos casos parece haberse estimado indispensable la existencia de un vínculo cercano, de una relación inmediata y directa del contrato con el servicio público, así, por ejemplo, se ha considerado necesario que el contrato tienda “de modo inmediato y directo” a la prestación de un servicio público (sentencia de la Corte Federal y de Casación del 3 de diciembre de 1959, caso *Domingo Mucciarelli*), igualmente se ha estimado como administrativo el contrato de comodato “...destinado a satisfacer, en forma directa, una necesidad de interés colectivo...” (sentencia No. 2001-193 de fecha 6 de marzo de 2001, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo). No obstante, esta situación contrasta con otras tantas decisiones en las que el vínculo entre el contrato y el servicio público resulta más bien indirecto o mediato, o en las que ante una aparente

Mauricio Subero Mujica

necesidad de interés general. De otra parte, y como consecuencia directa de lo anterior, se afirma que a los contratos administrativos no le son aplicables, en principio, algunas de las reglas básicas de la contratación privada, contenidas, fundamentalmente en el Código Civil.

La doctrina que reconoce la sustantividad de la figura del contrato administrativo predica, como idea fundamental, que los principios propios del contrato de Derecho Común, encuentran, en el ámbito de los contratos administrativos una aplicación atenuada o no son aplicables en absoluto.

Así, de acuerdo con el artículo 1.159 del Código Civil venezolano (C.C.) “los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por causas autorizadas por la Ley”. De esta norma derivan – para el ámbito de la contratación civil- principios esenciales como (i) el de la fuerza obligatoria del contrato, (ii) su inmutabilidad y (iii) el de la igualdad de la partes ante contrato; principios estos que tendrían sólo una aplicación relativa en el campo de los contratos administrativos.

En este sentido se afirma que en tales contratos la Administración puede desentenderse de sus obligaciones y resolver unilateralmente el contrato, sin que medie una falta o incumplimiento de su co-contratante, lo cual supone un relajamiento de la fuerza obligatoria del contrato, por lo menos en relación con una de las partes, la Administración.

vinculación directa, se ha optado por negarle al contrato la condición de administrativo. En este sentido, por ejemplo, a pesar de su aparente vinculación directa e inmediata con un fin de interés general, se ha sostenido que el contrato de obra que tiene por objeto la construcción de bienes del dominio público y de uso público no es un contrato administrativo (sentencia de la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 31 de enero de 1996, caso *Constructora Oscar*), mientras que, por otra parte, el contrato que tiene por objeto el arrendamiento de un inmueble para la instalación de las oficinas de un servicio público, sí ha sido considerado por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia como un verdadero contrato administrativo (sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 23 de mayo de 2000, caso *Francisco Buysse*); criterio este último que, sin embargo, parece no haber sido compartido por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, la cual ha considerado que no tiene naturaleza administrativa la contratación que tiene por objeto el arrendamiento de un inmueble a la República, con destino a la instalación de oficinas públicas (Cfr.: sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 20 de julio de 2001, caso *M.L. Da Silva* y otros). Por ello, si bien puede afirmarse, como lo hace BADELL que “la jurisprudencia ha sido uniforme en torno a la asunción del criterio de servicio público como elemento fundamental para la determinación del carácter administrativo de los contratos administrativos” (BADELL, RAFAEL: *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, p. 47); no es menos cierto que la aplicación jurisprudencial de este criterio está muy lejos de ser clara, pacífica y uniforme. Consideramos que esta inestabilidad en la aplicación del llamado criterio del servicio público revela un hecho trascendente sobre el cual poco se ha ahondado, esto es, la inutilidad del concepto de contrato administrativo, en los términos en que dicho concepto ha sido perfilado por la jurisprudencia venezolana, sobre la cual la mayoría de la doctrina, salvo honrosas excepciones (RONDON DE SANOS, MELICH ORSINI), se ha limitado a fungir de glosa. No obstante, para los fines de los razonamientos expuestos en estas líneas asumiremos el concepto de contrato administrativo tradicionalmente manejado por el foro, reservándonos el derecho de exponer con profundidad nuestras críticas a este concepto en otra oportunidad.

Asimismo, se admite, en el marco de los llamados contratos administrativos, que la Administración pueda modificar las condiciones de ejecución del contrato (*ius variandi*), sin contar para ello con el consentimiento de la otra parte, lo cual sería imposible en la contratación de Derecho Común en virtud del principio de intangibilidad del Contrato.

De igual forma, en los contratos administrativos se flexibiliza el principio de igualdad entre las partes al concederse a la Administración especiales privilegios en el marco del contrato, tales como la posibilidad de interpretar, con fuerza vinculante y de manera unilateral, las disposiciones contractuales o la imposibilidad de oponerle la excepción de contrato no cumplido, privilegio este sobre el cual nos centraremos en este estudio.

En estos elementos se sintetiza la predicada singularidad del régimen jurídico de los contratos administrativos.

II. LA “EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS” EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Una de las reglas básicas de la contratación civil ordinaria, aplicable a los contratos bilaterales, es la de la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido, que, en los términos del artículo 1.168 del C.C. supone que “en los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones.”

Tal como se ha señalado, la aceptación de la excepción de contrato no cumplido en el marco de los contratos administrativos también ha sido cuestionada; este cuestionamiento, además, goza de un histórico peso en la evolución jurisprudencial de la doctrina de los contratos administrativos en Venezuela.

En efecto, desarrollada básicamente por la jurisprudencia, la doctrina de los contratos administrativos tiene en Venezuela un punto de partida fundamental con la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de fecha 5 de diciembre de 1944 (caso: *N. V. Aannemerbedrijf voorhen T.den Brejen Van Den Bout*), en la cual se analizó la controversia surgida de la ejecución del contrato suscrito por la República y una empresa holandesa; contrato que tenía por objeto ciertas obras de reconstrucción y mejoramiento del Puerto de La Guaira.

En dicha sentencia –de extenso contenido– se dejó sentado “que no deben aplicarse por analogía a los contratos administrativos [...] las disposiciones del Derecho Privado”, y en este sentido sostuvo dicho fallo que no era de aplicación al contrato analizado –por considerarlo un contrato administrativo– la excepción de contrato no cumplido, al menos por parte del contratista de la Administración.

Es significativo que la primera sentencia que en Venezuela recoge y acepta la existencia de los llamados contratos administrativos, haya servido, precisamente, para sostener la improcedencia en estos contratos de la excepción de contrato no cumplido. Esta circunstancia supuso que, por simple inercia, se haya repetido constantemente y sin mayores reflexiones la fórmula en las decisiones jurisprudenciales posteriores.

Mauricio Subero Mujica

En efecto, luego de este importante precedente, diversas sentencias tanto de la Corte Suprema de Justicia como, ahora, del Tribunal Supremo de Justicia, han reiterado la inoponibilidad de la excepción en los llamados contratos administrativos; la mayoría de las veces se trata de una declaración realizada de una forma incidental en las decisiones de la materia. En realidad pocas han sido las ocasiones en que el Máximo Tribunal ha podido analizar para el caso concreto la procedencia o no de la excepción de contrato no cumplido, cuando esta es opuesta por el contratista de la Administración³.

Hay que hacer notar que esta especial característica atribuida a los contratos administrativos (esto es, la inoponibilidad a la Administración de la excepción de contrato no cumplido) ha sido mantenida como consecuencia, precisamente, de la sujeción de tales contratos a principios propios del Derecho Público, que no son comunes ni aceptados en el Derecho Civil; principios que derivan de la vinculación del contrato a un interés general, lo cual impone que, aún a falta de previsión expresa en el contrato, deba sostenerse la inaplicabilidad de esta excepción; quedando el interés del contratista resguardado, tal como lo señala la sentencia del caso *Acción Comercial, S.A.*, antes citada, por el principio de preservación del equilibrio económico-financiero del contrato, lo cual le permitiría –sin excepcionarse del cumplimiento de sus obligaciones- reclamar las indemnizaciones correspondientes por el incumplimiento de la Administración.

III. NOTAS DE DERECHO COMPARADO SOBRE LA EVOLUCION DE LA “EXCEPTIO” EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Es necesario comenzar por señalar que los criterios expuestos en la sentencia de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1944, responden a un estado temprano en la evolución de la doctrina de los contratos administrativos. Corresponde esta sentencia a una época en la que en la mayoría de los países de Derecho codificado que admiten la existencia de los contratos administrativos, se sostenía, sin limitaciones, como una prerrogativa de la Administración en este tipo de convenios, la imposibilidad de oponer a la Administración la excepción de contrato no cumplido.

Esta situación, sin embargo, evolucionó en prácticamente todos los países, para admitirse hoy en día, bajo ciertas circunstancias, la posibilidad de oponer a la Ad-

³ Si ha estimado la Corte procedente la excepción de contrato no cumplido en un caso concreto en que ésta fue opuesta por el organismo público contratante frente a su contratista. Así en sentencia de fecha 16 de febrero de 1995 (caso: *Jesús Barrios Barco*) la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia estimó que la Corporación de Mercadeo Agrícola no estaba a obligada a transferir la propiedad de determinados bienes al demandante, tal como se había acordado en el contrato de compraventa, porque éste, por su parte, había incumplido su obligación de pagar la cuota inicial del precio acordado. Igualmente, en sentencia No. 331 de fecha 26 de febrero de 2002, la Sala Política Administrativa analizó si en un caso específico la República había satisfecho o no las condiciones de procedencia de la excepción que pretendía oponer a su contratista; aunque finalmente la Sala desestimó los alegatos de los apoderados de la República, el análisis realizado revela la entera posibilidad de la Administración de alegar en su favor la oponibilidad de la excepción.

ministración la excepción de contrato no cumplido en las relaciones derivadas de un contrato administrativo.

En este sentido enseña el tratadista ROBERTO DROMI cómo en Argentina se erige como principio la oponibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, con ciertas limitaciones. Al respecto, señala el mencionado autor lo siguiente:

“La *exceptio non adimpleti contractus* puede ser opuesta por el contratista de la Administración Pública, cuando una conducta de ésta haya dado lugar a una *situación de hecho* que impida cumplir las obligaciones a su cargo, v.gr., retardo del pago, o no pago en el tiempo oportuno.

“En suma, cuando la Administración Pública incurra en incumplimiento de sus obligaciones, podrá el contratista hacer uso de la *exceptio* y suspender la ejecución de las prestaciones a su cargo.

“Sin embargo no se admite tal excepción en todos los casos, ya que para que ella proceda, el hecho de la Administración tienen que producir una *razonable imposibilidad* de cumplir con las obligaciones contractuales.”⁴

En España, por otra parte, si bien la jurisprudencia había sostenido la imposibilidad de oponer a la Administración la excepción de contrato no cumplido, la doctrina no dejó de criticar esta postura. Además, desde hace ya tiempo, la jurisprudencia española admitió que la inoponibilidad de la *exceptio* encuentra ciertos límites, y no puede por ello erigirse en un principio absoluto y rígido en la contratación administrativa.

En este sentido el Tribunal Supremo español en sentencia del 17 de mayo de 1973, luego de admitir que “...entre las facultadas exorbitantes de la Administración en esta materia está la de que no se aplique, en su contra, la *exceptio non adimpleti contractus*...” señaló que “...sin embargo, tal principio de inexcusabilidad del cumplimiento por parte del contratista quiebra cuando la ejecución deviene imposible, bien por fuerza mayor extraña a las partes, bien por culpa de la Administración.”⁵

Por otra parte, son igualmente significativas las observaciones que sobre esta materia realizara SAINZ MORENO en 1978 al señalar lo siguiente:

“[...] la obligación que todo contratista tiene de mantener el servicio, aun cuando la Administración no cumpla con sus obligaciones contractuales (inaplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*), tiene como límite el ejercicio «normal» de ese derecho, ajustado a las exigencias de la buena fe y dentro del mantenimiento razonable de la «economía del contrato». En ningún supuesto la aplicación de la regla indicada puede tener efectos expoliatorios para el contratista. En consecuencia, el contratista puede suspender el servicio cuando las circunstancias que concurren en el incumplimiento por la Administración ponen en peligro su propia existencia.”⁶

Para el autor previamente citado la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* en la contratación administrativa debe ser admitida por precisas razones que, al estar fundadas en principios básicos de la contratación, las consideramos en

⁴ DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo*. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996, p. 360.

⁵ Citado por SAINZ MORENO, FERNANDO, La “*exceptio non adimpleti contractus*” en la contratación administrativa” en *Revista de Derecho Administrativo* No. 16, 1978.

⁶ SAINZ MORENO, FERNANDO, Ob. Cit.

un todo admisibles en Venezuela; estas razones son las siguientes: (i) la imposibilidad de mantener el contrato a pura pérdida cuando las circunstancias rompen el equilibrio financiero de dicho contrato, lo cual generaría un supuesto de imposibilidad de cumplimiento que exonera al contratista de su obligación⁷; (ii) el incumplimiento del ente contratante se erige en un “hecho de la Administración” que tiene como efecto exonerar al contratista del cumplimiento de sus obligaciones al reunir las características de ser “exterior”, “imprevisible” e “irreversible”, y (iii) la negativa de la Administración a consentir el abandono de las obligaciones del contratista cuando ella misma no cumple con su obligación es contraria al principio según el cual todos los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, pues se constituiría en un ejercicio abusivo de un derecho de la Administración.

En España este análisis jurisprudencial y doctrinal sobre el alcance del principio de inoponibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* en los contratos administrativos tuvo como consecuencia que, con ocasión de la promulgación de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) se realizara legislativamente una total transformación de la situación existente, mediante el reconocimiento expreso del derecho del contratista a la suspensión de la ejecución por el incumplimiento de la Administración, lo que la doctrina no ha dudado en calificar como un vuelco de la atención de la ley directamente “al corazón mismo de otro viejo privilegio que parecía inabitable: la inoponibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* en el ámbito de la contratación administrativa.”⁸

Sobre la recepción en España de la posibilidad de oponer la *exceptio*, expone SUAY RINCON lo siguiente:

“Frente a lo que ocurre en el Derecho Privado, en efecto, donde el artículo 1.124 CC autoriza a una parte, frente al incumplimiento de la otra, a desentenderse del contrato y proceder a su resolución [...], en el Derecho administrativo, el contratista tiene que soportar el incumplimiento de la Administración, lo que puede conducir a situaciones insostenibles [...]. De ahí que alguna doctrina viniera solicitando la atenuación de los efectos de la regla [...]; y sensible a ello, el artículo 100.5 LCA ha dado un vuelco completo a la situación.”⁹

Ciertamente, el artículo 100.5 de la LCAP española dispone, a la letra, lo siguiente:

“Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconoci-

⁷ En Venezuela el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato es principio que ha admitido la jurisprudencia constantemente, y, en el marco específico de las concesiones el Decreto-Ley No. 138, bajo cuya vigencia se firmó el Contrato de Concesión, disponía, en su artículo 43, la obligación de la Administración de mantener en todo momento el equilibrio económico-financiero de la concesión “en beneficio de la continuidad del servicio.”

⁸ SUAY RINCON, JOSE, *La Ejecución del Contrato Administrativo. La Cesión del Contrato y la Subcontratación*. En *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Autores Varios, Director: Rafael Gómez-Ferrer Morant, Civitas, Madrid 1996, p. 410.

⁹ *Idem*.

miento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley.”

Todas estas innovaciones fueron muy bien recibidas en el ámbito jurídico español, y tal como lo señala LEGUINA VILLA, “es una positiva novedad del texto legal que abre una brecha en la tradicional prohibición al contratista de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* frente a la demora en el pago del precio por la Administración, y que en su día fue aplaudida por el Consejo de Estado al dictaminar el Proyecto de Ley...”¹⁰

En Francia, por otra parte, es de destacar cómo también se ha evolucionado desde la total exclusión de la excepción de contrato no cumplido en la contratación administrativa, hasta la justificación de su oponibilidad en estos contratos en circunstancias que así lo ameritan.

En este sentido JEZE se encargó de formular inicialmente el principio en términos absolutos, al señalar que:

“Mientras el juez del contrato no haya pronunciado la rescisión por culpa de la Administración, el empresario debe ejecutar el contrato, debe cumplir con todas sus obligaciones. Aunque la rescisión produzca sus efectos a partir del día de la demanda, sólo después de la decisión del juez se sabrá si la Administración es culpable. El empresario después de solicitar la rescisión del contrato por culpa de la Administración tienen, pues, la obligación jurídica estricta de continuar las obras, si abandona los talleres comete falta; esta falta es tan grave que justifica que la Administración rechace la demanda y aplique inmediatamente la ejecución directa o la rescisión, por culpa y riesgo del empresario.”¹¹

Esta posición, sin embargo, no tardó en ser corregida por el autor que ha hecho uno de los más importantes aportes al tema de los contratos administrativos, ANDRÉ DE LAUBADERE, quien en su obra *Contrats Administratifs*¹² -según explica SAINZ MORENO¹³- argumenta que, en efecto, el contratista de la Administración no puede dejar de cumplir las obligaciones asumidas a través del contrato administrativo, “salvo que el incumplimiento de la Administración haga *impossible* la realización del contrato”¹⁴. Cuando esto sucede -señala SAINZ MORENO- para la doctrina francesa, el contratista se encuentra en la hipótesis del “*fait de l'Administration*”, asimilable a la fuerza mayor.

¹⁰ LEGUINA VILLA, JESUS, *La Extinción de los Contratos*, en *Comentarios a la Ley de Contratos...* Ob. Cit., p. 548.

¹¹ JEZE, GASTON, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, traducción al castellano, Buenos Aires, 1950, Tomo VI, p. 229, citado por SAINZ MORENO, FERNANDO, Loc. Cit.

¹² DE LAUBADERE, ANDRÉ, *Contrats Administratifs*, 1956, Tomo II. P. 55 y ss. y p. 194 y ss., citado por SAINZ MORENO, FERNANDO, Loc. Cit.

¹³ SAINZ MORENO, FERNANDO, Loc. Cit.

¹⁴ *Idem*.

IV. EL INTERES GENERAL COMO FUNDAMENTO DE LA ADMISION DE LA "EXCEPTIO" EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Debemos hacer notar cómo de los comentarios de los autores previamente mencionados, se desprende que la imposibilidad de oponer a la Administración la *exceptio non adimpleti contractus* en el marco de un contrato administrativo puede encontrar ciertas limitaciones, y es claro, además que la oponibilidad de la *exceptio* responde en estos casos a precisos fines de interés general.

Ciertamente, si la especial vinculación del contrato administrativo con el interés general había justificado, en su momento, la exclusión de la *exceptio* del ámbito de estos convenios, es este mismo elemento, sin embargo, el que justifica su aplicación bajo ciertas circunstancias, pues, como lo afirmara DROMI, es la especial situación de hecho en que se coloca el contratista por causa del incumplimiento de la Administración, impidiéndole cumplir con sus obligaciones contractuales, lo que hace operativa la excepción, o como lo señala en España SUAY RINCON, la imposibilidad de oponer la excepción puede llevar al contratista a "situaciones insostenibles", por lo que, en consecuencia, un flaco servicio se le haría al interés general si se permitiera que la obra o servicios públicos fuesen ejecutados o prestados desde tan precarias condiciones del contratista.

Adicionalmente, es indudable que la sola posibilidad de que el contratista pudiera quedar comprometido en la ejecución ineludible de un contrato con la Administración, soportando la carga de no obtener ninguna remuneración de ello, no otorgaba ninguna certidumbre ni seguridad a la contratación, lo que se erigía en un desestímulo a la contratación pública.

En suma, tanto el interés de la Administración (equivalente al interés general) en que el servicio o la obra se presten o ejecuten de manera eficiente (lo que supone la solvencia del contratista), así como el interés en no hacer excesivamente onerosa o imposible la contratación de la Administración, impone la necesidad de que, en ciertas condiciones extremas, que se erigen en una total imposibilidad de ejecución de las obligaciones del contratista o que lo colocan en riesgo o precariedad, se admita la posibilidad de oponer a la Administración la *exceptio non adimpleti contractus*.

V. LA PROGRESIVA PERO LIMITADA ADMISION DE LA OponIBILIDAD DE LA EXCEPCION EN VENEZUELA

Venezuela no fue ajena a estas reflexiones sobre el verdadero papel de la excepción de contrato no cumplido en la contratación administrativa. En efecto, en el Decreto No. 1.821 del 30 de agosto de 1991, contentivo de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras (las Condiciones Generales), se incluyó expresamente la posibilidad del contratista de la Administración nacional de paralizar la ejecución de la obra, frente al incumplimiento de las obligaciones de la pago de la Administración.

Adicionalmente, en el marco de un proceso iniciado bajo el Gobierno del Dr. Rafael Caldera para la revisión del marco normativo de las contrataciones estatales, con la finalidad de estimular las inversiones y la contratación con el sector pú-

blico (proceso este en el marco del cual fue dictado el Decreto con rango y fuerza de Ley No. 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales), se emitió el Decreto No. 1.147 del 31 de julio de 1996, por el cual se dictó la reforma parcial de las Condiciones Generales.

En esta reforma, lejos de cuestionarse el reconocimiento del derecho del contratista a paralizar la ejecución del contrato de obra, se mantuvo –ratificándose su aplicación– este derecho. En virtud de lo cual, es un hecho que hoy en día, en Venezuela, cuando se trata contratos de obra (administrativos o no) celebrados por el Poder Nacional, se admite y tiene reconocimiento normativo (a través de un acto dictado por la propia Administración Pública) el derecho del contratista a paralizar la ejecución del contrato, dadas determinadas condiciones, en caso del incumplimiento significativo de la Administración de su principal obligación bajo el contrato, esto es, el pago del precio de la obra.

En efecto, de acuerdo con el artículo 53 de las Condiciones Generales reformadas “el contratista tendrá derecho a paralizar la obra, en caso de que el Ente Contratante tenga un atraso mayor de treinta (30) días calendario en el límite establecido en el párrafo anterior (para la entrega del anticipo del precio de la obra), hasta tanto se realice el pago del anticipo.”

Asimismo, el artículo 60 de las Condiciones Generales dispone:

“Cuando el Ente Contratante tenga un atraso en los pagos de valuaciones por más de sesenta (60) días calendario por cantidades superiores al diez por ciento (10%) del monto total del contrato más el porcentaje que represente el saldo no amortizado del Anticipo, el Contratista tendrá derecho a paralizar la ejecución de la obra hasta tanto se realice el pago y en este caso se considerará otorgada una prórroga automática por tiempo igual al de la paralización de a obra.”

A pesar de estos parciales avances normativos en la materia, la admisión de la posibilidad de que el contratista de la Administración pueda oponer la “*exceptio*” en determinadas circunstancias, no ha terminado de consolidarse como un principio consustancial a los llamados contratos administrativos, pues ha faltado una decidida y progresista posición de la jurisprudencia en la materia. Ciertamente, se echa en falta una posición más decidida por parte del Máximo Tribunal, el cual, estimamos, debe comenzar por recoger los cambios producidos en el Derecho comparado a los cuales nos hemos referido precedentemente, reseñados por la más autorizada doctrina.

Muy por el contrario, con el paso de los años se han continuado generando decisiones jurisprudenciales por las cuales se desecha totalmente la posibilidad de que el contratista de la Administración, bajo un contrato administrativo, pueda válidamente oponer la excepción de contrato no cumplido.

En este sentido la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 14 de agosto de 1998 (expediente No. 14.695) señaló lo siguiente:

“[...] los querellantes, como prestatarios que son de un servicio público, estaban en el deber jurídico de no cesar la prestación del mismo, puesto que, como es sabido, la fórmula de derecho civil ‘*non adimpleti contractus*’, que permite a una de las partes contratantes dejar de cumplir sus obligaciones contractuales cuando la otra lo hace, no es

Mauricio Subero Mujica

aplicable en los contratos de servicio público. Ello en virtud de que en este tipo de relación jurídica, el interés general que motiva la contratación está muy por encima del interés particular involucrado.”

En igual forma, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 789 de fecha 11 de abril de 2000, dispuso que:

“[...] cuando la Administración reclama del co-contratante el cumplimiento de alguna previsión contenida en un contrato administrativo, éste queda imposibilitado para oponer la excepción antes dicha, bastando citar para ello la decisión de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1945 (caso *Astilleros La Guaira*) y las subsecuentes decisiones emanadas de esta Sala que ratificaron este criterio

En definitiva, hoy día, casi en todos los países en los que se admite la existencia de cierta categoría especial de contratos suscritos por la Administración Pública y regidos por principios propios del Derecho Público: los contratos administrativos, es admitida legislativa, jurisprudencial y doctrinalmente la posibilidad de oponer a la Administración la *exceptio non adimpleti contractus*, cuando circunstancias especiales, ligadas al interés general así lo justifican. Sin embargo, en Venezuela, a pesar de que normativa y doctrinalmente se ha comenzado a asimilar esta posibilidad, la verdad es que la jurisprudencia del Máximo Tribunal no la ha asumido como un criterio aplicable de forma general a este tipo de contrataciones.

VI. ¿PUEDEN LAS PARTES DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO PACTAR LA OponIBILIDAD DE LA “EXCEPTIO” EN AUSENCIA DE UNA NORMA EXPRESA QUE LO ESTABLEZCA?

Para finalizar estas consideraciones sobre la excepción de contrato no cumplido en el marco de los contratos administrativos, queremos dejar planteada una hipótesis: manteniéndose la secular oposición de la jurisprudencia a admitir el derecho del contratista a oponer la excepción cuando se trata de la ejecución de contrato calificado como administrativo, ¿podrían las partes, en previsión de las consecuencias que este criterio jurisprudencial tendría en la economía del contrato, pactar esta posibilidad expresamente?

Para dar respuesta esta pregunta debemos comenzar por recordar que, de conformidad con la doctrina de los contratos administrativos, esta categoría contractual se caracteriza por su vinculación a la prestación de un servicio público y, por ende, se trata de contratos ligados también a los fines de interés general propios de tales servicios.

Por tanto, se reconoce la posibilidad de que en tales contratos se incluyan disposiciones que no serían comunes —e incluso inadmisibles— en una contratación regida por el Derecho Privado, todo ello en beneficio de dichos fines de interés general.

Se trata de las llamadas *cláusula exorbitantes* del Derecho Común, que, tal como lo explicó la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia sobre el caso *Acción Comercial, S.A.*, son aquellas “que consagraban en el convenio a favor —y aun en contra— de la Administración un régimen excepcional por comparación al de Derecho Privado.”

En criterio de la misma Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, las cláusulas exorbitantes no son —como en algunos casos fue considerado en Francia— un elemento autónomo que expresa la voluntad de las partes (una de las cuales siempre ha de ser la Administración Pública), sino que, por el contrario, para la jurisprudencia venezolana, tales cláusulas son sólo un índice que revela, en el examen de un determinado contrato en el que es parte la Administración, la existencia de un interés general que debe ser satisfecho a través del contrato; interés este que sí sería el elemento determinante para sostener que se trata, en un caso concreto, de un contrato que debe ser calificado como administrativo (lo cual, inversamente, implica que pueden haber contratos administrativos sin la presencia de cláusulas exorbitantes, cuando resulta evidente la existencia de ese interés general).

La misma sentencia sobre el caso *Acción Comercial, S.A.* señala que resulta obvio que “[...] las cláusulas exorbitantes, de una parte, constituyen índice evidente de la existencia de un contrato administrativo; pero las referidas sentencias son, a juicio de la Corte, indicadoras de que dichas cláusulas no hacen otra cosa que revelar con su existencia la noción —siempre presente en el contrato administrativo— de interés general o colectivo que el servicio público entraña.”

En este mismo sentido ha destacado la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 1° de abril de 1986 (caso: *Hotel Isla de Coche*), que “cierta originalidad revelan también nuestra doctrina y jurisprudencia al concebir las llamadas ‘cláusulas exorbitantes’ que suelen aparecer en los contratos administrativos como efecto —y de ninguna manera como causa— del servicio público objeto de este tipo de contratación.”

Esta misma sentencia de 1986, recaída sobre el caso *Hotel Isla de Coche*, pone de relieve un elemento que resulta de gran importancia para el tema que aquí queremos desarrollar, esto es, la posibilidad de que en el contrato administrativo se incluyan disposiciones que, aun desfavoreciendo —aparentemente— la posición de la Administración en el contrato, encuentran plena justificación en beneficio del interés general implícito en este tipo de contratación.

Al respecto, dicho fallo (caso *Hotel Isla de Coche*), luego de analizar el contenido de la sentencia del caso *Acción Comercial S.A.*, expresa que de este y otros precedentes se desprende:

“la idea de cláusulas exorbitantes resultado de los compromisos de servicio público presentes en la contratación administrativa, habiéndose considerado entre nosotros como tales ‘las que consagraban en el convenio a favor o aun en contra de la administración un régimen excepcional por comparación al de Derecho Privado.’”

A todo ello añade la mencionada sentencia, a modo de conclusión sobre este punto, que:

“[...] se estaría frente a un contrato administrativo cuando las partes, presente la administración, ‘han manifestado su voluntad de sustraerse al derecho común insertando en la respectiva convención cláusulas que lo deroguen’ por eso llamadas ‘exorbitantes’ (del derecho común, se entiende), que tienen el carácter de tales [...] cuando consagran en el convenio un *tratamiento excepcional* para la Administración, que puede ser no sólo a favor, sino también *en contra*, de ella, justificado siempre ese régimen especial por los requerimientos del servicio público.”

Todo lo anterior permite afirmar que, en el marco de la contratación administrativa es admisible incluir cláusulas por las cuales se establezca un tratamiento de favor para el contratista de la Administración, cuando con ello se busca alcanzar fines de interés general.

Además, la doctrina ha puesto de relieve cómo ciertos privilegios del contratista de la Administración (entre los cuales se cuentan otros tantos, como la mitigación en este tipo de contratos de las reglas del Derecho Privado sobre riesgo y ventura del contratista o sobre la fuerza mayor, así como la posibilidad de reducir los plazos de garantía del Derecho Común), no son expresión de una mera disposición favorable al contratista, sino que dichas cláusulas se erigen como mecanismos destinados a beneficiar las condiciones en que puede contratar la Administración – y con ella al interés que representa, que no es otro que el interés general–, logrando una contratación en términos mucho más favorables, económicos y viables. En este sentido los autores GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ han señalado lo siguiente:

“Estas ventajas al contratista no están determinadas por un inesperado espíritu paternalista en la Administración, sino porque ésta obtiene ella misma el beneficio de una rebaja general en las cifras de oferta que logra en el mercado contractual al eliminar la necesidad de que los contratistas busquen cobertura frente a las responsabilidades más amplias, dadas, además, la generalización de este beneficio por la técnica de la contratación en masa.”¹⁵

Admitido así que en el marco de la contratación administrativa es enteramente admisible la inclusión de cláusulas contractuales por las cuales se favorezca al contratista de la Administración con la finalidad de favorecer, al mismo tiempo, al interés general implícito en la contratación, es concluyente, por tanto, que es igualmente admisible que las partes en un contrato administrativo pacten la posibilidad de oponer a la Administración la *exceptio non adimpleti contractus*, cuando dadas ciertas condiciones, ello se muestra indispensable para preservar la integridad del contratista y, con él, al propio servicio público.

En efecto, si, como se ha visto, la jurisprudencia y la doctrina admiten, sin salvedad, la posibilidad de que en la contratación administrativa se incluyan cláusulas que representan un tratamiento incluso “desfavorable” a la Administración con el fin de contribuir a alcanzar fines de interés general –cláusulas estas que no serían comunes, o incluso inadmisibles, en un contrato de Derecho Privado– con más fuerza entonces hay que sostener la posibilidad de admitir la inclusión en estos contratos de cláusulas que, lejos de exceder lo que es admisible en el Derecho Privado, recogen precisamente un principio de la contratación privada: la excepción de contrato no cumplido, con la finalidad de prever expresamente, lo que es ya un hecho admitido por la doctrina y la jurisprudencia, esto es, la procedencia de la *exceptio* bajo ciertas condiciones, en resguardo, precisamente, del interés general.

En definitiva, si son admisibles en los contratos administrativos y hasta reconocidas por la jurisprudencia del Máximo Tribunal de Venezuela, las llamadas “cláu-

¹⁵ GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON, *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000, Tomo I, p. 683.

sula exorbitantes”, las cuales incluyen previsiones que no podrían encontrarse de ordinario en la contratación privada –incluso con previsiones “desfavorables” a la Administración–, con mayor razón debe admitirse la posibilidad de incluir en tales contratos cláusulas ordinarias por su contenido, y que, además, son, como muchas de las “cláusulas exorbitantes”, incluidas en la contratación administrativa en beneficio del interés general.