

## §40. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO APLICADA A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

*María Verónica Espina Molina*

Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello

Nuestra legislación no tutela los supuestos derechos de las personas que celebran convenios para luego intentar no cumplirlos, alegando formalismos o incumplimientos de obligaciones secundarias que no hizo valer oportunamente en perjuicio de la contraparte que tenía confianza legítima en los convenios celebrados, y en este caso concreto, luego de haber sido ejecutado el contrato.<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de aplicación a los contratos administrativos de la excepción de contrato no cumplido, opuesta ya sea por la Administración o por el particular, ha sido un tema que ha evolucionado en Venezuela con cierta lentitud. Mientras en países como Colombia, Argentina, Francia y España las cortes no dudan en que la *exceptio non adimpleti contractus* es aplicable excepcionalmente a los contratos administrativos, guardando ciertos límites, en Venezuela, la jurisprudencia nacional fue muy reticente al respecto y siguen habiendo aun ciertas imprecisiones sobre sus requisitos de procedencia. En Venezuela nos topamos con sentencias contradictorias sobre este tema, pero sí vemos cierto desarrollo sobre la necesidad de que esta excepción sea aplicada a los contratos administrativos.

Sin embargo, la jurisprudencia venezolana no ha sido del todo negativa, y en ocasiones los tribunales han sentenciado que los particulares que contratan con la Administración, y ésta misma, pueden invocar la referida excepción, dentro de ciertos límites. Si bien aplaudimos que actualmente el Tribunal Supremo de Justicia, tácitamente ha admitido dicha posibilidad, lamentamos que no haya puesto fin a esas dudas que siguen ensombreciendo la posibilidad de aplicación de la *exceptio* en los contratos administrativos, siendo que la propia Administración aun duda de su aplicación y de cuáles son sus condiciones de procedencia.

Abordaremos el tema primero revisando las condiciones de procedencia de este tipo de defensa en el cumplimiento de los contratos en general, para determinar si, objetivamente, esta excepción puede ser aplicada a los contratos administrativos, para luego concluir sobre la base de la elaboración de la doctrina y jurisprudencia extranjeras y nacionales cuáles son los límites dentro de los cuales sería aplicable la *exceptio non adimpleti contractus* a los contratos donde esté envuelto el interés general.

---

<sup>1</sup> Sentencia del 28 de enero de 1999, Sala Político Administrativa, Corte Suprema de Justicia, Magistrado ponente Humberto La Roche, caso *Constructora Manacon*.

Este es un tema que siempre se ha discutido desde el punto de vista de la posibilidad del particular que contrata con la Administración de oponer este tipo de excepción. Esto ha sido así, porque la exclusión de la misma se ha erigido como un privilegio más de los tantos con los que cuenta la Administración Pública. Pero esto no quiere decir que la Administración no pueda valerse de la referida defensa ante un eventual incumplimiento del particular que contrata con ella. Las reflexiones que haremos, aunque principalmente referidas a la posibilidad de que el concesionario de la Administración oponga la *exceptio*, son válidas también para que la Administración Pública la invoque.

## II. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

### 1. Definición

Es importante comenzar a abordar el tema analizando en qué consiste la *exceptio non adimpleti contractus* y analizar cómo opera y bajo qué circunstancias, según las disposiciones de nuestro Código Civil, para luego determinar si dicha institución es compatible con los contratos administrativos.

Nuestro ordenamiento jurídico prevé la referida excepción, concretamente en el Código Civil, el cual la recogió en el artículo 1.168 en los siguientes términos: “[e]n los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones.” La excepción de contrato no cumplido es una excepción que exime a quien la invoca, de cumplir con la obligación que su co-contratante le exige, visto que este último incumplió primero, voluntaria o involuntariamente, con su obligación.

La oposición de la excepción tiene como efecto que la actuación de quien la invoca, no se considere un incumplimiento del contrato. Así lo ha entendido la doctrina nacional más reconocida en la materia: “[l]a excepción [de contrato no cumplido] consiste apenas en un instrumento ofrecido como defensa al deudor para extinguir la posibilidad de que se califique como incumplimiento su negativa a cumplir su propia obligación, sin afectar el vínculo contractual en sí mismo.”<sup>2</sup>

La *exceptio non adimpleti contractus* no tiene como fin o propósito la resolución del contrato, el *animus* de quien la invoca es continuar la relación contractual, siendo que lo que busca es que simplemente se suspenda su obligación de cumplir, de manera que su negativa no sea interpretada como un incumplimiento del contrato.

### 2. Condiciones de procedencia de la excepción de contrato no cumplido según la legislación venezolana

Según el artículo 1.168 del Código Civil, hay ciertas condiciones cuya verificación es necesaria para que proceda la *exceptio*. Analizaremos una a una y revisaremos la posibilidad de que dichas condiciones puedan verificarse en un contrato administrativo.

---

2 MELICH ORSINI, José, *Doctrina General del Contrato*, 3ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pp. 775 y 776.

### A. Necesidad de un contrato bilateral e interdependencia de las obligaciones

En primer lugar, es necesario que se esté en presencia de un contrato bilateral, es decir, un contrato en que las partes se obligan recíprocamente. Debe tratarse pues, de un contrato en donde estén previstas prestaciones recíprocas en cabeza de cada una de las partes contratantes. Los contratos administrativos son contratos bilaterales, el clásico contrato administrativo de servicio público es un buen ejemplo. En éstos, tanto el concesionario como la Administración concedente se obligan mutuamente a ciertas prestaciones, lo mismo sucede con los contratos de obras públicas.

Ahora bien, tal y como la doctrina ha señalado, no sólo se requiere que se trate de un contrato bilateral, sino que es necesario que las obligaciones respecto de las cuales se invoca la excepción, sean interdependientes, es decir, que si una se incumple, ésta tiene una incidencia tal, que la otra necesariamente será incumplida.

*Que las obligaciones surgidas de la relación contractual sean dependientes la una de la otra no sólo en la fase de su nacimiento, sino en la fase de su ejecución, de modo que si la obligación de una de las partes llegare a faltar (voluntaria o involuntariamente) la otra parte tendría el derecho a pretenderse liberada de su obligación (resolución) o de rehusar el cumplimiento de la misma hasta tanto que la otra parte no cumpla a su vez con la suya (exceptio).<sup>3</sup>*

(Resaltado mío)

Se trata pues de que exista un nexo de causalidad entre los incumplimientos: “el incumplimiento del *excipiens* debe ser causal y debe derivar objetivamente de aquél del no cumplimiento del otro contrayente”.<sup>4</sup> En otras palabras, es necesario que el incumplimiento del primero que debía cumplir sea la causa que origina el incumplimiento de quien invoca la excepción de contrato no cumplido.

### B. Necesidad de un incumplimiento previo

En segundo lugar, necesariamente debe existir un incumplimiento previo de la parte a quien se le opone la *exceptio* y que a su vez demanda el cumplimiento al *excipiens*; o que “ambas obligaciones deban cumplirse simultáneamente o al menos que la del *excipiens* no debe cumplirse con anterioridad a la de su contraparte”.<sup>5</sup>

Es decir, antes de invocar la excepción de contrato no cumplido, es necesario que la otra parte *haya incumplido primero su obligación* (interdependiente de la que ahora la contraparte quiere eximirse de cumplir), o a todo evento, que deban cumplirse simultáneamente y que además la parte esté exigiendo su cumplimiento. Esto último resulta evidente, pues si el co-contratante que incumplió no exige el cumplimiento de la obligación pendiente, entonces no hay necesidad alguna de invocar la excepción. No debemos olvidar que la institución que analizamos es una excepción, y en consecuencia es una defensa ante un requerimiento previo.

Es sumamente importante llamar la atención sobre lo que señala el Dr. Melich Orsini en cuanto a que el incumplimiento previo no necesariamente tiene que ser voluntario, sino que puede ser producto de un hecho externo y ajeno a quien incumplió (como la

---

3 *Ibid.*, pp. 776 y 777.

4 *Ibid.*, p. 784.

5 *Ibid.*, p. 780

fuerza mayor, el Hecho del Príncipe, etc.). Pero esto último no impide al *excipiens* oponer la excepción. Así, basta el simple incumplimiento previo de quien exige la prestación (sea cual sea la causa de dicho incumplimiento, voluntario o involuntario), para que la excepción sea oponible.

### C. Naturaleza de las obligaciones y gravedad del incumplimiento

En tercer lugar, es importante acotar que no es necesario que las obligaciones sean de la misma naturaleza para que la excepción opere, el autor citado entiende que una de las obligaciones puede ser de “dar” y la otra de “hacer” o de “no hacer”, o ambas de la misma naturaleza, lo cual resulta irrelevante para la invocación de la excepción.

En materia civil, pareciera que tampoco la entidad del incumplimiento es relevante a los fines de la procedencia de la excepción, siendo que aun cuando los incumplimientos no sean equivalentes, en la medida en que las obligaciones sean interdependientes, la excepción puede ser opuesta.

### 3. Consecuencias de la invocación de la excepción de contrato no cumplido

Ahora, ¿cuál es el efecto de invocar la *exceptio non adimpleti contractus*? Como dijimos *supra* el propósito de esta excepción no es la resolución del contrato, sino la de evitar que la conducta de negarse a cumplir la obligación que se exige, sea tomada como un incumplimiento del contrato.

La excepción excluye el deber de cumplir a cargo del *excipiens*, hasta tanto que su contraparte no haya cumplido con su obligación. La oposición de la excepción justificadamente tiene, pues, efectos similares a los de un retardo justificado en el cumplimiento de la propia obligación, ya que al cumplir la otra parte, cesa automáticamente la justificación de la omisión del propio cumplimiento.<sup>6</sup>

De manera que estamos ante una excepción que no busca afectar al vínculo contractual, pues, lejos de querer resolverlo, busca mantenerlo a pesar del retardo en el cumplimiento. En materia civil, el efecto es sencillo, suspende la obligación de cumplir hasta que la parte que incumplió primero, cumpla. Pero en materia administrativa tendría un efecto adicional a éste, pues afectaría la potestad sancionatoria de la Administración.

Si el particular contratante opone la excepción y ésta procede, no sólo se suspende su obligación de cumplir, sino que se está admitiendo que su negativa a cumplir no puede ser considerada un incumplimiento, en consecuencia, no podría la Administración Pública sancionar al particular por un incumplimiento (que por una ficción legal no lo es) que tiene su origen en el incumplimiento previo de aquélla. La Administración pierde entonces, la posibilidad de sancionar al concesionario en estos supuestos.

Ahora bien, una vez analizadas las condiciones de procedencia de la excepción de contrato no cumplido, nada obsta para que los requisitos aquí explicados estén presentes en un contrato administrativo. Pasemos a analizar en qué términos podría aplicarse la excepción bajo análisis en materia administrativa y los requisitos adicionales exigidos para que la misma proceda.

---

6 *Ibid.*, p. 787.

### III. APLICABILIDAD DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Originalmente, ni la doctrina, ni la jurisprudencia venezolanas aceptaron la aplicación de esta excepción a los contratos administrativos, por una razón muy sencilla. Se entendía que si un particular contrataba con la Administración a través de un contrato administrativo, en donde evidentemente estaba involucrado el interés general, éste debía privar sobre el interés particular que se vería sacrificado en aras de preservar el interés del colectivo. De forma que el particular no podía excusarse en cumplir con sus obligaciones, pues ello redundaría en una clara afectación de ese interés general involucrado, siendo la no aplicación de esta excepción una manifestación de uno de los tantos privilegios con que contaba la Administración Pública contratante.

En esas primeras sentencias, si bien se tomaba en cuenta el interés general involucrado en los contratos administrativos, no había referencia alguna al interés privado que animaba la contratación del particular y que merecía ser tutelado. Se admitía solamente la posibilidad de demandar las indemnizaciones debidas por los incumplimientos incurridos por parte de la Administración Pública.

El desarrollo jurisprudencial en esta materia se ha verificado principalmente con ocasión de demandas en razón de que la Administración Pública deja de cumplir con su obligación de pago y quebranta el equilibrio económico financiero del contrato. Nuestros magistrados se han visto en la necesidad de decidir si un concesionario que incumple como producto del incumplimiento previo de pago de la Administración contratante, puede justificar legítimamente ese incumplimiento oponiendo la excepción bajo análisis, aun cuando se vea directamente afectado el interés general.

Como consecuencia de lo anterior, poco a poco, tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron entendiendo que el concesionario, si bien coadyuva a la tutela del interés público, lo anima a contratar un fin de lucro, interés particular que también es tutelado por el ordenamiento jurídico y que muestra su garantía principal, pero no única, en el equilibrio económico financiero del contrato. Cuando éste es quebrantado por incumplimientos de la Administración, nace en el concesionario el derecho a que se le restablezca y a todo evento, a negarse a continuar cumpliendo hasta tanto la Administración cumpla su obligación.

#### 1. Aplicabilidad de la excepción de contrato no cumplido en los contratos administrativos en el Derecho Comparado

La jurisprudencia comparada ha sido muy fructífera en el tratamiento de la *exceptio* en los contratos administrativos y ya países como Colombia, Argentina y España han sentado bases sólidas acerca de la posibilidad de que el concesionario o la Administración invoquen la excepción *in commento* para excusarse en su cumplimiento, mientras la otra parte cumple primero.

Así, en Colombia, el Consejo de Estado, en jurisprudencia reiterada ha señalado:

Luego de una importante división jurisprudencial y doctrinal en torno a la aplicación de esa excepción, de origen *ius privatista*, respecto de los contratos estatales, la jurisprudencia de esta Corporación la acogió en desarrollo de los principios de equidad y buena fe que la sustentan, mediante un tratamiento más riguroso frente a su aplicación, en consideración a la prevalencia del in-

terés público que orienta la contratación estatal. Así, en sentencia proferida el 31 de enero de 1991, expediente 4739, la Sala explicó: “No obstante la perspectiva jurídica anterior, la Sala se inclina por la tesis de quienes predicán que la *exceptio non adimpleti contractus* sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio de interés público que informa el contrato administrativo. *El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos.* Así, y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina. A estos extremos no se puede llegar, pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como el de la buena fe, la justicia, etc., lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto, el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la *exceptio non adimpleti contractus* se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable o no.”<sup>7</sup> (Mayúsculas de la sentencia y cursivas mías)

Para el Consejo de Estado de Colombia se requiere entonces que el incumplimiento de la parte sea de tal entidad que haga razonablemente imposible al *excipiens* el cumplimiento de su obligación. La gravedad consiste justamente en la imposibilidad de cumplir que tiene la parte.

Este mismo razonamiento fue el seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, quien en su Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Federal señaló:

Tratándose de contratos administrativos, “cuando el incumplimiento en que incurriera el Estado fuera de tal magnitud que práctica y razonablemente imposibilite a su cocontratante el cumplimiento de sus obligaciones, el incumplimiento del contrato por parte del cocontratante debe considerarse como un derecho de éste. (Confr., 5 de septiembre de 1989, “Cinplast”)<sup>8</sup>

En este mismo sentido se pronuncia la doctrina argentina, representada por Bercaitz, quien señala:

La falta de cumplimiento por la Administración, dentro de los plazos contractualmente establecidos, al pago de las prestaciones económicas a su cargo mediante las cuales el cocontratante estará en condiciones de cumplir el servicio, de realizar la obra o el suministro, es evidente que constituye una violación del contrato. *Tal conducta, cuando asume caracteres graves, autoriza al contratista del Estado, no sólo para oponer la exceptio non adimpleti contractus, o las defensas que señala Escola y a que nos hemos referido antes, sino inclusive para demandar su rescisión.*<sup>9</sup>

(Cursivas mías)

Por su parte, en España, el profesor Sáinz Moreno hizo un gran aporte en esta materia concluyendo la posibilidad de que la excepción de contrato no cumplido fuera aplicada a los contratos administrativos. Al respecto estableció:

<sup>7</sup> Fallo del 15 de marzo de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejo de Estado de Colombia, Consejero ponente Ricardo HOYOS DUQUE, caso *Hernán RUÍZ BERMÚDEZ*, disponible en [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co); INTERNET.

<sup>8</sup> Sentencia del 29 de noviembre de 1994, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Federal, Sala IV, Corte Suprema de Justicia de la Nación; disponible en [www.cjn.gov.ar](http://www.cjn.gov.ar); INTERNET.

<sup>9</sup> Bercaitz, Miguel Angel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 372.

...el contratista puede oponer frente a la Administración incumplidora la *exceptio non adimpleti contractus*, cuando la negativa de la Administración a consentir la suspensión del servicio conduce a su ruina, de modo que tal negativa no se funda en el ejercicio normal del derecho a mantener la continuidad del servicio sino en un uso abusivo de tal derecho que excede los límites de la buena fe y que puede, incluso, se calificarlo de doloso<sup>10</sup>. (Cursivas del autor)

La doctrina analizada es conteste en que la *exceptio* bajo análisis puede ser invocada sólo excepcionalmente en los contratos administrativos. Estamos de acuerdo en que un uso indiscriminado, sin límites claros, de la excepción de contrato no cumplido en un contrato administrativo, desnaturalizaría su propósito y razón.

El aporte de la doctrina y jurisprudencia extranjeras ha sido muy importante en cuanto a establecer qué tipo de incumplimiento permite la oposición de la excepción. Se trata de un incumplimiento grave, a tal punto que haga imposible para el concesionario continuar ejecutando el contrato. Ahora bien, nos preguntamos, ¿la imposibilidad de cumplir a la que se han referido la doctrina y jurisprudencia es una imposibilidad absoluta de cumplimiento? Ninguno aclara tal circunstancia, sino que se limitan a señalar que en la medida que el concesionario se vea imposibilitado de continuar cumpliendo sus obligaciones, en esa medida es oponible la *exceptio*.

A nuestro entender, dicha imposibilidad de cumplimiento debe interpretarse en el sentido de que abarque incluso una imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones *en los términos pactados originalmente*, y no sólo una imposibilidad absoluta de continuar ejecutando el contrato. De lo contrario el concesionario se vería completamente desprotegido ante la posibilidad de continuar cumpliendo el contrato no ya en los términos pactados, y que la Administración considere que el particular está incumpliendo el contrato, como en efecto, y lo sancione; sin que éste pueda alegar en su defensa el incumplimiento previo de su co-contratante, por la razón de que no hay una imposibilidad absoluta de continuar cumpliéndolo.

## 2. Evolución jurisprudencial en Venezuela sobre la aplicación de la excepción de contrato no cumplido a los contratos administrativos

En una primera fase, la Corte Federal y de Casación en lo que se conoce como el primer precedente en materia de contratos administrativos, negó de plano la posibilidad de que la *exceptio* se aplicara a contratos administrativos:

*Se considera 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. Y 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, como lo es en el caso de autos la construcción de las Obras Portuarias, y una de las razones de esta regla es que el contratista ha aceptado ser en cierto modo un colaborador del servicio público, un coagente, que al menos ha aceptado una subordinación de su actividad al interés general o colectivo en la buena y rápida ejecución de las obras destinadas al servicio, caso muy distinto del de los contratantes particulares.*

(Omissis)

---

10 SÁINZ MORENO, Fernando, "La *exceptio non adimpleti contractus* en la contratación administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*. Cd Rom, Tomo 1-100, Editorial Civitas, Madrid, 1974-1998, p. 4.

Antes de examinar este alegato (excepción de contrato no cumplido) en su aplicación al caso concreto, se impone dejar asentados algunos principios, y en primer término cabe observar 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 inadimplenti 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 de la índole ya indicada.*<sup>11</sup> (Cursivas mías)

El razonamiento de la Corte se basó en el hecho de que el interés general está siempre por encima del interés particular, y que el particular al contratar con la Administración acepta ser su colaborador en la tutela de ese interés público envuelto en la ejecución de una obra o de un servicio públicos, no importa las consecuencias que devengan de tal colaboración.

En 1983, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, reiteró el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Federal y de Casación en el año 1954, que a su vez acogió el de la citada sentencia “Astilleros La Guaria”, y una vez más desechó de plano la posibilidad de que el concesionario invocara la *exceptio*. Pero en esta sentencia, la Corte Suprema introdujo otro elemento que justificaba dicha decisión:

Los particulares contratantes quedan, a su vez, protegidos en ese género de convenciones gracias a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, *en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento por la administración de las cláusulas convenidas . . . es compensada con la correspondiente indemnización al particular de los daños y perjuicios que pudieren haberse ocasionado.*<sup>12</sup> (Cursivas mías)

A decir de la Corte Suprema de Justicia, la no aplicación a los contratos administrativos de la excepción que comentamos, se ve justificada y atenuada con las indemnizaciones a que el particular tiene derecho en caso de incumplimientos de la Administración, todo en aras de preservar el equilibrio económico financiero del contrato. Si bien es cierto que ante incumplimientos de la Administración que generen daños al concesionario, procede indiscutiblemente una indemnización, esto no debe excluir la posibilidad de invocar la excepción de contrato no cumplido. Una cosa es el derecho a que se indemnicen los daños causados por un incumplimiento y otra es la posibilidad de eximirse de cumplir por imposibilidad de continuar prestando el servicio o realizado el objeto del contrato -aun cuando ya se hayan compensado daños- como consecuencia del incumplimiento de la Administración.

Este criterio fue reiterado por la Corte Suprema de Justicia, pero no fue hasta el año 1999 cuando el razonamiento jurisprudencial ahondó verdaderamente en el asunto y por fin admitió con contundencia que, excepcionalmente, sí era aplicable a los contratos administrativos la excepción de contrato no cumplido. La Corte Suprema de Justicia señaló: “[n]o todo incumplimiento puede fundamentar la excepción ‘*non adimpleti con-*

11 Sentencia del 5 de diciembre de 1944, Sala Federal, Corte Federal y de Casación, Ponente Dr. Pedro ARISMENDI, caso *La Nación vs. Compañía Anónima N.V. Aannemersbedrijf voorhen T. den Brejen Van Den Bout, Gaceta Forense*, sentencia n° 40, pp. 285 y 290. (Caso también conocido como “Astilleros La Guaria”, pues involucraba un contrato para ejecutar unas mejoras el puerto de La Guaira).

12 Sentencia del 14 de junio de 1983, Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado ponente Luis H. FARIAS MATA, caso *Acción Comercial, S.A.*; ORTIZ ÁLVAREZ, Luis, MASCETTI, Giovanna, *Jurisprudencia Contratos Administrativos*, (1989-1999), Editorial Sherwood, Caracas, 1999, p. 523.

*tractus*?. Se requiere que se trate de un incumplimiento de cierta gravedad, basándose para ello en la presunta voluntad de las partes contratantes.”<sup>13</sup>.

Luego de este último precedente que significó un extraordinario avance en la materia, nuestro Máximo Tribunal tuvo algunos vaivenes y posteriormente en otros casos desechó de plano la posibilidad de la aplicación de la referida excepción a los contratos administrativos<sup>14</sup>, retomando la idea de que el interés general envuelto excluía de plano la posibilidad de oponer la excepción de contrato no cumplido.

Sin embargo, a la fecha, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha conocido en varias oportunidades casos en lo que se ha opuesto la referida excepción por la Administración, entrando a conocer si los requisitos necesarios para que ésta opere se encuentran dados en el caso; admitiendo de esta manera su aplicación en los contratos administrativos, aun cuando ha desechado la procedencia por no estar dados los extremos de ley<sup>15</sup>.

De manera que actualmente en Venezuela, la jurisprudencia ha admitido excepcionalmente la posibilidad de aplicación de las tantas veces nombrada *exceptio* en los contratos administrativos, pero pasemos ahora a analizar cuáles con las condiciones especiales impuestas para su procedencia cuando se trata de este tipo de contratos.

Así como cuáles de los requisitos elaborados por la doctrina y jurisprudencia extranjeras podrían adoptarse para tener una construcción más sólida sobre cuándo procede una excepción como la *non adimpleti contractus* en materia de contratos administrativos.

### 3. Condiciones de procedencia

Nuestra jurisprudencia, más o menos en la misma línea de los criterios doctrinarios y jurisprudenciales extranjeros a los que hicimos referencia en la sección 1 del presente capítulo, ha adoptado como regla la necesidad de que el incumplimiento previo de contra quien se opone la excepción, sea un incumplimiento grave.

Evidentemente, este requisito será necesario además de los requisitos objetivos de procedencia establecidos en el artículo 1.168 del Código Civil ya analizados.

---

13 Sentencia del 28 de enero de 1999, Sala Político Administrativa, Corte Suprema de Justicia, Magistrado ponente Humberto LA ROCHE, caso *Constructora Manacon*, Luis ORTIZ ÁLVAREZ. . . *op. cit.*, pp. 618 y 619.

14 En decisión de fecha 30 de marzo de 2000 la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia señaló: “[a]dicionalmente, la Sala observa que la defensa esgrimida por la demandada PEDARCA se encuadra dentro de las previsiones de la excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus*. En efecto, nótese que la demanda 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 1045 (*Astilleros La Guaria*) y las subsecuentes decisiones emanadas de esta Sala que ratificaron este criterio.” (Cursivas de la sentencia) (Caso *Pedarca*). Pasó por alto esta sentencia el precedente dictado por esa misma Sala en 1999 (caso *Constructora Manacon* antes citado) en el que estableció la posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* en un contrato administrativo.

15 V., sentencia del 19 de noviembre de 2003, Sala Político Administrativa, Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado ponente Levis Ignacio ZERPA, caso *Consortio Nacional Aeromapas Seravenca, C.A. vs. Fundacomún*.

#### 4. La gravedad del incumplimiento previo

El enunciado anterior postula que cuando de contratos administrativos se trata, no cualquier incumplimiento activa la aplicación de la excepción contrato no cumplido, sino que ha de tratarse de un incumplimiento grave. Al referirnos a las condiciones de procedencia de la *exceptio* en materia civil, señalamos que no es necesario que el incumplimiento de que se trate sea de determinada proporción o gravedad, sino que sólo es relevante que las obligaciones sean interdependientes y que exista un incumplimiento previo.

Sin embargo, en materia administrativa sí se requiere que el incumplimiento previo que activará la oposición de la excepción, sea un incumplimiento de cierta importancia, un incumplimiento grave. Ya hemos visto que en otros países se ha entendido incluso que la gravedad debe producir la imposibilidad del *excipiens* de cumplir con el contrato.

Este criterio sobre la gravedad del incumplimiento ha sido adoptado también por nuestro Máximo Tribunal, quien ha aceptado el hecho de que esta excepción es aplicable a los contratos administrativos cuando el incumplimiento de la Administración comporte una violación grave y en consecuencia se trate de violación de obligaciones principales del contrato. En efecto, analizando la oposición de la excepción de contrato no cumplido en un contrato administrativo, la Sala Político Administrativa afirmó en el caso “Constructora Manacon” antes citado, lo siguiente:

Nuestra legislación no tutela los supuestos derechos de las personas que celebran convenios para luego intentar no cumplirlos, alegando formalismos o incumplimientos de obligaciones secundarias que no hizo valer oportunamente en perjuicio de la contraparte que tenía confianza legítima en los convenios celebrados, y en este caso concreto, luego de haber sido ejecutado el contrato. *No todo incumplimiento puede fundamentar la excepción “non adimpleti contractus”. Se requiere que se trate de un incumplimiento de cierta gravedad, basándose para ello en la presunta voluntad de las partes contratantes. Las obligaciones principales son un elemento determinante de la voluntad de partes, por lo cual su incumplimiento es base para dicha excepción. No sucede lo mismo con las obligaciones secundarias o accesorias.*<sup>16</sup> (Cursivas mías)

Es decir, que la conclusión del Máximo Tribunal en el caso citado, fue que no cualquier incumplimiento en materia de contratos administrativos activa la aplicación de la cláusula de contrato no cumplido, sino que para que ello ocurra, necesariamente tiene que tratarse de un incumplimiento grave, que comporte el incumplimiento de obligaciones principales, fundamentales, primordiales del contrato. No se trata pues de cualquier incumplimiento el que permite la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, ni de un solo incumplimiento o de un incumplimiento reiterado, sino de un incumplimiento de “cierta gravedad”, una gravedad que haga necesaria la suspensión del cumplimiento de la obligación hasta que quien incumplió primero, honre su obligación.

De manera, que nuestra Corte Suprema de Justicia adoptó un criterio similar al adoptado en otros países para permitir la invocación de la *exceptio non adimpleti contractus* en los contratos administrativos. Es importante resaltar que la entonces Corte Suprema de Justicia fue clara en establecer que el incumplimiento de obligaciones secundarias no justifica la oposición de la *exceptio*, lo que también diferencia su aplicación en materia administrativa con respecto a la materia civil, en donde el incumplimiento de obligaciones secundarias sí permite la oposición de la excepción. Consideramos que esta diferenciación tiene una perfecta racionalidad y busca un equilibrio entre el interés general y el interés particular involucrados.

---

16 Sentencia del 28 de enero de 1999 antes citada, caso *Constructora Manacon*.

Ahora bien, no explicó la Sala concretamente qué es un incumplimiento “grave”, pero sí adelantó que los incumplimientos de obligaciones principales del contrato, siempre generan la procedencia de la excepción, por lo cual la Sala entiende que los incumplimientos de las obligaciones principales del contrato son incumplimientos graves.

En resumen, es criterio de la Sala Político Administrativa que para que opere la excepción es necesario que el incumplimiento sea de tal gravedad que implique la violación de obligaciones principales, y no secundarias, del contrato. Como lo mencionamos *supra*, la doctrina y jurisprudencia extranjeras han calificado este concepto de gravedad, entendiendo que ésta se origina cuando el incumplimiento conlleve, a su vez, *la imposibilidad para la parte de continuar cumpliendo el contrato*, bajo las mismas condiciones contratadas inicialmente o la imposibilidad absoluta de continuar cumpliendo. Según Sáinz Moreno la *exceptio* procederá ante los “supuestos de incumplimiento especialmente graves por parte de la Administración *que hagan imposible la ejecución de lo convenido, que rompan totalmente la economía del contrato que, en definitiva, pongan en peligro la subsistencia del contratista.*”<sup>17</sup> (Cursivas mías)

Consideramos que la gravedad del incumplimiento al que se refirió nuestra Sala Político Administrativa, y que atiende a incumplimientos que inciden en lo principal del contrato, es perfectamente compatible con lo establecido por la jurisprudencia extranjera, es decir, con la necesidad de que el incumplimiento implique una imposibilidad absoluta de cumplimiento del contrato o a todo evento una imposibilidad de cumplirlo en las mismas condiciones pactadas.

#### IV. LA BUENA FE QUE INSPIRA LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Antes de concluir es necesario hacer una breve referencia a la razón que siempre se opuso a la aplicación de la excepción de contrato no cumplido a los contratos administrativos: el interés general. Ya hemos aludido al hecho de que es necesario encontrar un balance en la ponderación del interés general y el interés particular al momento de permitir que se invoque la excepción de contrato no cumplido. La jurisprudencia halló ese balance, y es por eso que se permite la oposición de la excepción bajo ciertos límites estrictos.

A las razones que la jurisprudencia ha señalado para permitir que la *exceptio non adimpleti contractus* se aplique, aun cuando se afecte el interés general, hay que añadir el principio que señala que los contratos deben ser ejecutados de buena fe.

Los contratos, incluidos los administrativos, deben ser ejecutados de buena fe. Cuando la Administración Pública incumple obligaciones principales del contrato y aun así pretende exigir un cumplimiento a cabalidad por parte del particular, está actuando de mala fe y en abuso de su derecho y tal conducta no es tutelada por nuestro ordenamiento jurídico. Se actúa de mala fe en el momento en que se exigen prestaciones en las mismas condiciones a las pactadas, a sabiendas del propio incumplimiento de la Administración. No puede ésta exigir la protección del interés general, a costa del sacrificio particular causado por el propio incumplimiento de la Administración.

---

17 SÁINZ MORENO, Fernando, *op. cit.*, p. 4.

Al respecto, la doctrina extranjera ha señalado: “[l]a negativa de la Administración a consentir el abandono del servicio, cuando ella misma no cumple con su obligación de pago ... es contraria a las exigencias de la buena fe”<sup>18</sup>.

Nuestra jurisprudencia se ha hecho eco de lo anterior, nuestro Máximo Tribunal, ha establecido que: “...la discrecionalidad tiene sus límites y uno de ellos es la buena fe que debe inspirar a todos los contratos incluyendo los administrativos... los contratos se deben ejecutar de buena fe y la Administración *estaría actuando de mala fe y en forma arbitraria si asfixia económicamente a una empresa concesionaria por falta de pago y, a su vez, le exige la prestación del servicio en términos óptimos so pena de rescindir el contrato.*”<sup>19</sup> (Cursivas mías).

Entiende nuestra jurisprudencia que la mala fe en estos casos se evidencia del hecho de que aun al haber incumplido, se pretende un cumplimiento de la otra parte, en exactas condiciones a las pactadas. Y no solo eso, sino al punto de presionar al concesionario con rescindir el contrato o, pretendiendo sancionarle a través de la apertura de procedimientos sancionatorios para castigar su incumplimiento.

La procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus* no sólo encuentra sustento en la gravedad del incumplimiento que hace imposible continuar ejecutando el contrato, sino en el principio de buena fe que inspira los contratos y que se ve quebrantado cuando la Administración incumple el contrato en forma grave y pretende que su contraparte lo cumpla a cabalidad, so pena de ser sancionada o privada del contrato que le fue otorgado.

## V. CONCLUSIONES

El balance que podemos hacer hoy es positivo, a pesar de la posición jurisprudencial que inicialmente rechazó de plano la aplicación de la excepción de contrato no cumplido a los contratos administrativos y las contradicciones iniciales de nuestra jurisprudencia, actualmente el Tribunal Supremo de Justicia ha reiterado la posibilidad de aplicar esta excepción a los contratos administrativos. Es una realidad en Venezuela la posibilidad de que el concesionario se excepcione frente a la Administración y que su negativa a cumplir no sea considerada como un incumplimiento del contrato. Lo que a su vez implica que el concesionario no puede ser sancionado por la Administración Pública cuando se niega a cumplir legítimamente, visto el incumplimiento previo de aquélla.

Ahora bien, no podemos perder de vista que en Venezuela, como en otros países, la regla general es que la *exceptio non adimpleti contractus* no es aplicable a los contratos administrativos sino sólo y excepcionalmente cuando el incumplimiento previo sea de tal gravedad que afecte obligaciones principales del contrato y cuando la Administración Pública haya actuado de mala fe exigiendo el cumplimiento en los mismos términos a los pactados.

---

18 SÁINZ MORENO, *op. cit.*, p. 6.

19 Sentencia del 30 de noviembre de 1994, Sala Político Administrativa, Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Cecilia SOSA, caso *Sateca*, consultada en Luis ORTIZ ÁLVAREZ..., *op. cit.*, p. 601.

Consideramos que en Venezuela podría acogerse también el criterio que otros países han adoptado, que señala que una medida de la gravedad que se requiere para la procedencia de la *exceptio*, es que el incumplimiento que origina la oposición de aquella produzca la imposibilidad del *excipiens* de continuar cumpliendo el contrato, al menos en las condiciones pactadas.