

# CRÍTICAS A LA DOCTRINA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

**Mauricio Subero Mujica**

*Profesor de Prácticas de Derecho Administrativo  
y del Programa de Posgrado de Derecho Administrativo de la UCAB*

*Resumen: El artículo analiza el nacimiento y evolución de la doctrina del contrato administrativo en la jurisprudencia venezolana con el fin de mostrar las deficiencias y contradicciones de esta doctrina, y de todo ello se evidencia que los poderes reconocidos a la Administración en el marco de los contratos administrativos suponen la vulneración del principio de legalidad, por lo que se concluye en la necesidad de abandonar definitivamente esta doctrina que, además, resulta inútil a la luz de la legislación vigente en materia de contratación pública.*

*Palabras clave: Contratos públicos, contratos administrativos, poderes implícitos, cláusulas exorbitantes.*

*Summary: The article analyze the birth y develop of the administrative contract doctrine trough the jurisprudence in Venezuela in order to show the inconsistencies and contradictions in this doctrine. From this analysis, emerge that the powers recognized to the public administration in the frame of administrative contracts attempt against the principle of legality. Hence, the conclusion is the necessity to abandon definitely this doctrine, that has becomes useless in the light of the legislation on public contracts now in force.*

*Key words: Public contracts, administrative contracts, implied powers, exorbitant clauses.*

Recibido: 2 de marzo de 2016      Aceptado: 25 de marzo de 2016



## SUMARIO

- I. Generalidades sobre las notificaciones.
- II. Las notificaciones en materia de control fiscal.
- III. Conclusiones.
- IV. El impacto del Decreto-Ley de Contrataciones Públicas sobre la noción de contratos administrativos.

### I. PLANTEAMIENTO Y CONCLUSIÓN DE ESTE TRABAJO

Hace ya mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia contencioso—administrativa en Venezuela se alinearon en la construcción y defensa de una doctrina jurídica alrededor de la figura del llamado *contrato administrativo*. Esta doctrina se construyó al calor de la jurisprudencia y de la doctrina francesa, y se alimentó también de algunas peculiaridades de nuestro ámbito jurídico.

La doctrina del contrato administrativo sobrevive indemne hoy día en nuestra jurisprudencia contencioso—administrativa, que se niega a revisar los conceptos y principios dogmáticamente asentados, mientras que una buena parte de la doctrina o bien se limita a glosar los postulados de la jurisprudencia o defiende a ultranza *la existencia* del contrato administrativo argumentando para ello que así lo reconoce nuestra propia jurisprudencia, lo cual constituye, obviamente, una petición de principio.

En el año 2007 afirmé que el contrato administrativo está aquí, llegó, lo acunamos y lo hemos madurado hasta hacerlo muy nuestro<sup>1</sup>. Pero con esta afirmación no me propuse realizar una defensa de esa doctrina del contrato administrativo. Muy por el contrario, en aquél momento puse de relieve algu-

---

1 Subero Mujica, Mauricio: La Noción de Contrato Administrativo y la Jurisprudencia en Venezuela. En: *Derecho Administrativo Iberoamericano*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, p. 2026.

nos errores y contradicciones implícitos en la noción de contrato administrativo desarrollada por la jurisprudencia. Pero al mismo tiempo creo que nadie, a esta altura, podría desconocer que por mucho tiempo las decisiones de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa han contribuido a alimentar esa particular noción del *contrato administrativo*. A este hecho inobjetable me referí al afirmar que en Venezuela hemos recibido y acunado la noción de contrato administrativo.

Sin embargo, considero hoy una necesidad abandonar definitivo la doctrina del contrato administrativo tal como la hemos conocido hasta ahora en Venezuela, pues se trata de una doctrina plagada de imprecisiones y contradicciones, y que en el núcleo de su planteamiento encierra un grave desconocimiento del principio de legalidad, tal como ha sido consagrado en el artículo 137 de la Constitución.

Hoy día, además, la desaparición de cualquier referencia a los contratos administrativos del ámbito de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y de la Ley Orgánica de Jurisdicción Contencioso Administrativa, sumada a la normativa del Decreto—Ley de Contrataciones Públicas (DLCP) abre las puertas a la definitiva defenestración de la doctrina tradicional del contrato administrativo en Venezuela.

A continuación expondré los planteamientos esenciales de la doctrina del contrato administrativo en Venezuela así como las críticas que en mi opinión esa doctrina merece y que justifican la propuesta de su definitivo abandono.

## II. BREVE REFERENCIA AL ORIGEN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN FRANCIA

El nacimiento del concepto de contrato administrativo se le debe a Francia donde esta noción se origina desprovista de

un contenido sustancial, ya que nace como un asunto esencialmente adjetivo. El contrato administrativo en Francia se identifica inicialmente con un conjunto de litigios surgidos de determinados contratos de la Administración que fueron asignados a la competencia del juez administrativo; asignación esta que estuvo basada en criterios políticos y no de régimen del contrato. La situación, sin embargo, cambió con el advenimiento de la escuela del servicio público, cuyas ideas hacen desembocar en la afirmación de la existencia de un verdadero régimen sustantivo del contrato administrativo; régimen —se dice— de Derecho público que rige a estos contratos.

En este sentido Expósito Vélez, al comentar el origen del contrato administrativo en Francia, señaló que *“por efectos más prácticos que esenciales, en fin, de naturaleza jurídica, algunos contratos celebrados entre la Administración y los particulares no se atribuían a la jurisdicción civil, sino que iban directamente a la jurisdicción contencioso administrativa”*<sup>2</sup>; las razones para ello, como deja ver este autor, son esencialmente prácticas, y más que eso, fundamentalmente políticas. Esta asignación puntual de controversias derivadas de contratos de la Administración al Juez Administrativo no estaba fundada en elementos sustantivos del contrato, y no hacía referencia ni a su naturaleza ni al régimen jurídico que les era aplicable, pues éste era, siempre, el régimen de Derecho común.

La situación, sin embargo, cambió progresivamente, aunque, es obvio que el punto de inflexión se encuentra en 1873 cuando se produce la ya famosa decisión el Tribunal de Conflictos de Francia sobre el caso Blanco, en la cual se señaló que *“la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por los individuos que emplea en el servicio público no puede estar regulada por principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particula-*

---

2 Expósito Vélez, Juan Carlos, *“La Configuración del Contrato de la Administración Pública”* en *Derecho Colombiano y Español*, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 114.

res...". Se echan así los cimientos para postular la existencia de un régimen jurídico especial que rige los servicios públicos, a lo cual se suma la idea de que la actividad de la Administración es esencialmente una actividad de servicio público, de lo cual se sigue que el régimen de la Administración, el Derecho Administrativo en definitiva, se resume en el conjunto de normas que disciplinan los servicios públicos.

Es hoy evidente que debemos a Leon Duguit<sup>3</sup> y otros exponentes de la llamada escuela de Burdeos, el adoptar el criterio del servicio público sentado por la decisión Blanco hasta constituirlo en base de la teoría del Derecho Administrativo.

El advenimiento de la escuela del servicio público supuso un punto de inflexión en esta materia esencialmente porque con ella se pasó a sostener que la atribución de determinados contratos (los administrativos) a la competencia del juez administrativo llevaba de suyo la aplicación a tales contratos de un régimen sustantivo particular, un régimen, en definitiva, de Derecho público<sup>4</sup>. De esta forma la atribución al juez administrativo de la competencia sobre los contratos administrativos

---

3 *Les Transformation du Droit Public*, 1913.

4 En efecto, el criterio del servicio público es también empleado en el ámbito de los contratos administrativos. Así se hizo, por ejemplo, en la sentencia del Consejo de Estado en el caso Terrier del 6 de febrero de 1903. En este caso el Consejo de Saône-et Loire ofreció el pago de una prima por la caza de víboras con la finalidad de propiciar la reducción de la población de reptiles, los cuales amenazaban con constituirse en un problema de salubridad; al parecer la caza fue fructífera y los fondos presupuestados pronto de agotaron, sin embargo, el Sr. Terrier demandó al departamento para que fuese condenado al pago de las primas ofrecidas. En su decisión, el Consejo de Estado, luego de precisar que, en efecto, se había creado un verdadero servicio público de cacería de víboras (para lo cual no hacía falta la creación de una organización administrativa concreta), concluyó en afirmar su competencia, en virtud del criterio de servicio público, mediante referencias a determinadas "reglas propias" o "reglas especiales" que rigen la actividad de servicio público. Este mismo criterio fue también empleado por el Consejo de Estado en la sentencia del caso Thèron del 4 de marzo de 1910.

que inicialmente, como se ha dicho, respondía a un criterio puramente práctico —y esencialmente político— se transformó en un criterio sustancial, en un asunto de régimen jurídico<sup>5</sup>.

No obstante, y a pesar de la importancia que la escuela de Burdeos otorgara a la noción de servicio público en la teoría del Derecho Administrativo, la verdad es que la jurisprudencia del Consejo de Estado nunca se decantó por el uso exclusivo de este criterio en los asuntos relativos a los contratos de la Administración, pues continuó empleando, en no pocos casos, el criterio de la existencia de cláusulas exorbitantes del Derecho común para identificar al contrato administrativo.

Para ese momento existen dos elementos a destacar del régimen de los contratos administrativos en Francia:

(i) El primero de estos elementos es la importancia que la jurisprudencia atribuyó a la voluntad de las partes de someter el contrato a un régimen de Derecho público; voluntad esta que lucía decisiva incluso cuando el objeto del contrato se vinculaba directamente con la prestación de un servicio público, dado que, en principio (y hasta que se produce el precedente que se sienta con el caso esposos Bertin), ese vínculo del contrato con el servicio no era suficiente para calificar al contrato como administrativo; hacía falta también la voluntad de las partes, la cual podía quedar plasmada con la inclusión en el

---

5 Al respecto apunta Benoit que “[l]a situación va a modificarse profundamente a partir del comienzo del siglo XX. Por una parte, con el triunfo, por lo demás efímero, del criterio del servicio público, por fin aplicado a las convenciones locales [se refiere obviamente a la decisión Terrier], se plantea con agudeza el problema de la competencia jurisdiccional respecto de los contratos de las colectividades locales. Por otra parte, al seguir desarrollándose el contencioso contractual administrativo, se comienza a comprender finalmente el carácter específico de un régimen contractual de derecho público.” (Benoit, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1997. p. 727).

contrato de cláusulas exorbitantes del Derecho común<sup>6</sup>, salvo el caso de los contratos administrativos por determinación de la Ley, por supuesto<sup>7</sup>.

(ii) El otro elemento de gran importancia en la identificación de los contratos administrativos en Francia hasta hoy día es que sólo pueden ostentar esta condición aquellos contratos en los que se involucra al contratista directamente en la propia ejecución del servicio público, pues no basta una mera colaboración en la gestión del servicio a cargo de la Administración, hace falta algo más, es indispensable que el contratista intervenga directamente en la gestión del servicio<sup>8</sup>.

La situación, sin embargo, parece tomar un nuevo giro con la decisión del Consejo de Estado de fecha 20 de abril de 1956 sobre el caso de los esposos Bertin. Lo peculiar de este caso es que se trataba de un contrato *verbal* concluido entre la Administración y los esposos Bertin, en virtud del cual éstos, a cambio de una cantidad de dinero fijada por persona y por día, se obligaban a dar albergue y comida a ciudadanos soviéticos que esperaban ser repatriados a su país.

En este caso el Consejo de Estado consideró que se encontraba en presencia de un verdadero contrato administrativo ya que a los esposos Bertin se les había encomendado la propia

---

6 Al respecto señala Vedel: "...es obvio que el contrato que contiene una cláusula exorbitante es administrativo, aunque no tenga por objeto la propia ejecución del servicio público por el particular." (Vedel, Georges. *Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980. p. 192.

7 *Ibíd.* p. 196.

8 Un ejemplo de ello lo encontramos en la decisión del Consejo de Estado sobre el caso Société de Granits del 31 de julio de 1912. En este caso la decisión del Consejo de Estado acogió el criterio del comisario de Gobierno Léon Blum, al señalar que el contrato "se refería exclusivamente a todos los trabajos a ejecutar por la sociedad, y tenía por objeto único suministros a entregar según las reglas y condiciones de los contratos celebrados entre particulares." Vid.: Jèze, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, Tomo III, pp.329 y 330.

prestación del servicio público<sup>9</sup>, pues no se trataba, por ejemplo, del mero suministro de alimentos, sino que se les había encomendado realizar directamente las prestaciones de albergue y alimentación de los repatriados.

Lo verdaderamente novedoso en este caso es que el criterio del servicio público bastó por sí mismo para que el Consejo de Estado declarase el carácter administrativo de la contratación, incluso en ausencia de elementos que le permitieran determinar la voluntad de las partes de someterse a un régimen de Derecho público (lo cual resultaba imposible de determinar al tratarse de un contrato verbal). La situación, a partir de entonces, luce distinta. Es posible notar un cambio de inflexión en la doctrina francesa a partir de esta decisión, especialmente si se le compara con los autores que desarrollaron su obra a comienzos del Siglo XX. De esta forma entonces la condición *administrativa* de un determinado contrato es impuesta por el Juez a las partes, independientemente de que ellas hayan manifestado su voluntad de someter el contrato a un régimen especial de Derecho público. Este será, curiosamente, el punto de partida para el desarrollo de la doctrina del contrato administrativo en Venezuela.

### III. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

En Venezuela, la noción del contrato administrativo es, esencialmente, una creación jurisprudencial. Además, a diferencia de lo ocurrido en Francia, en Venezuela esta figura contractual ha estado siempre ligada al señalamiento por parte del Juez de un régimen especial, propio del Derecho público

---

9 Aunque para entonces se vivía ya el ocaso de la escuela del servicio público, catalizado por las privatizaciones ocurridas en el período de post-guerra, lo cual llevó a dejar en manos de particulares la realización de actividades consideradas como servicios públicos, rompiendo así la plena identificación entre Derecho Administrativo, servicio público y Administración Pública.

y la idea de que es el Juez, y no las partes, el que, a partir de determinados criterios, decidirá si en cada caso se encuentra o no ante un contrato administrativo<sup>10</sup>.

## **1. El nacimiento del contrato administrativo en Venezuela**

Se inicia la labor jurisprudencial en la materia con una decisión la Corte Federal y de Casación, que, sin contar con una norma legal expresa que lo estableciera, reconoció y afirmó la existencia de los contratos administrativos, pero sobre todo, esta sentencia puso los cimientos para la elaboración de una teoría nacional propia alrededor de esta noción, al afirmar su sujeción a principios distintos de los que rigen la contratación de Derecho Civil. Nos referimos, por supuesto a la sentencia de fecha 5 de diciembre de 1944 en el caso: *N. V. Aannemerbeddrijt voorhen T. den Brejen Van Den Bout* o Puerto de la Güaira.

En esta sentencia, la Corte admite, por una parte, la falta de un reconocimiento legal positivo para la noción del contrato administrativo y, por la otra, sostiene, como se ha dicho, la inaplicación a tales contratos de los principios del Derecho privado, en los siguientes términos: “[e]s en la doctrina de los 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 de trabajos públicos, las disposiciones de Derecho Privado sobre el contrato de venta 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.” Es así como este primer reconocimiento jurisprudencial de los contratos administrativos fue acompañado de la expresión clara de la existencia de un régimen jurídico especial que los rige;

---

10 En esta materia imprescindible resulta acudir a la obra de Luis Ortiz-Álvarez y Giovanna Mascetti: *Jurisprudencia de Contratos Administrativos*, Ed. Sherwood, Caracas, 1999, de la cual nos hemos servido en muchas ocasiones para la preparación de este trabajo.

régimen que no estaría fundado sobre los mismos principios que imperan en la contratación de Derecho privado. Más aún, según esta decisión, cuando se trata de contratos administrativos, los preceptos de Derecho privado *deben ponerse a un lado*.

El asunto, como puede verse, nace en Venezuela directamente como un tema relativo al régimen sustantivo de la contratación administrativa. Sin embargo, de forma paradójica se aclara entonces que la materia no es regulada por ningún precepto legal. De hecho, se afirma en la mencionada sentencia que es “la doctrina de los grandes autores modernos” la que nos aconseja no aplicar “por analogía” a los contratos administrativos las disposiciones del Derecho privado, pero la cuestión será entonces determinar cuáles son las disposiciones aplicables a estos contratos, ¿qué reglas y principios los rigen?, ¿se trata acaso de un régimen que es también afirmado por esos grandes autores modernos?, ¿podía esa doctrina erigirse en fuente del Derecho de los contratos administrativos?. Estas son, quizá, las interrogantes que por mucho tiempo ha eludido la jurisprudencia en la materia. Ciertamente, el régimen del *contrato administrativo* nunca ha existido como tal en ninguna norma legal, a lo sumo ha sido pergeñado, caso a caso, por la jurisdicción contencioso administrativa y relativamente sistematizado por la doctrina.

## **2. La evolución jurisprudencial y el supuesto régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos**

Desde aquella decisión de 1944 hasta hoy día la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, así como la de los demás tribunales que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa, ha insistido en el reconocimiento de los contratos administrativos, como una especie contractual disciplinada por reglas y principios de Derecho público, que lo distinguen de la contratación propia del Derecho privado.

Es así como en la sentencia de fecha 12 de noviembre de 1954, sobre **el caso** Machado-Machado o Conejos Mestizos, la misma Corte Federal y de Casación volvió a hacer alusión a las características del contrato administrativo, destacando su sometimiento a reglas especiales, diferentes de las aplicables a los contratos de Derecho común<sup>11</sup>. Sin embargo, de acuerdo con el mismo fallo, el fundamento de este régimen no está en ninguna norma expresa, sino únicamente en la jurisprudencia y la doctrina.

Ahora bien, en el año 1976 fue sancionada y promulgada la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), la cual entró en vigencia el 1º de enero de 1977. Esta Ley contenía una de las primeras menciones normativas expresas de los contratos administrativos<sup>12</sup>. Hay que destacar, sin embargo, que la norma en cuestión se limitaba a asignar a la Sala Político Administrativa la competencia para conocer distintos asuntos en materia de *contratos administrativos, sin aludir –como era de esperar al tratarse de una norma adjetiva– a ningún régimen sustantivo de estos contratos y sin esbozar tampoco ningún criterio para identificarlos.*

No obstante, esta mención normativa fue interpretada por la jurisprudencia como un respaldo a la doctrina que se había comenzado a trazar desde el más alto Tribunal de la República. Es decir, bastó con que la LOCSJ aludiera a los *contratos admi-*

---

11 Al respecto señaló la Corte que “[f]rente a muchas discrepancias surgidas entre multitud de autores, de las cuales no es el caso tratar, es un hecho cierto y admitido hoy por la jurisprudencia y la doctrina, la existencia de negocios contractuales entre los particulares y la administración pública, regidos por el derecho público...”

12 El numeral 14 del artículo 42 de la LOCSJ disponía que era competencia de la Corte “[c]onocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los **contratos administrativos** en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades”. El artículo 43 de la misma Ley, por su parte, otorgaba esta competencia a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

*nistrativos*, para que inmediatamente se sostuviera —como si se tratase de una consecuencia ineludible de lo previsto en la norma— que en efecto existen ciertos contratos de la Administración regidos por el Derecho público y, por ende, ajenos a las normas y reglas del Derecho común. Así que paradójicamente, el fundamento del régimen sustantivo de los contratos administrativos en Venezuela se situó, primero, en los textos doctrinarios (de muy dudosa entidad como fuente de Derecho) y luego en una norma adjetiva. Obviamente se trata de un fundamento muy endeble, que parecía ocultar, sencillamente, la voluntad de sustraer a la Administración, a toda costa, del régimen ordinario contractual, para someterla a un régimen que le resultaba más favorable, pero que no encontraba asiento en ninguna norma positiva.

*En la sentencia del 14 de junio de 1983 dictada en el caso Acción Comercial, S.A., la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia aseveró que “...dudas no se plantean en la doctrina venezolana acerca de la posibilidad para las administraciones de celebrar contratos de la especie indicada [los administrativos]; unanimidad doctrinaria corroborada por la indubitable voluntad del legislador —la contundente expresión de éste en el numeral 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia basta para demostrarlo— y asimismo, por el hecho corriente de que en la práctica aquéllas normalmente ocurren a esa figura”<sup>13</sup>. En esa misma sentencia la Sala enfatizó de nuevo el sometimiento de los contratos administrativos a reglas y principios diferentes de aquellos que son aplicables a la contratación de Derecho privado<sup>14</sup>.*

13 Nótese la evidente petición de principio en que incurre el fallo al afirmar que la demostración de la existencia de la categoría de los contratos administrativos se encuentra en que la Administración suscribe con frecuencia, precisamente, contratos administrativos.

14 En este sentido señaló la Sala que “[l]a presencia de la Administración —dadas determinadas condiciones— en el negocio jurídico, marca a éste, inevitablemente de características distintas a las de la contratación ordinaria...”, a lo cual añadió que las Administraciones “...acuden no sólo a la vía del contrato administrativo, con sus reglas propias y características

Otras tantas decisiones jurisprudenciales se sucedieron en las que se reafirmaron dos ideas fundamentales: (i) por una parte, que la disposición contenida en la LOCSJ constituía la consagración legal de la figura del contrato administrativo con todas las características que la jurisprudencia y la doctrina habían destacado hasta entonces. Ello a pesar de que la norma en cuestión tenía un carácter adjetivo y de ella no se podía concluir nada sobre el régimen sustantivo de los contratos administrativos<sup>15</sup>; y (ii) por otra parte, que los contratos administrativos constituyen una especie contractual caracterizada por un régimen singular de Derecho público, y por ello quedan sustraídos del régimen general del Código Civil<sup>16</sup>.

---

como se ha dejado dicho, sino también a la de la contratación ordinaria (contratos de «administración», por oposición a los anteriores, se los ha llamado) o de derecho común, regida por reglas jurídico-privadas...”

15 La virtualidad de la norma contenida en el numeral 14 del artículo 42 de la LOCSJ no fue correctamente interpretada en su momento. En efecto, con la LOCSJ lo que se pretendió fue limitar los litigios relativos a contratos públicos que podrían quedar sometido al conocimiento del más alto Tribunal, pues ya no se trataría de cualquier contrato suscrito por el Ejecutivo Nacional, como sucedía hasta entonces, sino sólo de los *contratos administrativos*. Luego, cobraba sentido la propuesta de la Dra. Rondón de Sansó (Rondón de Sansó, Hildegard, *El Otro Lado de la Razón*. Vadell Hermanos, Valencia 1994. pp. 87 y 88) de interpretar que la norma de la LOCSJ aludía a contratos que por su importancia y trascendencia para el interés nacional debían ser del conocimiento del más alto Tribunal. Esta parece haber sido la intención del Legislador, lo cual suponía, por ende, que la norma legal nada tenía que decir sobre el régimen sustantivo del contrato (Vid.: Subero Mujica, Mauricio. *La Noción de Contrato Administrativo...*, p. 2056).

16 En este sentido, mediante sentencia del 11/08/1983, caso *Cervecería de Oriente*, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia señaló que “[l]a evolución de la teoría del contrato administrativo [...] y el hecho evidente de su consagración legislativa en nuestro derecho positivo (artículo 42, ord. 14 L.O.C.S.J.) conducen a la Corte a concluir en la existencia de negociaciones celebradas por las administraciones públicas que están sometidas a un régimen de derecho público...”.

Posteriormente, la misma Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 01/04/1986, caso *Hotel Isla de Coche I*, reconoció de nuevo que “[l]a consolidación de la teoría del contrato administrativo en Venezuela ha sido el producto una lenta evolución jurisprudencial de este Alto Tribunal (...) recogida y reelaborada luego por

La jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha seguido sosteniendo la existencia de la figura de los contratos administrativos<sup>17</sup>, caracterizándolos en algunos casos como contratos regidos por un régimen distinto al del Derecho común. Así, por ejemplo, en la sentencia N° 1533 del 28 de octubre de 2009 dictada en el caso *Consortio Cotecica-Inteven*, la Sala señaló que "...se encuentran en los contratos administrativos reglas propias y distintas a las del derecho común...", de la misma forma, en la sentencia N° 119 publicada el 27 de enero de 2011 (caso *Constructora Vicmari, C.A.*), la Sala señaló de nuevo que "...Tal como lo ha fijado la jurisprudencia sobre el tema, en los denominados contratos administrativos se encuentran presentes reglas propias y distintas a las del derecho común, según las cuales se autoriza a la Administración a rescindirlos unilateralmente". Esta decisión ha sido ratificada, entre otras, por la sentencia de la misma Sala N° 967 del 12 de agosto de 2015 (caso *CONSULTEL, C.A.*).

---

nuestra doctrina jurídico—pública, finalmente cristalizada por el legislador en la disposición que en autos ha sido invocada (artículo 42, numeral 14, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de justicia)...".

De igual forma, en la sentencia del 30/11/1994, caso *Sateca Nueva Esparta*, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, señaló que la Administración "...suscribe con los particulares y con otros entes públicos contratos de diversa índole con el fin de alcanzar sus objetivos. Ahora bien, si el régimen jurídico de esos contratos es preeminentemente de derecho común, los mismos son llamados contratos de derecho privado de la Administración, pero si el régimen preponderante es de derecho público, son llamados contratos administrativos."

- 17 Véanse, entre otras muchas sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, las siguientes: N° 800 del 13/04/2000, caso *Promotora Jardín Calabozo, C.A.*; N° 1002 del 05/08/2004, caso *DHL Fletes Aéreos*; N° 487 del 23/02/2006, caso *Cooperativa de Transporte de Pasajeros Comunidad 93*; N° 366 del 01/03/2007, caso *Ambiente, Servicios y Aseo, C.A. (ASEAS)*; N° 820 del 31/05/2007, caso *Marshall y Asociados C.A.*; N° 1533 del 28/10/2009, caso *Consortio Cotecica-Inteven*; N° 126 del 04/02/2010, caso *SERDICA, C.A.*; N° 422 del 19/05/2010, caso *C.A. Inversiones KA*; N° 951 del 14/07/2011, caso *Municipio Girardot del Estado Aragua*; N° 1391 del 26/10/2011, caso *Cítricos y Lácteos C.A. (CILACA)*; N° 1428 del 02/11/2011, caso *Grupo Técnico Moark C.A.*; N° 1690 del 07/12/2011, caso *MINCA*; N° 70 del 08/02/2012, caso *Banco Provincial S.A. Banco Universal*; N° 967 del 12/08/2015, caso *CONSULTEL*.

Sin embargo, la misma Sala ha reconocido que si bien existe un régimen de Derecho público aplicable a los llamados contratos administrativos, esto no implica que a este tipo de contratos no le sean aplicables en absoluto las normas contenidas en el Código Civil e incluso en el Código de Comercio, por lo que el régimen de los contratos administrativos ha sido calificado como un régimen mixto. Así lo afirmó la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 753 del 2 de julio de 2008 (caso *Rosario Salazar*), en la cual se señaló precisamente que las normas del Código Civil son siempre de aplicación supletoria en los contratos administrativos. Este régimen mixto de los contratos administrativos fue ratificado por la misma Sala en las sentencias N° 1232 del 2 de diciembre de 2010 (caso *Municipio Anaco del Estado Anzoátegui*) y N° 334 del 12 de marzo de 2014 (caso *CAVIM*).

Por su parte Brewer-Carías, también ha defendido que las normas del Código Civil son de aplicación supletoria a los contratos administrativos, lo cual significa que, en principio, las partes gozan de libertad para pactar los términos del contrato, salvo las cláusulas que se consideren obligatorias en virtud de una norma constitucional o legal, por lo tanto las normas del Derecho común serán aplicables en ausencia de una disposición contractual expresa o en caso de insuficiencia de las disposiciones libremente convenidas por las partes<sup>18</sup>.

Añade este autor que “en cuanto a las regulaciones de derecho administrativo aplicables a los contratos del estado, debe precisarse que los principios de esa rama del derecho, como los de todas las otras, están básicamente establecidos en leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, en virtud de ser la ley formal, la más importante fuente de esta disciplina, siendo las regulaciones legales en general supletorias en relación con los contratos estatales”<sup>19</sup>. Esta afirmación debe hacerse con aún

---

18 Brewer-Carías, Allan: *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 321.

19 *Ibíd.*p. 322.

mayor rotundidad si hablamos de la consagración de potestades públicas, lo cual constituye una materia de la estricta reserva legal, tal como se desprende del contenido del artículo 137 de la Constitución. Sin embargo, debo insistir en que en Venezuela nunca ha existido un cuerpo legal que expresamente consagre un régimen de Derecho administrativo reservado a la categoría de los contratos administrativos. Así que, contrario a los principios que acabamos de señalar este régimen administrativo ha sido predicado por la jurisprudencia sin ningún respaldo normativo.

Ahora bien, son también muchas las decisiones de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en las que no se hace referencia expresa a la existencia de un régimen jurídico específico del contrato administrativo, pero sí se señala que en tales contratos la Administración contratante ostenta ciertas “prerrogativas”, de las cuales la más socorrida suele ser la que le permite terminar el contrato anticipadamente. De esta forma la referencia a todo un régimen de Derecho público o a reglas propias del contrato administrativo ha dado paso a la alusión más concreta de las prerrogativas de la Administración; prerrogativas estas que son calificadas en muchos casos como *cláusulas exorbitantes*, lo cual resulta llamativo y hasta sorprendente, dado que según las decisiones judiciales la característica esencial de tales *cláusulas* es, precisamente, que no están previstas en el contrato. Ahora bien, de acuerdo con lo que hemos señalado anteriormente, en ausencia de una previsión contractual expresa, deberán aplicarse supletoriamente las normas del Código Civil, mientras que, por otra parte, si se trata de regulaciones de Derecho administrativo y, especialmente, de la consagración de potestades públicas, su fuente debe encontrarse siempre en la ley formal. Por ello considero que la mera alusión a prerrogativas implícitas al contrato administrativo constituye un argumento insuficiente si tales prerrogativas no pueden justificarse en una norma legal expresa.

Es así como en Venezuela las *cláusulas exorbitantes del Derecho común* son, en muchas ocasiones, sinónimo de ese régimen propio y singular del contrato administrativo<sup>20</sup>. Es decir, según la doctrina jurisprudencial al uso en Venezuela, en el marco de los llamados contratos administrativos, las *cláusulas exorbitantes* no son disposiciones contractuales, como cabría esperar al hablar de *cláusulas* en el marco de un régimen contractual<sup>21</sup>, sino que se trata de normas o principios ajenos al texto contractual pero que rigen y vinculan a las partes con la misma fuerza que el contrato mismo. Lo más llamativo es que en la mayoría de los casos esas *cláusulas* ni han sido incorporadas por las partes al contrato ni tampoco han sido previstas en una Ley formal.

En definitiva, podemos apreciar varios elementos característicos en la evolución de nuestra jurisprudencia, a saber:

(i) En primer lugar, la jurisprudencia que inicialmente se fundamentó en *la doctrina de los grandes autores modernos*, buscó luego apoyo en una norma adjetiva contenida en la LOCSJ, y ha acabado por convertirse en su propia fuente de Derecho, dado que cada vez con más frecuencia se invoca como sustento de las potestades públicas que las llamadas *cláusulas exorbitantes* implican a los precedentes jurisprudenciales que las han consagrado, pero en muy pocas ocasiones se alude una fuente normativa concreta.

(ii) En segundo lugar, dado que no ha existido nunca un régimen jurídico positivo de los contratos administrativos en el que se consagren las mencionadas prerrogativas de las Administración, no es claro entonces rol de esta figura jurídica, especialmente cuando existen normas aplicables a un determinado

---

20 Véase más adelante, sin embargo, lo que señalamos sobre el carácter anfibiológico de la expresión *cláusula exorbitante* en la jurisprudencia venezolana.

21 Vid. Voz "cláusula" en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición, 2001.

contrato público que prescinden (como siempre ha ocurrido en Venezuela) de emplear el término *contrato administrativo*. Así, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 119 del 27 de enero de 2011 (caso *Constructora Vicmari, C.A.*) se presenta un razonamiento confuso dado que se afirma que en ese caso estamos ante un contrato administrativo, sometido por ello a reglas especiales distintas a las del Derecho común, argumentándose al mismo tiempo que la potestad ejercida por la Administración en ese caso estaba prevista en el Decreto sobre Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, el cual no contenía un régimen relativo a los contratos administrativos, sino las normas aplicables a los contratos de obra suscritos por los entes del Poder Público Nacional. No advierte la sentencia, por lo visto, que invocar las dos cosas resulta contradictorio, dado que la potestad aludida no resultaría entonces privativa de los contratos administrativos y, por ende, la calificación dada al contrato resulta sencillamente inútil<sup>22</sup>.

(iii) Por último, la doctrina y jurisprudencia venezolanas han terminado por convertir a las potestades que integran ese régimen especial del contrato administrativo en *cláusulas implícitas*. *Lo cual contradice, sin embargo, el contenido del principio de legalidad (art. 137 constitucional), dado que en algunos casos se trata de cláusulas que derivan simplemente de afirmaciones doctrinarias o, mejor dicho, del criterio del Juez*<sup>23</sup>, es decir, en muchos casos se

---

22 Lo mismo puede advertirse en la sentencia de la misma Sala N° 1428 del 02/11/11, caso *Grupo Técnico Moark, C.A.*

23 En la sentencia N° 1002 del 05/08/2004, caso *DHL Fletes Aéreos*, la Sala Político administrativa del Tribunal Supremo de justicia señaló: “[e]stas cláusulas no necesariamente tienen que estar señaladas expresamente en el contrato, sino que pueden estar contenidas de manera implícita o *virtual*, es decir, si bien puede suceder que no estén señaladas y pactadas expresamente en el cuerpo del contrato, no por ello las mismas no existen o no forman parte del mismo, sino que ellas son, por su propia naturaleza, inherentes a todo contrato administrativo.” En sentido similar véanse las sentencia de la misma Sala N° 487 del 23/02/2006, caso *Cooperativa de Transporte de Pasajeros Comunidad 93*; N° 1533 del 28/10/2009, caso *Conсор-*

trata del ejercicio de potestades que se hacen derivar simplemente de la condición de *contrato administrativo que se le asigna a la convención, sin que se invoque ninguna base legal expresa que las consagre*<sup>24</sup>.

En otros casos, sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que dichas cláusulas exorbitantes “*pueden*” derivar de normas legales expresas y que por ello no necesariamente están contenidas en el contrato<sup>25</sup>. No obstante, estos fallos deben ser vistos con mucho cuidado, dado que no representan la retoma del imperio de la legalidad, es decir, con esta referencia a *las normas legales* no se rescata el principio de legalidad, tal como ha sido consagrado en el artículo 137 de la Constitución, en virtud del cual todas las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público deben derivar de la Constitución y de la Ley. Un curioso ejemplo de esto es la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 820 del 31

---

*cio Cotecica–Inteven*; N° 1391 del 26/10/2011, caso *Cítricos y Lácteos C.A. (CILACA)*; N° 967 del 12/08/2015, caso *Consultel, C.A.*

- 24 Esta es una directa herencia del Derecho francés que hemos recibido y aceptado incondicionalmente. Sobre este punto señalaron García de Enterría y Fernández que “La jurisprudencia francesa actual sigue aceptando la existencia de contratos administrativos por naturaleza, que son tales a falta de texto expreso que así lo establezca e, incluso, de declaración de las partes en este sentido, en razón de su vinculación a un servicio público (en el sentido amplio de interés público) y de la inclusión en los mismo de cláusulas exorbitantes del Derecho común. A estos contratos se les aplica en todo caso un régimen de Derecho Público, se les da un tratamiento singular y distinto que a los contratos calificados de privados, haciendo entrar en juego las prerrogativas administrativas (que se consideran implícitas en los mismos a falta de una cláusula que las mencione expresamente) y la competencia de los Tribunales de la jurisdicción contencioso–administrativa.” (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Civitas, Madrid, 2000, p. 678).
- 25 Sentencia de la Sala Política del Tribunal Supremo de Justicia N° 238 del 02/03/2016, caso *Consortio Tepuy*. Véanse también las sentencia de la misma Sala N° 820 del 31/05/2007, caso *Marshall y Asociados*; N° 70 del 08/02/2012, caso *Banco Provincial S.A. Banco Universal*; N° 119 del 27/01/2011, caso *Constructora Vicmari, C.A.*

de la mayo de 2007, dictada en el caso Marshall y Asociados, en la cual se afirmó que las llamadas cláusulas exorbitantes no tienen que aparecer expresamente en el contrato y que ellas pueden derivar de una disposición legal; asimismo, se llega a afirmar que la Administración goza de la “potestad” para rescindir unilateralmente los contratos administrativos, sin que ello quede sujeto a los supuestos específicos descritos en el contrato “por tener su origen dichas potestades en la Ley...”.

Sin embargo, a pesar de estas referencias a la ley como fuente de una verdadera *potestad* ejercida por la Administración (lo cual resulta, en abstracto, absolutamente correcto y apegado al principio consagrado en el art. 137 constitucional), el fallo no logra identificar en ningún momento a la norma o normas legales de las cuales supuestamente deriva esa *potestad*, por lo que, en definitiva, se trata de una potestad que deriva únicamente de la condición de *contrato administrativo* asignada a la convención que dio origen al litigio<sup>26</sup>. En la sentencia de la misma Sala N° 126 del 04 de febrero de 2010, caso *SERDICA C.A.*, nuevamente se hace mención de supuestas prerrogativas concedidas por la Ley, aunque nunca se identifica una norma legal concreta que las consagre. En este mismo sentido puede verse también la sentencia de la misma Sala N° 5140 del 21 de julio de 2005, caso *Compañía de Limpieza SEMADE, C.A.*

Ahora bien, cuando en fallos como los que hemos mencionado se nos aclara que las potestades de la Administración contratante “*pueden*” derivar de normas legales se hace únicamente con la finalidad de explicar por qué tales potestades no están necesariamente en el clausulado contractual. Es decir, si se nos advierte que *pueden* derivar de una norma legal es para dejar ver que *también pueden* encontrarse en el propio contrato

---

26 La referencia a verdaderas potestades que, sin embargo, no dimanen de la Ley puede verse también en las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 967 del 12/8/15, caso *Consultel C.A.*, y N° 487 del 23/02/06, caso *Cooperativa de Transporte de Pasajeros Comunidad 93*, entre otras.

(de allí que se diga que pueden y no que deben derivar de una norma). En fin, que se pretende sostener que las potestades que las *cláusulas exorbitantes* entrañan pueden entonces derivar de una disposición contractual o legal, sin advertirse, sin embargo, que existen, como es lógico, importantes diferencias entre el ejercicio de una potestad pública derivada de la legalidad y el ejercicio de un derecho o facultad derivada de una disposición convencional, distinción esta que había hecho la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 11 de abril de 1991 sobre el caso *Expresos Ayacucho, S.A.*<sup>27</sup>, en la cual se señaló expresamente que el ejercicio de un derecho o facultad previsto contractualmente no da lugar a un acto administrativo impugnabile ante la jurisdicción contencioso administrativa<sup>28</sup>. En efecto, si se trata de derechos que no derivan de la ley, su ejercicio no podría traducirse en actos dotados de ejecutoriedad y ejecutividad. Sin embargo, como hemos visto, para nuestra jurisprudencia resulta indiferente que la Administración ejecute una disposición legal, contractual o, incluso, que ejerza un poder reconocido únicamente por la doctrina y asumido por el Juez de la causa, en todos estos casos se habla, sin tapujos, de verdaderas *potestades* que dan origen a verdaderos actos ejecutorios. Esto, por supuesto, no es de recibo.

### **3. El desconocimiento del principio de legalidad implícito en el supuesto régimen sustantivo del contrato administrativo**

Como he explicado anteriormente, el supuesto régimen especial de los contratos administrativos se ha identificado con la existencia de ciertas prerrogativas de la Administración que,

---

27 Ortiz-Álvarez, Luis y Mascetti, Giovanna: *Jurisprudencia...* p. 483.

28 Señaló la Sala en el fallo mencionado que “[e]sta facultad de revocación, no obstante de constituir el ejercicio de un *ius imperium*, constituye en el caso de autos, una cláusula contractual expresa, a la cual se adhirió la concesionaria (...) Tratándose, pues, de un acto contractual, no procede en su contra el recurso contencioso administrativo de anulación...”

a falta de previsión positiva, han sido calificadas como “cláusulas exorbitantes implícitas”<sup>29</sup>, con lo cual no se hace más que expresar la existencia de ciertas potestades de la Administración no previstas en el contrato.

La jurisprudencia, en ausencia de normas expresas que consagraran estas potestades, llegó a asignarles la denominación de “*cláusulas exorbitantes de la Administración*”<sup>30</sup> (resaltado añadido). Pero la idea de una cláusula *de la Administración* esconde la noción real de una *potestad de la Administración contratante* que, como toda potestad, se impone sobre la voluntad del particular contratista y obliga a la propia Administración contratante<sup>31</sup>.

Y es que la idea de unas *cláusulas exorbitantes implícitas* no es más que un eufemismo empleado por la jurisprudencia que parece evadir la lógica y obligada referencia al principio de legalidad que acompañaría la referencia expresa y tajante a una potestad pública<sup>32</sup>.

En ausencia de cláusulas contractuales expresas que prevean tales poderes y sin una Ley que los consagrara, parece

---

29 Vid.: sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 1002 del 5 de agosto de 2004, caso *DHL Fletes Aéreos, C.A.*

30 Vid.: sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 3113 del 19 de mayo de 2005, entre otras. La expresión no ha caído en desuso y la Sala Político Administrativa ha seguido empleándola a pesar de su ambigüedad, ejemplo de ello es la sentencia N° 1.690 del 07 de diciembre de 2011.

31 Tal como lo establece el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública “*Toda competencia atribuida a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento...*”

32 Esta polémica, hay que reconocerlo, no es exclusiva de Venezuela. Cassagne ha aclarado por su parte que “no existen las llamadas «cláusulas exorbitantes implícitas», lo que sí existen son prerrogativas de poder público que posee la Administración Pública, derivadas del ordenamiento general constitutivo del régimen administrativo.” (Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. p. 352).

haberse urdido un atajo retórico: afirmar que nos encontramos ante *cláusulas contractuales de carácter implícito*, como si el incluir estos poderes bajo el apelativo de *cláusulas* bastase para eludir la necesidad de una norma legal expresa que los prevea. Y ante el inconveniente de que tales cláusulas no estuviesen expresamente incluidas en el contrato, se acudió a la idea —puramente retórica— de cláusulas de carácter implícito o tácito. Pero, hay que advertirlo, no se trata, según la doctrina del contrato administrativo, de cláusulas implícitamente incorporada al contrato por disponerlo así alguna disposición normativa, sino que son incorporadas, sencillamente, por la voluntad del interprete, o más exactamente, por la voluntad del Juez, último determinante también del carácter administrativo del contrato en cuestión.

Ahora bien, es obvio que en este caso no se trata de verdaderas cláusulas contractuales, desde que no son disposiciones derivadas del acuerdo de voluntades, se trata, como he señalado, de poderes que deberían configurarse como verdaderas potestades públicas, pero que al no derivar de ninguna norma constitucional o legal, se presentan como poderes contrarios al principio de legalidad y por ende, inconstitucionales.

En efecto, si se tratase en estos casos del ejercicio de verdaderas potestades de la Administración, ellas deberían haber sido atribuidas por la legalidad, tal como lo ordenan los artículos 137 y 141 de la Constitución, y en armonía con estas normas constitucionales, los artículos 4 y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Sin embargo, la jurisprudencia nacional parece haber pasado por alto el rigor que impone el principio de legalidad para sostener —en muchos casos bajo el eufemismo de las cláusulas *implícitas*— que tales potestades se entienden incorporadas al contrato administrativo, como si con ello bastase para no seguir indagando si existe o no una disposición legal que las consagre.

Y tan criticable como la idea de que puedan existir potestades públicas que se hacen descansar, por ejemplo, en la *doctrina de los grandes autores modernos*, es el hecho de que se pretenda sostener que tales potestades pueden derivar de alguna cláusula contractual expresa, pues los derechos que el contrato reconozca a una de las partes no pueden ejercitarse a través de actos ejecutorios<sup>33</sup>. Ese carácter ejecutorio es un atributo privativo de los actos que se producen en ejercicio de verdaderas potestades públicas<sup>34</sup>, las cuales sólo pueden preverse en la Constitución y la Ley. Sobre este aspecto volveré más adelante<sup>35</sup>.

---

33 Cassagne ha señalado al respecto que "...la producción de efectos implícitos exorbitantes (...) no es concebible que deriven de pacto o contrato alguno ya que, en principio, las prerrogativas públicas surgen del régimen jurídico normativo que es típico del contrato administrativo." (Ob. Cit. p. 353). En Venezuela, sin embargo, nunca ha existido un régimen normativo del contrato administrativo.

34 Esto es patente incluso en los casos en que se ha pactado la inclusión de una cláusula resolutoria expresa. En estos casos, puede suceder que dicha cláusula sea, como ha dicho Melich, una mera corroboración del artículo 1.167 del Código Civil. En ese supuesto puede interpretarse que la cláusula no excluye la intervención del Juez, por lo que se entenderá que la resolución sólo se producirá en virtud de la sentencia que así lo acuerde, la cual tendrá por ello efectos constitutivos.

Pero si, por el contrario, se interpreta que dichas cláusulas de mera corroboración de la norma civil permiten la resolución de pleno derecho del contrato, o si se ha pactado una cláusula resolutoria expresa con un contenido específico, donde la resolución del contrato se hace depender del incumplimiento o retardo de una obligación determinada según las modalidades pactadas (cláusula compromisoria en sentido estricto), entonces, en ambos casos, la resolución se producirá como consecuencia de la configuración de la condición acordada por las partes en el contrato y no en virtud de una supuesta decisión ejecutoria emanada de ninguna de ellas. Por supuesto que en estos casos también será posible la intervención del Juez, pero esta vez para declarar que efectivamente ha ocurrido la resolución en los términos pactados o no, de suerte que la sentencia no tendría efectos constitutivos. (Vid.: Melich Orsini, José: *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2003, pp. 283 y ss.).

35 Vid.: epígrafe 3.7.

Pero lo cierto es que aún antes de la vigencia del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas del año 2008<sup>36</sup>, la jurisprudencia había insistido en sostener la existencia de tales potestades, incluso en ausencia de disposiciones legales que las previesen. La posición asumida en este punto por la jurisprudencia fue el blanco de algunas críticas por un sector de la doctrina, el cual, con razón, no encontraba justificación para que se sostuviera que lo que evidentemente se erige como una potestad pública pueda ser ejercida sin que exista una norma legal que previamente la consagre, delimite y asigne al ente público en cuestión<sup>37</sup>. Hoy debemos reafirmarnos en esta convicción, pues el Estado de Derecho no puede admitir la idea de que subsistan potestades de la Administración pública que no encuentran anclaje alguno en la legalidad. Esta es quizá la mayor y principal crítica a la doctrina del contrato administrativo, tal como la ha manejado nuestra jurisprudencia, y lo que nos obliga a manifestarnos por su definitiva desaparición.

#### **4. La amplitud de los criterios empleados para la identificación de los contratos administrativos permite una arbitraria extensión de los poderes de la Administración**

Una vez admitido y reconocido por la jurisprudencia que existe cierta categoría especial de contratos suscritos por la

---

36 Gaceta Oficial N° 5.877 extraordinario del 14 de marzo de 2008.

37 Vid.: Melich Orsini, José: "La Responsabilidad Contractual de la Administración". En *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*. Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991, p. 225 y ss. Subero Mujica, Mauricio: *La Noción de Contrato Administrativo...*, Op. Cit. p. 2050. Hernández, José Ignacio: "El Contrato Administrativo en la Ley de Contrataciones Pública", en: *Ley de Contrataciones Públicas*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, p. 227; y Torrealba, Miguel Ángel: "Las Actuaciones Bilaterales: Los Contratos Públicos y los Convenios en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", en *La Actividad e Inactividad Administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 227 entre otros.

Administración (los administrativos), que son disciplinados preponderantemente por principios de Derecho público, se imponía por tanto dar las coordenadas necesarias para saber cuándo nos encontramos ante un contrato administrativo. Surge así el tema de los criterios de identificación. Las respuestas a la búsqueda de estos criterios fueron —y sigue siéndolo hoy día— inciertas. Hemos visto como ya en la decisión dictada en el en el año 1954 sobre caso Machado Machado se afirmó que los contratos administrativos tienen por objeto una *prestación de utilidad pública*, Ahora bien, al hacerse descansar la singularidad del contrato administrativo sobre su vínculo con prestaciones de utilidad pública, se desencadenó en la doctrina el parecer según el cual este criterio no era otra cosa sino un trasiego del Derecho francés, y una evidente afiliación al criterio del servicio público, tal como en ese país se ha sostenido<sup>38</sup>.

Es así como en la década de los años 80 del Siglo XX la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en clara alusión a la sentencia sobre el caso Machado Machado, se jactaría de lo aventajada que lucía la jurisprudencia nacional frente a la jurisprudencia francesa, pues el mencionado precedente venezolano se adelanta a la decisión del Consejo de Estado francés en el caso esposos Bertin, y —antes que en Francia— encuentra fundamento para la identificación del contrato administrativo, exclusivamente, en el criterio del servicio público. Pero este alarde de nuestra jurisprudencia deja de lado el hecho de que la decisión del caso Machado Machado se produce cuando en Francia el criterio del servicio público ya había iniciado su decadencia, lo cual hace dudar, precisamente, de la virtud de esa decisión y de todas las que la han sucedido<sup>39</sup>.

---

38 Vid.: Badell, Rafael, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, S.P.I, Caracas, 2001, p. 47.

39 Lo cual hace reflexionar, precisamente, sobre la virtud de la decisión, pues la crisis de la noción del servicio público como fundamento de la teoría del Derecho Administrativo ha debido arrastrar al contrato administrativo, a lo cual parece resistirse, a ultranza, la jurisprudencia venezolana.

Pero estas expresiones dejan ver también que en Venezuela la jurisprudencia ha sostenido que —como sucedió en la decisión de los esposos Bertin— el criterio del Juez es capaz de imponer a las partes la condición de *contrato administrativo* de la convención, con lo cual la voluntad de las partes de someter el contrato a un régimen de Derecho público o no, no tiene en realidad ninguna relevancia en Venezuela. Es el Juez, en todo caso, el que decidirá si se está ante un contrato administrativo, y ese criterio del Juez se impondrá por encima de lo que puedan haber querido las partes al contratar<sup>40</sup>.

Ahora bien, resulta innegable que por mucho tiempo, en la jurisprudencia venezolana, se harán esfuerzos por centrar el tema del criterio de determinación del contrato administrativo en el servicio público, dándole en la mayoría de los casos al criterio de las cláusulas exorbitantes del Derecho común un rol secundario, de forma tal que —desde este punto de vista— podría considerarse a las cláusulas exorbitantes no como un verdadero *criterio* para la identificación del contrato administrativo, sino, a lo sumo, como un síntoma revelador del único

---

40 La decisión de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Acción Comercial, C.A.* de fecha 14/06/1983, señaló que “predominando en la jurisprudencia francesa el criterio de las cláusulas exorbitantes para identificar los contratos de naturaleza administrativa, una decisión de esta misma Corte, dictada en Sala Político-Administrativa el 12 de noviembre de 1954, volvió a centrar la teoría del contrato administrativo en la, por entonces abandonada en Francia, noción del servicio público como criterio clave para la identificación del mismo.”

Estas supuestas *virtudes* de la jurisprudencia nacional son puestas de relieve, también, en la decisión de la misma Sala sobre el caso *Hotel Isla de Coche I*, de fecha 01/04/1986, en la cual se expresó, precisamente, que “[l]a originalidad revelada por la jurisprudencia venezolana [...] estuvo en que —apartándose del criterio imperante entonces en Francia de la monopólica trascendencia de las cláusulas exorbitantes [monopolio este muy dudoso, que la misma Sala no señaló en el caso *Acción Comercial, C.A.*, donde hizo una aséptica referencia a la preeminencia de este criterio], para identificar los contratos de naturaleza administrativa— centró la teoría de los contratos administrativos en la noción, para entonces abandonada en la propia Francia, del servicio público como factor clave en la determinación de dichos contratos.”

criterio determinante: el servicio público. Al menos así se esforzó por hacerlo ver la jurisprudencia por un tiempo<sup>41</sup>.

La mencionada decisión del caso *Cervecería de Oriente, C.A.* es claro ejemplo, también, de la intención de privilegiar el criterio del servicio público y de minimizar —o incluso descartar— el criterio de las cláusulas exorbitantes del Derecho común a los fines de la identificación de los contratos administrativos<sup>42</sup>. Y con ello, qué duda cabe, se privilegiaba también el criterio del Juez contencioso administrativo, quien podía, por ende, predicar el carácter administrativo de un contrato, con independencia de la voluntad de las partes. De forma que las llamadas cláusulas exorbitantes del Derecho común podían servirle como un índice que, con su presencia, revelaba que el contrato estaba unido a un servicio público, pero esa voluntad de las partes, expresada en las cláusulas exorbitantes, no era indispensable ni suficiente, pues aún ausentes ellas del contrato, el Juez podía seguir indagando sobre la vinculación del contrato con el servicio público y afirmar, finalmente, su naturaleza administrativa.

Desde este punto de vista, casi sería posible asegurar (no sin algunos sobresaltos y titubeos jurisprudenciales) que, en

---

41 Así, por ejemplo, en la decisión del mencionado caso *Acción Comercial, C.A.*, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia señaló que “[n]atural resulta [...] que las cláusulas exorbitantes, de una parte, constituyan índice evidente de la existencia de un contrato administrativo; pero las referidas sentencias son, a juicio de la Corte, indicadoras de que dichas cláusulas no hacen otra cosa que revelar con su existencia la noción —siempre presente en el contrato administrativo— de interés general o colectivo que el servicio público entraña. Si bien importantes para identificarlo, ausentes de éste las cláusulas exorbitantes recobra la noción de servicio público, presidida por la de interés general o colectivo en ella implícita, su plena y absoluta vigencia.”

42 Se señaló en esta sentencia, precisamente, que “[p]ara la Sala, la presencia de ‘cláusulas exorbitantes’ en un contrato celebrado por la Administración Pública constituye índice evidente de la existencia de un contrato administrativo, pero ellas no hacen otra cosa que revelar la noción de interés general o colectivo que el servicios público entraña.”

Venezuela, el elemento esencial en la identificación de los contratos administrativos ha sido su relación con la noción de servicio público. Esta relación —no exenta tampoco de graves imprecisiones— es lo que eventualmente justificaría la existencia de disposiciones contractuales consideradas fuera de la órbita del Derecho común; las cuales, se presentarían —en este razonamiento— como un elemento que tan sólo viene a revelar el vínculo entre el contrato y el servicio público.

Así lo asumió y explicó la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 800 del 13 de abril de 2000 (caso *Promotora Jardín Calabozo C.A.*), en la cual sintéticamente se señala que la especialidad del contrato administrativo radica en la vinculación de su objeto con un servicio público, y que las cláusulas exorbitantes del Derecho común no constituyen, *per se*, un criterio de identificación de dichos contratos, sino que son, a lo sumo, un índice que hace evidente que en tales contratos subyace el mencionado vínculo con el servicio público. Este criterio ha sido recientemente reafirmado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 967 del 12 de agosto de 2015 (caso *Consultel, C.A.*), retomándose así un criterio que gravita exclusivamente alrededor de la noción del servicio público, a pesar de que, como se señala más adelante, la Sala ha venido fundado la identificación de los contratos administrativos sobre el cumplimiento o no de un catálogo de tres requisitos concurrentes que ella misma ha pergeñado<sup>43</sup>.

---

43 Vid. Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 16 de octubre de 1997 (caso *Inversiones Camoruco, C.A.*), en Ortiz-Álvarez, Luis y Mascetti, Giovanna, *Jurisprudencia...*, p. 117. Asimismo, entre otras, las siguientes sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1002 del 05/08/2004, caso *DHL Fletes Aéreos*; N° 1582 del 22/09/2004, caso *Constructora S & B, C.A.*; N° 2533 del 15/11/2006, caso *Global Energy Services Ant C.A.*; N° 391 del 07/03/2007, caso *Construcciones y Mantenimiento Magar, C.A.*; N° 1967 del 05/12/07, caso *Transcar de Venezuela, C.A.*; N° 126 del 04/02/2010, caso *SERDICA, C.A.*; N° 422 del 19/05/2010, caso *C.A. Inversiones KA*; N° 70 del 08/02/2012, caso

Pero acudir hoy día a la noción del servicio público para definir al contrato administrativo no deja de ser un problema dada la casi imposibilidad de ofrecer una definición concreta y bien acotada de *servicio público*, lo que supone una paradoja dado que no nos podemos explicar cómo se puede pretender definir al contrato administrativo a partir de un concepto que es, en sí mismo, indefinido y prácticamente inasible<sup>44</sup>.

A todo ello habría que agregar, además, que cuando acude al servicio público para identificar a un contrato administrativo la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha asumido lo que ha llamado una noción de servicio público *en sentido amplio*, lo que no es otra cosa sino una definición estrictamente material del servicio público, en virtud de la cual “un servicio será público cuando la actividad administrativa busque el desarrollo de una tarea destinada a satisfacer un interés colectivo”<sup>45</sup>, dejando en claro, además, que el criterio orgánico, es decir, la asunción de la actividad en cuestión por parte del Estado, no es ya relevante a la hora de definir al servicio público<sup>46</sup>. Por lo tanto, incluso la noción de servicio público asumida a los fines de la definición del contrato administrativo tiene también un evidente carácter expansivo, en virtud del cual prácticamente la totalidad de las actividades en las que interviene el Estado, de cualquier forma (así sea como mero

---

*Banco Provincial S.A. Banco Universal*; N° 238 del 02/03/2016, caso *Consortio Tepuy*.

44 Para Brewer-Carías la de *servicio público* es “una de las nociones más trajinadas, usadas y distorsionadas, en fin, de uso más abusivo, al punto de que en ciertos casos ha servido para identificar cualquier actividad de las entidades públicas, lanzando la noción a una permanente crisis conceptual.” (Brewer Carías, Allan. *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 324).

45 Sentencia N° 126 del 04/02/2010, caso *Serdica, C.A.*

46 Sentencia N° 1967 del 05/12/2007, caso *Transcar de Venezuela, C.A.*, en la que se dijo que “...la doctrina ha sostenido que lo relevante para calificar a una actividad de servicio público no es ya la asunción de su titularidad por parte del Estado, sino el sometimiento de la misma a la programación, y al control y dirección de la Administración Pública.”

regulador de la actividad privada), constituirían un servicio público, por lo que se hace casi imposible pensar en alguna contratación estatal que, con este criterio, no pueda ser calificada como administrativa, sobre todo si se toma en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia, la relación del servicio con el objeto del contrato puede ser directa e inmediata o bien puede tratarse de una relación indirecta o mediata<sup>47</sup>.

Como ha señalado José Ignacio Hernández, hoy día tanto la imprecisión conceptual del servicio público, como su *vis* expansiva afectaron la utilidad práctica de esta noción para definir el Derecho Administrativo, entendido por la escuela de Burdeos, como el Derecho del servicio público, por lo que hoy día, según este autor, el servicio público parece ser más un criterio para describir una realidad socioeconómica frente a la cual la Administración asume una función de intervención, que puede ser de ordenación y limitación o bien de prestación<sup>48</sup>. Es por ello que hoy día el servicio público puede aludir ora a actividades reservadas al Estado, ora a actividades de interés general desempeñadas por los particulares en ejercicio de su libertad económica, lo cual evidencia esa gran amplitud de la que goza este concepto. Ahora bien, si el servicio público dejó de ser un elemento útil para la definición del Derecho Administrativo, debió dejar de serlo también para la definición del contrato administrativo (concebido como un contrato regido por el

---

47 Vid.: Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 422 del 19/05/2010, caso *C.A. Inversiones KA*. Se afirmó aquí que “[e]n cuanto al objeto del contrato, si bien no está dirigido a satisfacer de manera directa e inmediata el interés colectivo, es clara su incidencia en la prestación del valioso servicio público que el estamento militar está llamado a prestar a la sociedad...”, así que aun admitiendo que el contrato en cuestión no se encontraba directamente vinculado a la satisfacción de un interés colectivo (se trataba del contrato para ejecutar obras de mantenimiento de las residencias y la cocina de una base militar), la Sala no dudó en calificar al contrato como administrativo.

48 Hernández, José Ignacio: *El objeto del procedimiento administrativo y el concepto de derecho administrativo*, en *Visión actual de los procedimientos administrativos*. EJV-CAJO, Caracas, 2011, pp. 84 y 85.

Derecho Administrativo) hace ya mucho tiempo. Sin embargo, nuestra jurisprudencia, como hemos visto, vuelve constantemente a aferrarse a este concepto, lleno de imprecisión, para tratar de identificar a los contratos administrativos<sup>49</sup>.

Ahora bien, tal como lo indiqué anteriormente, con la sentencia N° 967 del 12 de agosto de 2015 (caso *Consultel, C.A.*), la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia retomó como criterio de identificación del contrato administrativo exclusivamente al servicio público. Sin embargo, la misma Sala, luego de esta decisión, ha seguido reiterando la identificación de los contratos administrativos a partir de una suerte de catálogo de tres requisitos entre los que se señala la vinculación del objeto de contrato con un servicio público o con un fin de utilidad pública o de interés general (Vid. sentencia N° 238 del 2 de marzo de 2016, caso *Consortio Tepuy*), de forma que para la Sala Político Administrativa el servicio público, entendido como una actividad prestacional del Estado no es el único criterio útil para identificación del contrato administrativo.

En definitiva, en esta materia la jurisprudencia no se ha limitado a hacer una referencia a la noción de *servicio público*, sino que, por el contrario suele emplear una serie de términos amplios y ambiguos.

Hay que recordar además que, como lo ha señalado Brewer-Carías “todo servicio público comporta una actividad de interés público, pero no toda actividad de interés público

---

49 José Ignacio Hernández también ha puesto de relieve cómo en este ámbito concreto el concepto de servicio público se ha convertido en sinónimo de interés general, lo cual implica, por supuesto, que poco o nada se consigue al aludir a este concepto, dado que el interés general es, en definitiva, el que debe mover todo la actividad de la Administración Pública. (Hernández, José Ignacio. “Contratos de la Administración y Contencioso Administrativo, Ensayo sobre la Necesaria Superación de una Tesis Anacrónica”, en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Brewer Carías”, Los Contratos Administrativos “Contratos del Estado”, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 466 y 467).*

puede considerarse como un servicio público<sup>50</sup>. Por lo tanto, existen obvias diferencias entre señalar que el elemento clave en la definición del contrato administrativo es la vinculación del objeto del contrato con un servicio público y decir que el elemento clave es la vinculación de su objeto con un fin de interés público.

Coincidimos con este autor, además, en que “la característica esencial del servicio público es que siempre consiste en una actividad prestacional destinada al público en general”<sup>51</sup> y la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia también ha admitido que el servicio público es una actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas (sentencia N° 1002 del 5 de agosto de 2005, caso *DHL Fletes Aéreos*). Así pues, si el servicio público fuese, en definitiva, el elemento definidor del contrato administrativo, habría que afirmar entonces que los contratos administrativos tendrían siempre como objeto una actividad que implicaría una prestación o actividad en beneficio colectivo, pero la verdad es que en Venezuela los contratos calificados como administrativos no siempre implican tal actividad prestacional, ni mucho menos se limita esta calificación a contratos que suponen la ejecución de un servicio, y quizá es por ello que la jurisprudencia no suele hacer referencia únicamente a la vinculación del objeto del contrato con un servicio público, sino que, se suele afirmar que los contratos administrativos son aquellos que o bien tienen como objeto la prestación de un servicio público<sup>52</sup>, o bien su objeto es una actividad de interés

---

50 *Ibíd.*, p. 323.

51 *Ibíd.*, p. 325.

52 Véanse las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 685 del 16/05/2002, No. 53 del 21/01/2003 y No. 1839 del 20/11/2003.

general<sup>53</sup>, o los que tienen una finalidad de utilidad pública<sup>54</sup> o quizá se empleen expresiones más confusas como el fin de “utilidad de servicio público” del contrato<sup>55</sup>, o como el “interés general o colectivo”<sup>56</sup>.

Asimismo, como ya se ha señalado, la utilidad pública y el interés general, así como el interés público, son conceptos mucho más amplios que el de servicio público, el cual —con todas las imprecisiones que le afectan y que hemos anotado antes— se muestra relativamente más acotado, dado que lleva de suyo la idea de una actividad de carácter prestacional. Pero, si prescindimos incluso de los límites que derivarían del hecho de que sólo puedan considerarse como administrativos los contratos ligados a una prestación en beneficio colectivo y si, como lo ha hecho nuestra jurisprudencia, empleamos para este fin términos tan amplios como los de utilidad pública o interés general o público, entonces se le otorga a la noción de contrato administrativo una *vis* expansiva inmensurable, de suerte que prácticamente se incluye en esta categoría a cualquier contratación del Estado.

En efecto, hablar del vínculo del contrato con prestaciones de utilidad pública o ligadas al interés general o público es tanto como no aportar nada a la identificación de una cate-

---

53 Vid.: Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1967 del 05/11/2007, caso *Transcar de Venezuela, C.A.*, y Sentencia de la Sala Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 6 de agosto de 1986, caso *Oscar Brito Brito*.

54 Sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 126 del 04/02/2010, caso *Serdica, C.A.*; N° 603 del 11/05/2011, caso *Petroleum Contractor, C.A.*; N° 636 del 18/05/2011, caso *Sateca Lagunillas*; N° 34 del 25/01/2012, caso *Grupo Novoca, C.A.*; N° 70 del 08/02/2012, caso *Banco Provincial S.A. Banco Universal*; N° 238 del 02/03/2016, caso *Consorcio Tepuy*.

55 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 422 del 19/05/2010, caso *C.A. Inversiones KA*.

56 Vid.: sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 12/08/1992, caso *Asfapetrol*.

goría específica dentro del universo de los contratos públicos, dado que resulta imposible afirmar la existencia de contratos del Estado que, siendo legales y legítimos, no estén de alguna forma unidos a un fin de utilidad pública o que no hayan sido movidos por el interés general o público, dado que, en definitiva, ese es el único interés que debe mover a los órganos y entes del Estado en cualesquiera de sus actuaciones.

Ahora bien, aunque la realidad jurisprudencial nos muestra a diario que, como se ha dicho, prácticamente cualquier contrato público es considerado como un contrato administrativo, esto, sin embargo, es una posición contraria a la propia doctrina del contrato administrativo que esa jurisprudencia defiende, pues de acuerdo con esta doctrina, frente a los contratos administrativos subsiste otra categoría diferente, la de los contratos de Derecho privado de la Administración, es decir, el conjunto de contratos del Estado regido esencialmente por normas y principios del Derecho común. Sin una categoría antagónica, es decir, sin el reconocimiento de los llamados contratos de Derecho común, los contratos administrativos se volverían sencillamente un sinónimo de toda la contratación pública y perdería todo sentido y justificación el hablar de criterios de identificación de los contratos administrativos, pues para identificar a uno de tales contratos bastaría con advertir que ha sido suscrito por un ente estatal.

##### **5. Imprecisiones jurisprudenciales en la determinación del vínculo entre el contrato y el “servicio público”**

Respecto al vínculo del servicio (o la actividad de interés general o público, o el fin de utilidad pública) con el objeto del contrato hay que recordar que en Francia la jurisprudencia del Consejo de Estado se esforzó por precisar que el contrato administrativo requiere que al contratista de la Administración se le encargue el propio funcionamiento del servicio público o que se le asocie en su gestión. Estos conceptos no han dejado de ser

polémicos en la misma Francia<sup>57</sup>, sin embargo, ello muestra la necesidad de precisar qué tipo de relación existe entre el contrato y el servicio público.

En otra oportunidad puse de relieve la maleabilidad de la que también parece gozar este vínculo en Venezuela<sup>58</sup>. Ciertamente, en algunas ocasiones los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa han exigido la existencia de un vínculo inmediato y directo entre el objeto del contrato y el servicio público<sup>59</sup>. En algunos casos, incluso, la exigencia parece tener un carácter muy severo<sup>60</sup>.

Sin embargo, no es menos cierto que el vínculo contrato-servicio público ha sido manejado de forma muy caprichosa por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, se ha estimado que la venta hecha por un municipio de una extensión de

---

57 Véanse al respecto los comentarios de Caballero Ortiz, Ob. Cit., pp. 214 y ss.

58 Cfr.: Subero Mujica, Mauricio, *Sobre la Oponibilidad...*

59 En este sentido Cfr.: sentencia de la Corte Federal y de Casación del 3 de diciembre de 1959, caso *Domingo Mucciarelli*; sentencia del 9 de agosto de 1984 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso *Industrias Urbanell, C.A.*; sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo No. 2001--193 del 6 de marzo de 2001, y sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 31 de enero de 1996, caso *Constructora Oscar*. En todas se hace alusión a una necesaria relación inmediata y directa del objeto del contrato con un servicio público.

60 Vid.: sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 2743 del 20 de noviembre de 2001, en la que se señaló que “[...] se pueden mencionar dentro del índice de rasgos o caracteres propios de los contratos administrativos (los cuales deben ser examinados en cada caso a fin de concluir si se está o no en presencia de un contrato de esa naturaleza) fundamentalmente los siguientes: a) que la actividad desarrollada sea trascendentalmente para la prestación de un servicio público; b) que una de las partes sea [la] Administración Pública bien descentralizada funcional o territorialmente; c) que la actividad contratada sea de tal forma inherente o conexas con la actividad pública o de servicio público, que sin aquélla no se podría llevar a cabo esta última; y, d) que el contrato suponga un subsidio evidente a favor del beneficiario del servicio y a cargo de una de las partes contratantes.” (Subrayado nuestro).

terreno, con la obligación para el adquirente de construir en el plazo de un año, no es un contrato administrativo<sup>61</sup> por no estar ello ligado de forma *inmediata y directa* a la prestación de un servicio público, pero al mismo tiempo existen casos en los que el vínculo directo del contrato con el servicio parecía más que evidente y, sin embargo, se ha negado el carácter administrativo del contrato, así sucedió, por ejemplo en el caso de un contrato que tenía como objeto la construcción de obras del dominio público, y de uso público (incluyendo la plaza Bolívar de un Municipio), en el que señaló que no se trataba de un contrato administrativo<sup>62</sup>, aunque en otra oportunidad se sostuvo la naturaleza administrativa de otro contrato muy similar cuyo objeto era la construcción de una plaza, la reparación de una escuela y la colocación del equipo de un módulo odontológico<sup>63</sup>, al igual que fue considerado como administrativo también el contrato que tenía como objeto la remodelación de la Plaza Bolívar de Higuerote<sup>64</sup>. Por otra parte, el contrato para la colocación de una cerca perimetral “de alfajol” para un centro de frutas tropicales no parecía estar *directamente* vinculado al servicio público, sin embargo, ello no fue obstáculo para que fuese declarado como un contrato administrativo<sup>65</sup>. Asimismo, un contrato de arrendamiento para la instalación de oficinas públicas (obviamente no ligado de forma *inmediata y directa* a la prestación del servicio) también llegó a ser considerado como un contrato administrativo<sup>66</sup>, criterio rechazado, sin embargo, por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia<sup>67</sup>. Asimismo, sin ningún rubor se ha declarado

---

61 Caso *Industrias Urbanell, C.A.*

62 Vid.: sentencia sobre el caso Constructora Oscar, antes identificada.

63 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 6054 del 2 de noviembre de 2005.

64 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No.1839 del 20 de noviembre de 2003.

65 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 1993 del 17 de diciembre de 2003.

66 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 1175 del 23 de mayo de 2000, caso Francisco Buysse.

67 Sentencia del 20 de julio de 2001, caso *M.L Da Silva y otros*.

administrativo a un contrato para la prestación de los servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de un gimnasio de tenis de mesa<sup>68</sup>, e incluso la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha calificado como administrativo a un contrato luego de reconocer precisamente que no está dirigido a satisfacer de manera directa e inmediata el interés colectivo<sup>69</sup>.

Todo esto no representa más que una pequeña muestra de la gran capacidad elástica que ha demostrado tener este vínculo entre el objeto del contrato de la Administración y la prestación del servicio público o la actividad de utilidad pública o de interés público o general. Esto implica que, de hecho, como ya se ha visto, es posible asignar esta calificación a, prácticamente, cualquier contratación pública, lo que, a su vez nos lleva a cuestionar la utilidad de un concepto que, por amplio e impreciso, en realidad no logra definir nada, y que sólo ha servido para que los jueces contencioso administrativos dispongan de una retórica que pueden acomodar a la medida de cualquier situación, para sostener y respaldar el uso y abuso por parte de la Administración pública de potestades que no dimanen de la legalidad.

Lo anterior me obliga a señalar que tampoco comparto la opinión de quienes criticando la noción del contrato administrativo perfilada por la jurisprudencia, abogan por la pervivencia de esta figura añadiendo alguna precisión en este vínculo entre el objeto del contrato y el *servicio público* a partir de la doctrina del Consejo de Estado francés.

En este sentido, por ejemplo, el profesor Caballero Ortiz ha señalado que deben “reputarse como contratos administrativos sólo aquellos que se encuentren destinados a la prestación

---

68 Sentencia de la sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 126 del 04/02/2010, caso *SERDICA*.

69 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 422 del 19/05/2010, caso *C.A. Inversiones KA*.

inmediata y directa, por parte de un particular, de un servicio público de relevancia para la colectividad; de un servicio de gran importancia que, debiendo ser prestado por el Estado, éste lo encomienda por un contrato a un particular...”<sup>70</sup>.

Una posición similar es la adoptada por Canova, quien aboga por preservar la diferencia entre contratos de Derecho común de la Administración y contratos administrativos, precisando que estos últimos se presentan cuando la Administración celebre contratos para la prestación de servicios públicos o cualquier otro que tenga por fin directo proveer algún interés general<sup>71</sup>. Y en este mismo sentido Anzola Spadaro propone añadir precisión al concepto de contrato administrativo restringiéndolo a “aquellos que se encuentren destinados a la prestación inmediata y directa, por parte de un particular, de un servicio público de relevancia para la colectividad, o de una obra que implique satisfacer directa e inmediatamente el interés general y que en principio deba ser ejecutado por el Estado”<sup>72</sup>.

Al respecto debo apuntar que es cierto que la noción de contrato administrativo impuesta por nuestra jurisprudencia ha estado caracterizada por su gran imprecisión, como ya lo he explicado<sup>73</sup>. Lo cual contrasta con cierto grado de precisión que se evidencia en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, puesta en evidencia, entre otras, en la decisión recaída en el caso *Société de Granits* del 31 de julio de 1912, a la cual ya he hecho alusión y en la que se rechazó que un contrato de

---

70 Caballero Ortiz, Jesús: “Una Concepción amplia del contrato administrativo es contradictoria con las prerrogativas de la administración”, en *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*. Vol. I. TSJ, Caracas, 2004, p. 223.

71 Canova González, Antonio: *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo*. Ed. Sherwood, Caracas, 1998.

72 Anzola Spadaro, Karina: “Justificación y límites de la aplicación del Derecho Administrativo a la Administración Pública”. *Revista de la Facultad de Derecho* N° 60-61, UCAB, Caracas, 2009, p. 171.

73 Subero Mujica, Mauricio, Op. Cit., pp. 2050 y 2051.

suministro de adoquines pudiese considerarse como un contrato administrativo, dado que el contratista no se asociaba directamente al servicio público.

Sin embargo, hoy día nada ganaríamos con señalar que sólo pueden ser considerados como contratos administrativos aquellos de los cuales derive una vinculación directa del contratista con el servicio público. Y ello es así, en primer lugar, porque esta no es la única fuente de imprecisión en la definición del contrato administrativo, pero sobre todo, porque, insisto, mientras sigamos aferrados al concepto de *servicio público* nada habremos alcanzado en cuanto a precisión.

## 6. Las cláusulas exorbitantes

Todo lo expuesto con anterioridad revela que en Venezuela, el criterio de las cláusulas exorbitantes del Derecho común no parece haber gozado, en principio, de autonomía para la identificación de los contratos administrativos (como sí sucedió en Francia), lo cual explica que entre nosotros, el contrato administrativo no se haya constituido como una *opción* para la Administración.

Pero en Venezuela, el término *cláusula exorbitante del Derecho* común tiene actualmente un sentido anfibológico, dado que puede significar bien una disposición contractual expresa que resulta inusual o, quizá, ilícita en el marco de una contratación privada, o bien un poder o prerrogativa de la Administración contratante que no requiere, ni siquiera, estar expresamente contenido en el texto del contrato. A este último sentido de la expresión *cláusula exorbitante* ya me he referido anteriormente, al destacar que en estos casos se alude a determinadas prerrogativas de la Administración contratante en las que se resume el supuesto régimen jurídico de los contratos administrativos<sup>74</sup>.

---

74 Véase epígrafe 3.2.

Ahora bien la acepción de las cláusulas exorbitantes como disposiciones contractuales que resultarían inusuales o incluso ilícitas en una contratación privada es la misma empleada extensamente en Francia como criterio de identificación de los contratos administrativos, pero que en Venezuela, tal como lo señalamos en el epígrafe anterior, no ha servido al mismo fin, dado que la identificación del contrato administrativo se ha centrado en el vínculo entre su objeto y una prestación de utilidad pública, de interés general o público, o un servicio público.

No obstante, han existido algunas decisiones en la jurisprudencia venezolana en las que —contrariando la tendencia fundamental— se ha asomado la posibilidad de que las llamadas cláusulas exorbitantes se erijan como un criterio autónomo y suficiente en la identificación de los contratos administrativos. En efecto, en algunas ocasiones la literalidad de las sentencias del más alto Tribunal de la República parece oponerse, precisamente, al monopolio del criterio del servicio público, y parece oponerse también al carácter vicario que inicialmente se le atribuyó a la presencia en el contrato de las llamadas cláusulas exorbitantes del Derecho común. Sin embargo, como dije anteriormente, estos parecen ser algunos sobresaltos en una tendencia que se inclina a favorecer la determinación de los contratos administrativos en función del vínculo entre el objeto del contrato y actividades de utilidad pública, de interés general o público, o de servicio público<sup>75</sup>.

---

75 Véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 4 de marzo de 1993, caso *Tenerías Únicas, C. A.*, donde se afirmó que “[h]a sido criterio reiterado de esta Corte, que se está en presencia de un contrato administrativo cuando en las negociaciones celebradas por la Administración Pública se evidencia la existencia de cláusulas exorbitantes o cuando en ellas priva el interés del servicio público para su realización...” Igualmente en la sentencia de la misma Sala de fecha 30 de noviembre de 1994, caso *Sateca Nueva Esparta*, se señaló que “[h]a sostenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, que un contrato administrativo se puede identificar por la presencia en su texto de «cláusulas exorbitantes» (...) o, en ausencia de «cláusulas exorbitantes», porque su fin primordial es la prestación de un servicio público...” Asimismo, en la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte

## 7. ¿Qué es una cláusula exorbitante?

Otro asunto controversial es, por supuesto, tratar de definir lo que es una *cláusula exorbitante del Derecho común*. Dado que no vale la pena inventar lo que ya se ha dicho, echaremos manos en este punto de la síntesis hecha por Cassagne, quien ha afirmado lo siguiente: “[m]ientras que para un sector de la doctrina francesa las cláusulas exorbitantes son aquellas que resultan inusuales en el derecho privado, para otros son las que, de incorporarse a un contrato de derecho privado, serían ilícitas, no faltando concepciones más amplias que abarcan tanto a las que resultan ilícitas como a las inusuales en el ámbito de la contratación civil o comercial, o bien, que consideran cláusulas exorbitantes a aquella que tiene por objeto otorgar a las partes derechos e imponerles obligaciones extrañas por su naturaleza a las que resultan libremente consentidas por cualquiera dentro del ámbito de las leyes civiles o comerciales”<sup>76</sup>. En fin, que la definición misma de las cláusulas exorbitantes es un asunto en el que tampoco existe consenso. Vedel —a quien Cassagne incluye entre quienes sostienen que las cláusulas exorbitantes son aquellas que resultan inusuales en una contratación de Derecho común— apuntó sobre la tendencia de la jurisprudencia francesa que lo siguiente: “la mayoría de las cláusulas que la jurisprudencia considera como exorbitantes del Derecho común no serían ilícitas en un contrato de Derecho privado, si

---

Suprema de Justicia del 24 de mayo de 1995, caso *Constructora Agrotécnica y Pecuaria Mi Porvenir*, las cláusulas exorbitantes son tratadas como un índice evidente de la existencia misma de un contrato administrativo. Y en este mismo sentido la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 2743 de fecha 20 de noviembre de 2001, (caso *Monagas Plaza, C.A.*) acepta la autonomía del criterio de las cláusulas exorbitantes del Derecho común de una manera que, sin embargo, no se ha producido de nuevo en el máximo Tribunal. Cierta autonomía parece cobrar el criterio de las cláusulas exorbitantes en el marco de la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 1002 del 5 de agosto de 2004 (caso *DHL Fletes Aéreos, C.A. y otros*), en la cual se señaló que “la presencia de cláusulas exorbitantes, es revelador del carácter del contrato administrativo”.

76 Cassagne, Juan Carlos. Ob. Cit. pp. 25–26.

bien no son corrientes en ellos”<sup>77</sup>. Debe subrayarse que estas son, según Vedel, *la mayoría* de las cláusulas consideradas exorbitantes por la jurisprudencia francesa, por lo que no hay que descartar que existan casos en lo que se acuda incluso al criterio de la *ilicitud* de la cláusula en el ámbito privado.

En definitiva, una vez más observamos cómo queda librado al arbitrio del Juez el determinar en cada caso qué puede considerarse como una cláusula exorbitante o no, para lo cual podrá aplicar distintos criterios. El propio Vedel presenta una muestra de algunas cláusulas que han sido consideradas *exorbitantes* por la jurisprudencia francesa: “Así —dice este autor—, son exorbitantes del Derecho común las cláusulas llamadas ‘penales’, las cláusulas que prevén el derecho de rescisión unilateral en beneficio de la Administración, la facultad de la Administración de dar instrucciones etc.”<sup>78</sup>.

Sin duda que por influencia de estas ideas la jurisprudencia en Venezuela ha considerado como *exorbitantes* a algunas de estas mismas cláusulas. Así, no es extraño que se señale que una cláusula resolutoria expresa a favor de la Administración contratante constituye una *cláusula exorbitante*<sup>79</sup>. No obstante, considero necesario revisar estos conceptos e interrogarnos si en verdad una cláusula resolutoria expresa, por ejemplo, puede considerarse fuera de la órbita del Derecho común, dado que este tipo de cláusulas ni son inusuales ni son ilícitas en un

---

77 Vedel, Georges. Ob. Cit. P. 191.

78 Ídem.

79 Véanse las sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia: N° 988 del 30/11/1994, caso *Sateca Nueva Esparta* (En: Ortiz-Álvarez, Luis y Mascetti, Giovanna. *Jurisprudencia...* p. 59); N° 90 del 22/02/1990, caso *J.R. & Asociados S.R.L.* (Ortiz-Álvarez, Luis y Mascetti, Giovanna. *Jurisprudencia...* p. 152) y N° 613 del 16/10/1997, caso *Inversiones Camoruco, C.A.* (En Ortiz-Álvarez, Luis y Mascetti, Giovanna. *Jurisprudencia...* p. 117). Véanse también las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia: N° 1391 del 26/10/2011, caso *CILACA*; N° 422 del 19/05/2010, caso *C.A. Inversiones KA* y N° 820 del 31/05/2007, caso *Marshall & Asociados C.A.*

contrato sometido al Derecho privado. Estas cláusulas pueden haber resultado inusuales a finales del Siglo XIX o comienzos del Siglo XX, pero ciertamente no lo son hoy día en pleno Siglo XXI<sup>80</sup>.

Es así como, por ejemplo, sobre las cláusulas resolutorias expresas en el Derecho civil comenta Melich lo siguiente: “El derecho que el artículo 1.167 C.C. concede al acreedor de solicitar la resolución del contrato con los daños y perjuicios puede ser reforzado mediante la llamada «cláusula resolutoria expresa» o «pacto comisorio». Este reforzamiento consiste en el otorgamiento al acreedor del derecho a declarar unilateralmente resuelto el contrato, sin necesidad de acudir al Tribunal en solicitud de que éste lo pronuncie así, cuando el deudor incumpla una o varias determinadas obligaciones según las modalidades establecidas.” Y añade: “No existe en nuestro Código Civil un texto expreso que consagre y regule esta clase de cláusula, tal como existe en el Código italiano de 1952, pero tampoco existe en el Código francés ni en el español, ni existía en el viejo Código italiano de 1865, lo cual no fue jamás obstáculo para que se aceptase por la jurisprudencia y doctrina de dichos códigos la validez de semejante cláusula. En general se sostiene que la validez de este género de cláusula puede explicarse suficientemente por el artículo 1.159 C.C. que consagra la autonomía de la voluntad en la configuración del contrato (...) y en no ser el artículo 1.167 C.C. norma de orden público en lo referente a la necesidad de la intervención judicial para que se produzca la resolución”<sup>81</sup>.

---

80 Santamaría Pastor indica como un error de quienes dudan del auténtico carácter contractual de los contratos celebrados por los entes públicos el “olvidar que algunas de estas exorbitancias se dan también en algunos típicos y característicos contratos de Derecho privado.” Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo. Vol. II*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2002, p. 194.

81 Melich Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*. Editorial Jurídica Venezolana, Marcial Pons. Caracas, 1997. pp. 761-762.

Estas palabras del Profesor Melich ponen de manifiesto que para el Derecho civil, en Venezuela y en otros países, la inclusión en el contrato de una cláusula resolutoria expresa no es ni inusual (el sólo hecho de que sea este un tema constantemente tratado por la doctrina, que haya merecido en Italia, además, una regulación expresa como la que menciona el citado autor y que, incluso, haya sido una materia analizada jurisprudencialmente en varios países, son evidencia de ello) ni tampoco supone ninguna ilicitud como expresamente lo señala Melich. Por lo tanto, no entendemos cómo puede seguir considerándose a este tipo de cláusulas como un asunto fuera de la órbita (ex-orbitante) del Derecho común, cuando obviamente no lo es.

Por otra parte, en lo que atañe concretamente al contrato de obra, el artículo 1.639 del Código Civil venezolano prevé que el dueño puede desistir “por su sola voluntad” de la construcción, aunque se haya empezado. En este caso, sin embargo, el dueño deberá indemnizar al contratista de todos los gastos, de su trabajo y de la utilidad que hubiese podido obtener de la ejecución de la obra. Por lo tanto el desistimiento unilateral y por causas no imputables al contratista no podría considerarse tampoco como un asunto ajeno al Derecho común, a menos en lo que atañe al contrato de obra.

Asimismo, en cuanto a las cláusulas que establecen la facultad de la Administración de dar instrucciones al contratista, consideradas por Vedel también como cláusulas exorbitantes, debe apuntarse que ellas tampoco resultan ajenas al Derecho privado. Así, por ejemplo, este tipo de cláusulas son muy comunes incluso en los contratos de obra, caracterizados, entre otros atributos, por el hecho de que el contratista no está subordinado al comitente, pues, al contrario, “...existe una amplia libertad por parte del contratista, en relación a la forma o manera como se realizará la obra contratada. En efecto, el contratista no está subsumido a la potestad absoluta del comitente, sino que tiene libertad e independencia para determinar la forma técnica más adecuada bajo la cual cumplirá su pres-

tación, teniendo para ello una independencia jurídica plena”<sup>82</sup>. Sin embargo, aún en esta categoría de contratos, donde prima la autonomía del contratista, es admisible y es usual que se estipule la facultad del dueño de impartir instrucciones al contratista.

Al respecto ha señalado Aguilar Gorrondona que “...es frecuente que se pacte una intervención del propio comitente o de persona designada por él (p. ej.: de un ‘inspector’), no sólo para controlar y verificar si el contratista ejecuta la obra conforme a las estipulaciones del contrato y las normas de la técnica, sino para darle instrucciones sobre la ejecución de la obra en una esfera más o menos amplia”<sup>83</sup>. Efectivamente, la frecuencia y cotidianidad de estas cláusulas es algo que podemos corroborar a diario en la práctica, al punto que no son pocos los profesionales que prestan constantemente estos servicios de *inspección* en el ámbito privado.

En definitiva, considero que el de *cláusulas exorbitante del Derecho común* es otro concepto repetido en nuestra jurisprudencia y doctrina por pura inercia, pero que en realidad no cuenta con ningún fundamento jurídico ni fáctico y que, por ende, debería ser dejado a un lado, dado que se trata de un vocablo que no describe ninguna circunstancia jurídica actual, como lo demuestra el hecho de que prácticamente todas las llamadas cláusulas exorbitantes, en realidad, no se encuentran fuera de la órbita del Derecho común.

Sin embargo, creo necesario en este punto salir al paso a una peligrosa interpretación que pudiera darse a estas llamadas cláusulas exorbitantes. Me refiero a la posibilidad de que se afirme que cuando cualesquiera de estas cláusulas contractuales prevé un derecho o facultad a favor de la Administración

---

82 Zubillaga Silva, Francisco. *Consideraciones sobre el Contrato de Obras en el Derecho Venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991. P. 24.

83 Aguilar Gorrondona, José Luis. *Contratos y Garantías. Derecho Civil IV*. UCAB, Caracas, 1984, p. 400.

contratante, entonces ese derecho o facultad podrá ejercerse de una manera distinta a lo que ocurre cuando encontramos la misma cláusula en un contrato de Derecho privado, dado que la Administración, dotada de su privilegio de autotutela, podría ejercer tales derechos o facultades mediante actos unilaterales con fuerza ejecutoria. Esta interpretación también debe ser rechazada.

Semejante afirmación, sin embargo, podría encontrar a sus principales valedores en los Profesores García de Enterría y Fernández, quienes sostuvieron que “[e]n el Derecho Administrativo como derecho propio de las Administraciones Públicas en cuanto sujetos se modulan las instituciones jurídicas generales conforme a las exigencias de desenvolvimiento propias de tales sujetos, como ya nos consta. El caso del contrato no es el único, supuesto lo cual el problema no ha de plantearse en términos de singularidad, sustantividad o exorbitancia, sino, más sencillamente, sin dramatismos, inquiriendo cuáles son esas modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la Administración sobre la abstracta institución contractual”<sup>84</sup>.

Así, para estos autores no existe una singularidad propia del contrato administrativo, sino que, por el contrario es la Administración pública como sujeto y parte del contrato la que arrastra consigo determinada condición que le es propia y que introduce en la institución contractual (que es común al Derecho privado y al Derecho administrativo) determinadas *modulaciones*.

Ahora bien, sobre la posición subjetiva de la Administración contratante —causante de tales modulaciones en el contrato— señalan García de Enterría y Fernández —entre otras cosas— lo siguiente: “La prerrogativa de poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contra-

---

84 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. OB CIT. P.680.

tos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad..." Y añaden: "...la Administración cuenta con un medio formal determinado de ejercitar sus derechos en el contrato que realmente excede de las facultades propias de los sujetos privados, el medio de la decisión ejecutoria..."<sup>85</sup>.

De esta forma parece afirmarse, por consiguiente, que lo verdaderamente característico de los contratos administrativos no radica en el régimen del contrato en sí, sino que se encuentra en el régimen relativo a los medios de actuación de la Administración contratante. De lo cual parece desprenderse que la Administración puede ejercer los derechos y facultades que se contienen en las previsiones contractuales haciendo uso para ello de un medio de actuación concreto: la decisión unilateral y ejecutoria. De esta forma podría no faltar quien sostenga que aunque muchas de las llamadas cláusulas exorbitantes pueden hallarse también en contratos de Derecho privado, lo singular de los contratos administrativos radicaría en que la Administración ejercitaría el contenido de esas cláusulas mediante actos ejecutorios.

Esta doctrina, sin embargo, arrastraría peligrosas consecuencias, dado que ello implicaría que la Administración podría dictar verdaderos actos administrativos, dotados de las notas de ejecutoriedad y ejecutividad, en ejecución no de la Ley, sino de disposiciones contractuales, lo cual no es de recibo.

El problema radica, en mi opinión, en que el llamado privilegio de autotutela no es, en realidad, un atributo general de la Administración, sino que se trata, por el contrario, de un atributo de determinados actos de la Administración: los actos

---

85 *Ibíd.* pp. 682-683.

administrativos. Así se desprende del contenido del artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual permite a la Administración ejecutar, con sus propios medios, “los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución”. De igual forma el artículo 79 de la misma Ley dispone que “[l]a ejecución forzosa **de los actos administrativos** será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial” (resaltado añadido). Por lo tanto, no cualquier acto jurídico de la Administración constituye, *per se*, un título ejecutivo ni produce directamente efectos sobre la esfera jurídica de las personas, debe tratarse de una categoría específica de actos: los actos administrativos. Los cuales, por su parte, son decisiones dictadas por la Administración *en ejecución de la Ley*, de la cual derivan las potestades que los actos administrativos entrañan.

La consecuencia de lo anterior es, naturalmente, que de la ejecución de una disposición contractual (y en ausencia de una norma legal que tenga un contenido y efectos iguales a los de dicha disposición contractual) no puede emanar un verdadero acto administrativo. Por consiguiente, en mi opinión, los actos de la Administración por los cuales se ejercitan derechos o facultades que han sido consagrados únicamente en cláusulas contractuales no constituyen decisiones unilaterales ejecutorias, es decir, no gozan del privilegio de autotutela, y quedarían sometidos, por ende, al régimen general de los contratos.

En definitiva, para sintetizar todo lo dicho hasta ahora, considero que las únicas potestades que la Administración pública podrá ejercer en el marco de cualquier contratación de la que sea parte, son aquellas que deriven de la legalidad. Y únicamente podrán surgir decisiones ejecutorias del ejercicio de tales potestades. De resto, la Administración, como su contratante, estará sometida a lo pactado en el contrato y, en ausencia de una regulación contractual expresa, deberán someterse a las normas y principio que en materia contractual establece

el Código Civil, sin que pueda sostenerse la existencia de cláusulas o prerrogativas de carácter implícito que supongan el ejercicio por parte de la Administración de potestades que no tienen un fuente concreta en la Ley formal.

#### IV. EL IMPACTO DEL DECRETO-LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS SOBRE LA NOCIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Tal como señalé al inicio de este trabajo, hoy día la omisión de cualquier alusión a los contratos administrativos que se observa en el texto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y de la Ley Orgánica de Jurisdicción Contencioso Administrativa, sumada a la normativa del DLCP nos permite sostener una posición radical que no sólo despoje a esta noción de cualquier contenido relativo al régimen sustantivo del contrato, sino que, en definitiva, acabe por arruinarla en el olvido de las instituciones jurídicas.

En este sentido, debo comenzar por recordar que uno de los aspectos más criticables de la noción de contrato administrativo que ha imperado en Venezuela por muchos años es, precisamente, el que ella ha servido para sostener la existencia de potestades públicas que no derivan de la legalidad. Sin embargo, la situación cambió con el DLCP, aunque la jurisprudencia y una parte de la doctrina no lo quieran ver.

Efectivamente, el DLCP, desde su promulgación en el año 2008 y hasta su última versión del 2014, ha venido a recoger casi todas aquellas potestades que se predicaban de forma implícita, y que ahora tienen, algunas de ellas, reconocimiento expreso en un texto legal. Tal es el caso, por ejemplo, de la potestad del ente contratante para rescindir unilateralmente el contrato cuando medie algún incumplimiento del contratista; potestad prevista en el artículo 155 del DLCP vigente. Sin embargo, hay

que hacer notar que ahora esta y otras potestades del ente contratante (tales como el poder de dar por terminado el contrato sin que medie incumplimiento por parte del contratista —art. 152—, el poder de modificar unilateralmente el contrato —art. 130— o el poder para controlar y fiscalizar la ejecución del contrato —art.136—) no son ejercidas exclusivamente en el marco de los contratos administrativos.

En efecto, se trata en este caso de potestades que se pueden ejercer en los contratos de suministros, de servicios comerciales y de obra, independientemente del contenido concreto de cada contrato e independientemente también del vínculo del contrato con prestaciones de servicio público, de utilidad pública o de interés general. En definitiva, se trata de potestades que *no* son privativas de los llamados contratos administrativos.

Esta situación ha vuelto a poner en tela de juicio a la noción de los contratos administrativos, y reaviva la crítica fundamental a esta figura, que, como he señalado, radica en el desconocimiento del principio de legalidad. Y es que la sola previsión de estas potestades en el DLCP constituye el mejor argumento contra la noción de contrato administrativo que se impuso en nuestra jurisprudencia administrativa. Y ello es así por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, si el poder para dar por terminado el contrato unilateralmente, por ejemplo, requiere de su consagración en un texto legislativo, como se hizo a través de los artículos 152 y 155 del DLCP, es, precisamente, porque se trata del ejercicio de una potestad pública que, como tal, debe respetar las exigencias del principio de legalidad, y que sin estas normas la Administración contratante no podría ejercer semejante potestad. Por consiguiente, el DLCP constituye una muestra evidente de que tales potestades deben derivar de la legalidad, si no ¿a qué vino el consagrarlas en un texto de rango legal?

(ii) En segundo lugar, si potestades como estas, gracias al DLCP, son hoy día ejercitables en el marco de una gran cantidad de contratos del Estado, independientemente de las prestaciones previstas en tales contratos, es porque, entonces, se trata de una potestad que no tiene por qué estar vinculada a contratos que están particular o más intensamente ligados a actividades de servicio público, de utilidad pública o de interés general. En fin, que ni la finalidad del contrato ni el involucramiento del contratista de forma directa en el servicio público son elementos relevantes —ni siquiera para la Ley— al momento determinar las potestades que puede ejercer la Administración, lo único relevante aquí, como en todo el actuar de la Administración, es la determinación del alcance y contenido de la potestad que la legalidad consagra a favor de la Administración pública, esto es lo que, en general, predica el artículo 141 de la Constitución.

(iii) Por último, el contenido del DLCP viene a desmontar la dicotomía contratos administrativos—contratos de Derecho privado de la Administración, basada, a su vez, en una supuesta diferencia de regímenes jurídicos aplicables: de Derecho público o de Derecho común, respectivamente; todo ello en función del objeto del contrato. En efecto, queda claro con el DLCP que el régimen de Derecho Público que él mismo consagra es aplicable a unas categorías de contratos determinados en función de la naturaleza de las prestaciones pactadas (i.e.: obra, suministros y servicios comerciales) y no a contratos supuestamente ligados de forma especial a un servicio público o a actividades de interés general. Es decir, la aplicación de estas normas de Derecho Público no está reservada a los llamados contratos administrativos; luego no puede ya seguir sosteniéndose que éstos constituyen una categoría especial de contratos regidos por el Derecho público, frente a los cuales se ubica el resto de la contratación del Estado, regida por el Derecho común. Es imposible, por ende, seguir sosteniendo la existencia de distintas figuras contractuales sometidas a distintos regímenes jurídicos.

Se erige así como cierta la opinión sostenida por una parte importante de la doctrina, esto es, que hoy día es imposible seguir afirmando que existen contratos del Estado regidos por el Derecho común, frente a otros contratos del Estado regidos por el Derecho público. En todo contrato del Estado existirá siempre una interaplicación de normas de Derecho privado y Derecho público<sup>86</sup>, y la normativa aplicable a cada uno será determinada en atención al Derecho positivo, por lo que las divagaciones sobre el objeto del contrato y su vínculo con el servicio público o con actividades de interés general de utilidad pública o de interés público se justifica sólo si esto es relevante para interpretar la norma positiva, lo que no sucede, sin embargo, con el DLCP.

Por todo esto es que las disposiciones del DLCP han venido a poner sobre la mesa nuevamente la utilidad y vigencia actual de la figura de los contratos administrativos, lo que equivale, sencillamente, a sostener su inutilidad y a recomendar que esta noción, tal como la hemos conocido hasta ahora, sea desechada.

---

86 Vid.: Brewer Carías, Allan: *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y Procedimientos Constitucionales y Contencioso-Administrativos*. EJV. Caracas, 2006, p. 218, y *Contratos Administrativos*. EJV, Caracas, 1992, p. 46.