

EVOLUCIÓN Y DESAFÍOS DEL NUEVO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por Dr. Víctor Rafael Hernández-Mendible¹

Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila

El presente artículo se difunde con autorización expresa de su autor y originalmente fue publicado por la Revista de Derecho Público N.º 151/152 editada por Editorial Jurídica Venezolana Fundación de Derecho Público con fecha julio-diciembre 2017.

SUMARIO

I. Introducción	02
II. El surgimiento y evolución del concepto de contrato administrativo	04
III. El contrato administrativo y la libertad de contratación	22
IV. El contrato administrativo y las potestades de la Administración Pública	27
V. El contrato administrativo y el arbitraje	38
VI. Los desafíos del contrato administrativo	45
VII. Consideraciones finales	47

Resumen: Este trabajo se encuentra orientado a estudiar los antecedentes del contrato administrativo, señalar cuál es el estado en que se encuentra la institución y proponer algunas reflexiones para una futura reforma.

Palabras Claves: Contrato Administrativo - potestades administrativas - interés general - Derecho Administrativo - Derecho Civil

Abstract: This paper is aimed at studying the background of the administrative contract, indicating the state in which the institution is right now as well as proposing some reflections for a future reform.

1. Doctor en Derecho. Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila (Venezuela), Profesor de la Maestría en Derecho en la Universidad del Rosario (Colombia), del programa de Contratación Estatal de la Universidad de Los Andes (Colombia), así como en la Maestría en Derecho Energético y Sustentabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León (México) y miembro de la Comisión Académica del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña (España). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), deoamericano de Derecho Administrativo. la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica; fundador de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía (RIDE), del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA) y de la Red Internacional de Bienes Públicos (RIBP). www.hernandezmendible.com

Keywords: Administrative Contract - administrative powers - general interest - Administrative Law - Civil Law

I. INTRODUCCIÓN²

He tenido el privilegio de ser invitado a participar en los distintos homenajes académicos que se han tributado internacionalmente al maestro iberoamericano Allan R. Brewer-Carías, habiendo versado mis colaboraciones anteriores sobre temas de Derecho Constitucional³. En esta ocasión, tengo la oportunidad de ocuparme por primera vez de un tema de Derecho Administrativo y concretamente de uno muy querido para el homenajeado, al que le ha dedicado desde sus estudios iniciales hasta los más recientes, como lo constituye la contratación por los órganos que ejercen el Poder Público, lo que además permite darle continuidad a la línea de trabajo que se había desarrollado hace algunos años con el grupo de investigación del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO-UMA)⁴.

El título del trabajo hace referencia al “contrato administrativo”, lo que podría dar la impresión de que existe una posición preestablecida con respecto al debate desarrollado por la doctrina científica nacional que se analizará. No obstante, nada más lejos de esa intención, por ello se le ha antepuesto el adjetivo “nuevo”, con intención provocadora o sugerente, para expresar que de una idea clásica se puede plantear una nueva idea, sin generar una ruptura o salto al vacío tan propio de la realidad venezolana –especialmente ganada

2. Quiero manifestar mi agradecimiento a los profesores de Derecho Civil y Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, María Candelaria Domínguez Guillén y Miguel Ángel Torrealba Sánchez respectivamente, por su generosa colaboración en la lectura del primer borrador de este trabajo, así como por el suministro de la bibliografía sobre Derecho Civil, sentencias y leyes recientes.

3. Hernández-Mendible, Víctor R., *El Amparo Constitucional desde la Perspectiva Cautelar*, (Coords. Alfredo Arismendi A. y Jesús Caballero Ortiz), *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 1293-1301; Reflexiones sobre la Constitución Económica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, (Coords. Orlando Vignolo Cueva y Roberto Jiménez Murillo), *Homenaje a Allan Brewer-Carías. Comentarios a la Jurisprudencia de Derecho Administrativo del Tribunal Constitucional Peruano (2000-2010)*, Ed. Ius et Veritas, Lima, 2012, pp. 143-166; El derecho a la seguridad social en el bloque de la constitucionalidad y su garantía jurisdiccional, (Dir. Eduardo Jorge Prats y Olivo Rodríguez Huertas), *La doctrina constitucional y administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho. Liber Amicorum Allan Brewer-Carías*, Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2016, pp. 225-256.

4. Hernández-Mendible, Víctor R., Araujo-Juárez, José, Canónico Sarabia, Alejandro, Pernía Reyes, Mauricio y Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, *La contratación pública en Venezuela*, (Dir. José Luis Benavides y Pablo Moreno Cruz), *La contratación pública en América Latina*, Universidad Externado de Colombia y Fundación para el Derecho Continental, Bogotá, 2016, pp. 661-715.

al adanismo jurídico en estos tiempos-, sino una evolución o renovación que permita ajustar una categoría clásica a los tiempos actuales, que sea omnicomprendiva del contexto nacional e internacional en que se desarrolla la sociedad.

Por supuesto, no se pretende ocultar la ausencia de uniformidad en la denominación de los contratos y ni las consecuencias que se han tratado de derivar de la distinción en su naturaleza jurídica. El asunto no es tan simple – si es que tiene algo de simple- como elegir entre conservar la referencia del modelo francés, que proyectó su influencia en España y en buena parte de Iberoamérica (concepción iuspublicista) o abandonarla para acoger el modelo alemán (concepción iusprivatista).

El tema debe abordarse en la perspectiva en que se produjo el surgimiento y construcción del contrato administrativo en la realidad nacional. Resulta obvio en 2017, pensar que el Estado constitucional exige la absoluta sumisión de los órganos que ejercen el Poder Público a la Constitución, la ley y el Derecho –conforme a la influencia que ha proyectado el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949-, pero en la realidad nacional de 1944-1954 y luego de restablecida la democracia en 1961, no se tenía el nivel de evolución jurídica que se tiene en el presente y la incipiente legislación en materia de contratación pública, así como las posiciones de la doctrina científica en los albores del período democrático no tenían mayor referencia para formular sus construcciones, que aquella que existía en el derecho comparado y sin duda esa búsqueda llevó a aquel que se consideraba había alcanzado el más alto nivel de desarrollo, que no era otro que el Derecho Administrativo francés.

Debe tenerse en cuenta que unas disposiciones puntuales de la ley de hacienda pública de 1942, otras disposiciones reglamentarias sobre licitaciones, más tarde un reglamento que fijaba las condiciones de contratación de obras y las disposiciones civiles existentes en los códigos, resultaban ser las herramientas con que contaron durante más de medio siglo los operadores jurídicos nacionales.

Las leyes que regulan los contratos de concesiones de obras y servicios, así como las leyes que más recientemente han venido a regular los contratos de ejecución

de obras, suministro de bienes y prestación de servicios son de reciente data y de escasa e incipiente aplicación.

Toda la evolución experimentada durante el último siglo por el Derecho Administrativo y concretamente de la institución del contrato administrativo, ha transitado por diferentes momentos, sin que se hayan logrado puntos de encuentro en el plano doctrinal, sobre la denominación más acertada, su naturaleza jurídica y el régimen jurídico aplicable a los contratos.

De allí que se considere que los planteamientos no deben ser enfocados a un revisionismo destinado a reescribir el pasado, pues lo ocurrido con independencia de lo positivo o negativo que haya resultado fue producto de las circunstancias políticas, económicas y jurídicas de su tiempo; sino que se debe procurar entender cómo se llegó al momento actual y promover la reconfiguración del contrato administrativo tradicional, para proponer el diseño del nuevo contrato administrativo, que es lo que se pretende plantear en este trabajo.

En aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, en el presente trabajo se abordarán los siguientes aspectos: El surgimiento y evolución del concepto de contrato administrativo (II); el contrato administrativo y la libertad de contratación (III); el contrato administrativo y las potestades de la Administración Pública (IV); el contrato administrativo y el arbitraje (V); los desafíos del contrato administrativo (VI); y las consideraciones finales (VII).

II. EL SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

La evolución jurídica del contrato administrativo desde sus inicios hasta el presente ha sido lenta, pues no existe un régimen uniforme y un único texto legal, sino que el mismo se encuentra atomizado en atención a los tipos de contratos y de las autoridades contratantes, a lo que se suma que cada reforma legal, parece orientada a ampliar el régimen de contratos excluidos

del ámbito de aplicación de la misma, dispersando aún más la regulación sobre el contrato⁵.

Esto lleva a analizar cuál ha sido la evolución del surgimiento del contrato administrativo en el contexto venezolano, desde la perspectiva jurisprudencial, legal y doctrinal. Tal régimen ha surgido y evolucionado impulsado por los criterios jurisprudenciales establecidos por los tribunales y el diálogo de éstos con la doctrina científica, quienes han ido construyendo los principios que inspiran la contratación actual, siempre teniendo como referencia el derecho común, cuya aplicación en este tipo de contrato realizan con la mayor naturalidad los operadores jurídicos.

1. El contrato administrativo en la evolución jurisprudencial

Tal como sucedió en la cuna del Derecho Administrativo muchas de las instituciones de esta disciplina jurídica surgieron gracias a la creación pretoriana de la jurisprudencia. Para muestra de ello en la realidad venezolana, basta con consultar la tesis doctoral de Allan R. Brewer-Carías⁶, que justamente se dedicó a investigar, sistematizar y extraer las consecuencias derivadas de la incipiente jurisprudencia relacionada con las grandes categorías jurídicas en el Derecho Administrativo y por supuesto el contrato administrativo tuvo un lugar especial.

Es así como se encuentra que la Corte Federal y de Casación, en sentencia de 5 de diciembre de 1944, admitió por primera vez la existencia de la categoría jurídica denominada contratos administrativos, justificada:

“...en la doctrina de grandes autores modernos y no en preceptos legales especiales, en donde se establece que no deben aplicarse por analogía a los *contratos administrativos* de suministros de provisiones ni a los trabajos públicos, las disposiciones de Derecho Privado sobre el contrato de venta

5. Brewer-Carías, Allan R., De la Ley de licitaciones a la Ley de contrataciones públicas en Venezuela: una estrecha reforma que amplió el radio de excepciones al régimen de selección de contratistas y a la corrupción administrativa, (ed. William Zambrano Cetina), *Retos de la contratación pública en Iberoamérica. Homenaje a Allan R. Brewer-Carías*, 1ª ed., Universidad del Rosario-Ibañez, Bogotá, 2017.

6. Brewer-Carías, Allan R., *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

ni sobre el arrendamiento o locación de cosas, se trata de la aplicación de conceptos jurídicos nuevos incompatibles con algunos preceptos del Derecho Privado y que por tanto, éstos deben ponerse a un lado”.

Agregaba la Corte Federal y de Casación, en la misma sentencia de 5 de diciembre de 1944, que el concepto de contrato administrativo tiene su fundamento en que a este le:

“...interesan los servicios públicos y [ello lo diferencia de] los contratos de Derecho Privado, en los cuales, por los tiempos en que fue elaborada su preceptiva, no se dieron soluciones especiales y adecuadas a estos modernos contratos cuyo gran desenvolvimiento, nueva y minuciosa técnica no pudieron preverse”.

Esta primera aproximación jurisprudencial guarda paralelismo con lo ocurrido en Francia -resuelto por el Tribunal de Conflictos en el *arrêt Blanc* o en el *arrêt Duvage et Bransiet*, ambos de 8 de febrero de 1873- en el sentido de que no tuvo una repercusión inmediata, al extremo que ha llevado a considerar a algún autor nacional que la sentencia “pasó por debajo de la mesa”, pues poca gente la tomó en cuenta y según dicho autor, “el profesor Hernández Ron, iniciador de la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela⁷, hace referencia a los contratos administrativos, y si se refiere a los mismos lo hace como una referencia a un derecho vigente en Francia o quizás en algún otro país, pero no se relaciona con Venezuela. Este autor ignora⁸, además, la sentencia

7. Cabe hacer una primera precisión, que antes del profesor J.M. Hernández-Ron ocuparon la Cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, a partir de 1909, Federico Urbano, Gustavo Herrera, Domingo Narváez y Alejandro Urbaneja. Sobre este asunto se puede consultar Hernández-Mendible, Víctor R., Presentación, *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, Tomo 1, Ediciones Paredes, Caracas, 2009, p. 3.

8. Una segunda precisión lleva a señalar que J.M. Hernández-Ron, publica su *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Volumen I, Tipografía Americana, Caracas, 1937, lo que pone en evidencia que una razón de carácter temporal hacía imposible que se tuviese en consideración una sentencia de la Corte Federal y de Casación que se emitiría 7 años después. En el caso que la cita sea a una edición posterior, sería *Tratado Elemental de Derecho Administrativo* (La obra está ajustada a la legislación vigente en Venezuela hasta el 31-12-1944), 3 tomos, 2ª Ed., Edit. Las Novedades, Caracas, 1943-45. Como se puede ver Hernández-Ron advierte que la obra se encuentra actualizada a la legislación, pero no hace mención alguna a la jurisprudencia, pues ésta realmente se comenzará a estudiar y sistematizar a partir de la obra de Brewer-Carías, Allan R., *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

La anterior aclaratoria luce necesaria, pues el autor Pérez Luciani cuando cita la obra de Hernández-Ron no efectúa ninguna precisión a cuál edición hace alusión, lo que contrasta notablemente con la referencia que

dictada por la Corte Suprema de Justicia, a que hemos hecho mención”⁹.

Diez años más tarde, la misma Corte Federal y de Casación, en sentencia de 12 de noviembre de 1954, sostuvo respecto al contrato administrativo que:

“Cuando la Administración Pública, obrando como tal, celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, un contrato que tiene por objeto *una prestación de utilidad pública*, nos encontramos sin duda frente a un contrato administrativo... la especialidad de dichos contratos radica en el objeto y en el interés general que envuelven, y tal interés general puede ser el de la Nación o Estado, de las Provincias o de las Municipalidades”.

Añade la sentencia en referencia, respecto al contrato administrativo:

“la causa inmediata de las prestaciones de la Administración la constituyen las contraprestaciones del particular, y la causa o motivo determinante es el interés público que con esas prestaciones se persigue”.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 14 de junio de 1983, señalaba sobre el contrato administrativo lo siguiente:

“Cuando requerimientos de interés colectivo así lo postulan, acude la Administración a la figura del contrato administrativo para asegurarse la colaboración del particular en la satisfacción de determinadas necesidades de interés general. La presencia de la Administración – dada determinadas condiciones- en el negocio jurídico, marca a éste, inevitablemente de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquélla, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificarlo en aras de intereses privados de los administrados, por importantes –

realiza de André de Laubadère, *Traité Theorique et pratique des Contrats Administratifs*, L.G.L.J, 1ª ed., París, 1956.

9. Pérez Luciani, Gonzalo, Los contratos administrativos en Venezuela, *Derecho Público en Venezuela y Colombia, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, p. 254.

individualmente considerados- que éstos parezcan. 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 la lesión a su patrimonio deriva del incumplimiento por la Administración a las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervinientes: hecho del príncipe, circunstancias imprevisibles, fuerza mayor...) es compensada con la correspondiente indemnización al particular, de los daños y perjuicios que pudieren habersele ocasionado. No sin razón se ha afirmado que entre esos dos extremos -sujeción a las normas de derecho civil, expresada en el respeto a la ecuación económica del contrato; y violación de algunos de los principios de derecho privado, motivada en razones de interés público- encuentra un adecuado y paradójico juego la peculiar teoría del contrato administrativo, cuya regulación queda sometida a reglas especiales distintas de las que rigen los pactos jurídicos-privados”.

Agrega al respecto la misma sentencia que:

“... indicadoras de que dichas cláusulas [exorbitantes] no hacen otra cosa que revelar con su existencia la noción -siempre presente en el contrato administrativo- de interés general o colectivo que el servicio público entraña. Si bien importante para identificarlo, ausentes de éstas cláusulas exorbitantes recobra la noción de servicio público, presidida por la de interés general o colectivo en ella implícita, su plena y absoluta vigencia”.

Luego la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 1º de abril de 1986, se pronuncia sobre las cláusulas exorbitantes en los siguientes términos:

“... dentro de los criterios utilizados para conceptuar el contrato administrativo y distinguirlo de los contratos de derecho privado que celebra la Administración se encuentra la Teoría de las Cláusulas Exorbitantes, que como su nombre lo indica, alude a estipulaciones creadoras de privilegios de la Administración que rompen el principio de igualdad de las partes en la contratación, de tal naturaleza que de figurar en un contrato de derecho

privado estarían afectadas de nulidad e incluso incidirían en el mismo sentido sobre la totalidad del contrato. El motivo por el cual se incluyen y justifican dichas cláusulas radica en la necesidad de la Administración de ejercer su potestad de supremacía en una relación contractual específica para así tutelar mejor los intereses que le han sido asignados”.

Esto fallos del Máximo Tribunal de la República contribuyeron a configurar desde la perspectiva jurisprudencial, el reconocimiento de la institución del contrato administrativo en el Derecho Administrativo nacional, basado en tres grandes ejes, de los cuales se ha considerado que el primero es obligatorio y los otros dos son alternativos:

1. El eje subjetivo u orgánico, representado por las autoridades públicas que realizan función administrativa, en las entidades territoriales como personas jurídicas, a quienes son imputables derechos y obligaciones, es decir, la República, los estados y los municipios son parte de estos contratos, pudiendo ser la otra parte una persona pública o privada.
2. El eje objetivo o material, que se manifiesta en el reconocimiento de la satisfacción de interés general o colectivo, que por lo general se encuentra presente en los servicios públicos –concepto este comprendido de manera amplia por la jurisprudencia- y que incluso también se encuentra presente en las obras o infraestructuras públicas.
3. El eje normativo o formal, que viene dado por una regulación distinta del derecho privado, en la que pueden advertirse expresa o implícitamente las cláusulas denominadas exorbitantes, por considerarse impropias de los contratos regulados por el derecho común.

Estos criterios jurisprudenciales que dieron nacimiento a la institución del contrato administrativo, con algunas modulaciones se mantienen vigentes, al punto que en la más reciente decisión sobre la materia, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 30 de noviembre de 2017, se refería reiteradamente a la figura del contrato administrativo, aunque ya no existe la norma procesal que lo mencionaba expresamente, para darle

competencia de conocer sobre los potenciales conflictos que generasen su celebración o ejecución.

2. El contrato administrativo en la evolución legislativa

En lo concerniente a la perspectiva legislativa hay que destacar que históricamente ha existido la categoría del contrato administrativo, en varias disposiciones de la legislación nacional¹⁰.

Cronológicamente se debe recordar que el contrato administrativo se mencionaba en el artículo 65 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1966. Esta disposición reconocía nominal y expresamente la institución que se analiza. No obstante cabe destacar que este texto legal fue derogado parcialmente por la Ley de Aguas de 2007, pero quedando vigente la norma antes citada, hasta que finalmente fue derogada por el Decreto-Ley de Bosques y Gestión Forestal de 2008, actualmente modificada por la Ley de Bosque de 2013. En todo caso, al quedar derogada aquella desapareció desde el punto de vista sustantivo en esa legislación la referencia al contrato administrativo.

La otra disposición que hacía referencia a la figura del contrato administrativo era el en el artículo 42.14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, que regulaba la competencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa para conocer de los conflictos derivados de un contrato administrativo. Esta ley fue derogada por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, que en el artículo 5.25 mantenía la mención al contrato administrativo, siendo que finalmente dicha figura fue eliminada al producirse la derogación de aquella ley, por la Ley Orgánica de Tribunal Supremo de Justicia de 2010.

Aunque lo dicho podría llevar a un operador jurídico despistado a considerar que en la actualidad no existe ninguna previsión legal del contrato administrativo, ello no es cierto, tal como lo advierte Brewer-Carías en sus más recientes publicaciones.

10. Hay que mencionar que si bien en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 20 de diciembre de 1965, se hacía mención a la materia de contratos administrativos, al referirse a las atribuciones de este órgano, no se hace referencia expresa en un artículo concreto, pues el artículo 3 de dicha Ley, se refería a los contratos de interés público, cuya controvertida naturaleza escapa del objeto de este estudio.

En la actualidad, la categoría de los contratos administrativos subsiste legalmente en el artículo 3 de la Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos de 2009, que dispone:

“Los contratos que hayan sido celebrados en las materias objeto de la presente reserva, se les reconoce como contratos administrativos. Cuando se dicten las resoluciones previstas en este artículo, dichos contratos se extinguirán de pleno derecho en virtud de la presente Ley”.

Conforme a esta norma actualmente vigente¹¹, que en principio no podría ser ignorada¹², cabría afirmar que desde la perspectiva normativa, la institución del contrato administrativo sigue disfrutando de reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico nacional.

Por supuesto, no se trata de un reconocimiento general para todos los contratos, ni en todas las leyes que regulan la actividad contractual de los órganos que ejercen el Poder Público, lo que lleva a considerar este reconocimiento por los operadores jurídicos con la debida prudencia, teniendo en cuenta las circunstancias en que se produjo la ley, que llevó a calificar como contrato administrativo el relacionado con el objeto de la misma, que se encontrase vigente en ese momento y que una vez aplicada la norma, se extinguió y por ende desapareció de hecho¹³.

3. El contrato administrativo en la evolución doctrinal

En la doctrina científica nacional se pueden identificar tres posiciones distintas respecto a la existencia del contrato administrativo. Una posición admite sin reservas la existencia de este contrato; existe una posición que niega la existencia de dicho contrato y existe una corriente que reconociendo que han existido, se plantea la utilidad de su pervivencia actual.

11. Artículo 7 del Código Civil.

12. Artículo 2 del Código Civil.

13. Brewer-Carías, Allan R., Sobre los contratos del Estado en Venezuela, *Revista Mexicana Statum Rei Romanae* N° 6, Homenaje a José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, 2011, pp. 207-252.

3.1. Las tesis iuspublicistas sobre el contrato administrativo

Entre los autores que han reconocido la existencia del contrato administrativo se ubica la más calificada doctrina científica del Derecho Administrativo, que se comentará según su aparición cronológica.

Así se encuentra Lares Martínez, quien de manera resuelta asume posición sobre el contrato administrativo al señalar¹⁴:

“En Francia, España, en un sector de la doctrina italiana, y en los países hispanoamericanos, se sostiene que la administración puede adoptar decisiones unilaterales y celebrar contratos sujetos a regímenes disímiles: contratos de derecho administrativo y contratos de derecho común. Compartimos esas ideas”.

Esta categoría de contrato que celebra la Administración Pública es un contrato administrativo y se caracteriza porque en él se encuentra presente la primacía del interés general que debe ser satisfecho y la necesidad de continuidad del servicio público, lo que justifica que le sean aplicables leyes especiales de Derecho Público y las prerrogativas reconocidas a la Administración Pública, en la ejecución de los mismos. Incluso, agrega el elemento temporal, que considera presente en este contrato al sostener¹⁵:

“En nuestro concepto, basta que en el contrato se comprometa el contratista a realizar durante cierto tiempo una actividad dirigida a dar satisfacción a un interés general, para que aquél reciba la calificación de administrativo. No es menester que las obligaciones del contratista se refieran a la organización o al funcionamiento de un servicio público”.

Este aspecto, de la prolongada ejecución del contrato sin duda es una novedad dentro de la doctrina, respecto a la cual los demás autores no hacen especial mención.

14. Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963, p. 192.

15. Lares Martínez, Eloy, Ob. cit., pp. 195-196.

Por su parte Brewer-Carías, en su primera gran investigación publicada, -como lo constituyó su tesis de doctorado-, expresaba¹⁶:

“Es un hecho, uniformemente aceptado por la práctica administrativa y la jurisprudencia administrativa venezolana, que el Estado, y concretamente la Administración Pública, sea Nacional, Estatal o Municipal, pueden celebrar contratos para el desarrollo de sus múltiples actividades”.

Conforme a esta premisa es posible distinguir que la Administración Pública puede realizar negocios jurídicos bajo la forma de contrato de derecho privado, regido por el Código Civil; y actos bilaterales de naturaleza contractual, considerado contrato administrativo sometido a normas jurídicas autónomas distintas del derecho privado¹⁷. Tal como se deduce de la jurisprudencia, el interés de la distinción es doble, pues por una parte, en cuanto al régimen jurídico aplicable, mientras los primeros se encuentran sometidos al Derecho Civil, los segundos se rigen por el Derecho Administrativo; y por la otra, tiene que ver con el orden jurisdiccional competente para conocer de los conflictos que se deriven de su ejecución, lo que produce que mientras aquellos son competencias del orden jurisdiccional civil, estos son competencias del orden jurisdiccional contencioso administrativo¹⁸. Luego agrega que¹⁹:

“... la noción que le da su naturaleza específica al contrato administrativo es la *finalidad de servicio público que se persigue al celebrarlo, y no la prestación de un determinado servicio público*. Ya hemos expresado qué entendemos por finalidad de servicio público y las implicaciones del concepto. Sin embargo, es conveniente recordar que una actividad es realizada con finalidad de servicio público cuando, realizada por una autoridad pública como *gestión de intereses públicos* y en ejecución de la Ley, tiende a mantener y hacer mantener incólumes las garantías constitucionales de los ciudadanos; a respetar y hacer respetar los derechos constitucionales de los ciudadanos;

16. Brewer-Carías, Allan R., *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 157.

17. Brewer-Carías, Allan R., Ob. cit., pp. 157-158.

18. Brewer-Carías, Allan R., Ob. cit., p. 158.

19. Brewer-Carías, Allan R., Ob. cit., p. 161.

a hacer cumplir los deberes constitucionales de los ciudadanos; o a cumplir las obligaciones constitucionales del Estado venezolano con miras a obtener el bienestar general y la seguridad social”.

En función de lo anterior, considera que existiendo una definición legal de contrato en el Código Civil, pero no teniendo éste referencia alguna al contrato administrativo, es preciso proponer la definición de este contrato como “aquel acuerdo bilateral de voluntades realizado entre dos o más personas jurídicas, una de las cuales es la Administración Pública actuando en función administrativa, con la finalidad de servicio público y el efecto de crear una situación jurídica individual y subjetiva”²⁰.

Conforme a lo anterior, procede a identificar dentro de los elementos esenciales del contrato administrativo, el subjetivo de la siguiente manera²¹:

“Es decir, que para que un contrato pueda ser calificado de administrativo, una de las partes de la relación jurídica contractual debe ser una autoridad pública actuando en función administrativa...No existe, por tanto, contrato administrativo sin la presencia, como parte contratante en la relación jurídica, de la Administración”.

En lo que concierne al elemento objetivo del contrato administrativo sostuvo que²²:

“Ante todo, y por la finalidad de servicio público que persigue la Administración al celebrar los contratos administrativos, el objeto de los mismos debe ser una prestación de utilidad pública o de interés general”.

Respecto al elemento causal del contrato, advierte la existencia de la teoría de la causa objetiva y la teoría de la causa subjetiva, reconocidas dentro de la Teoría General del Derecho y con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación, sostiene:

20. Brewer-Carías, Allan R., Ob. cit., p. 162.

21. Brewer-Carías, Allan R., Ob. cit., p. 165.

22. Brewer-Carías, Allan R., Ob. cit., pp. 178- 179.

“... la jurisprudencia administrativa requiere el interés público o lo que nosotros hemos llamado finalidad de servicio público para que exista contrato administrativo”.

Otro elemento que considera esencial al contrato, es la subordinación del contratista, quien por propia voluntad al contratar se sitúa en una situación jurídica de subordinación frente a la Administración, pero advierte que no es arbitraria, sino que deriva de la desigualdad de fines de los contratantes. El particular persigue un interés económico y la Administración vela por el interés público y persigue la satisfacción de una finalidad de servicio público²³.

Finalmente, el elemento normativo del contrato que implica que el contrato administrativo requiere un régimen jurídico propio, exorbitante o derogatorio de forma expresa o tácita del derecho común y ese es el régimen del Derecho Público. Ello sin embargo no implica, la inaplicación absoluta de las normas establecidas en el Derecho Civil²⁴.

Estas ideas iniciales de Brewer-Carías serán objeto de nuevas reflexiones a lo largo de más de medio siglo de actividad académica ininterrumpida, que lo han llevado a la revisión de sus posturas iniciales, pero ello no le ha impedido reconocer que²⁵:

“La noción de contrato administrativo, en ausencia de una ley general que lo regule en Venezuela, sin duda, es una construcción doctrinal en cuya elaboración hemos contribuido en una forma u otra todos los que nos hemos ocupado de esta disciplina, al comentar la rica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, basada fundamentalmente en razones prácticas de orden adjetivo”.

Por su parte, considera Farías Mata que el contrato administrativo existe y tiene una identidad propia, que lo define y distingue de otras categorías contractuales.

23. Brewer-Carías, Allan R., Ob. cit., p. 182.

24. Brewer-Carías, Allan R., Ob. cit., p. 183.

25. Brewer-Carías, Allan R., Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela, *Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado*, Tomo II, FUNEDA, Caracas, 2006, p. 464.

En este sentido señala²⁶:

“... el contrato administrativo, de inspiración jusprivatista, justifica su nacimiento, su razón de ser y su autonomía por los rasgos que lo perfilan, es decir, por el atentado que la técnica contractual supone contra esos dos principios básicos del contrato en el derecho privado –libertad de contratación e igualdad de partes– y por las consecuencias que de allí se derivan en relación con los efectos que produce el contrato administrativo, todo ello dentro del marco general de las normas contractuales de derecho privado, respetadas y subsidiariamente aplicadas hasta el punto en que el interés público lo permita”.

Más recientemente Araujo-Juárez ha escrito sobre el contrato administrativo, luego de la vigencia de una ley que regula parcialmente la actividad administrativa contractual, aunque este texto legal no se refiere en ninguna parte de su articulado, con esa denominación a este contrato que se está analizando.

En tal sentido señala Araujo-Juárez que el contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa, que constituye una técnica de colaboración voluntaria de los particulares con la Administración en materia de obras, bienes y servicios²⁷.

No deja de reconocer la inexistencia de encaje constitucional de la institución del contrato administrativo, así como su tardía y transitoria consagración legal, a falta de una codificación integral de los contratos del Estado, situación que sin embargo no impidió el desarrollo jurisprudencial y doctrinal que contribuyó a su reconocimiento.

Luego de advertir e identificar las tesis contrapuestas, de quienes en la actualidad dentro de la doctrina científica aceptan o rechazan la existencia del contrato administrativo, ratifica que este sigue existiendo porque es una creación jurisprudencial, que más allá del derogado fuero jurisdiccional, posee sustantividad

26. Farías Mata, Luis H., “La evolución del concepto de contrato administrativo”, *Libro Homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 41-69.

27. Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo General. Acto y Contrato Administrativo*, Tomo III, Ediciones Paredes, Caracas, 2011, p. 257.

jurídica material propia²⁸. En razón de ello concluye que “el contrato administrativo se mantiene como un núcleo duro de los principios de la contratación pública en el interés común de la Administración y de sus contratistas”²⁹.

Señala que el contrato administrativo puede tener reconocimiento por determinación legal –lo que ocurre excepcionalmente– y por declaración jurisprudencial, para lo cual este se auxilia de dos criterios: uno orgánico que es obligatorio: la presencia de una persona jurídica pública³⁰; y otro material que es alternativo: como lo constituyen el elemento objetivo: que tiene una finalidad de prestación de un servicio público, en sentido amplio; o las cláusulas: que tienen carácter exorbitante, porque se considera que no son susceptibles de ser encontradas en un contrato de derecho privado³¹; y el elemento normativo: que consiste en el régimen jurídico preponderante de Derecho Público³².

En sentido similar Iribarren Monteverde considera que la figura del contrato administrativo existe gracias a la construcción pretoriana de la jurisprudencia³³, iniciada a partir de 1944 y éste se encuentra sometido a un régimen exclusivo de Derecho Público, conforme lo reconocen el Máximo Tribunal en los fallos antes citados en este trabajo, la doctrina institucional de la Procuraduría General de la República³⁴ y un destacado sector de la doctrina científica.

3.2. Las tesis iusprivatistas sobre el contrato administrativo

Otro sector de la doctrina, ha considerado que la noción de contrato administrativo en el contexto venezolano es inútil, pues no conduce a nada y que carece de efecto práctico, constituyendo un mero ejercicio especulativo de una idea extranjera y que se trata de un pseudo-concepto³⁵.

28. Araujo-Juárez, José, Ob. cit., pp. 258-259.

29. Araujo-Juárez, José, Ob. cit., p. 259.

30. Araujo-Juárez, José, Ob. cit., p. 260.

31. Araujo-Juárez, José, Ob. cit., pp. 263-264.

32. Araujo-Juárez, José, Ob. cit., p. 273.

33. Iribarren Monteverde, Henrique, La teoría del contrato administrativo en la obra de Eloy Lares Martínez, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 152, Caracas, 2013, pp. 121-132.

34. La Procuraduría General de la República, desde la década de los sesenta del siglo XX ha admitido la existencia de los contratos administrativos y ello se recoge una vez más en el Dictamen DACA-23-05-85, *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* N° 1, Caracas, 1986, pp. 173-180.

35. Pérez Luciani, Gonzalo, Los contratos administrativos en Venezuela, *Derecho Público en Venezuela y Colombia*, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias

Considera igualmente que las actividades contractuales de modificación unilateral o terminación anticipada, también resultan posibles en los contratos civiles de obras, en aplicación del Código Civil, por lo que concluye que las denominadas “facultades extraordinarias” que se le atribuyen a la Administración Pública en la ejecución del “contrato administrativo” no son tales, ya que también se consiguen en materia de Derecho Privado³⁶. De allí que reitere la inutilidad y peligrosidad de la noción de contrato administrativo, dado que según se confirma de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el particular siempre lleva todas las de perder ante el Estado, cuando celebra esta clase de contrato³⁷.

Otro de los autores que cuestiona el contrato administrativo se une al anterior, para conformar un dúo contra esta figura. Así afirma que la tesis de que el Estado es un sujeto de derechos y obligaciones, genera la indeseable consecuencia de que el contrato haya sido puesto a disposición de los entes que personifican el autoritarismo y cuyas relaciones con los particulares se realizan mediante actos unilaterales, que no consultan la voluntad de sus destinatarios, sino que parten de la idea de la sumisión de éstos, dando origen así al surgimiento del contrato administrativo³⁸.

Considera que la doctrina científica y la jurisprudencia ha sumado sus fuerzas para extender el promiscuo concepto de contrato administrativo, en perjuicio de los principios generales, que caracterizan el derecho privado de los contratos³⁹.

Sostiene que la función administrativa otorgada al contrato administrativo, reflejo de la irrenunciable posición de soberanía del Estado, lleva a reconocer la potestad de extinguir anticipadamente el contrato, de modificar las cláusulas del mismo, de interpretarlo o de efectuar el control y dirección de la gestión encomendada, que se ejerce mediante actos administrativos⁴⁰.

Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, p. 253.

36. Pérez Luciani, Gonzalo, Ob. cit., p. 263.

37. Pérez Luciani, Gonzalo, Ob. cit., p. 264.

38. Melich Orsini, José, El contrato administrativo en el marco general de la doctrina del contrato, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* N° 116, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, p. 66.

39. Melich Orsini, José, Ob. cit., pp. 70-71.

40. Melich Orsini, José, Ob. cit., pp. 74-75.

Cuando el contratante estatal acude a la técnica contractual pretende la libre adhesión de la voluntad de los particulares, enmascarando así momentáneamente la técnica autoritaria que caracteriza las actuaciones de Derecho Público, lo que ha conducido a reconocerle la posibilidad de obtener una indemnización por los daños experimentados⁴¹.

Por todo lo anterior, concluye que el contrato administrativo no tiene ninguna identificación con lo que representa un contrato para un civilista y considera que existen una serie de circunstancias que han atentado contra el núcleo de lo que debe considerarse en propiedad como contrato⁴².

3.3. Las tesis revisionistas sobre el contrato administrativo

Posteriormente, Lares Martínez revisa su posición inicial y admite que el contrato administrativo no se rige exclusivamente por el Derecho Administrativo o por el Derecho Civil o Mercantil, sino que es admisible la aplicación de principios de Derecho Público y de Derecho Privado en mayor o menor grado⁴³.

A comienzos de la década del ochenta del siglo XX, Brewer-Carías propone reflexiones en la que comienza a replantear algunas de las ideas formuladas en su tesis doctoral y diez años más tarde escribirá la obra monográficamente más completa realizada hasta ese momento sobre los contratos administrativos⁴⁴, fijando una posición que ha mantenido hasta el presente en su esencia y respecto a la que se hará referencia seguidamente.

Parte de la premisa que la distinción entre contrato administrativo y contrato de derecho privado de la Administración actualmente es inadmisibile. La razón para ello es que “el concepto de los contratos administrativos, como categoría jurídica

41. Melich Orsini, José, Ob. cit., p. 75.

42. Melich Orsini, José, Ob. cit., p. 76.

43. Lares Martínez, Eloy, Contratos de Interés Nacional, *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, *Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981*, p. 138.

44. Brewer Carías, Allan R, La evolución del concepto de contrato administrativo, *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, *Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981*, pp. 41-69; *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992.

contrapuesta a los contratos de derecho privado de la Administración, ha sido tributario, solamente de las concepciones teóricas y de los criterios de la doctrina y jurisprudencias francesas, pero no de las justificaciones prácticas y pragmáticas de aquella distinción”⁴⁵.

Afirma que luego de lograda la madurez doctrinal existe una tendencia a abandonar las teorías y concepciones fundamentadas en una situación de origen adjetiva y sin duda circunstancial, para estructurar una concepción propia. No propone innovar, sino darle contenido sustantivo al Derecho Administrativo nacional, conforme a las realidades propias y es en tal contexto que propone abandonar la dicotomía inicialmente desarrollada bajo la influencia francesa del Derecho de los contratos⁴⁶.

En razón de ello expresa que lo relevante no son los tipos de contratos en atención a la contraposición de regímenes jurídicos que le resulten aplicables, de derecho público o de derecho privado; lo que tiene real importancia es la preponderancia de uno u otro régimen jurídico y su regular utilización⁴⁷, en los diferentes tipos de contratos que realiza la Administración Pública⁴⁸.

Sin duda, inspirados en estas ideas, un sector de la doctrina científica iniciará un movimiento de reflexión sobre la conveniencia de conservar esta categoría en la legislación⁴⁹ o de justificar el mantenimiento⁵⁰ de la figura del contrato administrativo e incluso se propone “una pronta revisión de la noción del contrato administrativo con la finalidad de poder contar con un criterio exento de tantas imprecisiones. La jurisprudencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa deben renunciar a la inercia de los planteamientos, para abordar

45. Brewer Carías, Allan R, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2014, p. 625.

46. Brewer Carías, Allan R, Ob. cit., p. 625.

47. Brewer Carías, Allan R, Ob. cit., p. 626.

48. Brewer Carías, Allan R, Ob. cit., p. 627.

49. Caballero Ortiz, Jesús, Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación, *Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 1765-1778; Hernández G., José I., *Contratos de la Administración y Contencioso Administrativo, Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado*, Tomo I, FUNEDA, Caracas, 2005. pp. 463-512.

50. Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, Las actuaciones bilaterales: los contratos públicos y los convenios en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, (Coord. Víctor R. Hernández-Mendible), *La actividad e inactividad y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, p. 235.

decididamente todas estas cuestiones, y, por supuesto, debemos impulsar un cambio legislativo en la materia en el cual se aborde éste y otros tantos temas que actualmente preocupan a los jueces y operadores del sistema de justicia contencioso administrativa”⁵¹.

En tal sentido, se observa que dentro de la doctrina científica se concluye planteando reconsiderar la necesidad de mantener el contrato administrativo “más que todo en su concepción inicial, mediante la cual se sostiene la existencia de un poder de la administración para alterar unilateralmente las condiciones contractuales a las cuales se encuentra sometida, incluso en aquellos casos en que carezca de cobertura legal para ello, sobre la base de una imprecisa y subjetiva noción del fin de interés general o público”⁵².

4. Corolario de la evolución del concepto

De lo hasta aquí expuesto se aprecia, que la navegación que inició la jurisprudencia en la ruta de la construcción de la noción de contrato administrativo ha enfrentado varias tormentas, como la ausencia de regulación legal expresa, la configuración de la noción de servicio público en sentido amplio, el reconocimiento de las cláusulas exorbitantes expresas o implícitas –especialmente estas últimas sin ningún fundamento legal–, la radical separación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil de los contratos, la determinación de la naturaleza del contrato a los fines de definir la competencia jurisdiccional para dirimir el conflicto surgido de su ejecución, a lo que se suma la discusión doctrinal de los últimos 35 años, sobre la vigencia del concepto de contrato administrativo o la necesidad de construir uno nuevo, que incluso implique cambiar su denominación.

La evolución jurisprudencial y el inacabado debate de la doctrina científica, ha llegado a proponer una regulación integral de la contratación pública⁵³. Esa

51. Subero Mujica, Mauricio, La noción de contrato administrativo y la jurisprudencia en Venezuela, *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en Homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo 3, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 2058.

52. Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, Ob. cit., p. 255.

53. Araujo-Juárez señala que “El fenómeno de la utilización instrumental de la figura del contrato por la Administración Pública, responde a una necesidad práctica evidente. Su complejidad creciente y el acelerado proceso de tecnificación que exigen una atención cada vez mayor sobre los problemas de este tipo, confirman la necesidad de una legislación o codificación sobre la contratación administrativa, formada por una parte procedimental y otra parte sustantiva, que vendría a constituir una base legal con una finalidad de propósito:

evolución y ese debate junto a los Principios generales del Derecho -en especial, los institucionales-, cuya aplicación a los contratos ha sido reconocida por los operadores jurídicos, ha contribuido de manera decidida a la construcción del régimen jurídico positivo de la contratación pública, que se recoge en la reciente legislación que la regula parcialmente -cabe aclarar que sin emplear la expresión contrato administrativo- y sobre la que se formularán algunas reflexiones puntuales más adelante.

III. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

Uno de los temas que se podría considerar más polémico en el debate nacional, sobre la presencia de la figura del contrato administrativo en su concepción tradicional, es que este niega la autonomía de la voluntad, la igualdad de las partes, la libertad de negociación y de pactos.

Hay que tener presente que la Administración Pública debe actuar con sujeción a la Ley y el Derecho⁵⁴; mientras que los particulares se desenvuelven amparados por el principio general de libertad⁵⁵.

Es así como mientras aquella se mueve en el ámbito de la legalidad, en el sentido de vinculación positiva, es decir, con estricto apego a aquello que le habilita el ordenamiento jurídico⁵⁶; éstos actúan en el ámbito de la libertad, ejerciendo la autonomía de la voluntad, que tiene como límites la ley y el orden público, pudiendo convenir todo aquello que no se encuentra expresamente prohibido en la norma legal, que no contravenga el orden público o las buenas costumbres⁵⁷.

Dicho esto, con independencia de la calificación que se le dé a los contratos

conseguir la elaboración de los contratos de la Administración Pública, con todas las garantías para el co-contratante y de indispensable seguridad para la Administración Pública. ... (*omissis*)... Indudablemente que esta normativa debe integrarse a una ley general sobre contratación administrativa, aspiración que es compartida en nuestro país, si bien ya ha sido codificado el régimen de selección de los co-contratantes, y cuyo análisis ya ha sido abordado por la doctrina nacional". Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo. Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 620.

54. Artículo 141 de la Constitución.

55. Artículo 20 de la Constitución.

56. Artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

57. Artículo 6 del Código Civil.

que pretenden celebrar los órganos que ejercen el Poder Público, cuando actúan en función administrativa, estas autoridades cuentan con un halo de discrecionalidad para elegir la oportunidad y condiciones de la contratación, dentro de los espacios que la Ley otorga, en virtud del objeto del contrato; pero tal discrecionalidad nunca les habilita para omitir el respectivo procedimiento administrativo de selección (ausencia absoluta del procedimiento administrativo legalmente establecido), para cambiarlo por otro (desviación de procedimiento administrativo) o para utilizar un tipo de contrato distinto del destinado por la ley, a procurar un concreto objetivo de interés general.

Por otro lado, la libertad de los particulares no se ve afectada por la contratación pública, en la medida que nadie está obligado, ni puede ser constreñido a contratar con la Administración Pública, pues de ello producirse habría un vicio en el consentimiento que generaría la invalidez de cualquier contrato⁵⁸, sea público o privado.

Se podría argumentar, que cuando la Administración Pública efectúa una invitación a participar en una oferta pública de contratación, el particular puede elegir entre presentarse o no al procedimiento de selección de contratistas, pero de optar por lo primero, sabe que conforme al respectivo ordenamiento jurídico tendrá un margen de negociación, que podría ser más o menos estrecho.

Quienes en la doctrina nacional defienden la tesis que el contrato administrativo es injusto, inequitativo o arbitrario, porque afecta la igualdad de las partes contratantes, desconoce la autonomía de la voluntad y lesiona la libertad de contratación, típica de los contratos civiles o mercantiles, parecen ignorar que justamente en los contratos de adhesión civiles o mercantiles⁵⁹, como son los contratos bancarios (hipotecas, tarjetas de crédito o débito, etc.) o de seguros (pólizas o fianzas, etc.), las partes tampoco se encuentran en una posición de igualdad absoluta⁶⁰ y menos aún opera la autonomía de la voluntad como ellos la proclaman o entienden, pues una de las partes contratantes cuenta con la

58. Artículo 1142.2 del Código Civil.

59. Martín-Retortillo, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960, pp. 173-175.

60. Meilán Gil, José Luis, *Derecho Administrativo Revisado*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, p. 163. Propone un enfoque distinto a Martín-Retortillo.

capacidad de negociación de las cláusulas contractuales muy reducida, cuando no absolutamente nula.

Incluso cabe señalar que la crítica al reconocimiento de los privilegios procesales, que se han otorgado dentro de cualquier orden jurisdiccional a la Administración Pública –que no derivan del contrato administrativo– sino de la ley, aunque sin duda en contravención a la Constitución, también es válida en el ámbito del derecho privado, pues no existe ninguna justificación constitucional ante el derecho a la tutela judicial efectiva, para que el regulador de la actividad aseguradora –salvo que haya sido demandado, pues del resto es un tercero ajeno al proceso– sea quien “*determine los bienes sobre los cuales será practicada*” la ejecución de las medidas preventivas o ejecutivas, acordadas en contra de los operadores del sector de seguros⁶¹.

Los argumentos que se utilizan para pretender descalificar el contrato administrativo, por reducir o abolir la libertad de contratación entre las partes celebrantes son exactamente los mismos que sirven para atacar las virtudes de los contratos civiles o mercantiles, en los que no hay libertad de contratación o de negociación y la autonomía de la voluntad se ve reducida al papel de aceptar las cláusulas que impone una de las partes o simplemente a no contratar⁶². Como ejemplo de ello, se tiene el contrato de transporte de pasajeros o de carga con un operador aéreo, ferroviario o terrestre, en los cuales el precio, las condiciones de tiempo, lugar y modo las impone el prestador, debiendo la otra parte contratante aceptarlo o rechazarlo. ¿Quién puede sostener que puede negociar

61. Artículo 62 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora, Gaceta Oficial N° 6.220, de 15 de marzo de 2016.

62. Mélich Orsini, José, sostiene que en los contratos paritarios impera la igualdad y el regateo en la negociación, mientras que los contratos de adhesión se excluye la posibilidad de discusión y regateo, no existe la previa negociación de las partes. *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 5ª ed., Caracas, 2012, pp. 51-53; en este mismo orden de ideas, Madrid Martínez, Claudia y Annicchiarico Villagrán, José F., *El Derecho de los Contratos en Venezuela: hacia los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012, pp. 29-32. Por su parte, Pinto Oliveros, Sheraldine, *El contrato hoy en día: entre complejidad de la operación y justicia contractual*, (Coords. José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy), *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil “Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 254-255; más recientemente Domínguez Guillén, María C., reconoce que los contratos se pueden clasificar –entre otros criterios– según la igualdad o desigualdad de las partes, lo que permite diferenciar los “paritarios” respecto a los “de adhesión”. Justamente en estos últimos, las partes se encuentran en una posición y grado de poder contractual distinto, pues las cláusulas han sido preestablecidas por una de las partes; y la otra parte, únicamente puede pura y simplemente aceptar o no contrata. *Curso de Derecho Civil Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017, pp. 483-486.

con el transportista, la hora de salida, el lugar de recogida, el precio que estaría dispuesto a pagar, la cantidad de equipaje que quiere llevar, sus dimensiones o peso, etc.? ¿Dónde queda la autonomía de la voluntad y la libertad de negociación en estos contratos?.

Por otro lado, atribuirle al contrato administrativo la condición de ser un instrumento del autoritarismo y la arbitrariedad, en lugar de responsabilizar a los órganos que ejercen el Poder Público, que realmente son los sujetos a quienes se le pueden imputar tales transgresiones al ordenamiento jurídico, releva una absoluta candidez en la crítica, porque nada indica que si las autoridades públicas se comportan de forma autoritaria y arbitraria cuando suscriben un contrato administrativo, de este no existir, van a desplegar una conducta distinta en caso de suscribir un contrato civil o mercantil.

Si realmente se reconoce y aplica la regla conforme a la cual los órganos que ejercen el Poder Público deben hacerlo conforme a la Ley y al Derecho, da absolutamente igual que sea el calificado de Derecho Público o Derecho Privado. Por tanto, no hay porque presumir que la autoridad pública que celebra un contrato administrativo lo hace para comportarse como una fiera; pero si suscribe un contrato civil o mercantil se comportará como un cordero. Tampoco existe ningún hecho objetivo que haga sospechar que la autoridad pública que firma un contrato administrativo acude a él, porque no pretende respetar los principios de interdicción de la arbitrariedad y de respeto a las situaciones jurídicas subjetivas; pero que al hacer lo propio con un contrato civil o mercantil, si va a respetar los principios *pacta sunt servanda*, buena fe contractual o *exceptio non adimplenti contractus*.

Como se puede apreciar, frente al incumplimiento de los principios y reglas del Estado de Derecho sucumben el contrato administrativo y el contrato civil o mercantil; ante el irrespeto al principio de separación de los órganos que ejercen el Poder Público resulta irrelevante que la autoridad pública sea demandada ante los órganos jurisdiccionales administrativos o civiles, si en ningún caso tienen la intención de asumir su responsabilidad, respetar el principio de lealtad institucional y acatar los fallos en respeto al derecho a la tutela judicial efectiva.

Lo anterior lleva a considerar que quienes atacan la existencia del contrato

administrativo e incluso llegan al extremo de proponer su sustitución con los contratos civiles o mercantiles, deben construir argumentos más sólidos que sostener que aquel constituye una negación a la igualdad de las partes, a la libertad de negociación o a la autonomía de la voluntad, teniendo en consideración que todos ellos se encuentran en crisis en la institución civil⁶³.

En todo caso, quienes consideran injustas o inequitativas las reglas de la contratación administrativa, son absolutamente libres en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, de no atender las ofertas de la Administración Pública para contratar con ella –tal como también acontecería frente a los citados contratos civiles o mercantiles de adhesión–, evitando así vivir la experiencia de una vinculación con un contratante con quien no se sienten cómodos, al no darles el trato de pares contractuales que aspiran.

Lo que en ningún caso pueden aspirar los adversarios del contrato administrativo es que la Administración Pública desatienda su obligación constitucional de cumplir y hacer cumplir la ley, en especial aquella que le atribuye potestades públicas⁶⁴, pretendiendo que si ésta omite su deber constitucional, se pueda ver satisfecha la aspiración de lograr una negociación en condiciones de igualdad, pues tal renuncia⁶⁵, relajación⁶⁶ o derogación⁶⁷ no es admisible en el ordenamiento jurídico nacional.

Por el contrario es el deber constitucional de la Administración Pública de actuar con sujeción plena al ordenamiento jurídico, lo que lleva a estudiar las potestades administrativas contractuales, actualmente aplicables en el contrato administrativo.

63. Domínguez Guillén, María C., Ob. cit., pp. 26-29, sostiene que entre las tendencias modernas del Derecho de Obligaciones, la crisis del principio de la autonomía de la voluntad ha llevado a referirse a la “crisis” del contrato o la “decadencia de la noción de contrato”, pues tal noción descansa en la equivalencia de las partes y de las prestaciones, cuyo equilibrio en la actualidad aparece roto.

64. Artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

65. Artículo 5 del Código Civil.

66. Artículo 6 del Código Civil.

67. Artículo 7 del Código Civil.

IV. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La contratación administrativa constituye una de las manifestaciones de la actuación de la Administración Pública, que tiene por finalidad la satisfacción del interés general del que ella es vicaria e incluso puede constituir una modalidad de administración y ejecución del presupuesto público, por lo que se requiere que dicha actuación sea ética, transparente, responsable, con rendición de cuentas y con sujeción a lo que disponga la Ley y preceptúe el Derecho.

Es de aceptación común, que en el contrato administrativo no existe una relación de igualdad entre las partes⁶⁸, por lo que aquello que fue calificado como cláusulas exorbitantes⁶⁹ que se encontraban de manera expresa o implícita⁷⁰, no eran otra cosa que el reconocimiento de potestades contractuales a la Administración Pública⁷¹, no susceptible de encontrarse -o más correctamente aplicarse- en un contrato privado y que ellas se justificaban únicamente por la condición de vicaria del interés general atribuida a ésta⁷².

No obstante, el punto que generaba mayor discusión consistía en reconocer estas potestades cuando no derivaban expresamente del contrato, pero que se consideraban como implícitas en el mismo en virtud de su naturaleza jurídica, aunque en contravención manifiesta del Principio de Legalidad, entendido en su sentido de vinculación positiva, que impide la existencia y el ejercicio de una competencia que no derive de una norma jurídica de las que integran el bloque

68. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia de 8 de diciembre de 2000.

69. La Procuraduría General de la República en su doctrina había establecido a comienzos de la década de los sesenta que "... se entienden las cláusulas exorbitantes como aquellas que salen de la órbita del Derecho Común y colocan a la Administración, no sólo en una situación de privilegio -que es lo usual- sino que, en virtud de las mismas, puede, incluso, la Administración sacrificarse en aras de un interés público y pactar condiciones tan desventajosas que serían inconcebibles en un particular que contrate". *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, Caracas, 1963, p. 137.

70. Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa, sentencias de 22 de noviembre de 1990; de 9 de noviembre de 1983; de 27 de julio de 1995; y del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Política Administrativa, sentencia de 5 de agosto de 2004.

71. Subero Mujica, Mauricio, La noción de contrato administrativo y la jurisprudencia en Venezuela, (Coord. V. R. Hernández-Mendible), *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo 3, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 2055-2056.

72. Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa, sentencia de 1º de abril de 1986.

de la legalidad⁷³, lo que resultaba imposible al no existir una ley que regulase la contratación pública.

Si bien la jurisprudencia y doctrina científica no tuvieron mayor reparo en aceptar inicialmente la existencia de las cláusulas exorbitantes⁷⁴, incluidas las implícitas, luego se reconoció que las potestades atribuidas por ley a la Administración Pública, incluso cuando no estuviesen expresamente incorporados en el texto del contrato, debían considerarse insertas en el mismo y resultan perfectamente ejecutables siempre que tuviesen su basamento en una norma legal⁷⁵.

Es así como en el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones en 1999 y luego con la expedición del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas en 2008, se establecieron algunas de las potestades que conforme al principio de legalidad puede ejercer la Administración Pública en sus relaciones contractuales.

Son estas potestades administrativas expresamente establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas de 2014, uno de los mayores avances en la contratación con el Estado –ya se habían contemplado algunas de ellas en el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones–, al lograr la efectiva sujeción de la Administración Pública durante la ejecución del contrato administrativo, a la Ley y al Derecho. Seguidamente se mencionarán las potestades establecidas en el ordenamiento jurídico, en función de los tipos de contratos.

1. La potestad de dirección y control

La potestad de dirección y control durante la ejecución del contrato tiene como

73. Linares, Aurilivi, Los principios que rigen los procedimientos administrativos de selección de contratistas, *Ley de Contrataciones Públicas*, 4ª ed., actualizada y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 131-133.

74. Sobre la evolución de la denominada cláusula exorbitante en nuestro derecho se recomienda, Araujo-Juárez, José, *La Teoría de la Cláusula Exorbitante*, CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

75. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 21 de abril de 2004. En la doctrina científica, Hernández, José I., El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana, *Ley de Contrataciones Públicas*, 4ª ed., actualizada y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 182-184.

finalidad garantizar el efectivo y fiel cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, para lo cual la Administración Pública contratante puede ejercer la supervisión, inspección y vigilancia de lo que se está realizando.

Esta potestad se manifiesta de manera fundamental a través de órdenes e instrucciones que la Administración Pública contratante dirige al contratista, relacionadas con la ejecución del contrato.

Durante toda la ejecución del contrato, la Administración Pública contratante dispone de la potestad de inspección, vigilancia y control que sean necesarias, para asegurar el cumplimiento del contrato y en especial, para verificar el adecuado desempeño del contratista, así como comprobar la sujeción de la ejecución a las obligaciones pactadas en el contrato⁷⁶.

Es en tales términos que se ha reconocido a la Administración Pública contratante la potestad de ejercer el control y la fiscalización de los contratos que suscriba en ocasión de las adjudicaciones establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas, debiendo designar para ello, los supervisores o ingenieros inspectores, de acuerdo a la naturaleza del contrato⁷⁷.

2. La potestad de interpretación unilateral

La potestad de interpretación le ha sido atribuida a la Administración Pública contratante para ejercerla durante la ejecución del contrato, en aquellos supuestos en que se planteen discrepancias entre las partes acerca de la interpretación o el alcance de algunas de las cláusulas contractuales, que puedan afectar o incidir en la ejecución del contrato.

En caso de plantearse una diferencia debe buscarse un arreglo amigable entre las partes y de no producirse un acuerdo entre éstas, la Administración Pública contratante tiene la posibilidad de interpretar las estipulaciones contractuales

⁷⁶. Artículo 37 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones.

⁷⁷. Artículo 136 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

objeto de la discrepancia, mediante un acto administrativo que deberá ser debidamente motivado⁷⁸.

Los supuestos de procedencia de la potestad de interpretación son los siguientes:

- a) Que exista una norma atributiva de tal competencia de interpretación a la Administración Pública contratante, en la Ley que regula el contrato.
- b) Que se produzca una discrepancia respecto a la interpretación de unas cláusulas de contrato entre las partes contratantes.
- c) Que existiendo las distintas interpretaciones, no se haya producido un acuerdo amigable entre las partes.
- d) Que con la finalidad de lograr la ejecución sin interrupciones, demoras o de manera distinta a la que justificó la contratación, la autoridad administrativa dicte un acto administrativo debidamente motivado⁷⁹.
- e) Que la interpretación se circunscriba a las cláusulas que generaron las diferencias entre las partes.

La razón que justifica la atribución de esta potestad es la necesidad de no suspensión o interrupción de la ejecución del contrato, mientras se resuelve la diferencia, en virtud del interés general presente en la contratación⁸⁰.

3. La potestad de modificación

La potestad de modificación es aquella otorgada a la Administración Pública contratante para alterar o variar el contrato, aumentando o disminuyendo el objeto de la ejecución, cambiando los planos, los bienes a adquirir, suspendiendo o

⁷⁸. Artículo 38 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones.

⁷⁹. Corte Federal y de Casación, sentencia de 18 de enero de 1937, ha sostenido que la interpretación de un contrato debe regirse por el sentido de sus cláusulas, según la legislación vigente al momento de ejecutarse.

⁸⁰. Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo General. Actos y Contratos Administrativos*, Ediciones Paredes, Caracas, 2011, p. 275.

reprogramando la ejecución de los servicios, dentro de ciertos límites establecidos en la norma⁸¹.

Esta potestad goza de reconocimiento expreso en los dos textos que regulan los contratos administrativos a los que se ha hecho referencia en el presente trabajo. Es así como respecto a los contratos de concesión, una vez perfeccionado el contrato, la Administración Pública contratante podrá modificar por razones de interés general y mediante acto administrativo debidamente motivado, las características del contrato de concesión de obras, bienes y servicios. En tales circunstancias, la Administración Pública contratante deberá compensar al contratista en caso de daños y perjuicios, mediante el otorgamiento de indemnizaciones⁸², en virtud del principio de responsabilidad administrativa, pilar fundamental del Estado de Derecho⁸³.

En lo concerniente a la modificación de los contratos regulados por la Ley de Contrataciones Públicas, la Administración Pública contratante se encuentra facultada para introducir las modificaciones al contrato que estime necesarias, lo que podrá hacer antes o después de iniciada la ejecución del contrato, debiendo notificar tales modificaciones al contratista⁸⁴.

Las razones que pueden constituirse en causa justificante de la modificación del contrato, son las siguientes⁸⁵:

a) El incremento o reducción en la cantidad de las obras, bienes o servicios originalmente contratados⁸⁶.

81. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 27 de enero de 1993, expresó que “La potestad de modificación unilateral, con el debido respeto al principio de la llamada ecuación o equilibrio económico, fue también colocada dentro de la posibilidad de la Administración de ejercer su supremacía en el negocio jurídico, por cuanto a través de ella la Administración puede cambiar, de acuerdo con sus propios intereses, alguno o algunos de los elementos del contrato, no solamente en sentido cuantitativo, sino también en ciertos casos, en sentido cualitativo”.

82. Artículo 39 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones.

83. Artículo 140 de la Constitución.

84. Artículo 130 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

85. Artículo 131 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

86. Corte Federal y de Casación, sentencia de 5 de diciembre de 1944, sostuvo que “En el contrato... la parte representada por la autoridad administrativa no está obligada inflexiblemente por la regla de derecho privado de la intangibilidad de los contratos; sin necesidad de acuerdo previo con la otra parte, tiene derecho de introducir modificaciones en el plan de la obra, en sus planos, en los medios de ejecución y en esta misma, aumentándola

- b) Que surjan nuevas partidas o renglones, diferentes a los contemplados en el contrato.
- c) Se modifique la fecha de entrega de los bienes, obras o servicios.
- d) Las variaciones en los montos previamente establecidos en el presupuesto original del contrato.
- e) Las establecidas en el artículo 140 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

Los principios que rigen el ejercicio de la potestad de modificación son:

- a) En ningún caso puede alterarse la naturaleza del contrato, es decir, no puede utilizarse para novar el contrato.
- b) Todas las modificaciones deben estar dirigidas a la satisfacción del interés general del que es vicaria la Administración Pública⁸⁷.
- c) Cualquier modificación debe realizarse mediante la producción de un acto administrativo, dictado con sujeción a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

4. La potestad de suspensión

La potestad de suspensión consiste en la posibilidad que tiene la Administración Pública contratante de ordenar la paralización de la ejecución del contrato, como consecuencia del ejercicio de la potestad de modificación o como medida preventiva antes de ejercer la potestad de resolución del contrato.

o disminuyéndola”.

⁸⁷. Corte Federal y de Casación, sentencia de 5 de diciembre de 1944, estableció que “...sería perjudicial a los intereses colectivos, pues fácilmente se comprenden los perjuicios que habría si la Administración necesitare 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...”.

Ello lleva a considerar, que cuando ésta se ejerce temporalmente es una potestad instrumental para garantizar la mejor satisfacción del interés general involucrado en el contrato; en tanto que cuando se ejerce de manera definitiva, lleva a la extinción del contrato conforme al ordenamiento jurídico.

La Ley reconoce que la Administración Pública contratante tiene competencia para ordenar la suspensión temporal de trabajos de ejecución de obras por causas no imputables al contratista o por modificación de tales trabajos⁸⁸ y esta competencia se ejerce a través del ingeniero inspector que tendrá la facultad de “suspender la ejecución de partes de la obra, cuando éstas no se estén ejecutando conforme a los documentos y normas técnicas, planos y especificaciones de la misma”⁸⁹.

El ejercicio de la potestad de suspensión da lugar a indemnización, en la medida que la misma afecte el equilibrio económico financiero del contrato o genere daños y perjuicios al contratista.

5. La potestad sancionatoria

La potestad sancionatoria complementa la potestad de supervisión, inspección y control, garantiza que ésta pueda realizarse de manera eficiente, pues en caso que la Administración Pública contratante indique una determinada actuación prevista en el contrato, mediante órdenes o instrucciones y no logre que se realice, carecería de objeto la atribución de aquella potestad.

Esta potestad sancionatoria habilita a la Administración Pública contratante para que durante la ejecución del contrato, disponga lo necesario para su efectivo cumplimiento, pudiendo imponer al contratista apercibimiento y sanciones establecidas en la Ley, contempladas en el pliego de condiciones o en el texto del contrato para los casos de incumplimiento de éste o de las resoluciones expedidas en ejercicio de la potestad de dirección y control, siempre que se tramite previamente el procedimiento administrativo legalmente establecido⁹⁰.

88. Artículo 135 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

89. Artículo 138.5 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

90. Artículo 43 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones. En la jurisprudencia, Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencias de 7 de marzo de 1995 y de 11 de julio de 1996.

Los principios que configuran el ejercicio de la potestad sancionatoria son los siguientes: legalidad⁹¹, tipicidad⁹², presunción de inocencia⁹³, garantía del debido procedimiento⁹⁴, garantía del derecho a la defensa⁹⁵, garantía de la asistencia jurídica⁹⁶, derecho a presentar pruebas⁹⁷, derecho a no autoinculparse⁹⁸, principio no dos veces lo mismo⁹⁹, principio de irretroactividad¹⁰⁰, derecho al recurso¹⁰¹, derecho a la información oportuna y veraz¹⁰², derecho a la notificación de las resoluciones¹⁰³, proporcionalidad, adecuación y racionalidad¹⁰⁴ y prescripción¹⁰⁵.

6. La potestad de rescisión unilateral

La potestad de rescisión unilateral implica que la Administración Pública contratante deje sin efecto un contrato o una obligación jurídica, deshaciendo un vínculo contractual válido.

Esta potestad puede ser ejercida tanto en caso que haya mediado culpa del contratista¹⁰⁶ como sin que éste haya dado causa para ello¹⁰⁷. Al respecto la jurisprudencia ha señalado que “... aunque no conste este derecho en cláusula expresa del contrato, a saber, [se reconoce] el derecho que tiene toda autoridad administrativa que ha contratado una obra pública, destinada a un servicio público, de desistir de ella en cualquier tiempo aunque haya sido empezada. Si lo hace sin culpa del contratista deberá indemnizarle los perjuicios; pero si lo hace

91. Artículo 49.6 de la Constitución.

92. Artículo 49.6 de la Constitución.

93. Artículo 49.2 de la Constitución.

94. Artículo 49 de la Constitución.

95. Artículo 49.1 de la Constitución.

96. Artículo 49.1 de la Constitución.

97. Artículo 49.1 de la Constitución.

98. Artículo 49.5 de la Constitución.

99. Artículo 49.7 de la Constitución.

100. Artículo 24 de la Constitución.

101. Artículo 49.1 de la Constitución.

102. Artículo 143 de la Constitución.

103. Artículo 143 de la Constitución.

104. Artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

105. Artículo 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

106. Artículo 155 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

107. Artículo 190 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

por incumplimiento de éste, el contratista lejos de ser acreedor por perjuicio deberá ser demandado para que los indemnice¹⁰⁸.

Dicha potestad pública es irrenunciable y debe ser ejercida cuando se presenten las circunstancias contempladas en la norma jurídica atributiva de la misma. Esto ha llevado a que la jurisprudencia considere que “... en el campo de acción de los contratos administrativos, y aunque no conste en las cláusulas de la convención, la rescisión de ellos, cuando así lo demanden los intereses generales y públicos, es una facultad que la Administración no puede enajenar ni renunciar¹⁰⁹.

Tal potestad podrá ejecutarse, siempre que se tramite previamente el debido procedimiento administrativo y se dé garantía del derecho a la defensa, tal como lo establece la Constitución y lo reconoce la jurisprudencia. En este sentido se ha señalado que “No basta que se produzca el incumplimiento del contratista para que la Administración declare, *ipso facto*, la caducidad o rescisión del contrato. El acto extintivo debe estar, en estos casos, precedido de un procedimiento administrativo, en el curso del cual resulte comprobado el incumplimiento y su imputabilidad al contratante. Todo ello como único medio capaz de garantizar el derecho a la defensa del particular co-contratante¹¹⁰.

En este mismo orden de ideas se “... ha venido reiterando la potestad que tiene la Administración de rescindir unilateralmente un contrato (concesión) en aquellos casos de incumplimiento del contratante (concesionario), conforme lo establece, actualmente, el ordinal c) artículo 46 del Decreto con fuerza y rango de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.394 Extraordinario de fecha 25 de octubre de 1999, caso en el cual, según afirma la jurisprudencia de esta Sala, existe la necesidad de seguir un procedimiento previo que garantice el derecho a la defensa y debido proceso¹¹¹.

Más recientemente, se ha reconocido que el fundamento de la resolución

108. Corte Federal y de Casación, sentencia de 5 de diciembre de 1944.

109. Corte Federal y de Casación, sentencia de 12 de noviembre de 1954.

110. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 11 de julio de 1996.

111. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 8 de agosto de 2001.

unilateral del contrato administrativo, se encuentra en el hecho de la prevalencia del interés general que permite tal actuación “*producto del ejercicio de potestades administrativas, [y] no de facultades contractuales*”¹¹².

7. La potestad preventiva

La potestad administrativa preventiva inicialmente habilitaba a la Administración Pública contratante para ejercerla, en el supuesto que ella iniciase el procedimiento administrativo con la finalidad de determinar el posible incumplimiento de la ejecución del contrato de obras. En la reforma de 2014, se amplió el número de supuestos: A que se hubiese iniciado el procedimiento administrativo para eventualmente declarar la rescisión unilateral del contrato; o para la determinación del presunto incumplimiento del contrato por parte del contratista.

De lo anterior se infiere que estas medidas no son aplicables, en los casos de supuestos incumplimientos de los contratos de prestación de servicios o adquisición de bienes¹¹³.

Los motivos que justificaban la adopción de medidas preventivas eran dos supuestos: El primero, cuando la obra hubiere sido paralizada; y el segundo, cuando existiese un riesgo inminente de su paralización¹¹⁴. Tales motivos fueron eliminados, sin ser sustituidos por otros en la reforma de 2014.

El Legislador había establecido que la Administración Pública contratante podía dictar y ejecutar como medidas administrativas preventivas: a) la requisición de los bienes, equipos, instalaciones y maquinarias; y, b) el comiso de los materiales, destinados a la ejecución de la obra¹¹⁵.

Dado que conforme a lo que había establecido la jurisprudencia y la doctrina

¹¹². Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencias de 20 de junio de 2000, de 22 de junio de 2001 y de 4 de marzo de 2005.

¹¹³. Artículo 157 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

¹¹⁴. Artículo 130 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2010.

¹¹⁵. Artículo 130 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2010.

científica ni la requisición¹¹⁶, ni el comiso¹¹⁷ tienen una naturaleza que se corresponda con las medidas administrativas preventivas dentro del procedimiento administrativo, en su momento se advirtió lo desafortunado de esta regulación y se afirmó lo siguiente¹¹⁸:

“Como se puede apreciar, las medidas administrativas preventivas que la Ley de Contrataciones Públicas denomina requisición o comiso, no se corresponden con las referidas figuras jurídicas, por el contrario, se asimilan más propiamente al aseguramiento de bienes dentro de un procedimiento administrativo, una especie de “embargo administrativo”, que en principio persiguen garantizar las resultas de la tramitación de tal procedimiento, pero que conforme se encuentran redactadas las normas, se pueden prolongar más allá de la tramitación de dicho procedimiento administrativo, hasta que se produzca la efectiva recepción de la obra, en tanto, no se realice su revocatoria formal y la devolución material de los bienes que todavía no se hayan utilizado en la ejecución de la obra -mientras ha durado la vigencia de la medida preventiva-, por la Administración contratante”.

En la reforma a la legislación contractual de 2014, se establecieron como medidas administrativas preventivas, las siguientes¹¹⁹:

1. La inmovilización de los bienes, equipos, instalaciones, maquinarias y materiales afectos a la obra.

116. Brewer-Carías, Allan R., El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela”, *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo III, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978, p. 1178; Araujo García, Ana Elvira y Salomón de Padrón, Magdalena, Estudio comparativo entre la nacionalización y la reserva, la expropiación, la confiscación, la requisición y el comiso, *Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela*, Tomo I, Vol. III, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 146-147.

117. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 20 de diciembre de 1967, señaló que “el comiso es una sanción de carácter patrimonial aplicable con motivo de la realización de un acto ilícito; si el comiso implicara una expropiación practicada en forma distinta a la prevista por la ley, o una confiscación de las prohibidas por la Constitución habría que llegar a la absurda conclusión, de que el comiso de los objetos con los cuales se perpetra un delito, o el objeto mismo del delito, como sucede en el contrabando, sería una medida inconstitucional”. En la doctrina científica, véase Brewer-Carías, Allan R., Ob. cit., p. 1182; Araujo García, Ana Elvira y Salomón de Padrón, Magdalena, Ob. cit., 151.

118. Hernández-Mendible, Víctor R., La evolución de la contratación pública y las potestades de la Administración, *Ley de Contrataciones Públicas*, 4ª ed., actualizada y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 230.

119. Artículo 157 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

2. La orden de resguardo y custodia a cargo del contratista, para que éste no los desplace fuera del lugar de la obra, o de su sede si allí se encontraren, ni les otorgue otro uso o destino.

Las medidas administrativas preventivas adoptadas permanecerán en vigencia hasta la recepción definitiva de la obra o hasta su revocatoria por parte de la Administración Pública contratante o por cualquier otra autoridad competente¹²⁰.

Cabe resaltar que los bienes objeto de las medidas preventivas quedarán a disposición de la Administración Pública contratante, mediante la ocupación temporal y la posesión inmediata de los mismos.

En el supuesto que la resolución del procedimiento administrativo le fuera favorable, el contratista podrá exigir a la Administración Pública contratante el reconocimiento de las inversiones que hubiere efectuado en la obra con relación a los materiales, las maquinarias y los equipos sujetos a las medidas administrativas preventivas.

Si los bienes, materiales, equipos o maquinarias fueren propiedad de terceros distintos al contratista, éstos podrán exigir a la Administración Pública contratante el pago de los contratos que hubieren suscrito con el contratista, sólo respecto de lo efectivamente ejecutado por la Administración Pública contratante, previa demostración fehaciente de la existencia y vigencia de dichos contratos.

La porción de la obra que haya sido ejecutada por la Administración Pública contratante con ocasión de las medidas administrativas preventivas, no podrá ser imputada a favor del contratista¹²¹.

V. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL ARBITRAJE

Desde comienzos de la década de los sesenta del siglo XX, la doctrina científica había fijado posición sobre la admisión del arbitraje en los contratos de la

¹²⁰. Artículo 163 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

¹²¹. Artículo 162 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

Administración Pública, en los siguientes términos¹²²:

“... no existe en Venezuela prohibición alguna de cláusula compromisoria y del subsiguiente procedimiento de arbitraje o arbitramento en los contratos de la Administración, sea cualquiera su especie, de contratos propiamente administrativos o contratos de derecho privado”.

En razón de ello concluyó, que la Administración Pública podía incluir bien en el pliego de condiciones o en el contrato, una cláusula compromisoria que permitiese iniciar el procedimiento de arbitraje. Cabe destacar que se trata de un tema que no ha suscitado mayor interés en la doctrina científica del pasado siglo.

Años después, en 1994, se expidió la Ley sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales¹²³, que introdujo por primera vez la posibilidad de resolver los conflictos surgidos de un contrato administrativo de concesión regulado en la misma, a través del arbitraje.

En la ley se reconoció esta modalidad de resolución del conflicto surgido de un contrato administrativo, como una alternativa frente al artículo 42.14 de la entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que le atribuía competencia exclusiva para resolver tales conflictos nacidos de la ejecución de un contrato administrativo, a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

El artículo 10 de la Ley sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, expresamente señalaba:

“El concesionario estará sometido al ordenamiento jurídico venezolano y a la jurisdicción de los Tribunales de la República.

El Ejecutivo Nacional y el concesionario podrán convenir en que las dudas

122. Moles Caubet, Antonio, *El Arbitraje en la Contratación Administrativa*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela N° 20, Caracas, 1960, pp. 9-34.

123. Artículo 10 de la Ley sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, Gaceta Oficial N° 4.719, de 26 de abril de 1994.

y controversias que puedan suscitarse con motivo de la interpretación o ejecución del contrato de concesión se decidan por un tribunal arbitral cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados por las partes”.

Como se puede observar, estando sujetos los conflictos surgido del contrato administrativo de concesión a los tribunales nacionales, se admitió en aquella norma, que las partes podían convenir una cláusula compromisoria arbitral para resolver las dudas y controversias que pudiesen surgir de la interpretación y ejecución de tales contratos.

En esa cláusula se contemplaría un tribunal arbitral cuya integración en cuanto al número de árbitros, competencia respecto a los asuntos que podía resolver relacionados con el conflicto nacido del contrato, el procedimiento a seguir para tramitar el litigio y el derecho aplicable para la resolución de la controversia, debían quedar claramente establecidos por las partes en dicha cláusula del contrato.

En consecuencia a partir de 1994, los medios para resolver los conflictos surgidos de la relaciones contractuales administrativas de concesiones nacionales de obras públicas y servicios públicos, -lo que excluía tanto otro tipo de concesiones, como de autoridades distintas a las nacionales-, serían tanto la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función jurisdiccional, a través de la Sala con competencia en materia contencioso administrativa; como el arbitraje, en la medida que se hubiese pactado en una cláusula del contrato de concesión respectivo.

Posteriormente, en la reforma constitucional de 1999, se introdujo una de las curiosidades más interesantes de dicho texto, al reconocer los medios alternativos de resolución de conflictos. Fue así como el artículo 258 de la Constitución dispone que:

“La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

Más allá de la constitucionalización de los medios alternativos de resolución de controversias, esta disposición no contiene novedad alguna, en lo que se refiere a la posibilidad de admitir el arbitraje en el contexto de las relaciones contractuales que establecen los órganos que ejercen en el Poder Público, cuando realizan la actividad administrativa.

Así lo reconoció el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en la sentencia de 20 de junio de 2000, al expresar:

“La eficacia y validez de una cláusula compromisoria estipulada en un contrato administrativo es hoy una cuestión fuera de toda duda, como lo confirma la opinión de nuestra más calificada doctrina (cfr. Antonio Moles Caubet: “El Arbitraje en la Contratación Administrativa”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, N° 20, páginas 9 a 34; Baumeister, Alberto: “Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Aplicable a los Casos de Arbitrajes regidos por la Ley de Arbitraje Comercial”, en Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999, páginas 95 a 100), opinión ratificada por la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 6 de noviembre de 1997 en el caso Van Dam contra la República y acogida además en el artículo 10 del Decreto Ley N° 138 de 1994 sobre “Concesiones de Obras y Servicios Públicos”.

Sobre el desarrollo jurisprudencial de la admisión del arbitraje como medio de resolución de conflictos surgidos de los contratos administrativos, se recomienda el análisis efectuado por la doctrina científica¹²⁴.

No obstante, el mencionado texto normativo citado en la sentencia fue derogado por el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones de 1999¹²⁵, en cuyo artículo 61 se dispone que:

¹²⁴. Díaz Chirino, Víctor, El mecanismo de arbitraje en la contratación pública, *Ley de Contrataciones Públicas*, 4ª ed., actualizada y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 421-425.

¹²⁵. Artículo 61 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones.

“Para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos regulados por este decreto-Ley, las partes podrán utilizar mecanismos de solución directa tales como la conciliación y la transacción.

Asimismo, podrán acordar en el respectivo contrato someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados de mutuo acuerdo, de conformidad con la normativa que rige la materia.

Cuando se trata de solución de diferencias de carácter exclusivamente técnico, las partes podrán someter la solución del asunto al conocimiento de expertos directamente designados por ellas. En tales casos, la decisión adoptada siguiendo el procedimiento previamente establecido, tendrá carácter definitivo”.

La norma transcrita que se encuentra actualmente vigente, contempla la posibilidad de dirimir los conflictos surgidos de los contratos de concesión de infraestructuras públicas y servicios públicos, que sean competencias de las autoridades nacionales mediante la conciliación, la transacción, el arbitraje y por supuesto, la jurisdicción contencioso administrativa.

Es preciso destacar que los dos primeros medios de resolución de disputas mencionados, no requieren de previsión contractual expresa para intentar aplicarlos a la resolución de conflicto. Obviamente tampoco se requiere convención expresa para reconocer que se puede dirimir el conflicto acudiendo a los órganos jurisdiccionales competentes, al solicitarles la tutela judicial efectiva.

El supuesto que sí requiere de previsión contractual es cuando se pretenda resolver el conflicto mediante el arbitraje, para lo que se contempla el cumplimiento de unos requisitos similares a los que tenía la norma anterior de 1994.

Adicionalmente se introdujo la figura de una modalidad de “arbitraje técnico”¹²⁶,

¹²⁶. Esta modalidad había sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 15 de enero de 1998.

en el entendido que como tal se identificarían aquellos asuntos exclusivamente técnicos que den origen a una controversia y que podrían ser sometidos al conocimiento de expertos directamente designados por las partes, sin que constituya un requisito insoslayable para su implementación una previsión contractual inicial, sino que incluso podría plantearse al momento de surgir el conflicto.

Lo antes expuesto, pone en evidencia que durante al menos 24 años ha existido la posibilidad en el ordenamiento jurídico nacional de establecer cláusulas compromisorias arbitrales en los contratos administrativos, con la finalidad de prever a través de ellas la constitución de eventuales tribunales arbitrales, para dirimir los conflictos que pueden originarse de la ejecución de dichos contratos.

Antes de finalizar resulta insoslayable mencionar, que la legislación que establece el régimen jurídico de la Procuraduría General de la República, que es el órgano asesor y de representación judicial y extrajudicial, nacional e internacional de los derechos e interés del Estado, contiene disposiciones sobre la intervención de ésta en materia de arbitraje.

Específicamente, se establece que aquellos contratos que vayan a ser suscritos por los representantes de la República, en los cuales se pretenda incorporar una cláusula compromisoria de arbitraje nacional o internacional, deben requerir la opinión preceptiva y expresa de la Procuraduría General de la República¹²⁷.

A tal efecto, las máximas autoridades de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional, deben remitir a la Procuraduría General de la República los proyectos de contratos a suscribirse, con toda la documentación que sea pertinente y la opinión brindada por su respectiva consultoría jurídica sobre la procedencia o no de la cláusula compromisoria de arbitraje nacional o internacional, en el respectivo contrato¹²⁸.

127. Artículo 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Gaceta Oficial 6.220, de 15 de marzo de 2016.

128. Artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Por otra parte, se establece que los funcionarios públicos que vayan a suscribir en sede administrativa convenimientos, desistimientos, conciliaciones, transacciones y compromisos en árbitros, o cualquier otro acto de disposición que se relacione directamente con los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República tienen la obligación de solicitar opinión previa y expresa a la Procuraduría General de la República, so pena de que al realizar el acto sin cumplir con la obligación mencionada, dicho funcionario pueda incurrir en responsabilidad personal civil, penal y administrativa, en virtud de los daños que su actuación pueda ocasionar a la República¹²⁹.

Las disposiciones legales mencionadas tienen la particularidad que exigen que se requiera la preceptiva y expresa opinión de la Procuraduría General de la República, pero no se le atribuye carácter vinculante, así que la ausencia de ella -cabe destacar que la norma no indica en qué plazo se debe producir el concepto- o la respuesta negativa a la consulta, no impiden que las autoridades competentes suscriban la cláusula compromisoria arbitral. En principio, la única consecuencia del incumplimiento de esta obligación, recae personalmente en las autoridades que hayan suscrito la cláusula arbitral sin haber solicitado previa y expresamente, la opinión de la Procuraduría General de la República.

En todo caso, la suscripción de la cláusula arbitral sin contar con la preceptiva opinión positiva de la Procuraduría General de la República, no acarrea la invalidez de la misma, por no estar ello contemplado en ninguna disposición de la Ley.

Esta opción junto a las otras que presentan tanto la Constitución como algunas leyes, sería deseable que fueran expresamente contempladas en todas las leyes que contienen disposiciones regulatorias de los contratos administrativos, para ampliar el espectro de posibilidades de potenciales medios de resolución de conflictos, a todos los contratos realizables por los órganos que ejercen el Poder Público en ejercicio de la función administrativa y prevenir además las interminables discusiones sobre asuntos que únicamente requieren claridad, para garantizar la seguridad jurídica.

129. Artículo 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

VI. LOS DESAFÍOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Hay temas que cuando han sido contruidos debidamente y luego son objeto de desfiguración o de destrucción, requieren transitar por un proceso de reconstrucción, deben volver a ser edificados, restablecidas sus bases e incluso ser erigidos más alto que en su versión inicial.

En el caso de contrato administrativo no sucede así porque la incuria del legislador ha generado que el régimen contractual público haya sido parcial, atomizado, disperso, incoherente, carente de integridad institucional y sin proyección estratégica, lo que ha llevado a los distintos operadores jurídicos a agotarse en temas que incluso podrían resultar secundarios, como algunos –no todos– de los que se han expuesto anteriormente.

Cuánto tiempo se hubiese ahorrado la doctrina científica en meditar sobre la denominación de los contratos, las cláusulas exorbitantes o el régimen jurídico aplicable, si el legislador hubiese cumplido oportunamente la Constitución y de manera técnicamente correcta, coherente e integral, hubiese expedido un código de la contratación pública, que regulase todos los contratos, dejando claramente establecidos aquellos que se encuentran preeminentemente sujetos a las disposiciones de dicho código, de la legislación presupuestaria, de las leyes de procedimientos administrativos, de administración pública y del sistema de control fiscal; así como aquellas en que se aplicarán estos textos en las fases precontractual y poscontractual, mientras que en la elaboración y ejecución del contrato se aplicarían preeminentemente las normas civiles y mercantiles, que sean acordes a tales tipos de contrato.

Por ello, sin ánimo de terciar en la desgastante discusión sobre la calificación de los contratos y el posible régimen jurídico que se deriva de los mismos, se considera pertinente plantear algunas reflexiones sobre aquello que debería ser abordado de manera integral, en una futura pero inminente reforma legal de la normativa contractual vigente.

En los albores de la tercera década del siglo XXI, los desafíos de la contratación pública pasan por abordar de manera resuelta la regulación de algunos de los

siguientes temas:

1. La elaboración de una ley o código de contratación pública, que establezca los principios, señale las reglas comunes a todos los contratos, determine las especificidades de los distintos tipos de contratos, comprendiendo esencialmente aquellos de obras públicas, concesiones de obras públicas, prestación de servicios, concesiones de servicios públicos, suministro de bienes, de concesiones de bienes públicos, contratos mixtos, los relacionados a la contratación promovida por iniciativa de los particulares, así como las modalidades contractuales de obras y servicios por impuestos o aquellos orientados a fomentar la asociación, colaboración o participación público-privada.
2. Se deben establecer de forma taxativa los contratos que se encuentran excluidos del régimen común, que deben ser de carácter excepcional y por tanto el menor número posible de ellos, en atención a criterios objetivos de exclusión, cerrando la posibilidad que las autoridades administrativas introduzcan producto de una mal entendida discrecionalidad, categorías adicionales.
3. De fundamental interés resulta que se señalen cuáles serán los criterios jurídicos, económicos, técnicos y ambientales, que en función del objeto del contrato, deberán cumplir quienes pretendan participar en los procedimientos administrativos de selección de contratistas.
4. Los procedimientos administrativos de selección de los contratistas deberán ser sencillos, transparentes, accesibles, eficientes y garantizar los principios de igualdad de oportunidades de participación y no discriminación, concurrencia efectiva de oferentes y publicidad, comprendida en sentido amplio.
5. Un asunto que se debe considerar con mucha seriedad, partiendo del conocimiento tanto de la Administración Pública como de los contratistas en la realidad nacional –no de la demonización de la primera y la idealización de los segundos, como sucede con más frecuencia de la deseada–, consiste en evaluar si es pertinente mantener las potestades administrativas contractuales como se encuentran contempladas en las leyes vigentes o si

deberían ser atenuadas o si sería conveniente reforzar las garantías en favor de los contratistas.

6. El reconocimiento de todos los medios jurídicos admisibles para resolver los conflictos surgidos en las fases pre-contractuales, contractuales y pos-contractuales, que brinden seguridad jurídica y permitan elegir a las partes contratantes, aquel que consideren más idóneo y eficaz, según la naturaleza del conflicto que se haya planteado.

7. De notable interés resulta la definición del régimen económico-financiero del contrato administrativo, en la medida en que su desequilibrio o ruptura puede implicar consecuencias jurídicas y económicas, que deben estar predeterminadas para que quienes contraten conozcan cuáles podrían ser sus legítimas aspiraciones en tales circunstancias.

8. Un aspecto que debe ser debatido y definido legalmente consiste en plantearse si la contratación debe ser concebida desde una perspectiva estratégica y con una visión prospectiva, siempre orientada a la consecución de los distintos objetivos de interés general que tiene encomendada la Administración Pública, que podría llevarles a emplear la contratación como medio de fomento de la creación de empleo productivo y permanente por la pequeña y mediana empresa con la finalidad de reactivar la economía nacional, el apoyo a la igualdad de género, la implementación de políticas de inclusión social de los discapacitados o de personas con necesidades especiales, el impulso al comercio justo, el estímulo de la economía circular, la promoción de la eficiencia energética y la orientación de la investigación y la innovación tecnológica, todo ello con la finalidad de alcanzar los Objetivos del Desarrollo Sostenible.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

En el estado actual de desarrollo del Derecho Administrativo luce pertinente abandonar el concepto tradicional de contrato administrativo, como fue construido por la jurisprudencia y desarrollado por la doctrina científica, cuando no existía una ley especial que regulase tal institución jurídica.

No hay que dudar que el concepto de contrato administrativo tradicional, es decir, como una suerte de antónimo al contrato privado de la Administración Pública ha efectuado un aporte innegable a la consolidación del Derecho Administrativo, en la medida que contribuyó a precisar los sujetos que pueden participar en estas relaciones jurídicas; a configurar las potestades administrativas contractuales con pleno fundamento legal y a aclarar que en virtud de la obligación constitucional de la Administración Pública de actuar con plena sujeción a la Ley y al Derecho, la actividad contractual (especie) como parte de la actividad administrativa (género) se encuentra sometida tanto a las disposiciones de Derecho Público (Constitución, Principios Generales del Derecho, tratados internacionales, leyes y reglamentos nacionales) como de Derecho Privado (Código Civil, Código de Comercio y otras disposiciones de similar naturaleza).

Esto ha permitido entender racionalmente, que conforme al ordenamiento jurídico y el fin de interés general que se vaya a satisfacer, la Administración Pública resolverá el tipo de contrato que pretende realizar y en función de su naturaleza, en unos casos prevalecerán las disposiciones de Derecho Público y en otras prevalecerán las disposiciones de Derecho Privado, pero en el entendido que la interaplicación de ambas¹³⁰ producirá la integración normativa adecuada para evitar las lagunas o vacíos en el ordenamiento jurídico.

A ello se suma, que la propia Constitución reconoce que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para controlar la conformidad a Derecho de toda la actividad administrativa, lo que supone que el control jurisdiccional no se limita a constatar la sujeción al Derecho Administrativo, sino a todo el Derecho, situación ésta que conduce a que esta jurisdicción pueda conocer de los contratos regidos preeminentemente por el Derecho Público o predominantemente por el Derecho Privado, sin perjuicio de la aplicación del arbitraje contractual, en aquellos que se haya convenido una cláusula compromisoria.

Como se puede observar, la concepción histórica del contrato administrativo prestó un gran servicio en la consolidación de la institución contractual y con la

130. Brewer Carías, Allan R., La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo, *Las formas de la actividad administrativa, Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* Allan Randolph Brewer- Carías, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 23-73.

aparición de la regulación legal se ha expandido al menos a todos los contratos actualmente regulados, lo que lleva a suponer que la teoría inicial formulada experimentó una *vis expansiva* que se ha proyectado a los contratos contemplados en la legislación contractual pública.

En ese sentido podría decirse que surge una nueva teoría del contrato administrativo, que carece de las deficiencias que se le atribuyeron en su versión clásica y que posee amplio fundamento jurídico.

Respecto a esta teoría resulta deseable tal como lo ha propuesto Brewer-Carías, que la redefinición de la institución contractual sea producto de la realidad jurídica venezolana¹³¹, pues poco aporte se hace denunciando que la institución fue incorporada al contexto nacional producto de la acrítica importación del Derecho Administrativo clásico que no tenía nada que ver con la realidad local, para venir a sustituirla por una importación del Derecho Administrativo de otra latitud, también ajena a la realidad jurídica nacional.

Si se opta por calificar a dicho contrato con otro nombre distinto de administrativo, de lo cual la doctrina científica ha efectuado valiosas propuestas para rebautizarlos, ello no puede implicar el desconocimiento del aporte que este ha hecho a la institución contractual a partir de su surgimiento y evolución, así como tampoco cambiará la esencia de lo que ha significado y de lo que implica en la actividad administrativa contractual.

Así entendido, en la realidad jurídica venezolana el nuevo contrato administrativo sería aquella convención entre una entidad pública y una persona natural o jurídica, privada o pública, cuyo objeto es crear, reglar, transmitir, modificar o extinguir un vínculo jurídico entre las partes contratantes, en el marco del interés general que orienta toda la actuación administrativa y del que los contratistas son corresponsables de contribuir a su satisfacción, conforme a la naturaleza del pacto que se encuentra regulado en la ley especial en la materia.

En esta se debe reconocer por una parte, que la Administración Pública al

131. Brewer Carías, Allan R, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2014, p. 625.

contratar adquiere derechos y obligaciones, que debe ejercer y cumplir orientada a la consecución del interés general, así como indicar expresa y taxativamente en caso que se decida preservarlas, cuáles serían las potestades administrativas contractuales que aquella tiene, que al ser irrenunciables deberán ser ejercidas con sujeción plena a todo el Derecho; y también se deben definir por otro lado, de manera clara cuáles son las garantías del ejercicio de los derechos y de cumplimiento de las obligaciones por los contratistas, en su condición de corresponsables de la satisfacción del interés general, es decir, la regulación de las relaciones contractuales deberá orientarse a salvaguardar el equilibrio entre la actuación de la Administración Pública contratante en ejercicio de las competencias que tiene legalmente atribuidas y el respeto a los derechos de los contratistas.

Por último, pero no por ello menos importante, se debe dejar fuera de toda duda que los órganos jurisdiccionales administrativos –salvo la activación de las cláusulas compromisorias de arbitraje– serán los únicos competentes para conocer de los conflictos que puedan surgir de los mismos, con independencia de las normas jurídicas que predominen en la conformación de cada contrato y que se deben aplicar en la resolución de las controversias, todo ello producto de la herencia de la evolución experimentada en el ámbito nacional.

En los anteriores términos quedan planteados los principales desafíos, que tiene por delante la institución del contrato administrativo en Venezuela.