

## LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN VENEZUELA

GONZALO PÉREZ LUCIANI

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela.

La invitación que me hicieron para dar esta pequeña conferencia me sorprendió un poco, particularmente tratándose del tema de los Contratos Administrativos, dentro del conjunto que forma este nutrido programa de conferencias colombo-venezolanas. Me llamó la atención porque si hay alguien que disiente de la opinión corriente en materia de contratos de Administración soy yo, en relación a los otros profesores y tratadistas de Derecho Administrativo en Venezuela, particularmente de mi querido profesor y respetado maestro Antonio Moles Caubet y de otros profesores como el doctor Lares Martínez, que probablemente tengan ustedes la oportunidad de oírlo en una próxima conferencia, y de compañeros como el doctor Luis Henrique Farías Mata, actual magistrado de la Corte Suprema de Justicia y del profesor Allan R. Brewer-Carías, que prácticamente ha sido uno de los que ha llevado el Derecho Administrativo en Venezuela a un nivel y una difusión de carácter internacional.

A mi modo de ver, ser un poco el disidente o protestante en materia de contratos administrativos, no me produce mayor impresión, e inclusive me gusta desempeñar tal papel un poco como el de "Abogado del Diablo" combatiendo la idea del contrato administrativo y me place también ese papel aunque, en una conferencia, es sumamente difícil, salvo nociones muy generales, tratar de temas especializados o profundizar en el análisis de algún elemento particular de cualquier sujeto. Las conferencias se limitan a dar una visión muy general sobre un problema y como consecuencia el interés del oyente apenas es suscitado por los nuevos conocimientos o las nuevas adiciones cognoscitivas que puede añadir a las que ya tenía. Para combatir tal postura en el oyente, me propongo presentar una cuestión no temática sino problemática sobre el tema que me corresponde desarrollar.

Estaba pensando en un profesor colombiano de nombre Eustorgio Sarria, quien defiende la posición del monismo contractual, en el sentido de que todos los contratos que celebra el Estado tienen que ser en cierta forma o medida

contratos públicos, porque es imposible que el Estado se despoje totalmente de la vestidura de Poder Público. Respecto de esa posición de Eustorgio Sarria, es donde manifiesto mi contraposición, es decir, el Estado, y cuando digo Estado, digo los otros Poderes Públicos conformados por entes territoriales o entes con personalidad jurídica distinta a la del Estado pero con naturaleza pública, llámese como se quiera a esas naturalezas públicas, que tienen la posibilidad de actuar siempre de dos maneras: una, como autoridad frente al particular, imponiéndole al ciudadano determinadas conductas o actuaciones, incidiendo unilateral y autoritariamente en la esfera jurídica del particular, limitando, comprimiendo y eliminando los derechos del privado. Esa es una manera en que se manifiesta el Poder Público y se manifiesta en toda la gama de actuaciones del Poder Legislativo, sancionando las normas y reglas de conducta; del Poder Judicial, tomando decisiones definitivas de las controversias, y de la Administración Pública, enderezando la conducta de los ciudadanos mediante órdenes, mandatos, prohibiciones, limitaciones; en fin, todo lo que revele la autoridad de la Administración.

Al lado de esa actividad de la Administración, hay una segunda actividad diferente de aquélla. La Administración no siempre puede actuar como Poder Público sino que puede actuar en condiciones similares a las de un particular. Es evidente que estas condiciones similares a las de un particular no son tan similares a las de las personas humanas naturales, sino a las de una organización privada particular, de relativas magnitudes. Así vemos una gran empresa, un gran banco, una gran industria, donde las decisiones que se adoptan en esas empresas, en esas industrias, en esas grandes instituciones, generalmente revisten una gran complejidad porque son tomadas a diversos niveles con diversos procedimientos, llevadas a cabo a través de una serie de trámites, más o menos complejos. De tal modo que el Estado quizás es prácticamente hoy la mayor de las grandes empresas de un país y se maneja a través de sistemas complicados, es decir, tanto cuando ejerce el Poder Público, aunque quizás no sea tan compleja su actuación allí, pero extremada y lamentablemente compleja cuando ejercita la posición jurídica de sujeto con autonomía privada. Actúa como un particular, pero como un particular que se ve limitado y rodeado de una serie de trámites y procedimientos, tales como se vería una gran empresa.

El Estado no tiene sino dos medios de actuar: o actúa como autoridad o actúa en forma similar a un particular, por más complejidad que tenga, esta última actividad, utilizando los medios que tiene el Derecho Privado. Entre esos dos términos, no creo que exista alguna otra alternativa intermedia.

El problema del contrato administrativo ¿cuál es? El problema del contrato administrativo que se ha presentado desde comienzos de este siglo, no existía en el siglo pasado, en ninguno de los países que tienen hoy lo que

se llama un régimen administrativo. Ha comenzado a surgir como una especie de tercer género, entre el Estado que actúa como Poder Público y el Estado que actúa como un privado o particular. De manera que se trata de una situación mixta, una situación intermedia. Resumiendo: la idea fundamental de un gran número de juristas, especialmente en el siglo pasado, por ejemplo del grupo de profesores alemanes que todavía siguen esa doctrina y puede verse en Mayer o cualquier autor alemán del siglo pasado y aun todavía en Suiza con pensamientos similares, así como la posición del profesor colombiano Eustorgio Sarría, siendo que no admiten la contratación del Estado, porque consideran absurdo que el Estado, como autoridad, pueda llegar a resolver cuestiones de común acuerdo con el particular. El Estado no puede descender al nivel del particular para celebrar un contrato; no puede existir tampoco la igualdad de las partes que —según algunos— sería uno de los elementos fundamentales del contrato.

Al lado de ésta está otra posición, en el sentido de considerar que el Estado tiene la posibilidad de actuar unas veces como Poder Público utilizando los medios del Derecho Privado, otras veces utilizando medios del Derecho Privado, pero en este caso sometándose a las reglas del Derecho Privado. A mi modo de ver existe una tesis intermedia, que es la que sustenta la teoría del llamado "contrato administrativo" que va a caballo entre dos realidades: la de la actuación de Derecho Público de la Administración y la del Derecho Privado de los contratos.

Contrato significa convención, un acuerdo entre las partes; de manera que si la Administración contrata, no impone su voluntad; la Administración tiene necesidad del particular, debe llamarlo a concurso. El particular tiene exigencias, tiene intereses contrapuestos a los de la Administración, y la Administración tiene que soportar o admitir con esas exigencias e intereses lo que lleva a que entre una y otro se establezcan los términos de un acuerdo.

Tan verdad es que el Estado tiene que sujetarse a las exigencias e intereses de los particulares que, en situaciones de emergencia, como se presentan a veces en muchos países, y ejemplo de la cual es la que vivimos actualmente, donde el Estado venezolano tiene que sentarse a discutir con bancos privados extranjeros sobre la necesidad o no de aceptar determinadas condiciones para el refinanciamiento de la deuda pública. El problema es que políticamente la cuestión jurídica queda marginada cuando se afirma que Venezuela no debe aceptar las condiciones que le impone un determinado organismo internacional, el banco privado tal o un grupo de tales bancos. Con este ejemplo puede verse que los particulares en cierta forma y medida le establecen condiciones al Estado. El Estado no se manifiesta en las tratativas de este evidente contrato que se llama de empréstito público como autoridad y, naturalmente el Estado tampoco podría imponerle a los bancos extranjeros soluciones como la negativa de pago o alter-

nativas elegidas arbitrariamente en forma unilateral. El Estado tiene que someterse y negociar un determinado acuerdo.

De manera que lo que quiero hacerles presente es que no participo de las tesis de que el Estado no pueda bajar de su pedestal de soberanía para contratar, así como tampoco creo que exista este término intermedio entre el Estado Poder Público y el Estado contratante, que se expresa con la teoría del llamado "Contrato Administrativo", sino que el Estado unas veces procede como Poder Público y otras veces procede como un particular similar a una gran empresa o una gran industria y con los mismos medios de Derecho Privado.

Este problema que se plantea con relación al Estado, fundamentalmente se plantea con todas las otras personas de Derecho Público. En Venezuela, concretamente, las personas públicas territoriales, que serían los Estados que forman la federación venezolana, las municipalidades o los grupos de municipalidades previstas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal y algunos entes públicos, llámense institutos autónomos, como podría ser en Venezuela una de esas categorías y las demás de Derecho Público, como los colegios profesionales, etc. Con relación a estas últimas personas jurídicas públicas el problema es más reducido ya que algunas de ellas, como algunos institutos autónomos en Venezuela o establecimientos públicos, como se los llamaría en Francia, no tienen potestades públicas, sino son operadores jurídicos cuyos medios jurídicos para actuar son medios de derecho privado. Estas personas públicas, esos institutos autónomos o establecimientos públicos, etc., no tienen potestades públicas y resulta inútil plantearse el problema de si pueden celebrar contratos administrativos o no, ya que siempre celebrarán contratos de derecho privado igual que un particular.

Distinguimos en la administración pública así, su aspecto de Poder Público y su faceta de persona jurídica, que como toda persona jurídica en los ordenamientos de tipo continental europeo, en los ordenamientos latinoamericanos, tiene también una capacidad plena y una legitimación negocial ilimitada. Toda persona jurídica en nuestro ordenamiento, sea de naturaleza pública o de naturaleza privada, tiene en principio la posibilidad plena para actuar en la vida digamos civil, o del derecho privado o del derecho común. Las excepciones se deben en términos generales a cuestiones de la propia naturaleza inmaterial de la persona jurídica, ya que es evidente que una persona jurídica pública no puede hacer testamento, ni puede realizar actos o negocios que son propios de las personas naturales. Ahora, en mi concepto, el Estado es una persona jurídica como todas las otras personas jurídicas, tiene capacidad plena, tiene legitimación negocial ilimitada, salvo que alguna norma de carácter legal limite esa capacidad de ejercicio o legitimación para realizar negocios. Pero,

en principio, puede el Estado a través de la Administración Pública, principalmente, realizar todos los negocios jurídicos privados sin mayores limitaciones.

Es evidente que cuando la Administración Pública celebra un contrato, puede hacerlo con una finalidad distinta a la de un particular. Así, la Administración Pública, cuando realiza un contrato, suele perseguir una finalidad de carácter público, de cuidar un interés público; se suele decir que su actividad es una "actividad administrativa". Cuando la administración cumple una actividad que no se refiere al cuidado de un interés público o que no tiene una finalidad pública, entonces se suele decir que la administración actúa, realmente, como una persona privada. Para dar un ejemplo: la Administración desea adquirir un inmueble a fin de construir o instalar una escuela o un hospital. La Administración tiene dos medios, que son: uno, utilizar la expropiación para obtener el inmueble; otro, utilizar el contrato de compra-venta para la misma finalidad. En cualquiera de las dos hipótesis la Administración al desarrollar su capacidad y su legitimación privada para adquirir el inmueble, está actuando en función del interés público que tiene encomendado con la consecución de la escuela o del hospital, que se ha propuesto.

Hay otros casos en que evidentemente no se da una situación similar; la Administración Pública puede por herencia, mediante un legado, o mediante la vacancia de bienes hereditarios entrar en propiedad de determinados bienes, bienes éstos que pueden constituir una molestia para la Administración conservarlos o mantenerlos. La Administración decide darlos en venta para eliminar el cuidado del inmueble que no tiene ningún interés en mantener. Evidentemente, cuando la Administración da en venta este inmueble procede mediante un acto de derecho privado y su actividad no puede llamarse "administrativa" porque no persigue ninguna finalidad general pública. En ese sentido, los contratos de la Administración, por regla general son *contratos administrativos*, en el sentido de que son contratos cuya finalidad es el cuidado de un interés público. En ambos casos, aun siendo diferentes las finalidades, los medios e instrumentos utilizados por la Administración son de Derecho Privado y las relaciones que surjan entre las partes se regulan por el Derecho Común. Es verdad también que hay algunas contingencias que han dado origen a problemas, y resultan de la posibilidad de que la Administración en el curso de ejecución de un contrato (cuando digo Administración Pública es la administración del Estado, la de los Estados, la de los Municipios o de cualquier otra persona jurídica pública dotada de potestades públicas), utilice algunos medios o remedios que no son los propios del Derecho Privado. Esto se explica de la siguiente manera: la Administración Pública tiene a su cuidado intereses públicos que le señala la ley; así las leyes de sanidad señalan que el Ministro de Sanidad y los funcionarios de Sanidad tendrán el cuidado de la Salud Pública para prevenirla, para

recuperarla, etc., y así, sucesivamente, va señalando la ley los diversos intereses públicos que debe cuidar la Administración. Cuando la Administración celebra un contrato que se refiere a un interés de esa naturaleza (adquirir un inmueble con destino a un hospital o celebrar un contrato de obra para edificarlo), evidentemente que la Administración ha celebrado un contrato con relación a un fin o interés público. Sin embargo, la Administración Pública, a pesar de estar comprometida y ligada a un particular por las cláusulas contractuales, no puede desentenderse del interés público que se le ha encomendado; de modo que la Administración Pública puede y tiene que utilizar los poderes públicos que posee para cuidar ese interés público. A veces el cuidado de ese interés público hace incidir la actividad de la Administración en las operaciones contractuales y en las obligaciones derivadas de tales operaciones. La Administración Pública no puede ver limitadas sus potestades públicas en el cuidado de los intereses públicos, por la circunstancia de encontrarse ligada mediante un contrato. Evidentemente el particular cocontratante tiene un derecho, merece la protección de la ley, pero la Administración no se ha desprendido de su poder de cuidar y de velar por el interés público que le ha sido encomendado, de modo tal que si en el desarrollo o ejecución de un contrato, el interés público impone la necesidad de actuar de una manera diferente, aun en contra del compromiso contractual, y tiene la posibilidad de incidir unilateralmente en el contrato y en los derechos de carácter contractual, quedando a salvo, por supuesto, la posibilidad del cocontratante de reclamar las indemnizaciones o las expropiaciones, o cualesquiera otro daño que se le haya podido causar por la actividad de la Administración.

Estas circunstancias no revelan la existencia de un contrato administrativo, como parece ser una opinión generalizada. Este fenómeno que acabo de describir, algunos lo consideran como el régimen jurídico propio de los "contratos administrativos", pero a mi modo de ver, es contrario al derecho positivo vigente, porque es una interpretación no satisfactoria, así como también lo es la interpretación de una parte de la Escuela Alemana de que la Administración no puede actuar sino como persona de derecho público. Insistimos en que todas las personas jurídicas tienen posibilidad de actuar, con plena capacidad y con plena legitimación negocial ya que no rige en nuestro derecho el principio anglosajón del *nec ultravires*, de manera que en nuestro ordenamiento toda persona jurídica puede actuar en forma plena, salvo las expresas limitaciones que establezca la ley.

No dejo de reconocer, sin embargo, que en Venezuela como en muchos otros países, se ha planteado el problema del llamado "contrato administrativo"; contrato administrativo en realidad no es sino una especie de un género llamado "contrato". El contrato genérico, que es un acuerdo entre partes para regular

una situación jurídica, para crear, extinguir, modificar derechos y relaciones entre partes, hay como dos ramas o dos especies: una sería el contrato de derecho privado, y otra, el contrato de derecho público. Esto que parece ser relativamente sencillo o sensato, resulta casi imposible construirlo intelectualmente o desde el punto de vista científico ya que no es posible establecer unos principios únicos y generales, aplicables a los dos tipos de contrato, de manera que en realidad lo que ha hecho la doctrina y lo que ha hecho toda la elaboración jurisprudencial y dogmática en estos ochenta años que tiene el problema del contrato administrativo, es crear dos géneros diferentes desde el punto de vista jurídico. Un género que es el género que se llama "contrato administrativo", y un género que no tiene nada que ver con el otro, prácticamente diferente, el género del contrato del derecho privado.

Quizás algunas cuestiones como la capacidad de las partes contratantes o algunos problemas relativos a las declaraciones, vicios de la voluntad, del objeto, o de la causa, etc., generalísimos en principio, y que pueden extenderse a otra serie de actos o actuaciones u otros negocios jurídicos, serían los únicos puntos de contacto entre las dos nociones.

Además, en actitud un poco polémica, la posición que hemos adoptado frente a este problema de los "contratos administrativos", referida en concreto a Venezuela tiene una acentuación especial. En Venezuela, la noción de "contrato administrativo" es inútil, de modo que si en Francia o en Colombia o en Argentina, etc. fuese de alguna utilidad distinguir entre un contrato administrativo y uno que no lo es, en Venezuela es inútil, es algo que no conduce a nada, simple especulación sin ningún sentido práctico.

Todavía considero, en la cuestión de los contratos administrativos, otro problema que en Venezuela además de ser inútil, que es mero ejercicio especulativo de una idea extranjera, también es peligroso el pseudo concepto de "contrato administrativo", cosa que veremos particularmente. En Venezuela la cuestión de los "contratos administrativos" se inició con referencia a una decisión dictada por la Corte Suprema de Justicia, que en esa época se llamaba Corte Federal y de Casación, institución que otras veces recibió el nombre de Corte Federal y Corte de Casación, Corte Suprema de Justicia, Sala Federal, Sala Político-Administrativa, etc., que son todas las denominaciones que han asignado a nuestro máximo tribunal.

Esta decisión del año 1944 se produce con relación a la construcción del Puerto de La Guaira realizado por una compañía extranjera, de manera que se produjo ese fenómeno de que a una empresa extranjera, de nacionalidad holandesa, se le dio el encargo de ampliar las instalaciones del Puerto de La Guaira, de los muelles del Puerto de La Guaira. En el curso de ejecución del contrato, la empresa alegó fuerza mayor para justificar tardanzas e incumplimientos, la cual

consistía en la guerra europea que se desarrollaba en esa época. Un célebre magistrado en Venezuela, muy avanzado para su tiempo, decidió que el gobierno venezolano cuando rescindió el contrato, y le puso fin unilateralmente, por el incumplimiento de la contratista había procedido de manera correcta, de acuerdo con la teoría francesa de los contratos de derecho público o de los "contratos administrativos". Esa decisión, como ha sucedido otras veces en Venezuela, y también en otras partes del mundo, prácticamente *pasó debajo de la mesa*, pues muy poca gente tomó en cuenta la sentencia dictada por la Corte ni el significado que en aquella época representaba una decisión de esa naturaleza. Inclusive, nuestros primeros autores de derecho administrativo como es el profesor Hernández Ron, iniciador de la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, hace referencia a los "contratos administrativos", y si se refiere a los mismos lo hace como una referencia a un derecho vigente en Francia o quizás en algún otro país, pero no se relaciona con Venezuela. Este autor ignora, además, la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, a que hemos hecho mención.

El caso no es raro, porque en Francia sucedió lo mismo. En 1873 el Tribunal Francés de Conflictos dictó la célebre decisión que se conoce como *Arrêt Blanco*. Esta decisión permaneció prácticamente desconocida hasta que unas décadas después los juristas se encargaron de calificarla como la piedra angular del llamado Servicio Público. Durante muchos años ni se mencionó la sentencia del célebre *Arrêt Blanco*.

El problema venezolano es que la decisión de nuestra Corte Suprema de Justicia está marcada por la doctrina francesa, de modo que el tratadista, perdón, el profesor Pedro Arismendi Lairret, ponente de la célebre sentencia, sólo cita autores franceses, doctrina francesa, cita la noción del servicio público, y de allí se origina o nace el problema.

Este problema, en Venezuela, tiene apenas 40 años y es el mismo origen de la noción que se presenta en la mayoría de los países latinoamericanos, en algunos países del Tercer Mundo y también en Europa, contaminados todos con la idea del "contrato administrativo". Países como España y otros cercanos a Francia, como Bélgica, son los que sustentan esta tesis del contrato administrativo.

El fenómeno se presentó en Francia por primera vez en una célebre decisión denominada "*Arrêt Terrier*", del año 1903. Ahí se plantea el problema con relación a un cazador de víboras. Se trataba de eliminar a estos animales dañinos y un Departamento Francés ofreció una prima por la eliminación de estos animales. Con relación a este problema el Consejo de Estado francés decidió que ése era un contrato relativo o relacionado con un servicio público, y que en consecuencia correspondía a la jurisdicción administrativa conocer del litigio. Quiero hacer una pequeña digresión, aunque muchos de ustedes la conocen, pero no

viene a mal recordarla ahora. En Francia se establecieron los presupuestos para la existencia de dos órdenes de jurisdicciones, a partir del inicio mismo de la Revolución, de modo que a fines del siglo 18, particularmente en 1789, se le impide a los Tribunales el conocimiento de los asuntos que correspondían a la Administración, o Poder Ejecutivo, en particular lo relativo a los actos administrativos. Esta prohibición daría origen a una jurisdicción paralela a la jurisdicción judicial, que es la jurisdicción administrativa, así que hoy hay una jurisdicción judicial que se ocupa de los litigios entre particulares, y de algunos problemas de la Administración y otra jurisdicción, la administrativa, que se ocupa de los conflictos surgidos con motivo de la actividad de la Administración cuando la administración actúa, como decían ellos, como *puissance publique*, como potencia pública o como autoridad. Naturalmente tratándose de contratos, la distinción entre cuándo la Administración actuaba haciendo uso de su *puissance publique* o su potencia pública y cuándo actuaba como un particular, referida a los contratos, los conflictos que se suscitaban como ocasión de los mismos debían pertenecer al ramo de la jurisdicción judicial.

Esta regla evidente en la distinción que se hacía entre las dos órdenes de jurisdicciones, tenía excepciones. Esas excepciones eran establecidas por la ley. Por ejemplo, desde muy temprano, casi al inicio mismo de la Revolución, cuando se prohibió la intervención del poder judicial en los actos y asuntos de la administración, el contrato de obra pública llamado por los franceses "travail public" (trabajo público) que coincide aproximadamente con lo que llamamos nosotros contrato de obra pública, fue eliminado de la jurisdicción judicial y los conflictos a que pudiera dar lugar sometidos a la jurisdicción administrativa. Así, sucesivamente, una serie de leyes fueron pasando una serie de actos y de negocios celebrados por la Administración en los cuales la Administración parecía actuar como un particular, al conocimiento de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esta decisión del Arrêt Terrier fue una especie de sorpresa, porque se trasladaba al conocimiento de la jurisdicción administrativa un nuevo tipo de acto: los contratos que tenían que ver con un servicio público o relativos a un servicio público. Casi de seguidas produjeron otras decisiones, como el Arrêt Therond, relativo a un contrato donde un particular se encargaba del levantamiento de animales muertos en la vía, y de meter a los perros realengos en perreras municipales, etc. Habiendo surgido el problema se estableció que esa actividad era un servicio público y que el contrato relativo a ese servicio, y los conflictos derivados del mismo, debían ser sometidos a los tribunales administrativos.

Así comienza a perfilarse la tesis intermedia: antes no había discusión acerca de lo que era un acto de gestión y de lo que era un acto de autoridad

o de potencia pública y, en consecuencia, no había discusión en el sentido de que los contratos eran actos de gestión cuyo conocimiento pertenecía al Poder Judicial, salvo que la Ley, como en el caso de los trabajos públicos, trasladara esa competencia a la jurisdicción administrativa. Pero con las decisiones del Arrêt Terrier y Therond la tesis de que el contrato referido a un servicio público debía corresponder a la jurisdicción administrativa cambia todo el esquema previo. Estamos así frente a la creación de un derecho nuevo, por la vía pretoriana del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos que estaban sobre una materia novedosa.

Hacia 1912, en el caso conocido como Sociedad de Granitos Porfiroideos de los Vosgos, donde el contrato se refería al adoquinado de unas calles públicas, el Consejo de Estado decidió el 31 de julio de 1912, que a pesar de que el contrato se refería a servicio público de puentes y calzadas, ese contrato, a pesar de estar referido a ese servicio público no correspondía a la jurisdicción administrativa, ni le era aplicable al Derecho Administrativo, sino que estaba sometido al Derecho Privado y a la jurisdicción judicial.

Esta decisión creó una nueva incertidumbre porque se tenían unos principios relativamente claros y sencillos: contratos que celebraba el Estado y cuando digo el Estado, deben entender los Departamentos o las Comunas en Francia, o aquí, en Venezuela, los Estados y las Municipalidades, etc., cuando el contrato se refería a un servicio público, se aplicaba el Derecho Público y la competencia era de los Tribunales Administrativos. El problema evolucionó muy pronto, prácticamente antes de cumplir los diez años de la tesis sustentada en el Arrêt Terrier, el Consejo de Estado había cambiado de opinión y se sostenía que los contratos de la Administración, aunque se refirieran a un servicio público, el conocimiento de los mismos no correspondía a la jurisdicción administrativa.

Esto dio origen a doctrinas que trataran de explicar estas contradicciones. Así se estableció una noción estricta del Servicio Público y fundamentalmente un autor que tuvo mucha importancia en esa época, Gastón Jezé, estableció que servicio público era únicamente la actividad de los gobernantes calificada por el procedimiento de Derecho Público, actuación típica de la autoridad.

El problema que se creó fundamentalmente en Francia fue el de decidir cuándo se daban realmente las notas definidoras del contrato administrativo, o cuándo podía hablarse de contrato administrativo. La tesis que resultó favorecida fue una especie de solución intermedia. Hay contratos que se refieren a servicios públicos, pero esta es una nota que si bien es necesaria, no es suficiente, en el sentido de que en el contrato debe haber lo que llamaron los franceses una "cláusula exorbitante". Se crearon así dos nociones con rela-

ción al contrato administrativo: una, la del "servicio público" y otra la de la "cláusula exorbitante".

Naturalmente, la jurisprudencia se movía variablemente hacia uno o hacia otro sentido. El problema, tanto para los franceses como a los que leemos a los franceses en esta materia de Derecho Público (que fuimos llamados graciosamente "hurones jurídicos" por un profesor francés, calificando así a los latinoamericanos que íbamos a aprender Derecho Administrativo en París) consistió fundamentalmente en lo siguiente: los dos grandes criterios de la doctrina francesa, de la jurisprudencia francesa, de la dogmática francesa del "servicio público" y de la "cláusula exorbitante" nunca alcanzaron los límites mínimos de precisión respecto de qué era una cosa y qué era la otra. Si alguien pregunta hoy a un jurista francés qué cosa es un servicio público, con plena seguridad, no lo sabrá responder.

De manera que la noción de "contrato administrativo" depende de un criterio de base de servicio público que nadie sabe en concreto en qué consiste, inclusive, las últimas nociones, como pueden leerse, por ejemplo, en De Laubadere: es que prácticamente el gobernante dice en cada momento cuando dicta una Ley, qué es servicio público.

"El dominio del servicio público es así esencialmente contingente. Según las épocas el Estado estimará oportuno erigir un servicio público la satisfacción de tal necesidad respecto de la cual el mismo Estado podrá decidir mañana dejarla caer de nuevo en el campo o dominio de la iniciativa privada". De modo que es un criterio nominalista. Del Servicio Público, no es necesario construir ninguna teoría, sino es todo lo que el gobernante, en un momento determinado, decide (gobernante en el positivismo jurídico francés es el Poder Legislativo y conjuntamente el Poder Ejecutivo) considerar y calificar como un servicio público.

Algo parecido sucede con la cláusula exorbitante. ¿Qué es una cláusula exorbitante? La doctrina francesa no ha llegado a ponerse de acuerdo sobre esta noción. Según algunos "cláusula exorbitante" es una cláusula inhabitual, en los contratos de derecho privado celebrados por particulares. Otros autores la definen como una cláusula que sería contraria al orden público o ilícita si aparece en un contrato entre particulares, y así sucesivamente. De manera que no hay sino varias definiciones que, por supuesto, no aportan ningún concepto claro acerca de la noción de cláusula exorbitante.

A pesar de la jurisprudencia a la cual ha dado lugar y de los esfuerzos de los comentaristas —escribe De Laubadère— el análisis de la noción de cláusula exorbitante permanece muy oscuro. No es fácil siempre determinar con precisión las posiciones jurisprudenciales en la materia.

De manera que el concepto de "contrato administrativo" está referido a dos nociones: una, de "servicios públicos", y otra, de "cláusula exorbitante", siendo criterio del Juez, para decidir o resolver en cada caso, qué es un "servicio un poco subjetiva, en el sentido de que el juez debía buscar los elementos del criterio del Juez, para decidir o resolver en cada caso, que es un "servicio público" o qué es una "cláusula exorbitante".

Naturalmente, esta teoría de la cláusula exorbitante tenía una ventaja sobre la noción de servicio público: la teoría de servicio público era y es un poco subjetiva, en el sentido de que el juez debía buscar los elementos del servicio público, si se trataba de una finalidad de interés general o de satisfacer una necesidad colectiva, o si tenía un fin de utilidad pública. En conclusión, precisar y apreciar toda esa serie de matices que se han atribuido al servicio público. De manera que siempre persiste la apreciación subjetiva de la existencia o no de un servicio público. El problema de la cláusula exorbitante planteaba una solución objetiva mucho más clara. Cuando había una cláusula exorbitante de esas que no eran habituales en el Derecho Privado, como lo que llaman nuestros queridos colegas colombianos la "caducidad", es decir, el poder terminar el contrato unilateralmente en cualquier momento por parte de la Administración, eso era una cláusula inusual en un contrato de Derecho Privado y eso hacía del contrato un contrato administrativo. Era un criterio objetivo; por eso, este segundo criterio fue el predominante hasta muy reciente, particularmente hasta el año 1956 en Francia: cuando había una cláusula exorbitante había un contrato administrativo. Permítaseme citar nuevamente a De Laubadère, en la primera edición de su obra *Traité Théorique et pratique des Contrats Administratifs*, publicada en el año de 1956, donde puede leerse: "La noción de cláusula exorbitante o derogatoria del derecho común constituye hoy día, incontestablemente, el elemento central de la teoría del contrato administrativo. Es, en efecto, la presencia de tales cláusulas en un contrato el criterio por excelencia de su carácter administrativo". No se había secado la tinta de la imprenta cuando De Laubadère prácticamente habría de tragarse sus propias palabras con las decisiones dictadas por el Consejo de Estado con fecha 20 de abril de 1956, conocidas como *Arrêts Epoux Bertin y Ministre de l'Agriculture c. consorts Grimouard* a los cuales nos referiremos luego. Naturalmente, que puede plantearse lógicamente la cuestión de si el contrato tiene cláusulas exorbitantes porque es administrativo; es decir, tales cláusulas son una consecuencia de que el contrato sea administrativo; o por el contrario, la cláusula exorbitante estipulada o convenida por las partes es lo que produce la consecuencia de considerar el contrato como administrativo.

Lógicamente, estas nociones estaban en crisis, ya que desde hacía algunos años se hablaba en Francia de la crisis de estas nociones. Hay una célebre

monografía sobre la crisis de la noción de servicio público. Hace poco en un libro de 1974, en homenaje al profesor Waline, se encuentran dos artículos; uno de Prosper Weil donde habla del criterio del contrato administrativo en crisis la noción de cláusula exorbitante. Una de las causas que produjo la "cláusula exorbitante".

De manera que para los franceses está en crisis actualmente la noción de servicio público, está en crisis la noción de contrato administrativo, está en crisis la noción de cláusula exorbitante. Una de las causas que produjo estas crisis, es la célebre decisión mencionada de los "Expoux Bertin" que es un matrimonio que se encargó de mantener a unos rusos que iban a ser repatriados y por un problema de un sobreprecio en la pensión que les pagaba el Estado por el mantenimiento de estas personas, se planteó el problema de si el contrato era o no administrativo. El contrato era un contrato verbal, no era escrito, de manera que el contrato no podía tener cláusulas exorbitantes y sin embargo la solución fue que el contrato era administrativo, sujeto a la jurisdicción administrativa y que esa calificación derivaba de que se había confiado a los demandantes la ejecución misma del servicio, circunstancia que por sí sola era suficiente para imprimir al contrato el carácter de contrato administrativo.

Entonces, parece haber una circunstancia especial y es que el contrato no sólo se refiera a un servicio público, sino que el cocontratante de la Administración ejecute o realice el servicio público. En esa misma fecha, el mismo día, el Consejo de Estado dicta otra decisión que ya también mencionamos: *Ministre de l'Agriculture s. Consorts Grimouard*, donde el criterio parece ser matizado, no es que el contratante o el cocontratante ejecute el servicio público sino que la ejecución del contrato constituya una de las modalidades o posibilidades de ejecutar el servicio público. De manera que el mismo día el Consejo de Estado regresa otra vez al criterio del servicio público para identificar a los contratos administrativos y, naturalmente, da dos nociones distintas del mismo contrato: una, cuando el cocontratante ejecuta él mismo el servicio y, otra, cuando la ejecución del contrato constituye una de las modalidades de la ejecución misma del servicio público.

De manera que el criterio de la cláusula exorbitante que era prácticamente prevaleciente para esa época pareció retroceder para dar paso a un viejo problema que nunca había sido resuelto o que había sido resuelto poco satisfactoriamente: la relación entre servicio público y contrato administrativo.

Desde un punto de vista práctico la cuestión no es grave ya que se pueden utilizar los dos criterios y si el uno no se acomoda, el otro puede servir. Pero, la persona que mira el asunto desde un punto de vista meramente puro, especulativo, se encuentra con que desde el punto de vista teórico no llega a

un criterio serio, cierto y satisfactorio sino que encuentra una incongruencia en el planteamiento y una conclusión muy poco satisfactoria. El positivismo jurídico francés podría sentirse satisfecho con la obtención de una finalidad pragmática en el estudio del Derecho Administrativo. Pero algunos otros quedamos insatisfechos.

Este criterio alternativo de la cláusula exorbitante y del servicio público, tenía, además, unas excepciones; por ejemplo, por una de ellas era evidente que el servicio público comercial o industrial, cuando la Administración realizaba una actividad que podía llamarse hoy de empresa pública mediante un establecimiento público que no perseguía sino una finalidad, como la podía perseguir un particular (criterio éste del servicio público comercial o industrial, que se inició el año 1921) cuando una Administración, repito, utilizaba un servicio público comercial o industrial, prestado por un establecimiento público los contratos celebrados con los usuarios de esos servicios no eran nunca contratos administrativos. La noción de contrato administrativo que era posible pensarlo sólo cuando los entes territoriales prestaron el servicio comercial o industrial, se extendió a los celebrados por otras personas públicas. Esta característica que aparecía inmutable o permanente, era que siempre debía existir una persona pública actuando en función administrativa pública, como parte en toda contratación administrativa; tal es el caso decidido por el Consejo de Estado el 19 de enero de 1973, y conocido como *Arrêt de la Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, donde la noción de contrato administrativo se extendió a los servicios comerciales e industriales dirigidos por establecimientos públicos comerciales o industriales, esto es, por empresas públicas.

Algo similar sucedió con los contratos estipulados por personas privadas que manejaban un servicio público. El principio establecido era que cuando los poderes públicos conferían la gestión de un servicio público, fuera éste administrativo o comercial o industrial, a una persona de derecho privado, lo normal sería que los contratos celebrados por ésta última se adaptaran al criterio general, esto es, que eran contratos de derecho privado.

De manera que la noción de contrato administrativo verdaderamente estaba y está en crisis, no solamente porque no hay un criterio sino porque los criterios no son absolutamente definidos y totales, sino que están llenos de excepciones, inclusive en los aspectos que pueden llamarse de carácter fundamental.

La conclusión de algunos autores, como Prosper Weil es la siguiente: "De ahora en adelante —dice él— un contrato es un contrato administrativo porque uno no puede tener sino la impresión de que lo debe ser". Otro autor, Charles Debbasch, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política en *Aix-Marseille*, dice lo siguiente: "La distinción entre los contratos administrativos y los contratos de Derecho Privado de la Administración, plantea a

menudo problemas casi insolubles. Esta distinción es, sin duda, un anacronismo”.

Me hago la misma pregunta que ustedes: ¿Es que ya en Francia está completamente fuera de lugar hablar de “contratos administrativos”? El problema además de haberse originado en Francia, iniciado en el presente siglo, contaminó al mundo occidental y contaminó prácticamente a países como Bélgica, que mantenía un Derecho más o menos del estilo tradicional, contaminó a España y a una serie de naciones latinoamericanas y, por supuesto, a las colonias o ex colonias francesas, en particular algunos países del llamado “Tercer Mundo”.

En España, dice la doctrina, la persona que introdujo esa noción allá fue Fernández de Velasco hacia 1927, y después fue recogida por los tribunales españoles en 1936, y por último, se estableció una ley de “Contratos del Estado” en 1965, modificada en 1973, que tiene algunas definiciones que me voy a permitir trasladarlas textualmente, tomadas de profesores y tratadistas de Derecho Administrativo: Villar Palasi da la definición de “contrato administrativo” siguiente: *A falta de expresa determinación legal, siempre que un órgano de la Administración contrate en el ámbito específico de su competencia y atribuciones, estamos ante un contrato administrativo.* Como ven ustedes, es una definición “sumamente precisa”, se puede hacer con ella lo que uno quiera.

En Argentina, otro tratadista, Miguel Angel Berçaitz, quien fuera miembro del Tribunal Supremo de la República Argentina y profesor de la Universidad de Buenos Aires, dice: *Contratos administrativos son por naturaleza los celebrados por la Administración con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al cocontratante derechos u obligaciones frente a terceros o que en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva por los que están sujetos al Derecho Público (exorbitante del Derecho Privado) y que colocan al cocontratante en una situación de subordinación.* Particularmente, el elemento de que tenga un fin público el contrato administrativo, causa asombro, ya que casi excepcionalmente la Administración procede con fines estrictamente privados. Lo lógico y normal es que la Administración proceda siempre con fines públicos. De esta manera, todos los contratos serían administrativos.

En Colombia, nuestro querido colega y visitante, el profesor Vidal Perdomo, reconoce también la doble actividad del Estado y la dualidad contractual, y dice: *Cuando se permite al Estado llevar a estipulaciones todas las prerrogativas que crea necesarias para el buen cumplimiento del servicio o la satisfacción del interés general, con cuya finalidad se celebró el contrato, estaremos en presencia de un contrato administrativo.*

Como ven ustedes, son nociones extremadamente generales, imprecisas, jurídicas, atécnicas, en base a las cuales es imposible precisar los géneros o es-

pecies que se tratan de diferenciar. Tiene razón Prosper Weil cuando dice que cuando uno cree que el contrato es administrativo, es administrativo porque esa parece ser la única solución.

En Venezuela no hemos escapado a este problema. Les voy a citar nada más que a mi querido profesor el doctor Lares Martínez, quien dice que *el contrato administrativo es un contrato en el que participa una entidad pública estatal y que se compromete el contratista a realizar durante cierto tiempo una actividad dirigida a dar satisfacción a un interés general* (clarísima precisión). *No es menester que las obligaciones del contratista se refieran a la organización o al funcionamiento de un servicio público.*

Como ven ustedes, con razón me quejo de la noción de "contrato administrativo", porque los teóricos del Derecho Administrativo prácticamente no están de acuerdo en esa noción, discrepan sobre cuestiones elementales y el resultado es que tal noción es poco útil. En algunos países la distinción entre el contrato de Derecho Público y contrato de Derecho Privado tiene unas consecuencias prácticas que es necesario tomar en cuenta. Esas consecuencias prácticas son, fundamentalmente, la jurisdicción competente, ya que hay algunos actos de la Administración Pública que van a un tipo de tribunales que se llaman Tribunales Administrativos o Contencioso-Administrativo u otro tipo de Tribunales que son de la jurisdicción ordinaria o jurisdicción judicial. Naturalmente, en tales países, se plantea para ellos el grave problema de determinar cuándo "algo", acto o contrato, es administrativo y cuándo no es administrativo.

En Venezuela, no tenemos problemas. La distinción ya de por sí difícil es poco menos que inútil porque si la principal consecuencia es saber a qué Tribunal debe plantearse la controversia, resulta que tal cuestión no existe, porque en Venezuela no hay sino una jurisdicción y de acuerdo con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, corresponde a esta Corte conocer las demandas que se intenten contra la Nación. Es inútil discutir si el Contrato es "administrativo" o no es "administrativo". Cualquier contrato, cualquier problema relativo a un contrato de la Administración va siempre al mismo orden de jurisdicción, al mismo Tribunal. No hay que hacer siquiera el esfuerzo práctico de distinguir entre un tipo de contrato y otro tipo de contrato, porque las consecuencias son exactamente las mismas.

Nuestro Código de Comercio en las disposiciones preliminares (copiadas del Código de Comercio italiano) dice que la Nación, el Estado, las Municipalidades, etc. pueden realizar actos de comercio y cuando lo hacen se les aplica la jurisdicción y la ley comercial, es decir, son actos que tienen el carácter de actos objetivos o subjetivos de comercio. De manera que en los contratos de "suministros" y los contratos de "transporte" y en cualquier contrato sujeto al

derecho mercantil, se aplica la norma mercantil y se aplica el Código de Comercio hasta ahora inmodificado.

De manera que para nosotros sigue siendo algo extraño tratar de explicar el problema de la contratación administrativa. Es verdad que en los contratos administrativos se producen fenómenos como la modificación unilateral o la terminación anticipada del Contrato, que son algunos de los ejemplos típicos que signan los poderes extraordinarios de la Administración o que caracterizan ese régimen especial de los contratos administrativos. Pero Giannini, el ilustre profesor italiano, dice que los franceses se plantearon el problema con olvido de la regulación que el propio Código Civil trae sobre el contrato de obras. En el contrato de obras (si ustedes abren el Código Civil venezolano), encontrarán que el dueño de la obra puede exigir del contratista que suspenda la obra, o la termine. Naturalmente, siempre el dueño de la obra deberá pagar la indemnización de daños y perjuicios. Como forzada consecuencia: si el dueño de la obra puede terminar el Contrato en cualquier momento por propia voluntad unilateralmente, evidentemente que lo menos, por lo más, puede exigir modificaciones unilaterales al propio contrato.

Así pues, que por las propias normas del Código Civil se puede colegir que esas llamadas "facultades extraordinarias" de la Administración en la ejecución de los "contratos administrativos" no son tales, sino que se consiguen también en materia de Derecho Privado. A veces, también, es verdad, el particular no puede exigir a la Administración el cumplimiento, en algunos de los contratos llamados "administrativos" y esto se considera como una de las características del contrato administrativo. Pero exactamente pasa lo mismo en algunos contratos de Derecho Privado. En el Seguro de Vida, el asegurador no puede pedir o demandar al asegurado el pago de las primas. El asegurado puede desentenderse del contrato solamente con no pagar las primas y el asegurador no tiene la acción de cumplimiento del contrato. De manera que los fenómenos o peculiaridades del contrato administrativo no son tales sino meras modalidades propias del objeto de cada uno de esos contratos.

Nuevamente lo vuelvo a decir: que en muchos casos la posibilidad de la intervención de la Administración, en la ejecución de los llamados "contratos administrativos", obedece a que la Administración tiene a su cuidado el interés público encomendado por la ley. Ese interés público no puede haberse comprometido o enajenado en virtud de un contrato. Si la Administración celebró un Contrato y después ese Contrato está en contra del interés público por el cual debe velar la Administración, ésta puede incidir, influir, contradecir, modificar, etc., las obligaciones pactadas con anterioridad.

La justificación de esta conducta es que la Administración tiene a su cuidado el interés público, que sobrepasa los deberes u obligaciones y el compor-

tamiento que se refiere a la ejecución de las mismas. En Venezuela, dije al comienzo, no solamente es inútil la noción de "contrato administrativo", sino que la misma es peligrosa. Si ustedes examinan la jurisprudencia administrativa en Venezuela, la Corte Suprema de Justicia habrá dictado apenas una decena de decisiones jurisprudenciales, en las cuales, por regla general, todas las de perder las ha llevado el Contratista, el particular, frente a la Administración, en el sentido de que el particular, ha quedado siempre un poco abandonado frente al auxilio o el apoyo de los demás poderes públicos. Nuestros Tribunales (que generalmente son apéndices o sirvientes de los otros poderes públicos, del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo en particular) nunca han tomado una actitud decente frente a las arbitrariedades del Poder Ejecutivo en Venezuela, que en realidad, de todo el aparato estatal, es el único respecto del cual el substantivo "poder", expresa lo que es en la realidad sociológica.

En dos o tres casos, de los diez que es posible citar en la jurisprudencia venezolana, la razón le ha sido dada a consorcios o empresas de las que ahora llaman transnacionales, grandes empresas petroleras americanas. Por eso es que el particular sin poder político o económico ha sufrido la incidencia de los poderes extraordinarios de la Administración para manejar, ejecutar, rescindir o manipular esos contratos, como si fueran cosa propia. En Venezuela, a mi modo de ver, es inútil hacernos problemas acerca de la existencia de contratos administrativos diferenciados de otros de derecho privado y, además, es sumamente peligroso. La administración en Venezuela está dotada de tal serie de privilegios, heredados del Estado absoluto, que el Poder Ejecutivo, o la Administración Pública tienen una enorme variedad de privilegios, en materia procesal y materia patrimonial; la Administración nunca puede ser condenada en costas; la Administración cuando no hace uso de los recursos, siempre éstos se tienen como interpuestos; la Administración no incurre en confesión ficta, y, además, de todos esos poderes adicionales que tiene la Administración, deben sumarse también esos poderes teóricos, contruidos por analistas y profesores traductores de Derecho Administrativo en la materia de contratación administrativa.

Señores, lamento haberlos desilusionado. De todos modos, muchas gracias. . . Muchas gracias a nuestros pacientes colegas colombianos, al doctor Brewer-Carías, a los estoicos oyentes y a vosotros todos, señoras y señores.