

LA EXCEPTIO INADIMPLETI CONTRACTUS Y LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

–LA NECESARIA CLARIFICACIÓN DE UNA VETUSTA E INCOMPRENDIDA REGLA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO–¹

José Antonio Muci Borjas

*Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello
Individuo de Número de la Academias de Ciencias Políticas y Sociales*

Resumen: *El ensayo analiza la tesis, hasta ahora predominante en doctrina y jurisprudencia venezolanas, de acuerdo con la cual la contraparte contractual de la Administración Pública no puede invocar la exceptio inadimpleti contractus, y con base en la legislación y jurisprudencia reciente propone su revisión.*

Palabras Clave: *Contrato administrativo, exceptio non adimpleti contractus.*

Abstract: *The essay analyzes the thesis, hitherto predominant among Venezuelan authors and jurisprudence, according to which the contractual counterpart of the Public Administration cannot invoke the exceptio inadimpleti contractus, and based on recent legislation and jurisprudence proposes its revision.*

Key words: *Administrative contracts, exceptio non adimpleti contractus.*

I. LA EXCEPCIÓN *INADIMPLETI CONTRACTUS* EN EL DERECHO VENEZOLANO

1. *Introducción: el incumplimiento contractual y sus consecuencias*

El ordenamiento jurídico venezolano contempla dos consecuencias jurídicas *diferentes* ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes contratantes en el marco de un contrato bilateral².

Efectivamente, de acuerdo con el artículo 1.167 del Código Civil³, frente al *incumplimiento culposo* de su deudor el acreedor puede optar por:

- a. Exigir la *ejecución* del contrato (puede, más propiamente, exigir el *cumplimiento* de las obligaciones contractuales a cargo de su deudor).

¹ El presente trabajo fue elaborado para su inclusión en el *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, editado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales venezolana.

² Mélich-Orsini, José, *Doctrina General del Contrato*, Editorial Jurídica Venezolana, 5ª Edición Primera Reimpresión, Caracas, 2012, pp. 759-761.

³ Código Civil (*Gaceta Oficial de la República* N° 2.990, del 26 de julio de 1982). Copiado a la letra el artículo 1.167 del Código Civil venezolano establece: «En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede *a su elección* reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello».

Esta exigencia encuentra su fundamento en los artículos 1.159 y 1.160 del Código Civil, que establecen, respectivamente, (i) que los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes⁴ y (ii) que los contratos deben ejecutarse de buena fe⁵.

- b. Alternativamente, puede demandar la *resolución* del contrato (puede, esto es, exigir la terminación o disolución del vínculo contractual).

En uno y otro caso el acreedor puede exigir el pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento⁶.

Mientras la demanda *–lato et improprio sensu–* de cumplimiento persigue *preservar el vínculo* contractual, la acción judicial de resolución busca *disolverlo*, pues esta última es una forma de terminación de los contratos propia o característica de las convenciones bilaterales⁷.

2. *El reclamo o demanda de cumplimiento y la exceptio inadimpleti contractus propiamente dicha*

Si el acreedor opta por exigir *el cumplimiento de las obligaciones* contractuales que según él no han sido satisfechas, el deudor puede oponerle a aquel la excepción de incumplimiento (*exceptio inadimpleti contractus*)⁸, tanto en sede judicial como extrajudicialmente⁹.

La precitada excepción se encuentra disciplinada por el artículo 1.168 del Código Civil, que reza textualmente así:

⁴ El artículo 1.159 del Código Civil establece textualmente lo siguiente: «Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley». A propósito de esta norma nuestra justicia ha afirmado (i) que «conforme a lo previsto en el artículo 1.159 del Código Civil el contrato legalmente perfeccionado tiene fuerza de ley entre las partes, lo que *significa que lo estipulado se constituye como de obligatorio cumplimiento para los contratantes*, so pena de incurrir no sólo en la respectiva responsabilidad civil por incumplimiento, sino también en diversas consecuencias que acarrearán para las partes las variadas situaciones que pueden presentarse con motivo de dicho incumplimiento (riesgo del contrato, acción resolutoria, excepción *non adimpleti contractus*, daños y perjuicios contractuales, entre otras); y (ii) que «es así como se entiende que *los contratantes están obligados a cumplir el contrato del mismo modo que están obligados a cumplir la ley*, lo cual viene a representar *uno de los principios de mayor arraigo en el campo del Derecho*, cuyo origen se remonta a la antigüedad, llegándose a definir el contrato como ley particular que liga a las partes...» (Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia Nº 1.215, del 2 de septiembre de 2004, asunto *Distribuidora Kirios*).

⁵ El artículo 1.160 del Código Civil dispone: «Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley».

⁶ Al referirse a la acción de daños y perjuicios que cabe acumular a la acción de resolución contractual, Mélich-Orsini observa: «El artículo 1.167 C.C. señala expresamente que se trata de un *derecho* del acreedor a elegir esa modificación de la situación jurídica derivada del contrato, consistente en su resolución *en lugar de* su cumplimiento forzoso...», agregando a continuación que si el acreedor opta por demandar la resolución del contrato «...no le está excluido demandar además los daños y perjuicios que tal resolución acarree» (Mélich-Orsini, José, *Doctrina General del Contrato*, *op. cit.*, pp. 722-723).

⁷ Maduro Luyando, Eloy, *Curso de Obligaciones* (Derecho Civil III), Fondo Editorial Luis Sanojo, Caracas, p. 509.

⁸ Mélich-Orsini, José, *Doctrina General del Contrato*, *op. cit.*, pp. 759-761.

⁹ Urdaneta Fontiveros, Enrique, *Régimen Jurídico de la Exceptio Non Adimpleti Contractus*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, p. 183.

«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».

La excepción se traduce en el derecho que asiste a la parte de un contrato bilateral «...a negarse a cumplir sus obligaciones cuando su contraparte *le exige el cumplimiento* sin a su vez haber cumplido con su propia obligación»¹⁰. Dicho de otro modo, según nuestra doctrina la excepción *inadimpleti contractus* tiene por objeto suspender los efectos del contrato¹¹, y «...excluye el deber de cumplir a cargo del *excipiens*...» hasta que su contraparte contractual haya dado cumplimiento a sus obligaciones¹².

En esencia, la *exceptio inadimpleti contractus* es una institución creada para brindar tutela preventiva o anticipada a un deudor –que al propio tiempo es también acreedor– frente a los riesgos asociados al incumplimiento de su recíproco deudor¹³.

Comoquiera que la excepción del artículo 1.168 del Código Civil busca «...detener una exigencia de cumplimiento...»¹⁴, resulta menester destacar aquí que la excepción *inadimpleti contractus* propiamente dicha solo puede ser opuesta frente a un reclamo o una demanda *de cumplimiento* –i.e., de ejecución– de un contrato. Según nuestra justicia, para que el demandado pueda oponer la excepción *inadimpleti contractus*

«...resulta *indispensable* que una de las partes pida el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato»¹⁵.

Una acotación final: El artículo 1.168 del Código Civil es *norma supletoria de la voluntad de las partes*. Por ende, en principio nada obsta para que las partes contratantes incorporen a sus contratos reglas especiales reguladoras del incumplimiento y sus consecuencias¹⁶.

¹⁰ Maduro Luyando, Eloy, *op. cit.*, p. 504. En palabras de Urdaneta Fontiveros, la *exceptio inadimpleti contractus* no es más que «...la facultad que tiene una de las partes de un contrato bilateral de negarse a ejecutar su obligación si la otra parte le exige el cumplimiento sin [antes] haber ejecutado la suya, salvo que aquélla esté obligada a cumplir con carácter previo» (Urdaneta Fontiveros, Enrique, *op. cit.*, p. 3).

¹¹ Maduro Luyando, Eloy, *op. cit.*, p. 507.

¹² Mélich-Orsini, José, *Doctrina General del Contrato*, *op. cit.*, pp. 759-761.

¹³ Giorgianni, Michele, “Inadempimento (diritto privato)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Volume XX, Dott. A. Giuffrè Editore, Varese, 1970, p. 873.

¹⁴ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de noviembre de 1989, asunto *R. Lei*, en Mélich-Orsini, José, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, 2ª Edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2003, pp. 525-526.

¹⁵ Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, Sentencia del 16 de septiembre de 1993, asunto *Inmobiliaria Orbie*, en Mélich-Orsini, José, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, *op. cit.*, p. 524.

¹⁶ *Vid.* Maduro Luyando, Eloy, *op. cit.*, p. 381-382, y Brewer-Carías, Allan R., *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 320-321. En palabras de Brewer-Carías, quedando a salvo las normas especiales –de rango constitucional y legal– reguladoras de los contratos de la Administración, tales contratos, «...como cualquier otro contrato, se rigen básicamente por las cláusulas establecidas en el contrato mismo, y por el Código Civil, siendo éste de aplicación supletoria, en el sentido de que sus normas rigen aquellas materias no reguladas expresamente por las partes en el...» contrato.

3. *La acción de resolución y el incumplimiento del demandante como defensa o excepción de fondo*

Frente a una demanda de *resolución* del contrato por incumplimiento, el deudor demandado puede alegar que el demandante había incumplido sus obligaciones contractuales.

Según nuestra justicia, esa defensa o excepción de fondo *no puede ni debe confundirse* con la excepción *inadimpleti contractus* disciplinada por el artículo 1.168 del Código Civil¹⁷. Así lo ha asentado la Corte Suprema de Justicia¹⁸ venezolana al afirmar:

- a. Primero, que la excepción de incumplimiento contractual prevista por el artículo 1.168 del Código Civil, «...no es oponible, de acuerdo a la doctrina de esta Sala –sentencia del 8 de diciembre de 1960–, al deudor que opta por la resolución del contrato, pues [ese artículo] está dirigido a detener una exigencia de cumplimiento».
- b. Segundo, que «...el incumplimiento del actor, si bien *no constituye, en la demanda de resolución, la excepción en cuestión*, debe considerarse un hecho impeditivo de la pretensión...» de resolución que el actor hace valer en juicio.
- c. Tercero, que «...corresponde al actor afirmar en el libelo la existencia de los hechos constitutivos de la pretensión y al demandado alegar la existencia de hechos impeditivos, modificativos y extintivos».
- d. Cuarto, que «...el incumplimiento del actor de las obligaciones que derivan del contrato cuya resolución se pretende, es un hecho impeditivo de su pretensión...» que debe «...ser alegado por los demandados en el acto de la contestación de la demanda»¹⁹.

La decisión judicial citada con anterioridad puede ser complementada con otra, posterior en fecha, que dejó establecido (i) que «...uno de los requisitos o condiciones de procedencia de la acción resolutoria contractual, admitido pacíficamente por la doctrina es que el actor hubiese cumplido con su obligación, o que ofrezca cumplirla», y (ii) que «...tal requisito puede ser examinado [incluso] de oficio por el Tribunal, por corresponder a la determinación previa de que la acción [de resolución] está bien fundada»²⁰.

¹⁷ En contra, Urdaneta Fontiveros, Enrique, *op. cit.*, pp. 187-189.

¹⁸ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de noviembre de 1989, asunto *R. Lei*, en Mélich-Orsini, José, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, *op. cit.*, pp. 525-526.

¹⁹ Como bien enseña Rengel-Romberg, al contestar la demanda el demandado «...ejercita el derecho a la defensa...» dando «...respuesta a la pretensión contenida en la demanda», y al hacerlo puede oponer *excepciones de fondo*, consistentes en «...la alegación de un hecho... que desvirtúa el efecto jurídico del [hecho] alegado por el actor, ora impidiendo el nacimiento del derecho, ora modificando sus consecuencias, o bien extinguiendo la pretensión» (Rengel-Romberg, Aristides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Volumen III, 13ª Edición, Ediciones Paredes, Caracas, 2013, pp. 104 y 114).

²⁰ Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, Sentencia del 14 de agosto de 1997, asunto *Autocamiones Corsas*, en Mélich-Orsini, José, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, *op. cit.*, pp. 418-419. Por el contrario, la parte que invoca la *exceptio inadimpleti contractus* «...no hace valer una limitación –apreciable de oficio por el juez– implícita en la pretensión propuesta por quien a su vez ha incumplido, sino un contraderecho autónomo al cual puede incluso renunciar» (*vid.*, Realmonte, Francesco, “Ecezione di

Para comprender las diferencias que median entre la excepción de incumplimiento propiamente dicha, fundada en el artículo 1.168 del Código Civil, y la alegación de incumplimiento culposo formulada por el demandado en el marco de un proceso de resolución contractual, estimamos pertinente invocar una decisión judicial adicional²¹. De acuerdo con esta última decisión judicial la alegación de incumplimiento que cabe formular en un proceso de resolución de contrato encuentra su fundamento en los principios de *reciprocidad, equidad y diligencia* plasmados por los artículos 1.134, 1.264 y 1.270 del Código Civil. Las normas legales indicadas establecen, respectivamente, que «...el contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral, cuando se obligan recíprocamente» (artículo 1.134); que «...las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas», y que «el deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención» (artículo 1.264); y, que «...la diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obligación, sea que ésta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, será siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso de depósito» (artículo 1.270)²².

En síntesis, de acuerdo con las decisiones judiciales invocadas con anterioridad constituye un *error* confundir la excepción de incumplimiento propiamente dicha (*exceptio inadimpleti contractus*) con la alegación de incumplimiento culposo formulada por el demandado en el marco de un proceso de resolución contractual.

Mientras la primera procura impedir el cumplimiento que se le exige al demandado, la segunda pretende desvirtuar uno de los hechos constitutivos de la resolución exigida por el actor.

II. LA EXCEPCIÓN *INADIMPLETI CONTRACTUS* EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

1. *Introducción: los contratos de la Administración*

A. *Noción*

La jurisprudencia y doctrina venezolanas incorporaron a nuestro Derecho la distinción—de origen francés— entre *contratos administrativos*²³ y *contratos privados* de la Administra-

inadempimento», en *Enciclopedia del Diritto*, Volume XIV, Dott. A. Giuffrè Editore, Varese, 1965, p. 234).

²¹ Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 10 de febrero de 1994, asunto *Clay Ceramic*, en Mélich-Orsini, José, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, *op. cit.*, pp. 421-423.

²² En efecto, de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia, en aquellos supuestos en los que el actor «...en resolución...» ha incumplido sus obligaciones contractuales no «...puede hablarse de incumplimiento...» culposo del deudor, porque la suspensión de la ejecución de las obligaciones a cargo de este último «...se debe a la *inexistencia del presupuesto* que las partes habían estimado como causa» de las obligaciones del deudor (Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 10 de febrero de 1994, asunto *Clay Ceramic*, en Mélich-Orsini, José, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, *op. cit.*, pp. 421-423).

²³ Sobre el tema de los contratos administrativos puede consultarse, *inter alia*, Araujo Juárez, José, *Derecho Administrativo*, Parte General, Ediciones Paredes, Primera Reimpresión, Caracas, 2008, pp. 585-639; Badell Madrid, Rafael y otros, *Contratos Administrativos*, Cuadernos Jurídicos N° 5, 1999; Brewer-Carías, Allan R., *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de

ción. De acuerdo con esa distinción, los primeros (contratos administrativos) se encuentran sometidos a un régimen preponderante de Derecho Público por lo que respecta (i) a su celebración, (ii) ejecución o (iii) rescisión, habida consideración de su estrecha vinculación con el interés general (*i.e.*, con un servicio público)²⁴; los segundos (contratos privados de la Administración), por el contrario, se hallan disciplinados predominantemente por reglas del Derecho Privado.

En el Derecho venezolano la noción de contrato administrativo ha sido empleada para (i) reconocerle a la Administración contratante *potestades públicas* (cláusulas exorbitantes) que la habilitan para imponer su voluntad en ciertas y determinadas condiciones y, consecuentemente, para hacer prevalecer el interés general sobre el interés individual, y (ii) atribuir competencia al juez llamado a pronunciarse sobre las controversias relacionadas con ese tipo de contratos²⁵.

Venezuela, Caracas, 1964, p. 162; Brewer-Carías, Allan R., *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, Colección Estudios Jurídicos N° 100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 329-331; Fariás Mata, Luis Enrique, “La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina”, en *Libro Homenaje a Antonio Moles Caubet*, Caracas, 1981, pp. 935-977; Iribarren Monteverde, Henrique, “Los Contratos Administrativos y las Condiciones Generales de Contratación en el Pensamiento de Gabriel Ruan Santos”, en *Liber Amicorum. Homenaje a la obra del Profesor Gabriel Ruan Santos*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2018, pp. 752-753; Muci Borjas, José Antonio, “Contratos administrativos y potestades exorbitantes”, *Libro Homenaje a Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 264-278; Pérez Luciani, Gonzalo, “Los contratos administrativos en Venezuela”, *Escritos del Doctor Gonzalo Pérez Luciani*, Fundación Bancaribe para la Ciencia y la Cultura, Caracas, 2013, pp. 611-632; Rodríguez García, Armando, “Ejecución del Contrato Administrativo. Potestades de la Administración y Derechos de los Contratistas”, *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, 1991, pp. 85-223; y, Subero Mujica, Mauricio, “Críticas a la Doctrina del Contrato Administrativo en Venezuela”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo*, N° 9, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2016, pp. 94-99.

En sentido coincidente también puede consultarse, *inter alia*, las decisiones judiciales que se citan a continuación: Corte Federal, Sentencia s/n, del 12 de noviembre de 1954, asunto *Alberto Machado-Conejos Mestizos*; Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias N° 143, del 14 de junio de 1983, asunto *Acción Comercial*; y, N° 71, del 11 de agosto de 1983, asunto *Cervecería de Oriente*, en Ortiz-Álvarez, L.A. y Mascetti, G., *Jurisprudencia de Contratos Administrativos (1980-1999)*, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 75, 522, 95 y 96. En este mismo orden de ideas, consúltese Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencias N° 220, del 28 de noviembre de 2000, asunto *Alimentos de Occidente*; N° 1.452, del 11 de julio de 2001, asunto *Alatec Haskoning*; N° 2.743, del 15 de noviembre de 2001, asunto *Mona-gas Plaza*; N° 1.111, del 17 de septiembre de 2002, asunto *Municipio Francisco de Miranda del Estado Guárico*; N° 1.410, del 3 de diciembre de 2002, asunto *Armando Arturo Padrino Mago*; N° 1.929, del 9 de diciembre de 2003, asunto *Barinas Ingeniería*; N° 1.164, del 22 de julio de 2003, asunto *Franco José López*; N° 500, del 19 de mayo de 2004, asunto *Inversiones y Desarrollo P&R*; N° 1.002, del 5 de agosto de 2004, asunto *DHL, Zoom, Domesa y otros*; N° 2.584, del 4 de mayo de 2005, asunto *Servicios Industriales Especializados*; y, N° 881, del 29 de julio de 2008, asunto *Babcock de Venezuela*.

²⁴ Brewer-Carías, Allan R., *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 44-51.

²⁵ Según la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, hoy en día derogada, correspondía a la Sala Político-Administrativa de ese tribunal «conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolu-

B. *Los contratos administrativos y sus elementos*

Conforme a la jurisprudencia y doctrina venezolanas, los contratos de la Administración se pueden calificar como contratos administrativos cuando se cumplen los criterios que mencionamos a continuación.

a. *La identidad de las partes contratantes*

En los contratos administrativos al menos una de las partes contratantes ha de ser una persona jurídica estatal²⁶. Satisfecho este primer requisito, el contrato califica como un contrato administrativo si se cumple uno cualquiera de los dos (2) extremos que mencionaremos más adelante²⁷.

b. *El objeto del contrato administrativo: una actividad de “interés general”*

Todo contrato administrativo tiene por objeto una actividad o servicio declarado por Ley como de “interés general”, de “interés público” o de “interés colectivo”²⁸. La actividad de interés general –i.e., de servicio público *lato et improprio sensu*– constituye el denominador común de este tipo de contratos, caracterizados por estar sujetos *en mayor o menor medida* al Derecho Público²⁹.

Ahora bien, esas actividades de interés general son –por definición– variopintas, *heterogéneas*. Por ello, *no todos* los contratos administrativos se hallan sometidos a *idénticas reglas*.

ción de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades (artículo 42, numeral 14), (*Gaceta Oficial de la República* N° 1.893 Extraordinario, de 30 de julio de 1976). Esa norma fue luego reproducida por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (*Gaceta Oficial de la República* N° 37942, 20 de mayo de 2004), hoy en día derogada.

Por otra parte, el término contratos administrativos también ha sido empleado en los instrumentos normativos, aún vigentes, que se mencionan a continuación: (i) Reglamento Parcial de la Ley Forestal de Suelos y de Aguas sobre Repoblación Forestal en Explotaciones Forestales (*Gaceta Oficial de la República* N° 34.808, 27 de septiembre de 1991); (ii) Ley de Reforma Parcial del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana (*Gaceta Oficial Extraordinaria de la República* N° 5.553, 12 de noviembre de 2001); (iii) Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos (*Gaceta Oficial de la República* N° 39.173, 7 de mayo de 2009); y, (iv) Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (*Gaceta Oficial Extraordinaria de la República* N° 5.991, 29 de julio de 2010).

²⁶ Brewer-Carías, Allan R., *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 61.

²⁷ Iribarren Monteverde, H., “El equilibrio económico en los contratos administrativos y la teoría de la imprevisión”, op. cit., p. 148; y, Araujo Juárez, J., “El Contencioso de los Contratos Administrativos”, *XXXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escobar, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Barquisimeto, 2013, pp. 243-276.

²⁸ Vid. Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 220, del 28 de noviembre de 2000, asunto *Alimentos de Occidente*; y, Sentencia N° 2.743, del 15 de noviembre de 2001, asunto *Monagas Plaza*.

²⁹ Consúltase Brewer-Carías, Allan R., *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, op. cit., p. 183. También Corte Federal, Sentencia del 12 de noviembre de 1954, asunto *Alberto Machado-Conejos Mestizos*; y, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de junio de 1983, asunto *Acción Comercial*, y Sentencia del 11 de agosto de 1983, asunto *Cervecería de Oriente*, en Ortiz-Álvarez, Luis y Mascetti, Giovanna, *Jurisprudencia de Contratos Administrativos (1980-1999)*, op. cit., pp. 76, 81 y 82.

Dependiendo del objeto de la contratación administrativa, las partes pueden optar por someter su relación a un régimen en el que predomine el Derecho Público o tenga influencia sobresaliente el Derecho común. En este orden de ideas, resulta pertinente distinguir (i) los *servicios administrativos tradicionales*, que incluyen la *prestación directa*, por solo citar dos, de los servicios públicos de agua potable o de electricidad, de (ii) los *servicios públicos industriales y comerciales*³⁰. Y hecha esa distinción, luce pertinente observar cuanto sigue:

- i. Mientras los servicios administrativos tradicionales demandan *continuidad* en su prestación³¹, continuidad esta que se asegura sometiéndolos a un régimen de Derecho Público derogatorio del Derecho común, los *servicios públicos industriales y comerciales* pueden estar sometidos al derecho común y ser prestados por personas creadas conforme al Derecho Privado.
- ii. El carácter industrial o comercial de un servicio «...*comporta grados...*» y que, por ello, la necesidad de someter el servicio a normas de Derecho Público puede *variar en intensidad*³². Ciertamente, una cosa es encomendarle a una empresa la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica; otra distinta es la contratación de servicios de asistencia técnica a la empresa que genera, transmite y distribuye dicha energía.
- iii. La necesidad de someter la ejecución del contrato a reglas propias del Derecho Público es *más intensa* –no hay duda en propósito– cuando el contrato disciplina la prestación *directa e inmediata* del servicio administrativo tradicional. Por tanto, aun cuando un contrato pueda calificar como contrato administrativo, la ejecución del contrato que tenga por objeto la prestación de servicios *relacionados con* un servicio industrial o comercial puede estar sometida, por el contrario, a reglas en las que tenga influencia sobresaliente el Derecho Privado.

c. *La existencia de potestades exorbitantes del Derecho común*

Cuando la Administración Pública obra como *autoridad* y, por ende, ejerce potestades públicas, sus decisiones unilaterales pueden ejecutarse, incluso contra la voluntad de los destinatarios de tales decisiones, sin necesidad de intervención previa del Poder Judicial, dado que el interés general encomendado a la Administración Pública debe –en principio– prevalecer cuando dicho interés entra en conflicto con el interés individual. Pues bien, en el marco de una relación disciplinada por un contrato administrativo la Administración puede llegar a ejercer potestades públicas para imponerle su voluntad a sus contrapartes contractuales.

Según la doctrina y jurisprudencia venezolanas, las siguientes son “cláusulas” características –implícitas o presupuestas– que se encuentran presentes en todo contrato administrativo: (i) la potestad que se reconoce a la Administración Pública de interpretar unilateralmente el sentido y alcance de las disposiciones contractuales, (ii) el *ius variandi –rectius*, la potestad– que se reconoce a la Administración Pública de modificar unilateralmente el contrato,

³⁰ Rivero, Jean, *Derecho Administrativo*, Traducción de la 9ª Edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pp. 477-491; y, Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 5ª edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1983, p. 237.

³¹ *Vid., mutatis mutandis*, Consejo de Estado francés, 7 de agosto de 1909, asunto *Winkell*, en *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, Long, M., Weil, P., Braibant, G., Devolvé, P. y Genevois, B., 10e édition, Éditions Dalloz, Paris, 1993, pp. 117-121.

³² Rivero, Jean, *op. cit.*, p. 479.

(iii) la potestad que se reconoce a la Administración Pública de revocar el contrato unilateralmente por consideraciones de “orden público” y (iv) la potestad de rescindir el contrato unilateralmente sin intervención judicial como sanción a la contraparte de la Administración Pública, en ejercicio de un poder disciplinario ejercido por la Administración.

2. *El ejercicio del derecho a rehusarse a cumplir las obligaciones contractuales (exceptio inadimpleti contractus) en el marco de la contratación administrativa*

A. *El asunto Astilleros La Guaira*³³

a. *Los antecedentes*

La sentencia, pronunciada por la Corte Federal y de Casación el 5 de diciembre de 1944, puso fin a una controversia judicial cuyos antecedentes cabría resumir en los términos siguientes:

- i. La controversia giró en torno a un contrato, suscrito el 4 de marzo de 1939, que tenía por objeto la reconstrucción y mejoras del Puerto de La Guaira (en lo adelante, por mor de brevedad, el “Contrato”).
- ii. En el Contrato figuraban como partes contratantes la República de Venezuela y una sociedad anónima extranjera, constituida según las leyes del Reino de Holanda.
- iii. El Código Civil (1922) vigente para el momento de la celebración del Contrato no contaba con norma equivalente a la del artículo 1.168 del Código Civil venezolano actualmente en vigor (*ut supra*, Capítulo I, numeral 2). Esta última norma legal, tomada por nuestro legislador del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, fue incorporada a nuestra legislación positiva en el año 1942³⁴.
- iv. El Contrato fue rescindido unilateralmente por la Administración contratante con base en lo dispuesto por el literal a. la Cláusula 53 de las Especificaciones que disciplinaban la relación que mediaba entre la República y su contratista. La prenombrada previsión contractual establecía textualmente lo siguiente:

«El Ministerio, sin perjuicio ni detrimento de las estipulaciones contenidas en la cláusula 54 que sigue, y sin perjuicio de su acción contra el Contratista, si hubiese lugar a ella, por demora, obra de mano defectuosa o por cualquiera otra causa, y sin perjuicio de las reclamaciones que llegado el caso pudiera hacer por daños resultantes de incumplimiento del Contrato, y estando o no vencido el plazo para la terminación de toda la obra, podrá, por notificación escrita, rescindir totalmente el Contrato por cualesquiera de las siguientes causas:

a) Si, a juicio del Ministerio, el Contratista se rehusare o demorare rectificar, reformar, reconstruir o reponer cualquier trabajo o material defectuoso, cuando él se lo indique; o ejecutare impropriamente todo o parte de la obra; o llevare adelante o demorare el trabajo de tal modo que, a juicio del Ministerio, el Contratista no estuviere en capacidad de garantizar la terminación de cualquier sección para la fecha

³³ Sentencia de la Corte Federal y de Casación, del 5 de diciembre de 1944, asunto *Astilleros La Guaira*, folio 257 (consultada en original), (en lo adelante, por causa de brevedad, *Astilleros La Guaira*). Sobre el particular puede consultarse Pérez Luciani, Gonzalo, “Los contratos administrativos en Venezuela”, *op. cit.*, pp. 619-620.

³⁴ Maduro Luyando, Eloy, *op. cit.*, p. 503; y, Mélich-Orsini, José, *Doctrina General del Contrato*, *op. cit.*, pp. 769-770.

indicada para la misma; o rehusare o descuidare proporcionar el número adicional de trabajadores o de señalados materiales, maquinarias u otras cosas adicionales, que a juicio del Ministerio y para garantizar la oportuna conclusión de las obras, puedan ser necesarias, bien por un período limitado de tiempo o hasta la terminación de la obra»³⁵.

b. *El thema decidendum*

Tras rescindir el Contrato por causa del incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por su contratista, la República propuso demanda judicial contra la empresa contratista con el objeto de que se la condenase a (i) el pago de daños y perjuicios y (ii) la demolición de las obras ejecutadas en contravención a lo pactado.

Frente a la demanda de condena propuesta en su contra, la contratista demandada alegó que la República no podía rescindir el Contrato con base en la Cláusula 53 de las Especificaciones. Su defensa se fundamentó en las razones que de seguida se indican:

- i. Para la contratista el Contrato se hallaba regido por el Código de Comercio, habida consideración (i) que la contratista era una sociedad mercantil, y (ii) que, en defecto de disposiciones expresas del Código de Comercio reguladoras del contrato de obras, a ese tipo contractual debían aplicarse las normas del Código Civil.

En síntesis, la demandada alegó que la resolución del Contrato se encontraba disciplinada por los artículos 1.231 y 1.699 del Código Civil vigente *ratione temporis*³⁶, y no por la Cláusula 53 de las Especificaciones.

- ii. Según la contratista, la República no había honrado sus obligaciones contractuales. El alegato respondía a los *cambios* que la República le había introducido unilateralmente al Contrato y sus planos. En concreto, a la sustitución del terreno ofrecido para Patio de Trabajo por otro de inferiores condiciones, y a las modificaciones al Contrato y a los planos de la obra con relación a ciertos particulares de la Dársena de Pesquería. Respondía, además, a omisiones imputables a la República, particularmente a no haber hecho el relleno necesario para el empalme ferroviario con la línea del Ferrocarril que unía las poblaciones de La Guaira y Caracas³⁷.

A raíz de los incumplimientos mencionados anteriormente la República no podía rescindir unilateralmente el Contrato. El fallo judicial resume esta defensa de la de-

³⁵ *Astilleros La Guaira*, folio 269.

³⁶ Las normas legales invocadas establecían (i) que «la condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales para el caso de que uno de los contratantes no cumpliera su obligación. En este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte respecto de la cual no se ha ejecutado la obligación, tiene la elección, o de obligar a la otra a la ejecución del contrato, si es posible, o de pedir su resolución, además del pago de los daños y perjuicios en ambos casos. La resolución del contrato debe pedirse judicialmente» (artículo 1.231); y (ii) que «el dueño puede desistir por su sola voluntad de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, de su trabajo y de la utilidad que hubiese podido obtener de ella» (artículo 1.699).

³⁷ *Astilleros La Guaira*, folios 359-360. El dato, generalmente pasado por alto por quienes comentan la decisión, es de la mayor importancia, porque revela que en esa controversia la Corte no analizó ni se pronunció sobre el incumplimiento de las obligaciones principales a cargo de la Administración contratante, consistentes, en la mayoría de los contratos administrativos, en el pago de sumas de dinero.

mandada en los siguientes términos: «...quien falta a sus obligaciones, o impide ú obstaculiza que el otro las ejecute, no puede ni pedir a la contraparte que cumpla la suya, ni rescindir o resolver el vínculo jurídico que los une»³⁸.

c. *La decisión*

Planteada la controversia en esos términos, la Corte entendió que a ella correspondía determinar, por una parte, si la controversia debía decidirse con base en las reglas de Derecho Privado invocadas por la contratista; y por la otra, si los actos imputados a la República, particularmente los cambios introducidos al Contrato y sus planos, podían «...considerarse como un incumplimiento que autorizase la invocación de la *exceptio non adimpleti contractus*, o si, al contrario, se trataba, en cuanto a esos hechos imputados, del ejercicio de un derecho por parte del Ministerio»³⁹.

Para dar respuesta a esas interrogantes la Corte distinguió (i) los contratos administrativos de (ii) los contratos de Derecho Privado de la Administración. Según la Corte, la distinción entre los contratos (administrativos) «...que interesan a los servicios públicos...» y los contratos de Derecho Privado de la Administración descansa sobre «...un concepto nuevo de justicia, irreconciliables [*sic.*] con los preceptos civiles y mercantiles que rigen los contratos entre simples particulares»⁴⁰. Y sobre la base de esa distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración el fallo judicial formuló las precisiones siguientes:

- i. Primero, que en los contratos administrativos el Derecho Privado «...sigue siendo el derecho [*sic.*] común en todo aquello que en dichos contratos no ofrezca una naturaleza especial...»⁴¹.
- ii. Segundo, que ha de considerarse «...como *regla esencial en la ejecución* de los contratos administrativos, que el interés general del *funcionamiento regular del servicio público* en relación con el contrato no debe ser comprometido por el interés privado del otro contratante». Para la Corte «...lo que se dice en este punto con respecto al concesionario de un servicio público, se aplica también a los contratistas de Obras Públicas, en las cuales está interesado un servicio público...»⁴² (en el caso *sub-iudice*, «...la construcción de obras portuarias...»).

Dicho de otra forma, la Corte Federal y de Casación entendió (*ratio iuris*) que (i) cuando el contrato suscrito por la Administración versa sobre una actividad de interés general y, por ello, (ii) se considera necesario garantizar la *continuidad* de la actividad de interés general (la continuidad, *i.e.*, en la prestación del servicio público), (iii) la *continuidad* de dicha actividad exige o demanda la *preservación del vínculo contractual* y –en principio– la ejecución o cumplimiento cabal de las obligaciones a cargo del particular que contrató con la Administración.

³⁸ *Astilleros La Guaira*, folio 358.

³⁹ *Astilleros La Guaira*, folio 342.

⁴⁰ *Astilleros La Guaira*, folio 346.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Astilleros La Guaira*, folio 348.

- iii. Tercero, que por causa del servicio, «...la regla de la intangibilidad de los contratos bilaterales, salvo por nuevo acuerdo de las partes, no rige de manera rigurosa en los contratos de la Administración»⁴³.

En palabras de la Corte, el «...rigor de la intangibilidad sería perjudicial a los intereses colectivos, pues fácilmente se comprende los perjuicios que habría, si la Administración necesitase de acuerdos previos con el Contratista para introducir modificaciones en contratos que por su naturaleza y finalidad deben estar en todo momento sometidos a rectificaciones y mejoras que el mismo interés público aconseja, así sea en los planos como en los trabajos o en los medios de ejecución»⁴⁴. Siempre según la Corte Federal y de Casación, (i) la introducción de cambios al contrato constituye el «...ejercicio de un derecho...» (*ius variandi*) y, por ende, no puede ser calificado como incumplimiento –culposo se entiende– de la Administración Pública, que autorice la oposición de la excepción *inadimpleti contractus*⁴⁵; y, (ii) cuando los cambios «...sean de tal magnitud que desnaturalicen o cambien sustancialmente la obra o el servicio contratados...», el ejercicio de ese derecho autoriza al contratista para «...solicitar prórrogas y compensaciones...», así como la resciliación o terminación del contrato⁴⁶. En su decisión la Corte agregó que esos conceptos, fundados en la doctrina y jurisprudencia comparadas de la época, se veían reforzados por su expresa inclusión en el Contrato⁴⁷.

⁴³ El artículo 1.198 del Código Civil de 1922, vigente *ratione temporis*, disponía que «los contratos formados legalmente tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley». Complementariamente, el artículo 1.199 *eiusdem* establecía que «los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley».

⁴⁴ *Astilleros La Guaira*, folio 349. Según el Fallo (folios 347-348), el Decreto de 14 de abril de 1909, reglamentario de la Obras Públicas, establecía reglas especiales, propias de los contratos administrativos. De ese Decreto el Fallo cita *inter alia* el artículo 69, que establecía: «En los contratos que se celebren para la construcción de obras nacionales o de interés nacional que deben estar ajustadas en su letra y forma a lo prevenido por la leyes de la materia y tener en su cuerpo todas las cláusulas establecidas para los documentos de esa naturaleza, se establecerá como cláusula indispensable una condición resolutoria expresa, a fin de que el contrato quede resuelto de pleno derecho, si vencido alguno o algunos de los plazos estipulados, el contratista no hubiere dado cumplimiento a los compromisos por aquél contraídos. Además, se estipulará una pena pecuniaria por la falta de cumplimiento. § Único. No se estipularán prórrogas para el plazo fijo de dar comienzo a los trabajos de una obra contratada. Las prórrogas que en ese caso se concedan, serán a juicio, exclusivamente, del Gobierno Nacional, y por causas de fuerza mayor debidamente justificadas» (*vid. Leyes y Decretos de Venezuela 1909*, volumen 32, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1993, p. 77).

⁴⁵ *Astilleros La Guaira*, folio 361.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ La Corte cita, *inter alia*, la Cláusula Diecisiete del Contrato, que copiada a la letra establecía, cito: «Los documentos del contrato demuestran y describen la naturaleza general de los trabajos que han de ejecutarse, pero el Ministerio se reserva el derecho, en cualquier momento, de aumentar, disminuir o modificar los trabajos en cuanto a su extensión, diseño o construcción; pero el Contratista no deberá aumentar, disminuir o modificar los trabajos sin haber recibido para ello las instrucciones escritas del Ingeniero Residente y la autorización respectiva del Ministerio. Cualquier aumento, deducción o modificación autorizada en la forma preindicada, en ningún caso será motivo de invalidación del contrato y no dará ningún derecho al Contratista para exigir compensación alguna por daños, perjuicios, pérdida de beneficios u otros, a menos de que tal aumento, deducción o modificación llegue a ser desproporcionada en extensión y naturaleza y materialmente influya en la obra proyectada en el contrato» (*Astilleros La Guaira*, folio 361).

- iv. Cuarto, que en «...la más reciente doctrina algunos autores sostienen que en los contratos administrativos que interesan a algún servicio público, el particular contratista no puede oponer a la autoridad pública con quien ha contratado la regla *ina-dimplenti non est adimplendum*, partiendo no sólo del carácter de subordinación de la actividad del Contratista, al supremo interés público del servicio, que autoriza, como se ha visto, no considerar intangible el contrato cuando dicho interés lo exige, sino también partiendo de un nuevo concepto de la causa en los contratos bilaterales cuando se trata de contratos administrativos...»⁴⁸.

Con base en las razones expuestas anteriormente, la Corte concluyó que «carecen, en consecuencia, de toda eficacia, contra la procedencia de la acción deducida las imputaciones de incumplimiento de contrato alegadas por la Compañía [demandada] contra la parte actora»⁴⁹.

B. *Las sentencias subsecuentes*

El criterio sentado *Astilleros La Guaira* ha sido ratificado por nuestros tribunales contencioso-administrativos en reiteradas oportunidades. Veamos.

- a. En el asunto *Instituto Psiquiátrico Rural Virgen del Rosario, C.A. et al.*⁵⁰ la Corte Suprema de Justicia sostuvo que como prestatario de un servicio público, la contraparte contractual de la Administración Pública se hallaba en el «...deber jurídico...» de continuar prestando dicho servicio aunque la Administración hubiera dejado de honrar sus obligaciones, porque la *exceptio inadimplenti contractus* «...no es aplicable a los contratos de servicio público», porque, según la Corte, «...en este tipo de relación jurídica, el interés general que motiva la contratación está muy por encima del interés particular...» del contratista⁵¹.
- b. Más recientemente, en el asunto *Pedarca*⁵² la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia aseveró textualmente lo siguiente:

«...la defensa esgrimida por la demandada Pedarca se encuadra dentro de las previsiones de la excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimplenti contractus*. En efecto, nótese que la demandada ha argumentado que su incumplimiento obedece, precisamente, a los supuestos incumplimientos del Ministerio de Obras, Públicas. Sobre este particular, es bueno advertir 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*

⁴⁸ *Astilleros La Guaira*, folios 358-359.

⁴⁹ *Astilleros La Guaira*, folio 362.

⁵⁰ Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 594, del 14 de agosto de 1998, asunto *Instituto Psiquiátrico Rural Virgen del Rosario, C.A. et al.*

⁵¹ En sentido coincidente, Iribarren Monteverde afirma que «...parte esencial...» del régimen jurídico propio de los contratos administrativos «...consiste en que en la ejecución de este tipo especial de contratos, el contratante de la Administración Pública no puede oponer a ésta la “*exceptio non adimplenti*”, en razón del servicio público involucrado» (Iribarren Monteverde, Henríquez, “Los Contratos Administrativos y las Condiciones Generales de Contratación en el Pensamiento de Gabriel Ruan Santos”, *op. cit.*, pp. 752-753).

⁵² Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 789, del 11 de abril de 2000 (en lo adelante, por mor de brevedad, *Pedarca*).

1945 (*caso Astilleros La Guaira*) y las subsecuentes decisiones emanadas de esta Sala que ratificaron este criterio. Por ello, mal podía la demandada oponer a la demandante su incumplimiento, ya que ello, en materias como la sometida a consideración de la Sala, resultaría improcedente. Así se decide».

La cita que antecede permite constatar que la afirmación contenida en el fallo *Pedarca* descansa única y exclusivamente sobre la decisión previamente adoptada por la Corte Federal y de Casación en el asunto *Astilleros La Guaira*. Solo eso. Nada más.

Resta por subrayar que la “argumentación” sobre la cual descansa *Pedarca* ha sido reproducida en los fallos, posteriores en fecha, que resolvieron los asuntos *Promotora Jardín Calabozo C.A.*⁵³ y *Constructora Oryana, C.A.*⁵⁴

- c. Finalmente, en el asunto *Transporte Bonanza, C.A.*⁵⁵ la decisión es aún más escueta. De acuerdo a esta decisión, la *exceptio inadimpleti contractus* no puede ser opuesta a la Administración cuando esta última ha propuesto «...demanda por presunto incumplimiento de un contrato administrativo»⁵⁶.

C. Recapitulación

Con fundamento en *Astilleros La Guaira*, la doctrina y la jurisprudencia venezolanas han entendido tradicionalmente que la *exceptio inadimpleti contractus* propiamente dicha no puede ser opuesta a la Administración cuando media –o ha mediado– un contrato administrativo⁵⁷. Sin reparar en el tiempo transcurrido desde 1944 ni en los cambios experimentados por el Derecho venezolano a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, nuestra justicia ha ratificado una y otra vez el *dictum* de *Astilleros La Guaira* y nuestros autores han hecho eco de esa postura jurisprudencial.

Empero, somos del criterio que hoy por hoy resulta *inexacto* afirmar que la contraparte contractual de la Administración tiene prohibido invocar la precitada excepción sin más ni más, cuando media –o medió– un contrato administrativo⁵⁸. Veamos.

⁵³ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 534, del 11 de abril de 2007, asunto *Promotora Jardín Calabozo C.A.*

⁵⁴ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 845, del 17 de julio de 2008, asunto *Constructora Oryana, C.A.*

⁵⁵ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 848, del 14 de julio de 2004, asunto *Transporte Bonanza, C.A.*

⁵⁶ Aunque el Tribunal Supremo de Justicia invoca doctrina nacional, la cita de marras aporta poco, que el auto citado se limita a aseverar, cito, que «los contratos administrativos llevan intrínsecos diferentes principios y garantías que son de aplicación obligatoria por parte de los co-contratantes que los han celebrado. Tales principios y garantías están vinculados íntimamente bajo dos premisas, las cuales son: 1) el mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato; y 2) la inaplicabilidad de la excepción *non adimpleti contractus*, que caracteriza a los contratos civiles y mercantiles... (Ver Romero Mendoza, Alfredo, “El Hecho del Príncipe en los Contratos Administrativos y su Regulación en el Decreto que contienen las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras”, en *Revista de Derecho* N° 4, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 467-471)».

⁵⁷ Brewer-Carías, Allan R., *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, *op. cit.*, p. 214.

⁵⁸ Consúltese Urdaneta Fontiveros, Enrique, *op. cit.*, pp. 77-78.

III. LA EXCEPCIÓN *INADIMPLETI CONTRACTUS* EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA Y SU CONSECUENCIA: LA NECESARIA REVISIÓN DEL CRITERIO FIJADO POR LA JUSTICIA VENEZOLANA

1. *Introducción*

Como expondremos de seguida, hoy por hoy existen diversas razones que exigen revisar y clarificar el criterio sentado en *Astilleros La Guaira*. Las distintas razones a las cuales aludimos cabría enunciarlas así:

- a. En *Astilleros La Guaira* la Corte Federal y de Casación puso fin a una controversia basada en un contrato administrativo en el que la República figuraba como parte contratante. A la luz de este primer dato, resulta pertinente preguntarse si el criterio sentado en esa decisión y en las que la ratifican su *dictum* puede ser extrapolado automáticamente –esto es, sin que medie reflexión previa– a las controversias derivadas de contratos administrativos suscritos por entes, distintos a la República, sujetos o gobernados por reglas diferentes.
- b. A esa primera razón se suma otra, fundada en las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras (en lo adelante, por mor de brevedad, las “Condiciones Generales”), hoy en día derogadas⁵⁹. Ciertamente, las reglas de las Condiciones Generales de Contratación que autorizaban a la contraparte de la Administración Pública para detener la ejecución de sus obligaciones contractuales si esta última incumplía las suyas, acreditan que la obligación de continuar prestando el servicio (i) no tenía entonces –tampoco lo tiene hoy por hoy– carácter absoluto, y que dicha obligación (ii) no descansa –no lo hace– sobre razones de orden público.
- c. Estrechamente vinculada con la razón enunciada precedentemente se encuentra otra: el principio general de capacidad que informa la negociación contractual y la inexistencia de norma legal que limite la libertad contractual de la Administración para incluir en sus convenciones, como suele hacer la Administración Pública en sus contratos, previsiones reguladoras del incumplimiento de las partes.
- d. La compatibilidad del criterio jurisprudencial sentado por *Astilleros La Guaira*, limitativo –como es– (i) del derecho a la defensa y del principio de igualdad de armas que deriva de un derecho fundamental (derecho a la defensa) calificado como inviolable por la propia Constitución, y (ii) del derecho del acreedor a una tutela jurídica efectiva, con los derechos y el principio mencionados con anterioridad.
- e. La clave interpretativa en materia de incumplimiento contractual sentada por el laudo arbitral internacional *Venezuela-Aucoven*⁶⁰.

⁵⁹ Decreto Ejecutivo N° 1.417, del 31 de julio de 1996 (*Gaceta Oficial de la República*, N° 5.096 Extraordinario, del 16 de septiembre de 1996). El antedicho Decreto fue derogado por el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (*Gaceta Oficial de la República* N° 39.181, del 19 de mayo de 2009).

⁶⁰ Laudo, remitido a las partes el 23 de septiembre de 2003, asunto *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) v. Venezuela*, Ciadi Caso N° ARB/00/5. En propósito consúltese Muci Borjas, José Antonio, “Control Judicial y Arbitraje Internacional conforme al Derecho Administrativo Global” (Algunas reflexiones en torno al Laudo *Aucoven v. Venezuela*, al Derecho aplicable a los “Contratos Administrativos” en los que la contraparte de la Administración Pública es un inversionista extranjero, y la influencia de esa decisión jurisdiccional sobre el Derecho Administra-

- f. Más recientemente, la tesis, defendida por un sector de la doctrina nacional, de acuerdo con la cual en Venezuela ya no cabe hablar de contratos administrativos.

En las secciones que siguen pasaremos revista, una por una, a las distintas razones que a nuestro entender demandan la revisión y clarificación de la regla establecida por *Astilleros La Guaira*.

B. *La identidad de la Administración contratante*

Hemos tenido oportunidad de destacar anteriormente que en el contrato que dio pie a la decisión recaída en *Astilleros La Guaira* figuraba la República como parte contratante. Ese dato resulta pertinente porque la actuación de los órganos administrativos de la República, he aquí la regla general, se encuentra sometida al Derecho Público.

El Derecho aplicable a los órganos administrativos de la República, ente de Derecho Público con sustrato político-territorial, difiere del Derecho que regula las actuaciones, *e.g.*, de las Empresas del Estado, porque estas, he aquí la *regla general*, se encuentran disciplinadas por la *legislación ordinaria*. Efectivamente, por mandato del artículo 108 de la Ley Orgánica de la Administración Pública

«las empresas del Estado se registrarán *por la legislación ordinaria*, por lo establecido en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica y las demás normas aplicables; y sus trabajadores y trabajadoras se registrarán por la legislación laboral ordinaria»⁶¹.

Con base en la norma legal invocada con anterioridad cabe afirmar que la especie o naturaleza de la persona jurídica estatal contratante incide sobre las normas de Derecho –Público o Privado– y los principios aplicables a una contratación en particular. Es más, habida consideración de la identidad de la demandante en *Astilleros La Guaira* cabe afirmar que lo decidido por la Corte Federal y de Casación no puede –ni debe– extrapolarse automáticamente a todas las Administraciones, porque no todas se encuentran sometidas al mismo régimen jurídico. Verbigracia, mientras las Empresas del Estado se hallan regidas por la legislación ordinaria y demás normas que les resulten aplicables, en principio la República –y otro tanto cabe decir de los Institutos Autónomos– se hallan gobernados por normas de Derecho Público⁶².

tivo nacional), Conferencia pronunciada en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 25 de mayo de 2010 en el marco de la conmemoración del Trigésimo Aniversario de la Revista de Derecho Público, en *Revista de Derecho Público*, N° 122, abril-junio 2010, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 71-85.

⁶¹ *Gaceta Oficial de la República* N° 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014) En esencia, la norma reproduce lo dispuesto por los 106 de la Ley Orgánica de Administración Pública de 2001 (*Gaceta Oficial de la República* N° 37.305, del 17 de octubre de 2001) y 107 de la Ley Orgánica de Administración Pública de 2008 (*Gaceta Oficial de la República* N° 5.890 Extraordinario, del 31 de julio de 2008). De acuerdo con estas dos últimas normas, vigentes sucesivamente en el tiempo, las Empresas del Estado se hallan gobernadas por el Derecho ordinario, *salvo que* exista norma especial de Derecho Público derogatoria del primero.

⁶² Los artículo 98 (Institutos públicos o autónomos) y 101 (Sujeción de los institutos públicos o autónomos) de la Ley Orgánica de la Administración Pública establecen, respectivamente, que «los institutos públicos o autónomos son personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional, creadas por ley nacional, estatal, u ordenanza municipal, dotadas de patrimonio propio, con las competencias determinadas en éstas», y que su actividad «... queda sujeta a los principios y bases establecidos en la normativa que regule la actividad administrativa...».

C. *Las Condiciones Generales de Contratación*

a. *La exceptio inadimpleti contractus y las Condiciones Generales de Contratación*

Según las Condiciones Generales de Contratación, al contratista de una obra pública le asistía el derecho a “paralizar la obra” o “paralizar la ejecución de la obra”, si la Administración contratante no honraba alguna de las *obligaciones principales*⁶³ previstas por el contrato (si no pagaba a tiempo, *i.e.*, el anticipo contractualmente previsto o las valuaciones de obra ejecutada). Veamos.

El artículo 53 de las Condiciones Generales de Contratación, regulador del *pago del anticipo a cuenta de los derechos de crédito del contratista* que a lo largo de la vida del contrato debían documentarse mediante valuaciones de obra ejecutada, establecía textualmente lo siguiente:

«El ente Contratante en los casos en los cuales se hubiese establecido en el contrato, entregará al Contratista en calidad de anticipo, el porcentaje del monto del contrato que se hubiese establecido en el documento principal. Para proceder a la entrega del anticipo, el Contratista deberá presentar una fianza de anticipo por el monto establecido en el documento principal, emitida por una compañía de seguros o institución bancaria de reconocida solvencia, a satisfacción del Ente Contratante y según texto elaborado por éste, dentro del lapso de inicio de la obra. En caso de que el Contratista no presentare la fianza de anticipo, deberá iniciar la ejecución de la obra y estará obligado a su construcción de acuerdo al programa de ejecución del contrato y a las especificaciones del mismo. Presentada la Fianza de Anticipo y aceptada ésta, por el Ente Contratante, se entregará al Contratista el monto del anticipo correspondiente, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario, contados a partir de la presentación de la valuación de anticipo, la cual debe ser entregada después del acta de inicio. De no producirse el pago, se otorgará una prórroga en la fecha de terminación de la obra, por igual término al de la demora del pago del anticipo por parte del Ente Contratante. 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 límite establecido en el párrafo anterior, *hasta tanto se realice el pago del anticipo*. A los fines de amortizar progresivamente el monto del Anticipo concedido hasta su total cancelación, el Ente Contratante establecerá el porcentaje a deducirse de cada valuación a pagar al Contratista»⁶⁴.

Por su parte, el artículo 60 de las Condiciones Generales de Contratación, regulador del *pago de las valuaciones de obra ya ejecutada*, disponía textualmente cuanto sigue:

«Cuando el Ente Contratante tenga un atraso en el pago 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 la obra. En todo caso, para ejercer este derecho, el Contratista deberá notificar al Ente Contratante su decisión de paralizar la obra por lo menos con siete (7) días calendario de

⁶³ Los supuestos de hecho (incumplimiento de obligaciones principales) regulados por las Condiciones Generales de Contratación se contraponen a las circunstancias de hecho (incumplimiento de obligaciones accesorias) en las que la contraparte basó su defensa en el asunto *Astilleros La Guaira* (*ut supra*, nota a pie de página N° 37).

⁶⁴ El artículo 53 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras Públicas del año 1991 (en lo adelante, por causa de brevedad, las “Condiciones Generales de 1991”) contenía norma equivalente (*vid.* Decreto N° 1.821, del 30 de agosto de 1991, *Gaceta Oficial de la República* N° 34.797, del 12 de septiembre de 1991).

anticipación. No habrá lugar a la indemnización, ni a la prórroga y suspensión de la obra que tratan los artículos que anteceden, cuando el Contratista no haya dado cumplimiento cabal y efectivo a todas las obligaciones del contrato y del presente Decreto. En este caso, si la pretensión del contratista resultare infundada, éste pagará al ente contratante en calidad de cláusula penal, una cantidad de dinero pretasada en el Documento Principal por cada día de retraso hasta la fecha cierta en que deba ocurrir la continuación de la ejecución de la obra. En todo caso, quedan a salvo los derechos del Ente Contratante preceptuados en el Título VIII del presente Decreto»⁶⁵.

Pero de las Condiciones Generales de Contratación hay que destacar otro dato de la mayor significación: estas no eran más que *Instrucciones de Servicio*, esto es, *reglamentos administrativos*, cuyos preceptos iban dirigidos a los funcionarios de la Administración. Su finalidad no era otra que uniformar —en la medida de lo posible— la contratación de obras públicas⁶⁶.

Dicho de otro modo, no obstante la forma del acto (Decreto del Ejecutivo Nacional), las previsiones de las Condiciones Generales de Contratación no eran más que una *oferta de contratación*, cuya eficacia se encontraba supeditada a su aceptación, en todo o en parte, por la contraparte contractual de la Administración⁶⁷.

Tratándose de preceptos de naturaleza o carácter contractual, porque el valor obligatorio de los artículos 59 y 60 de las Condiciones Generales de Contratación se hallaba condicionado a su incorporación en un contrato, resulta menester formular aquí dos (2) reflexiones relacionadas con la *exceptio inadimpleti contractus* en el ámbito de la contratación administrativa. La primera se refiere al alcance o extensión de la regla que niega al contratista el derecho a invocar la precitada excepción; la segunda al orden público.

- i. La invocación de la *exceptio inadimpleti contractus* propiamente dicha y el orden público.

Habida consideración de la naturaleza o carácter contractual de las reglas (uniformes) asentadas en los artículos 59 y 60 de las Condiciones Generales de Contratación, las precitadas Condiciones Generales de Contratación acreditaban que la regla jurisprudencial de conformidad con la cual la *exceptio inadimpleti contractus* no podía serle opuesta a la Administración que reclama el cumplimiento o ejecución de un contrato administrativo, no era un canon o precepto en el cual estuviese interesado el *orden público*.

De haberlo sido (*argumentum a contrario*), las Condiciones Generales de Contratación no hubiesen contemplado la regla en términos por lo demás concluyentes.

- ii. El alcance de la regla que niega al contratista el derecho a invocar la *exceptio inadimpleti contractus* propiamente dicha.

⁶⁵ El artículo 60 de las Condiciones Generales de 1991 contemplaba norma equivalente.

⁶⁶ Ruan Santos, Gabriel y Lupini, Luciano, “Consideraciones sobre las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras de la Administración Pública”, en *Revista de Derecho Público*, N° 12, octubre-diciembre de 1982, Caracas, 1982, pp. 5-21.

⁶⁷ Ruan Santos, Gabriel y Lupini, Luciano, *op. cit.*, pp. 5-21. En sentido coincidente, nuestra justicia ha reconocido que las Condiciones Generales de Contratación tienen «...carácter contractual...», pues su aplicabilidad a una relación convencional determinada se halla subordinada a su voluntaria incorporación al contrato de que se trate (Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 635, del 9 de junio de 2004, asunto *Constructora Jegal, C.A.*).

Los artículos 59 y 60 de las Condiciones Generales también acreditaban que la regla jurisprudencial, de conformidad con la cual la excepción no podía serle opuesta a la Administración, no se encontraba reñida con los contratos de obra y que, por tanto, resultaba perfectamente admisible en –y compatible con– ese tipo de contratos.

Expresado de otra manera, las Condiciones Generales de Contratación acreditaban que la regla jurisprudencial sentada en *Astilleros La Guaira* no tenía *carácter absoluto*, pues no resultaba incompatible con ese modelo contractual.

En síntesis, nada obsta para que la Administración negocie contratos en los que incluya previsiones reguladoras de los supuestos de hecho en los que el particular puede suspender la ejecución de sus obligaciones (esto es, el derecho –en la terminología de las Condiciones Generales– «...a paralizar la ejecución...» de sus obligaciones contractuales). Por consiguiente, cuando media contrato y dicho contrato regula los supuestos de hecho en los que el particular pueda suspender la ejecución de sus obligaciones, resulta *admisible* –es esto y no otra cosa lo que revelan las Condiciones Generales de Contratación– que la contraparte contractual de la Administración suspenda la ejecución de sus obligaciones hasta tanto esta última honre las suyas.

b. *El principio de capacidad contractual*

En nuestro Derecho la capacidad de las personas naturales y jurídicas es la regla; la incapacidad, la excepción. De esa premisa general se derivan tres (3) consecuencias fundamentales, a saber: (i) no hay incapacidad sin texto legal que la establezca; (ii) en principio, las normas que establecen incapacidades son de interpretación restrictiva; y, (iii) quien afirma la incapacidad –propia o ajena– tiene la carga de probarla⁶⁸. En palabras de De Sola,

«...es principio general la total capacidad de las personas individuales como de las colectivas. Es casi un aforismo jurídico, que recitan todos los iniciados en nuestra ciencia: la capacidad es la regla; la incapacidad, la excepción. Y toda excepción [legal] debe ser expresa»⁶⁹.

La regla enunciada con anterioridad gobierna por igual a la Administración al momento de negociar el texto de un contrato con su contraparte contractual. La actividad de los entes públicos, incluidas las sociedades creadas por el Estado, se encuentra disciplinada por el principio de la *autonomía de la voluntad* –también denominada *libertad de contratación*⁷⁰– y no por el principio de legalidad cuando de lo que se trata es de negociar –dentro de las limita-

⁶⁸ Aguilar Gorronzona, José Luis, *Derecho Civil. Personas*, Manuales de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, 25ª Edición, Caracas, 2013, p. 205.

⁶⁹ De Sola, René, “Capacidad de las personas jurídicas para intentar acciones penales”, RCADF, N° 45, Caracas, 1946, en *Código Civil de Venezuela. Artículos 19 a 40*, [Antecedentes, Comisiones Codificadoras, Debates Parlamentarios, Jurisprudencia, Doctrina, Concordancias], coedición del Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y el Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas, 1969, p. 106.

⁷⁰ Vale la pena citar decisión judicial en la que se alude al *principio de libertad de contratación* en los siguientes términos: (i) «la libertad de contratación es un derecho... y las personas tienen la facultad de ejercer o no este poder jurídico que el Estado...» les ha reconocido; y, (ii) «...la libertad de contratación se ejerce mediante dos clases de libertades: la libertad de contratar y la *libertad contractual*. Mediante la primera las personas deciden si contratan o no, y sobre la base de la segunda, *los contratantes determinan libremente el contenido de los contratos...*» (Sentencia s/n del Juzgado Segundo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, del 7 de diciembre de 2009 (asunto *Elio Chacín Molero*)).

ciones legalmente existentes— el contenido de sus contratos, pues en materia contractual no existe principio jurídico que les coloque en situación de minusvalía frente a los demás sujetos de Derecho⁷¹. En virtud del principio de autonomía de la voluntad, la Administración cuenta con poder-facultad (*nomopoiesi*) para crear y aplicar las reglas contractuales que gobernarán su conducta futura⁷².

Ante la *inexistencia* de norma expresa de Ley⁷³ prohibitiva de la inclusión en el contrato de una previsión, reguladora del incumplimiento de la Administración, que habilite al contratista para suspender la ejecución de sus obligaciones contractuales hasta tanto la Administración remedie su incumplimiento, la negociación y ulterior inclusión de una previsión como esa ha de reputarse *válida* y el ejercicio de ese derecho por el particular ha de considerarse *legítimo*⁷⁴.

D. *El derecho fundamental a la defensa y el principio de interpretación pro cives*

El criterio jurisprudencial establecido en *Astilleros La Guaira* debe ser objeto de profunda revisión.

Así lo exige el artículo 49 de la Constitución venezolana que (i) *garantiza el debido proceso*, (ii) reconoce que el *derecho a la defensa es inviolable en todo estado y grado del proceso*⁷⁵ y, por vía de consecuencia, (iii) asegura el principio de igualdad de armas. Confor-

⁷¹ Giannini, Massimo Severo, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1981, p. 461-462.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Por Ley ha de entenderse aquí la Ley formal, esto es, el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (artículo 202 de la Constitución).

⁷⁴ A propósito de lo dicho cabe observar, además, (i) que la presunción de validez, característica de los actos administrativos, también ampara los contratos, porque éstos, salvo que se demuestre lo contrario, se presumen igualmente legítimos y tampoco necesitan refrendo u homologación judicial previa a su ejecución; y, que esta presunción de validez existe porque, en principio, no hay razón alguna para dudar de la legitimidad de los contratos, pero también porque sería inviable un sistema judicial ante el que hubiera que homologar o acreditar la validez de todos los actos jurídicos (*vid., mutatis mutandis*, Parada Vásquez es citado por Barceló Llop, Javier, *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos*, Universidad de Cantabria, 1995, Santander, p. 101). En sentido coincidente, Muci Borjas, José Antonio, *El abuso de la forma societaria* (El levantamiento del velo corporativo a la luz de la doctrina de la Administración Pública y de la jurisprudencia venezolanas en materias civil, mercantil, administrativa, tributaria, laboral y penal), Editorial Sherwood, Caracas, 2005, p. 50.

⁷⁵ El artículo 49 de la Constitución (*Gaceta Oficial de la República* N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009) establece textualmente lo siguiente: «El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: 1. La defensa y la asistencia jurídica es un derecho inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas con violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley. 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en toda clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien le juzga, ni podrá ser proce-

me a este último, tanto la parte que demanda el cumplimiento contractual como la que se opone a esa pretensión alegando el incumplimiento de la demandante, deben contar con iguales oportunidades para formular sus alegatos y defensas; con medios parejos de ataque y defensa que les aseguren un trato paritario y equilibrado⁷⁶. Así lo demanda, además, el principio de interpretación *pro cives*⁷⁷, canon este de interpretación conforme al cual ha de determinarse el preciso significado y alcance del derecho fundamental a la defensa que nuestra Constitución garantiza.

A nuestro parecer, la inadmisibilidad –en juicio– de la *exceptio inadimpleti contractus* propiamente dicha no puede ser conciliada con la inviolabilidad del derecho a la defensa y con el principio de igualdad de armas; tampoco con el principio de interpretación *pro cives*.

A lo dicho cabría agregar que la prevalencia del interés general tutelado por la Administración, so pretexto de la superioridad de dicho interés, no es un canon absoluto. Ciertamente, la tradicional superioridad de la Administración, por ser ella la titular de un interés general, no puede ser invocada cuando el particular es titular –y hace valer– un derecho fundamental, pues si el particular acredita ser titular de derechos fundamentales, por más que con ellos se

sada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto. 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delito, faltas o infracciones en leyes preexistentes. 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente. 8. Todos podrán solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del particular para exigir la responsabilidad personal del magistrado o juez y del Estado de actuar contra éstos».

⁷⁶ Sobre la *igualdad de armas en el proceso* consúltense Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 2.053, del 24 de octubre de 2000 (asunto *Automecánica Superautos*), y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1.620, de 18 de agosto de 2004 (asunto *León Cohen*). De acuerdo con la primera de las sentencias mencionadas, el principio de igualdad de armas exige que las partes cuenten con «...iguales oportunidades para formular alegatos y defensas». De acuerdo con la segunda, «el *derecho a la igualdad* de partes en el marco procesal (...) exige que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, ya que para evitar el desequilibrio entre las partes es necesario que ambas dispongan *de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación*».

⁷⁷ La Justicia venezolana, citando al catedrático español Santamaría Pastor, ha sostenido que «...el principio de favor *libertatis*... se halla más vinculado a la actividad administrativa, y sobre este esquema, se exige a la Administración aplicar entre múltiples alternativas la que resulte menos lesiva a derechos y libertades de los ciudadanos. En ese sentido, el principio *pro libertate* establece que cuando la norma que establece la potestad de intervención pueda “(...) razonablemente optar entre varias medidas alternativas para conseguir su finalidad ordenadora, debe necesariamente elegir la que resulte menos restrictiva de la libertad individual de los sujetos sobre los que vaya a ser empleada”...» (Corte Segunda en lo Contencioso-Administrativo, Sentencia N° 343, del 29 de febrero de 2012, asunto *Electricidad de Caracas*). En este mismo sentido, el Supremo Tribunal ha concluido que según el principio *favor libertatis* «los derechos fundamentales deben interpretarse de la manera más amplia y favorable al administrado para que sus contenidos puedan ser efectivos...». Ver Sentencia N° 1108 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, 16 de mayo de 2000 (asunto *Carlos Eduardo Oxford*).

intenten hacer valer meros intereses particulares, la invocación ritual del interés general contrario de nada sirve, pues en este caso el interés general debe ceder a la primacía de aquéllos⁷⁸.

E. *El asunto Venezuela-Aucoven*

Complementariamente, entendemos que cabría citar aquí –*mutatis mutandis*– la conclusión a la cual arribó el Tribunal Arbitral que conoció y decidió el asunto *Venezuela-Aucoven*, con arreglo a la cual «...el estrangulamiento económico...» de la contraparte contractual de la Administración Pública, por causa de incumplimientos imputables a la Administración, habilita al particular para (i) resolver unilateralmente el contrato administrativo y también, porque ésta no es sino una consecuencia de la precitada decisión de resolución, (ii) dejar de cumplir las obligaciones derivadas del contrato.

Dicho en otras palabras, la Administración, so pretexto de la superioridad del interés general, no puede exigirle al particular que cumpla con sus obligaciones *a todo trance*, esto es, que continúe cumpliendo independientemente de los muy gravosos efectos –incluida la quiebra– que el incumplimiento imputable a la Administración pudiera llegar comportar para aquél en el plano económico financiero.

Siendo esto así, no vemos razones que justifiquen el rechazo –de plano– de la *exceptio inadimpleti contractus* cuando la Administración incumple sus obligaciones dinerarias y ese incumplimiento somete al particular a gravosas consecuencias ajenas a los términos y condiciones pactados (*qui potest plus, potest minus*).

F. *La revisión de la noción de contrato administrativo*

Hoy por hoy parte significativa de la doctrina venezolana ha empezado a afirmar que la noción de *contrato administrativo* –y, por consiguiente, la distinción entre *contratos administrativos* y *contratos privados* de la Administración– ha sido «...superada...»⁷⁹, porque los motivos que justificaban su existencia cesaron⁸⁰.

Según Brewer-Carías, todos los contratos en los que una de las partes es una *persona jurídica estatal* (i) están sometidos a un *régimen jurídico mixto*⁸¹ en el que rige el *principio de*

⁷⁸ García de Enterría, Eduardo, “Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 59, Civitas, S.A., Madrid, 1998, pp. 325-344.

⁷⁹ Brewer-Carías, Allan, *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, op. cit., p. 313. En sentido coincidente se pronuncia Subero Mujica, Mauricio, “Críticas a la Doctrina del Contrato Administrativo en Venezuela”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo*, Nº 9, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2016, pp. 93-94.

⁸⁰ Según Brewer-Carías, los motivos sobre la cual descansaba la distinción cesaron porque cuando la Administración contrata siempre media un interés general y la persona jurídica estatal puede hacer uso de *potestades exorbitantes*, por una parte; y por la otra, la noción de contrato administrativo ya no es empleada por el Legislador para asignar competencia *judicial ratione materiae* (Brewer-Carías, Allan R., *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, op. cit., p. 327). En idéntico orden de idea se pronuncia también Hernández, José Ignacio, “El rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo: A propósito del contrato administrativo. Un ensayo crítico”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Nº 10, julio-diciembre de 2017, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A., Caracas, 2018, pp. 189-208.

⁸¹ A diferencia de lo que sucede en otros países como en España –y salvo por lo que atañe a las aludidas previsiones constitucionales y legales existentes– la doctrina reconoce que «...los contratos del Estado *no han sido objeto de una regulación legal general*...» (Brewer-Carías, Allan R., *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, op. cit., p. 314).

autonomía de voluntad de las partes contratantes; y, (ii) la *libertad contractual* puede ser limitada únicamente por norma expresa contenida en la Constitución⁸² o en leyes formales. Salvo las limitaciones –de carácter imperativo– impuestas por la Constitución o la Ley, las partes «...en principio tienen *completa libertad para establecer el contenido de sus obligaciones y relaciones contractuales*... que estimen conveniente a sus intereses particulares...»⁸³.

En síntesis, los contratos de la Administración se hallan sujetos a *normas y disposiciones de Derecho Privado* cuando no existe norma o precepto especial –de Derecho Público– que *discipline un supuesto de hecho determinado* o *disponga una (singular) consecuencia jurídica* aplicable a este modelo de contratación.

Se esté o no de acuerdo con la tesis, expuesta por un sector de la doctrina venezolana, de acuerdo con la cual los contratos administrativos ya no constituyen una categoría aparte o independiente, lo cierto es que el criterio jurisprudencial fijado en *Astilleros La Guaira* debe revisarse por dos razones, a saber:

- a. Hasta cierto punto, constituye un contrasentido reconocer el derecho al equilibrio económico financiero en los contratos administrativos, a los fines de garantizar que a lo largo de la vida del mismo perdure la proporción o correspondencia entre prestaciones recíprocas existente al momento de contratar, por una parte; y por la otra, desconocer la facultad o derecho a rehusarse a cumplir las obligaciones contractuales (*exceptio inadimpleti contractus*) cuando la Administración, *e.g.*, incumple sus obligaciones pecuniarias y, al hacerlo, altera la precitada correspondencia entre prestaciones recíprocas. Constituye un contrasentido, decíamos, porque el poder-facultad reconocido al acreedor que sufre las consecuencias del incumplimiento imputable a la Administración constituye justamente un remedio para evitar la (ulterior) alteración del equilibrio sustancial de los intereses de las partes contratantes⁸⁴.
- b. Además, constituye una contradicción que a la contraparte de la Administración se le reconozca el derecho a proponer la acción resolutoria por incumplimiento de las obligaciones pecuniarias a cargo de la Administración, para así disolver y extinguir el vínculo contractual, y que, al propio tiempo, se le niegue el ejercicio de una facultad contractual (*exceptio inadimpleti contractus*) que procura restablecer el equilibrio entre las prestaciones recíprocas y, por vía de consecuencia, preservar el dicho

⁸² De acuerdo con los artículos 150 y 151 de la Constitución, «la celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley. No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional, o con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional. La ley podrá exigir en los contratos de interés público, determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías»; y, «en los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras».

⁸³ Brewer-Carías, Allan R., *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, *op. cit.*, p. 221.

⁸⁴ Bigliuzzi Geri, Lina, Breccia, Umberto, Busnelli, Francesco D. y Natoli, Ugo, *Derecho Civil* (Tomo I, Volumen 2, Hechos y Actos Jurídicos), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 1085.

vínculo, porque este segundo remedio –preservativo, como es, de la relación contractual– puede terminar sirviendo de mejor manera el interés público, subyacente al contrato, que la Administración pretendía tutelar con el auxilio o colaboración de su contraparte contractual.

IV. LA ALEGACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN COMO EXCEPCIÓN DE FONDO EN EL MARCO DE UN PROCESO EN EL QUE ESTA RECLAMA LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO

En otro orden de ideas, interesa destacar aquí que Astilleros La Guaira nada dice por lo que se refiere a la alegación de incumplimiento culposo formulada por el demandado en el marco de un proceso de resolución contractual, con el objeto de desvirtuar uno de los hechos constitutivos de la acción resolutoria propuesta por la Administración demandante. Sobre este particular solo se pronuncia nuestro más alto Tribunal en decisiones posteriores, en las que –como veremos más adelante– aceptó que se opusiera esta excepción de fondo con el objeto de acreditar la inexistencia de uno de los hechos constitutivos de la pretensión hecha valer por el actor.

1. *El asunto Constructora Finchel, C.A.*⁸⁵

Nuestra justicia ha afirmado que la contraparte contractual de la Administración sí puede alegar el incumplimiento de esta última cuando la Administración demanda la *resolución del contrato*.

Los detalles del asunto judicial mencionado en el párrafo anterior cabría sintetizarlos así:

- a. En la demanda propuesta por *Constructora Finchel* ésta solicitaba (i) la *resolución* del contrato que había sido suscrito con *Centro Simón Bolívar* para la dotación de las unidades de enfriamiento de aire y manejo de aire acondicionado para el Edificio Norte del Palacio de Justicia, junto con (ii) los daños y perjuicios derivados del incumplimiento imputable a la Administración. En su contestación a la demanda, la Administración (*Centro Simón Bolívar, C.A.*) propuso demanda reconventional en la que pidió (i) la *resolución* del contrato y (ii) los daños y perjuicios derivados del incumplimiento imputable a su contraparte contractual. Dicho cuanto antecede, merece la pena subrayar al contestar la reconvencción, *Constructora Finchel* alegó que no le había sido posible ejecutar sus obligaciones de acuerdo a lo pactado, por causa de incumplimientos contractuales varios imputables –todos ellos– al *Centro Simón Bolívar*.
- b. En palabras del Tribunal Supremo de Justicia, la controversia planteada la obligaba a determinar «...a cuál de las [dos] partes contratantes...» resultaba imputable el incumplimiento contractual. Y hecha esa precisión el Tribunal Supremo de Justicia entró a considerar la alegación –y medios de prueba– de la actora-excepcionante, *Constructora Finchel, C.A.*
- c. Según nuestro más alto Tribunal,

«...incluso en el supuesto de que hubiese existido un retardo imputable al ente contratante [*Centro Simón Bolívar*] respecto a la entrega del anticipo, *situación que no ha quedado demostrada en el expediente*, ello lo que daría lugar es a que la contratista obtuviese una

⁸⁵ Sentencia Nº 670 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, 4 de junio de 2008 (asunto *Constructora Finchel, C.A.*).

prórroga respecto al lapso previsto para el suministro de tales equipos, o en su defecto solicitase la resolución del contrato, más no pretender justificar en razón de la supuesta demora en relación a la ludida entrega del anticipo, el incumplimiento definitivo de la obligación...».

La sentencia acredita que el Tribunal Supremo de Justicia *no desechó* –por inadmisibles– la excepción de fondo que *Constructora Finchel, C.A.* opuso a la demanda reconvenicional propuesta por la Administración. Al contrario, el Tribunal se pronunció sobre el mérito de la excepción de incumplimiento que había sido opuesta a la demanda reconvenicional de la Administración.

El *derecho* que el fallo judicial anterior reconoce al particular que contrató con la Administración, le había sido reconocido antes a la Administración contra la cual había sido propuesta demanda por *resolución de contrato* por incumplimiento imputable a esta última.

B. *El asunto Constructora Mandez*⁸⁶

En sentido análogo cabría invocar aquí la decisión que resolvió el asunto *Constructora Mandez*. En efecto, una detenida lectura del fallo invocado permite constatar lo siguiente:

- a. Primero, en este proceso la contraparte contractual de la Administración demandó la *resolución* del contrato de obras que mediaba entre ambas, alegando que esta última había incumplido las obligaciones previstas en el contrato. Por su parte, la Administración (*Centro Simón Bolívar, C.A.*) sostuvo que «...para el momento en que fue paralizada la obra era perfectamente previsible que la actora *no cumpliría* el plazo de entrega y que... *había incumplido* la obligación de conservar la obra hasta su entrega...»; y,
- b. Segundo, que la Corte *no desechó* por inadmisibles el alegato de incumplimiento opuesto por el *Centro Simón Bolívar*. Al contrario, la Corte entró a *analizar* si la excepción de fondo (incumplimiento) opuesta por la Administración tenía mérito⁸⁷.

C. *Recapitulación*

En síntesis, las sentencias mencionadas en este Capítulo reconocen que en el marco de un proceso judicial en el que se demanda la *resolución* de un *contrato administrativo*, la parte demandada –sea esta la Administración o su contraparte– puede alegar el incumplimiento de las obligaciones contractuales de su contraparte a los efectos de enervar la acción de resolución propuesta.

⁸⁶ Sentencia N° 112 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 16 de noviembre de 1995 (asunto *Constructora Mandez*), en Ortiz-Álvarez, Luis y Mascetti, Giovanna, *Jurisprudencia de Contratos Administrativos (1980-1999)*, *op. cit.*, pp. 610-614.

⁸⁷ En sentido coincidente *vid.* Sentencia N° 961 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 14 de diciembre de 1995 (asunto *Diques y Astilleros Nacionales (Dianca)*), en Ortiz-Álvarez, Luis y Mascetti, Giovanna, *Jurisprudencia de Contratos Administrativos (1980-1999)*, *op. cit.*, pp. 590-597, y Sentencia N° 810 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 28 de enero de 1999 (asunto *Mantenimientos Cordero (Mancorca)*), en Ortiz-Álvarez, Luis y Mascetti, Giovanna, *Contratos Administrativos*, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 590-597 y 614-616.