

LA EVOLUCION DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO *

ALLAN-R. BREWER-CARIAS

SUMARIO

I. *Introducción.* 1. La importancia del tema de los contratos administrativos. 2. El problema de la autonomía del derecho administrativo y la sustantividad del contrato administrativo. II. *Las diversas formas contractuales del actuar administrativo.* 1. Los contratos interadministrativos. A. Los contratos entre entidades político-territoriales. B. Los contratos entre entes del derecho público territoriales y no territoriales. C. Los contratos entre personas jurídicas estatales de derecho público y de derecho privado. 2. Los contratos Administración-Administrados. A. Las diversas formas contractuales. B. Los contratos de contenido patrimonial. C. Los nuevos contratos no patrimoniales como técnica de administración. a. El arreglo amigable expropiatorio; b. Los convenios fiscales; c. Los convenios de ejecución de planes de desarrollo. D. La figura ampliada de los contratos de interés nacional. III. *El sentido actual de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de Derecho Privado de la Administración.* 1. El origen de la distinción. 2. El concepto del contrato administrativo y la autonomía del derecho administrativo. 3. El régimen común de derecho público de todos los contratos de la Administración. 4. El régimen preponderante de derecho público en la ejecución de ciertos contratos de la Administración. A. Algunos contratos con régimen preponderante de derecho público y sus consecuencias. B. Las llamadas cláusulas exorbitantes. a. Las decisiones unilaterales de la Administración en la ejecución de los contratos. b. Los poderes de modificación unilateral de los contratos. c. Las reglas contractuales que afectan a terceros. C. La ausencia de un régimen jurídico unitario para los contratos de la Administración con régimen preponderante de derecho público. IV. *Conclusión.*

* Este trabajo, preparado para el libro *Homenaje al Profesor Moles Caubet*, fue expuesto en la conferencia que dicté en Bogotá, en el Curso Internacional de Derecho Administrativo en América Latina, en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1978. No ha sido publicado en Venezuela; en cambio, versiones menos completas han aparecido, en *El Derecho Administrativo en América Latina. Curso Internacional*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1978, pp. 143 a 167, y en *Jurisprudencia Argentina*, N° 5.076, Buenos

I. INTRODUCCION

1. *La importancia del tema de los contratos administrativos*

El tema de los contratos administrativos, no parece necesario insistir en ello, es uno de los temas medulares del derecho administrativo. De allí que todos los que hemos tenido que estudiar y escribir sobre esta rama del derecho, alguna vez nos hayamos tenido que enfrentar con su análisis, y con las dificultades que entraña.¹ En nuestra disciplina, en efecto, si hay un tema difícil de asir, es precisamente este: aparentemente sencillo, implica una toma de posición general sobre ella.

Por ello, Liet-Veaux lo ha calificado, con razón, como uno de los capítulos más desesperantes del derecho administrativo;² y si esto lo indica un autor francés, en cuyo país nació y se desarrolló la teoría de los contratos administrativos, con mayor razón tenemos que afirmarlo los autores latinoamericanos, influidos por el derecho francés.

Sin embargo, el problema, en nuestro caso, es que el concepto de los contratos administrativos, como categoría jurídica contrapuesta a los contratos de derecho privado de la Administración, ha sido tributario, solamente, de las concepciones teóricas y de los criterios de la doctrina y jurisprudencia francesas, pero no de las justificaciones prácticas y pragmáticas de aquella distinción.

La repartición de competencias jurisdiccionales en Francia, ha sido factor clave en el nacimiento y desarrollo del derecho administrativo y en la concepción misma del contrato administrativo; en definitiva,

Aires, 13-12-78, pp. 1 a 12. El haber pensado en este tema de los contratos administrativos para este libro *Homenaje al Profesor Moles Caubet*, tiene una razón sentimental: sobre este tema preparé mi primer trabajo de investigación como auxiliar de investigación en el Instituto de Derecho Público, en 1960, fecha en la cual ingresé al personal del mismo, y a través de ese trabajo se produjo mi primera relación intelectual con el profesor Moles.

1. Véanse mis trabajos sobre el tema: "La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en la contratación administrativa", en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, N° 28, Caracas, 1964, pp. 61 a 112; "La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos", en libro *Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, 1967, pp. 755 a 778; "Algunas reflexiones sobre el equilibrio financiero en los contratos administrativos y la aplicabilidad en Venezuela de la concepción amplia de la teoría del hecho del príncipe", en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, Año XIII, N° 65, Caracas, 1972, pp. 86 a 93; "Consideraciones sobre la ruptura de la ecuación económica de un contrato administrativo por una ley declarada nula por inconstitucional", en *Cuadernos de Derecho Público*, ULA, N° 2, Mérida, 1976, pp. 5 a 26.
2. Véase el comentario de Liet Veaux, en *Revue Administrative*, 1956, p. 498, cit. por E. García de Enterría, "La figura del contrato administrativo", en *Revista de Administración Pública*, N° 41, Madrid, 1963, p. 110.

ha sido la justificación del propio derecho administrativo. En nuestros países y en la gran mayoría de los que han sido tributarios del derecho francés, ello no ha ocurrido, ni es así. De allí la tendencia observada, una vez lograda la necesaria madurez doctrinal, por abandonar tantas teorías y concepciones basadas en una situación de origen adjetivo, circunstancial por lo demás, y por estructurar nuestras propias concepciones. No se trata de innovar por innovar, sino de sustantivizar el propio derecho administrativo conforme a las peculiaridades de nuestros países para dejar de importar por importar. Allí está la labor de los últimos veinte años de la doctrina española la cual, sin desconocer los aportes de las concepciones francesas, ha desarrollado una formidable labor doctrinal cuyas influencias se comienzan a hacer sentir en nuestros países.³ Dentro de esta tendencia a sustantivizar nuestro propio derecho administrativo es que se encuadra la orientación que se presiente, de abandonar toda idea de un pretendido contrato administrativo por oposición a contratos de derecho privado de la Administración.

A nosotros nos corresponde plantear, en estas notas, algunas ideas sobre la evolución del concepto de contrato administrativo, y ello nos llevará a la conclusión de que, en la actualidad, en realidad, la noción de contrato administrativo sólo puede aceptarse para identificar un tipo de contrato de la Administración el cual, por la finalidad perseguida por el Estado al contratar, está sometido a un régimen preponderante de derecho público, pero no porque tenga un régimen de derecho público por contraposición a otros contratos de la Administración que estarían sometidos a un régimen de derecho privado. La preponderancia de uno u otro y su utilización regular, es lo que adquiere ahora importancia.

Pero antes de insistir en las conclusiones, vayamos a la médula del razonamiento, lo cual haremos en dos partes: en una primera parte, analizaremos las diversas formas contractuales del actuar administrativo, mucho más variadas, ahora, respecto de las simplificadas que a comienzos de siglo dieron origen a la distinción señalada; y en una segunda parte, estudiaremos el sentido actual de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Administración, para tratar de desentrañar la situación contemporánea. Antes, sin embargo, quiero insistir en un aspecto señalado anteriormen-

3. Respecto de la labor de la doctrina española, debe destacarse la realizada a través de las páginas de la *Revista de Administración Pública (RAP)*, editada desde 1950, inicialmente por el Instituto de Estudios Políticos, transformado recientemente en Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; y de la *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, editada desde 1974 por la Editorial Civitas, Madrid.

te: el problema de la autonomía del derecho administrativo y la sustantividad del contrato administrativo.

2. *El problema de la autonomía del Derecho Administrativo y la sustantividad del contrato administrativo*

En efecto, además de desesperante, el tema de los contratos administrativos es un tema polémico o, como dice E. García de Enterría, tiene una sustancia polémica.⁴ Obliga, aunque no se quiera, a tomar una posición, generalmente contradictoria o conflictiva con otras, inclusive con posiciones que uno mismo ha sostenido en otras épocas.⁵

Lo polémico del tema, en todo caso, surge de su carácter medular para el derecho administrativo: en su estudio están implicadas las cuestiones básicas del derecho administrativo; el "problema" del contrato administrativo es, por tanto, el "problema" del derecho administrativo, y en no pocas ocasiones, la sustantividad del propio derecho administrativo y de su autonomía.

En efecto, en el mundo jurídico, en la relación derecho administrativo-derecho civil, nos encontramos con una evolución modular: el derecho civil ha prestado instituciones al derecho administrativo, y éstas, al resultar comunes, han exigido e impuesto, primero, su diferenciación, y luego, la fijación de su propia sustantividad.⁶ Por eso, frente a todas sus instituciones, al derecho administrativo se le ha presentado la exigencia de ir afirmando su autonomía dentro de esa tarea diferenciadora y sustantivadora. Como lo señala S. Martín Retortillo, determinar cuándo esas instituciones, incorporadas ya al tronco común del derecho administrativo, son realmente algo distinto, constituye ni más ni menos que la comprobación de su propia sustantividad dentro de dicho ámbito.⁷

Pero esta tarea de reafirmar su autonomía, como rama del derecho, frente a cada institución y con motivo de su estudio, ya parece injustificada. Nuestra disciplina ya no necesita justificar su autonomía: la tiene, la realidad jurídica nos lo demuestra. Nuestro esfuerzo, como

4. Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 100.

5. En contraste con lo que sostenemos en estas notas, véase lo expuesto en el Capítulo I del Título Tercero, "La Teoría de los Contratos Administrativos", de nuestro libro: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 157 y ss.

6. Véase Sebastián Martín-Retortillo Bacquer: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*, Sevilla, 1960, p. 7.

7. *Idem*, p. 8.

especialistas, debe estar guiado por la necesidad de superar ese "triste signo del derecho administrativo" del que hablaba el propio S. Martín Retortillo en su magistral estudio sobre: *El Derecho Civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, que parece que paradójicamente ha de comenzar, en cada una de sus figuras, por plantear y justificar la misma existencia de unos hechos, y de unas instituciones que ya son vivas y existen.⁸

La institución contractual en el campo de la actuación de la Administración ya no se puede poner en duda. No existe ya aquella famosa contradicción que se destacó a fines del siglo pasado y aun a comienzos del presente, que resultaba de insertar, en el derecho público, la figura *par excellence* del derecho privado, el contrato; figura en la cual, aparentemente, no estaban presentes las notas características del actuar público: superioridad de la Administración y ausencia de igualdad frente a los particulares, y la titularidad, por aquélla, de potestades públicas y prerrogativas que le permitían imponer su voluntad unilateralmente. Por ello, Otto Mayer señalaba que la figura del contrato, al exigir posiciones igualitarias, era extraña al derecho administrativo, pues la Administración siempre mandaba unilateralmente.⁹

Sin embargo, queda claro que la misma igualdad, tan preconizada como base de la institución contractual del derecho privado, no es de la esencia de los contratos.¹⁰ Allí están los contratos de adhesión en el propio derecho privado para desmentir tal afirmación.

En todo caso, por supuesto, esta posición jurídica quedó en la historia. La institución contractual es tan propia del actuar administrativo como la decisión unilateral, y sobre ello ya no tenemos dudas, afortunadamente. Esto no es lo que se discute; el centro de discusión está ahora, en la diferenciación de los diversos tipos de contratos que celebra la Administración.

II. LAS DIVERSAS FORMAS CONTRACTUALES DEL ACTUAR ADMINISTRATIVO

En efecto, si observamos la realidad administrativa de cualquiera de nuestros países, es evidente la conclusión de que la actividad de la Administración no proviene, ni se realiza, mediante la sola actuación

8. *Ibidem*, pp. 131 y 132.

9. Véase Otto Mayer: *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires, 1949, Tomo I, pp. 27 y ss.

10. Véase Sebastián Martín-Retortillo Bacquer: *op. cit.*, p. 177.

de su voluntad unilateralmente formulada. Es cada vez más frecuente que la Administración establezca vínculos jurídicos con otros sujetos y acuda al concurso de otras voluntades para sus diversas actividades.

Estos actos jurídicos formados conjuntamente por la intervención de dos o más sujetos de derecho y que establecen entre ellos un vínculo jurídico, configuran lo que se denomina la actividad contractual de la Administración. Una primera distinción de formas contractuales en el actuar administrativo se nos aparece de inmediato, y ella proviene de la consideración de los sujetos de derecho que intervienen en la relación: si ambos contratantes son personas jurídicas estatales, la realidad jurídica será distinta a la que se presenta si uno de los contratantes es un particular. Se distinguen, por tanto, los contratos interadministrativos de los contratos Administración-Administrados. Veámoslos separadamente.

1. *Los contratos interadministrativos*

La proliferación de sujetos de derecho, y por tanto, con personalidad jurídica, que han ido configurando el universo de los entes públicos y estatales en el derecho administrativo, ha dado origen a que, con frecuencia, las Administraciones Públicas, para actuar, celebren entre sí diversos convenios y acuerdos que configuran típicos actos contractuales. Estas figuras, nuevas y posteriores al nacimiento de la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de derecho privado de la Administración, han sido la consecuencia del proceso de descentralización administrativa que ha caracterizado a la Administración contemporánea de los últimos cincuenta años. En ese proceso descentralizador han aparecido, como entes estatales, tanto entes de derecho público como entes de derecho privado, y entre todos ellos, diversas figuras contractuales se celebran, incluso, con previsión expresa y general en las leyes.

A. *Los contratos entre entidades político-territoriales*

En primer lugar, se destacan los contratos celebrados entre Administraciones territoriales, es decir, entre personas político-territoriales los cuales, si bien, en general no tienen como contenido prestaciones de carácter patrimonial, por ello no dejan de tener naturaleza contractual. En Venezuela, por ejemplo, se destacan los convenios o acuerdos entre la República y los Estados que conforman la Federación. Un típico ejemplo de estos contratos está regulado en la Ley Orgánica de coordinación de la inversión del situado constitucional con planes adminis-

trativos desarrollados por el Poder Nacional,¹¹ y que da origen a acuerdos de coordinación que resultan indispensables para que pueda ser invertido el cincuenta por ciento de lo que los Estados federados reciben del presupuesto nacional como aporte financiero, denominado situado constitucional. Estos convenios, suscritos entre el Ministerio de Relaciones Interiores y los Gobernadores respectivos, configuran auténticas formas contractuales.¹²

Entre entes territoriales también se destacan otras figuras contractuales: convenios entre la República, Estados y Municipalidades, como por ejemplo, el convenio para el establecimiento de la Policía Metropolitana de Caracas;¹³ convenios entre Estados como los relativos a cesiones de su territorio,¹⁴ convenios entre Municipios como los convenios de mancomunidad previstos también en la Constitución,¹⁵ y cuyo ejemplo más característico es el convenio de mancomunidad en materia de ordenación urbanística del Area Metropolitana de Caracas, que originó el establecimiento de una autoridad pública común para el área, así como de una Ordenanza sobre ordenación urbanística común, aprobada en las dos Municipalidades que integran el Area Metropolitana.¹⁶ Todas estas figuras son típicas figuras contractuales administrativas.

B. *Los contratos entre entes de derecho público territoriales y no territoriales*

En segundo lugar, se destacan los contratos suscritos entre entes territoriales y entes de derecho público no territoriales, como los insti-

11. Véase, en: *Gaceta Oficial*, N° 2715 Extr. de 30-12-80.

12. El artículo 4° de la Ley Orgánica, establece que una vez aprobados los diferentes programas de los Estados que deban ser coordinados con los planes administrativos nacionales, "se celebrarán convenios entre el Ejecutivo Nacional, por órgano de los Ministerios competentes en razón de la materia, y de los gobernadores de las entidades federales en las cuales se vayan a realizar las obras o a prestar los servicios. Podrán igualmente participar en la celebración de estos convenios otras personas jurídicas de carácter público.

13. El Convenio para el establecimiento de la Policía Metropolitana de Caracas, de diciembre de 1969, fue suscrito entre la República, a través del Ministerio de Relaciones Interiores; el Distrito Federal, a través del Gobernador del mismo y al Estado Miranda, a través de su Gobernador.

14. Artículo 10.

15. Artículo 28. Conforme al artículo 26 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, de 18 de agosto de 1978 (*G. O.* N° 2.297 Extr.), "Las mancomunidades son entidades formadas mediante acuerdo entre dos o más Municipios o Distritos Metropolitanos, o entre éstos y uno o más Municipios, para la realización de determinados fines municipales o metropolitanos".

16. El Convenio de fecha 27 de enero de 1972, se suscribió entre las Municipalidades del Distrito Federal y del Distrito Sucre del Estado Miranda, y en base a la Cláusula Tercera del Convenio, ambas Municipalidades sancionaron y promulgaron la Ordenanza sobre ordenación urbana del Area Metropolitana de Caracas y su zona de influencia. La Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978 regula, ahora,

tutos autónomos. Estos convenios pueden o no tener contenido patrimonial, y el mundo de la Administración conoce innumerables tipos. Por ejemplo, en el campo de los convenios sin contenido patrimonial, se destacan los acuerdos celebrados entre la República y el Banco Central de Venezuela para el establecimiento del tipo de cambio para las divisas, con modalidades diferenciales en relación a las divisas provenientes de la exportación del mineral de hierro y del petróleo;¹⁷ en el campo de los convenios de contenido patrimonial, están los múltiples supuestos de contratos de sociedad, suscritos entre la República y los Institutos autónomos, para la constitución de empresas públicas con forma societaria.¹⁸ No son infrecuentes, por otra parte, los contratos de obras o servicios, y aun las concesiones de servicios públicos celebradas entre entes territoriales y personas de derecho público: allí están los convenios para la prestación del servicio público de alcantarillado y distribución de agua potable suscritos entre las Municipalidades y el Instituto Nacional de Obras Sanitarias.¹⁹

C. *Los contratos entre personas jurídicas estatales de derecho público y de derecho privado*

En tercer lugar, se destacan los convenios suscritos entre entes de derecho público, territoriales o no territoriales y personas jurídicas estatales de derecho privado, particularmente las empresas del Estado con forma societaria mercantil, los cuales, por la forma jurídica adoptada por éstas, se aproximan a los contratos suscritos entre la Administración y los particulares.

en sus artículos 26 y siguientes los acuerdos de Mancomunidades entre Municipios G. O. N° 2.297 Extr. de 18-8-78).

17. Conforme a lo establecido en el artículo 92 de la Ley del Banco Central de Venezuela Decreto Ley N° 507, de 30-10-74, en G.O. 1.711 Extr., de 30-12-74): "En el convenio que celebre el Banco Central de Venezuela con el Ejecutivo Nacional para fijar el o los tipos de cambio de bolívar, se establecerán los márgenes de utilidad que podrán obtener tanto el Banco Central de Venezuela como los bancos comerciales que intervengan en la compraventa de divisas". Estos convenios son suscritos entre la República de Venezuela, representada por el Ministro de Hacienda, y el Banco Central de Venezuela, representado por su Presidente. Véase, por ejemplo, el convenio de 18-2-73. (G.O. N° 30.039, de 21-2-73) y los convenios de modificación, de 8-1-75 (G.O. N° 30.596, de 13-1-75), y de 10-9-75 (G.O. N° 30.792, de 11-9-75).
18. Véase, por ejemplo, el acta constitutiva de la C. A. Nacional de Reforestación (CONARE), en la cual aparecen como accionistas la República, el Instituto Agrario Nacional, el Instituto Nacional de Obras Sanitarias y las Corporaciones de Desarrollo Regional de los Andes, Centro-Occidente, Nor-Oriente y el Zulia. Véase en Cordiplán: *Resumen Informativo de Entidades de la Administración Pública Nacional*, Tomo 4, Caracas, 1980, p. 166.
19. Véanse los comentarios al anteproyecto de contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado del Area Metropolitana de Caracas, en Allan-R. Brewer-Carías: *Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables*. Caracas, 1976, pp. 211 y ss.

Todo este universo de figuras contractuales interadministrativas forman, sin duda, una categoría peculiar en el mundo de la actividad contractual de la Administración, que no debe dejarse de lado a la hora de trazar la evolución del concepto de contrato administrativo. Ellas, que no existían en el momento en que surge este concepto, son ahora, quizás, los contratos públicos por excelencia.

2. *Los contratos Administración-Administrados*

A. *Las diversas formas contractuales*

Pero la figura contractual administrativa, sin duda, está montada sobre el acuerdo para establecer un vínculo jurídico celebrado entre una Administración y un particular. En base a esta modalidad fue que se construyó toda la teoría del contrato administrativo frente al contrato de derecho privado de la Administración: en unos convenios, que siempre tenían como cocontratante a un particular, la Administración aparecía en situación de superioridad, como autoridad, y en los otros, en el mismo plano jurídico que su cocontratante.

Sin embargo, también con posterioridad a esta construcción doctrinal, fueron apareciendo, en el actuar administrativo, nuevas figuras contractuales que nada tenían que ver con las que dieron origen a aquella teoría y a aquella distinción, porque no establecían, *stricto sensu*, relaciones patrimoniales entre los contratantes.

En efecto, en el universo de las relaciones contractuales que se celebran entre la Administración y los particulares, no sólo aparecen aquéllas que suponen la utilización, por la Administración, de instrumentos contractuales dentro del ámbito de relaciones patrimoniales, sino que hoy es cada vez más frecuente la existencia de figuras contractuales que se limitan a fijar la medida de una obligación o ventaja jurídico-pública previamente establecida legalmente, y sin que aparezca colaboración patrimonial alguna. Se distinguen, por tanto, dos tipos de contratos Administración-Administrados.

B. *Los contratos de contenido patrimonial*

En primer lugar, los contratos de contenido y relación patrimonial, en los cuales, como lo dice E. García de Enterría, la Administración actúa como "cliente" de los empresarios privados, esto es, en un terreno de simple colaboración o intercambio patrimonial: paga dinero o transfiere posibilidades de actuación frente al público a ella reservadas, a

cambio de bienes y servicios que busca o recibe.²⁰ Este es el universo de figuras contractuales propias del tradicional contrato de la Administración, tanto del denominado contrato administrativo como del denominado contrato de derecho privado.

C. *Los nuevos contratos no patrimoniales como técnica de Administración*

Pero, en segundo lugar, frente a esas figuras contractuales tradicionales, en las relaciones Administración-Administrados comienzan a aparecer nuevas formas contractuales denominadas Acuerdos, Convenios o conciertos y las cuales, en general, no encuentran paralelo en el derecho contractual privado, porque el vínculo jurídico que establecen y regulan no supone colaboración patrimonial entre partes, sino, en realidad, un acuerdo para fijar la medida de una sujeción jurídico-pública o de una ventaja también jurídico-pública, establecidas legalmente.²¹

La Administración, en efecto, a pesar de sus poderes públicos de acción unilateral, en muchos casos, por incapacidad o por política pre-determinada, busca establecer las modalidades de su acción respecto de los particulares, acudiendo a la vía negocial. No se trata de que en estos contratos se establezcan los poderes de la Administración; éstos preexisten, pero por la debilidad de la acción unilateral en el cumplimiento de ciertos cometidos en el campo económico, o, al contrario, por el esfuerzo de la Administración de promover la participación de los particulares en las tareas comunes, los entes públicos han recurrido a estos acuerdos con los particulares, como una técnica de Administración: la Administración mediante convenios. Varios ejemplos nos muestra el orden jurídico contemporáneo.

a. *El arreglo amigable expropiatorio*

En primer lugar, los arreglos amigables en la expropiación. En efecto, aun cuando no se acuda a la vía judicial, la expropiación nunca es una compraventa. Decretada la expropiación, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en Venezuela, la expropiación procede por las buenas o por las malas.²² Por tanto, aun mediando el convenio expro-

20. Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Madrid, 1974, p. 484.

21. *Idem*, p. 485.

22. Véase la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación, de 14-3-52, en *Gaceta Forense* N° 10, Caracas, 1952, p. 148, y en Allan-R. Brewer-Carías: *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Caracas, 1980, p. 298.

piatorio o arreglo amigable, este no es una compraventa, sino en realidad, una adhesión a la expropiación, que implica, además, un convenio para fijar el monto de la indemnización a través de los peritos. El convenio, en realidad, es un acuerdo para designar peritos, lo que implica allanarse frente a la potestad expropiatoria.²³

b. *Los convenios fiscales*

En segundo lugar, los convenios o conciertos fiscales que tienen por objeto el establecimiento de la base imponible a través de la determinación contractual de precios. Por ejemplo, en esta figura encuadraban los convenios para el establecimiento de precios de referencia para la determinación de la base imponible del impuesto sobre la renta a las empresas petroleras, suscritos conforme a la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1970, entre la República y las empresas contribuyentes.²⁴

c. *Los convenios de ejecución de planes de desarrollo*

En tercer lugar, están todas las figuras contractuales que giran en torno a la idea contemporánea de la "Administración concertada",²⁵ propia del orden económico, y mediante la cual, la Administración tiende a renunciar al ejercicio imperativo y unilateral de sus poderes, buscando convenir con los administrados la aplicación concreta de los mismos, ganándose la colaboración y participación de los empresarios en las tareas comunes de desarrollo económico y social. Mediante estos conciertos o acuerdos, los particulares aceptan como vinculante un plan que, *per se*, era indicativo, a cambio de la obtención de determinados beneficios o incentivos, que la Administración renuncia a manejar discrecionalmente. Sin embargo, al igual que las otras figuras señaladas, estos convenios requieren de habilitación legal expresa.²⁶

23. Véase la misma sentencia citada en la nota anterior, en *Gaceta Forense*, N° 10, *cit.*, pp. 146 y 147; y en Allan-R. Brewer-Carías: *Jurisprudencia...* *cit.*, Tomo VI, p. 345.

24. Conforme al artículo 41 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, de 16-12-66. (*G.O.* 1.069 Extr., de 23-12-66), se autorizó al Ejecutivo Nacional para "celebrar convenio previo con el contribuyente hasta por un plazo de cinco años para establecer las bases con arreglo a las cuales se hará la determinación de los valores de los artículos o mercancías exportados en el puerto venezolano de embarque". Esta modalidad de convenios para fijar los valores de referencia se aplicó hasta la reforma de la ley, en diciembre de 1970, mediante la cual se convirtió en una facultad unilateral del Estado la fijación de los valores de exportación (Art. 40). Véase en: *G.O.* N° 29.397, de 18-12-70.

25. Véase: E. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *op. cit.*, Tomo I, p. 485.

26. Conforme a lo dispuesto en la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena sobre Régimen común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes,

Por supuesto, en estas figuras negociales, la Administración, evidentemente, no procura proveerse de bienes y servicios, es decir, no establece una relación patrimonial, pero no por ello dejan de tener carácter contractual. Son auténticos contratos de la Administración, ciertamente nuevos, que al estudiar la evolución del concepto de contrato administrativo, no podemos ignorar.

D. *La figura ampliada de los contratos de interés nacional*

Pero dentro de los contratos Administración-Administrados, y concretándonos a aquellos que tienen contenido estrictamente patrimonial en el vínculo jurídico que establecen, debe destacarse que, en la actualidad, comienza a configurarse una categoría específica de *contratos de interés nacional*, sometidos a ciertas condiciones de control parlamentario, aun cuando la entidad que contrate con el particular no sea, *stricto sensu*, una Administración Pública.²⁷

En efecto, la Constitución venezolana, en su artículo 126, establece que los contratos de interés nacional deberán someterse, previamente, a la aprobación del Congreso, salvo aquellos que sean normales en el funcionamiento de la Administración. Es decir, se regula una categoría específica de contrato que, aun cuando no tenga como contratante, del lado público, a una Administración Pública tradicional (ente de derecho público territorial o no territorial, como los institutos autónomos) sí tiene a una entidad estatal, aun cuando con forma jurídica de derecho privado.

En efecto, en el universo de los sujetos que actúan en el campo del derecho administrativo, se destacan las personas jurídicas estatales,

Licencias y Regalías (G.O. 1.620 Extr., de 1-11-73) las empresas extranjeras que existiesen en los países del Acuerdo que desearan gozar de las ventajas del programa de liberación, debían "convenir con el organismo competente del país receptor... su transformación en empresas nacionales o mixtas, en forma gradual y progresiva..." (Art. 28). De acuerdo a ello, el Decreto N° 63, de 29-4-74 (G.O. N° 30.412, de 31-5-74), mediante el cual se dictó el Reglamento de la Decisión 24, precisó: que "los *convenios* destinados a la transformación de las empresas extranjeras en nacionales o mixtas, serán celebrados entre aquéllas, actuando en representación de sus inversionistas, y el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Fomento" (Art. 47).

27. Sobre la noción de contratos de interés nacional y la intervención parlamentaria para su aprobación, véase Carlos Tinoco Rodil: "Contratos de Interés Nacional", en *Revista de Derecho y Legislación*, Tomo XXIX, Caracas, 1940, pp. 135 y ss.; A. Rodríguez Cirimele, E. Provenzali Heredia y J. M. Casal Montbrun: *Procedimiento parlamentario para la aprobación de contratos de interés nacional*, Caracas, 1973; y Luis Britto García: "Régimen Constitucional de los Contratos de Interés Público", separata de la revista *Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*. Véase, además, Eloy Lares Martínez: "Contratos de interés nacional", en este mismo libro: *Homenaje al Profesor Moles Caubet*, pp. 117 y ss.

en las cuales se ubican, no sólo los sujetos de derecho con forma jurídica de derecho público, sino también, los entes jurídicos con forma de derecho privado que forman parte, sin embargo, de la organización general del Estado.²⁸ No hay duda que, por ejemplo, los contratos que exceden de la normal administración y que suscriban las empresas del Estado con forma societaria, son auténticos contratos de interés nacional, no sólo sometidos a la aprobación previa del Congreso, sino también al régimen jurídico propio de los que tradicionalmente se califican como contratos administrativos. Por ejemplo, dentro de los contratos de obra pública celebrados en Venezuela, ¿cuál más importante por su magnitud económica e incidencia en el proceso de desarrollo económico, que el contrato para la tercera etapa de la Represa Raúl Leoni, o Represa de El Guri, de las más importantes en producción de energía hidroeléctrica de América Latina? ¿Qué sentido tiene decir que es un contrato administrativo el que suscribe la República para la construcción de un camino de penetración agrícola cualquiera, y que el de la 3ª etapa de la Represa de El Guri, por ser suscrito por una empresa del Estado con forma societaria (Electricidad del Caroní S. A.), no es contrato administrativo?

En realidad, la figura de los contratos de interés nacional ha venido a ampliar la categoría de contratos administrativos, al comprender, como tales, muchos contratos que aun cuando no sean suscritos por un ente de derecho público, sin embargo, se consideran como de interés nacional y por tanto, sometidos al mismo régimen, preponderante de derecho público, que los contratos tradicionalmente calificados como administrativos. Por supuesto, para ello se requiere de una normativa legal que lo especifique, lo que ha ocurrido con los contratos de empréstito público regulados en la Ley Orgánica de Crédito Público: de acuerdo a esta normativa, tan contrato administrativo de crédito público es el que celebra la República como el que celebra una empresa del Estado con forma societaria. Ambos están sometidos a la normativa especial de dicha ley.²⁹

De todo lo anteriormente señalado, no hay duda, puede concluirse en que la Administración Pública, además de su actividad unilateral,

28. Véase: Allan-R. Brewer-Carías: "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho", en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 17, Buenos Aires, 1977, pp. 19 y ss., y 28 y ss.; y en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, N° 57, Caracas, 1976, pp. 115-135.

29. Véase la Ley Orgánica de Crédito Público, de 19-12-80 en *G. O. Extr.* N° 2.714 de 13-12-80.

realiza con normalidad una actividad contractual, cuya naturaleza corresponde a verdaderos contratos administrativos. Esto ya no se discute en la doctrina

Frente a todas esas figuras, sin embargo, la carga dogmática del derecho administrativo tradicional lo que ha conducido es a la discusión respecto de la naturaleza jurídica de dichos contratos ¿se trata, siempre, de contratos administrativos o algunos de ellos son contratos de derecho privado suscritos por la Administración?

Esto nos conduce a precisar el sentido actual de esta distinción.

III. EL SENTIDO ACTUAL DE LA DISTINCION ENTRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION

1. *El origen de la distinción*

La idea misma del contrato administrativo, como categoría propia del derecho administrativo erigida frente a la figura del contrato de derecho privado, aun el suscrito por la propia Administración, proviene de la doctrina francesa, tan influyente en el derecho público contemporáneo. En el nacimiento de esa noción y en la justificación original de la distinción, está la partición de competencias entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial. Por ello se ha dicho, con razón, que la única justificación de la noción del contrato administrativo estuvo en la atribución de competencias al órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, o en pocas palabras, en esa época, la única singularidad de los contratos administrativos era una singularidad de régimen jurisdiccional, que no afectaba, en ningún caso, ni a su naturaleza ni a su regulación de fondo, que seguirían siendo las propias de toda cuestión civil.³⁰

Pero, por supuesto, esta es una distinción que surge durante la primera década de este siglo. Durante el siglo pasado, a pesar de la dualidad de jurisdicciones, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado suscritos por la Administración no existía, ni hubiera tenido razón de ser, en virtud de la unidad de jurisdicción que había en favor de la Administración.

En efecto, en su origen, la repartición de competencias entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial estaba basada en un criterio orgánico: la jurisdicción administrativa era competente en

30. Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso...*, cit., Tomo I, p. 492.

todas las relaciones jurídicas en las que interviniera la Administración, por lo que todos los contratos en los cuales ella fuera parte caían bajo su jurisdicción,³¹ la jurisdicción judicial, por su parte, sólo era competente para conocer de los actos entre particulares. Aun en la época del predominio de la tesis de los actos de autoridad y actos de gestión como criterio del derecho administrativo, es de destacar que a pesar de considerarse a la actividad contractual como de gestión, su conocimiento continuaba correspondiendo a la jurisdicción administrativa en virtud del criterio orgánico. Por ello, durante todo el siglo pasado, en Francia, no había distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, pues no sólo no había necesidad de distinguirlos por su régimen jurídico, sino que tampoco había un motivo jurisdiccional para ello.

Es a comienzos del presente siglo, con la aparición del criterio de servicio público, cuando comienza a formularse la idea de un contrato administrativo, sometido a un régimen de derecho administrativo, como contrapuesto al contrato de derecho privado, sometido a las regulaciones del derecho civil, con sus razones jurisdiccionales: los primeros quedaban sometidos a la jurisdicción administrativa, en cambio que los últimos caían bajo la competencia de la jurisdicción judicial. En el inicio de esta distinción jurisdiccional está la célebre decisión contenida en el *arrêt* Terrier, de 1903, en el cual el Consejo de Estado francés señaló que todo lo que concernía a la organización y funcionamiento de los servicios públicos, fuera que la Administración actuase por vía de contrato o de autoridad, constituía una operación administrativa, que por su naturaleza, era del dominio de la jurisdicción administrativa.³²

La noción del servicio público, por tanto, fue la que dio origen a la distinción y corresponde a Jéze como ductor de la escuela de Burdeos o del servicio público, desarrollar la teoría de los contratos administrativos.³³

La justificación posterior de estos contratos administrativos, sometidos, como los servicios públicos, a un régimen jurídico especial, estuvo en la noción de las cláusulas exorbitantes del derecho común,

31. Véase José Ramón Parada Vázquez: *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*. Sevilla, 1963, pp. 32 y ss.

32. Véase la decisión del Consejo de Estado Francés, de 6-2-1903, conocida como *arrêt* Terrier, en M. Long, P. Weil y G. Braibant: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Paris, 1978, pp. 53 y ss.

33. En la obra de Gaston Jéze: *Principios generales del Derecho Administrativo*, 6 tomos. Buenos Aires, 1949-1950, los tres últimos están destinados a la: "Teoría general de los contratos administrativos".

que les daban una sustantividad propia. Por ello, el derrumbamiento del criterio del Servicio Público, como noción clave del derecho administrativo francés y de la partición de competencias entre las jurisdicciones administrativa y judicial, no produjo consigo el derrumbamiento de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado suscritos por la Administración. La distinción ya había adquirido sustantividad y perdido su base adjetiva, en base a la idea clave de las cláusulas exorbitantes del derecho común, las cuales siempre estaban presentes en los primeros y no se encontraban en los segundos.³⁴

Por supuesto, paralelamente a la idea de las cláusulas exorbitantes del derecho común, que más que la causa de la distinción era su consecuencia, la doctrina del derecho administrativo, en las últimas décadas, ha venido elaborando los más variados criterios de distinción entre las dos categorías de contratos.³⁵ La imposibilidad real de lograr una neta distinción entre ambas figuras contractuales es lo que ha provocado el desespero de los autores y que la propia teoría de los contratos administrativos siga siendo, como lo dice, E. García de Enterría: "notoriamente insatisfactoria".³⁶

2. *El concepto del contrato administrativo y la autonomía del derecho administrativo*

Como se dijo anteriormente, la autonomía del derecho administrativo, incuestionable por supuesto, se ha pretendido vincular, inconsistentemente, a la sustantividad propia de todas las instituciones de esta rama del derecho, particularmente respecto de las que provienen del tronco común del derecho privado, y a la aplicabilidad, a la Administración, de un régimen jurídico especial y propio, distinto del derecho civil. Allí está el origen de la insatisfacción, del desespero y de las posiciones polémicas que caracterizan a la teoría del contrato administrativo.

Ante todo, como lo ha puntualizado Dromi,³⁷ debe quedar claro que la mayoría de las figuras jurídicas son comunes a las distintas ra-

34. Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, pp. 108-109.

35. Véase, por ejemplo, Miguel Angel Bercaitz: *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires, 1952, pp. 169 y ss.

36. Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 110.

37. Véase José Roberto Dromi: "Contratos de la Administración: Régimen Jurídico Unitario", *Rassegna dei Lavori Pubblici*, Estratto dal N° 11. Noviembre, 1977, pp. 4 y 5.

mas del derecho. Por ello, el contrato, tal como lo afirma E. García de Enterría,³⁸ es una institución general a todo el Derecho, por lo que no es una figura propia de una rama jurídica específica; es común al derecho civil, al derecho mercantil, al derecho laboral y al derecho administrativo; y se lo califica de civil, mercantil, del trabajo o administrativo, cuando se le suman, a sus características básicas y genéricas, las notas peculiares y específicas del régimen regulado en esas ramas del derecho. El hecho histórico de que el contrato, como institución, haya tenido su origen sustantivo en el derecho privado, y que allí haya encontrado su aplicación y regulación más depurada, no puede conducir a la conclusión de que sea una figura exclusiva del derecho civil, y de que a las instituciones contractuales similares que tienen vida en otros ámbitos jurídicos, haya que construirles, a toda costa, una sustantividad propia. El derecho administrativo, para justificar su autonomía, no necesita ya del esfuerzo encomiable y quizás fundamental, por sustantivizar sus propias instituciones. Por otra parte, si bien el derecho administrativo es el que regula a la Administración Pública, la ecuación Administración-Derecho Administrativo no es válida en la actualidad, por la evidente interaplicación del derecho público y del derecho privado, tanto a los sujetos del derecho administrativo como a los particulares.³⁹

La Administración, por tanto, si bien preponderantemente regulada por el derecho administrativo, en la actualidad está sometida, tanto al derecho público como al derecho privado, y su actividad, regida por ambas ramas del derecho, será siempre una actividad administrativa.⁴⁰ No hay, en realidad, actividad privada de la Administración: así como no existen actos privados de la Administración, tampoco existen, en puridad, contratos de derecho privado de la Administración.⁴¹ La actividad de la Administración y en general, de todos los sujetos de derecho administrativo, está sometida a un régimen preponderante de derecho administrativo o preponderante de derecho privado, pero ello no autoriza a concluir que, en el primer supuesto, la actividad sea administrativa y en segundo, sea privada.

38. Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 115.

39. Véase Allan-R. Brewer-Carías: "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas...", *loc. cit.*

40. Aun en los supuestos de la denominada "administración del derecho privado", esta está regida por el derecho público. Véase Allan-R. Brewer-Carías: "La impugnación de los Actos Administrativos de Registro ante la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*. Caracas, 1975, p. 460.

41. *Cfr.*, José Roberto Dromi, *loc. cit.*, p. 10.

En materia de contratos de la Administración, entonces, habrá contratos con un régimen preponderante de derecho administrativo o preponderante de derecho civil,⁴² o si se quiere, habrá contratos en los cuales la modulación administrativa de los mismos alcanza una mayor o menor intensidad.⁴³

Por tanto, en nuestro criterio, en la actualidad, y en países como Venezuela, en los cuales la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido tradicionalmente competente para conocer de todos los litigios concernientes a los contratos de cualquier naturaleza en que sea parte la Administración, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, parece no tener el interés jurídico que ha tenido en otros países, o que pudo tener hace algunas décadas,⁴⁴ derivado del interés en sustantivizar nuestro propio derecho administrativo. Nosotros mismos, en un libro escrito hace quince años, al escribir sobre la teoría del contrato administrativo como una de las instituciones fundamentales del derecho administrativo venezolano, establecimos la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado basados en la finalidad perseguida por la Administración al contratar.⁴⁵

En todo caso, hay unos contratos de la Administración —esto ya no parece necesario reafirmarlo— que tienen siempre, como lo señala J. R. Parada Vázquez, un régimen mixto,⁴⁶ el cual según su finalidad, será un régimen preponderante de derecho público o preponderante de derecho privado, de acuerdo al interés público envuelto en el vínculo jurídico que se establezca. Por ello, puede decirse que no sólo la presencia de una Administración Pública en la relación contractual, sino la fina-

42. *Idem*, p. 11.

43. Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: "Curso...", cit. p. 497.

44. En 1964 sostuvimos el interés de la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración en base a la competencia jurisdiccional, en nuestro libro: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, cit., p. 158. Esta distinción parece ahora recogerla la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. (G.O. N° 1.893 Extr., de 30-7-76), en cuyo artículo 42, ord. 14, se atribuye competencia a la Corte Suprema de Justicia, para "conocer 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". La interpretación de esta expresión, por supuesto, está por hacerse en vía jurisprudencial. En todo caso, la competencia de la Corte y de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en conflictos que puedan tener origen contractual, parecería que fuera total cuando los entes públicos sean demandados, y se distribuye sólo por la cuantía (arts. 42, ord. 15; 181, ord. 2° y art. 185, ord. 6°).

45. Véase Allan-R. Brewer-Carías: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, cit., pp. 160 y ss.

46. Véase José Ramón Parada Vázquez: *op. cit.*, p. 11.

lidad perseguida por esa Administración, más o menos vinculada al servicio público, como noción genérica, es lo que provocará la preponderancia y las modalidades específicas de dicha relación.

Esto, sin embargo, no excluye el hecho de que todos los contratos de la Administración estén sometidos a un conjunto de regulaciones comunes de derecho público, y la posible preponderancia del derecho público o del derecho privado a que hemos hecho referencia, se reduzca, en realidad, a las modalidades de ejecución y cumplimiento del contrato. Aquí es donde adquieren sentido las denominadas cláusulas exorbitantes del derecho común, las cuales, en realidad, y en general, no son tales cláusulas contractuales, sino que resultan de los propios poderes de acción unilateral de la Administración, como gestora del interés público. Su utilización no está proscrita en ninguna de las relaciones contractuales de la Administración, ni siquiera en aquellas tradicionalmente calificadas como de derecho privado, por lo que en ellas podrán ser usadas según la apreciación del interés general envuelto en la relación contractual que haga la propia Administración.

Por otra parte, y aun en aquellos contratos tradicionalmente calificados como administrativos, debe recordarse que respecto de ellos, a pesar de que predomine el régimen de derecho público, no ha existido nunca un régimen jurídico uniforme sino que, en general, se han admitido tantos regímenes como relaciones contractuales celebra la Administración para el cumplimiento de sus fines públicos.

He aquí tres cuestiones básicas que tenemos que analizar a continuación.

3. *El régimen común de derecho público de todos los contratos de la Administración*

En efecto, señalamos, en primer lugar, que todos los contratos de la Administración, es decir, toda la actividad contractual de la Administración, cualquiera sea su forma, está siempre sometida a un régimen común y uniforme de derecho público. Bajo ese ángulo, no tiene interés jurídico plantear distinción alguna entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración. Este régimen unitario y común a todos los contratos de la Administración, se refiere al proceso de formación de la voluntad administrativa en la actividad contractual.⁴⁷

47. *Cfr.*, Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 113; José Roberto Dromi: *loc. cit.*, p. 11; José Ramón Parada Vázquez: *op. cit.*, pp. 12 y 13.

En este campo, donde la aplicación del derecho público es evidente, no hay duda que estamos en presencia de un régimen común a los denominados contratos administrativos y a los contratos de derecho privado. Veamos.

En primer lugar, las reglas de competencia. Estas se aplican y son de orden público, sea cual sea la Administración que actúe y sea cual sea la finalidad que la Administración persiga al actuar. No hay aquí distinguos: siempre, la Administración contratante debe ser la competente en los términos prescritos por el derecho administrativo, sin que quepa hablar de que tratándose de contratos de derecho privado se aplicarían las reglas civiles de la capacidad.⁴⁸

En segundo lugar, las reglas del procedimiento administrativo. En todos aquellos supuestos en que exista formalmente prescrito un procedimiento para contratar, la Administración debe sujetarse al mismo, sea cual sea la posible naturaleza de la relación contractual. Como ejemplo de ello deben citarse, en Venezuela, las normas sobre formalidades en la tramitación de contratos establecidas uniformemente para todos los contratos de la Administración Ministerial en el Reglamento del Estatuto Orgánico de Ministerios de 1971.⁴⁹

En tercer lugar, las reglas relativas a las formalidades previas previstas en ciertas relaciones contractuales: opinión previa del Senado o de la Contraloría General de la República en las relaciones contractuales en las cuales se enajenen bienes inmuebles o muebles, respectivamente, por ejemplo;⁵⁰ opinión previa del Consejo de Ministros o de la Contraloría en los contratos que impliquen transacciones.⁵¹

En cuarto lugar, las reglas relativas a las previsiones presupuestarias y al control fiscal externo. Todos los contratos celebrados por la Administración, cuando implican compromisos financieros, y por tanto, gastos, para poder ser celebrados, debe haberse previsto dichos gastos en el presupuesto anual. La previsión constitucional venezolana de que no se hará del Tesoro gasto alguno no previsto en la Ley de Presupuesto,⁵² se aplica a cualquier gasto originado en cualquier actividad administrativa, incluso su actividad contractual.

48. Véase Allan-R. Brewer-Carías: *Introducción al Estudio de la Organización Administrativa Venezolana*. Caracas, 1978, pp. 62 y ss.

49. Véase Decreto N° 539, de 10-2-71, en *Gaceta Oficial* N° 29.438, de 11-2-71.

50. Véase el artículo 150. ord. 2° de la Constitución, y artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

51. Véase art. 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

52. Art. 227.

Por otra parte, todos los contratos de la Administración, sea cual fuere la finalidad perseguida y su naturaleza, y salvo las excepciones de base cuantitativa o de urgencia previstas en la ley, están sometidos a las modalidades de control fiscal previo por parte de la Contraloría General de la República.⁵³ Este organismo, respecto de cada contrato que implique compromiso financiero, deberá verificar la correcta imputación del gasto programado al crédito presupuestario establecido; la disponibilidad de las respectivas partidas presupuestarias; la previsión de precios justos y razonables; y la existencia de las debidas garantías constituidas por el cocontratante a favor de la Administración.⁵⁴ Este régimen de derecho público, es común a todos los contratos celebrados por la Administración.

En quinto lugar, están las reglas de selección de contratistas. Cuando éstas están legal o reglamentariamente prescritas, las mismas se aplican a todos los contratos de la Administración, estableciéndose, en general, excepciones, en base a la cuantía y no en base a la naturaleza de la relación que se establece entre la Administración y el Administrado. Por tanto, la licitación, el concurso y todas las formas de selección se aplican, indistintamente, en todos los contratos de la Administración.⁵⁵

4. *El régimen preponderante de derecho público en la ejecución de ciertos contratos de la Administración*

A. *Algunos contratos con régimen preponderante de derecho público y sus consecuencias*

Hemos señalado que aparte del régimen común y uniforme de derecho público de todos los contratos de la Administración, sin duda, ciertos contratos que ésta celebra, por su vinculación al interés general o por su finalidad de servicio público, tienen un régimen preponderante de derecho público aplicable a las modalidades de ejecución, cumplimiento y extinción del contrato.

Ciertamente, por su carácter reiterativo y de utilización permanente, a ciertos contratos se los ubica, en forma fija, dentro de esta

53. Arts. 18 y ss., de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. (G.O. N° 1.756 Extr., de 30-6-75).

54. Art. 18 *idem*.

55. Véase arts. 427 y ss. de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y el Instructivo Presidencial N° 24, de 26-1-77, sobre las normas de licitación para la contratación de obras y adquisición de bienes muebles. (G.O. N° 31.161, de 26-1-77).

categoría con régimen de preponderancia de derecho público, por ejemplo, los contratos de obra pública o las concesiones de servicio público. Sin embargo, ello no implica que en un momento determinado, no pueda la Administración juzgar que, en una relación contractual cualquiera, aparentemente similar a las de derecho privado, no se haga presente un interés general que exija aplicar las modalidades propias del derecho público.

Ese carácter normal y reiterativo de aquellos contratos, por otra parte, ha llevado, por ejemplo, a la Administración, a la elaboración unilateral de cláusulas de condiciones generales y específicas, como las previstas en los contratos de obra pública, y a la elaboración, inclusive, del texto de los contratos por la sola Administración, configurándose, para los cocontratantes, en cabales contratos de adhesión.⁵⁶ Además, esas cláusulas de condiciones generales, por el interés público envuelto en la ejecución del contrato, inclusive llegan a regular situaciones jurídicas no previstas normalmente en contratos suscritos entre particulares, por ejemplo, en el campo de variación y revisión de precios y tarifas, que resultan ser más favorables a éstos.⁵⁷

Sin embargo, insistimos, este régimen preponderante de derecho público, manifestado en los aspectos señalados, si bien es normal en ciertos contratos tradicionalmente calificados como administrativos, ello no implica que haya otros contratos de la Administración, con pretendido régimen de derecho privado, en los cuales estén proscritas las modulaciones de derecho público. Esto resulta evidente en lo que concierne a las reglas de derecho público que afectan la ejecución, el cumplimiento y la extinción de los contratos llamados administrativos, y que dan origen a las denominadas cláusulas exorbitantes del derecho común.

B. *Las llamadas cláusulas exorbitantes*

Dos cuestiones deben quedar claras en torno a estas llamadas cláusulas exorbitantes: en primer lugar, como se dijo, en general no son cláusulas en el sentido de que no son estipulaciones contractuales, sino que, en realidad, son manifestaciones del poder de acción unilateral propio de la Administración Pública; y en segundo lugar, no son exorbitantes del derecho común, pues la Administración, por lo señalado anteriormente, puede utilizarlas aun en aquellas relaciones contractua-

56. Véase la Resolución N° 388, de 26-8-75, del Ministerio de Obras Públicas sobre condiciones generales de contratación para la ejecución de obras, en *G.O.* N° 30.786, de 4-9-75.

57. Por ejemplo, las cláusulas 09-01 y ss., en *idem*.

les en las cuales exista una preponderancia de régimen de derecho privado. Además, como lo ha dicho G. Vedel, la tal exorbitancia, en realidad no implica que las mismas pudieran ser ilícitas en contratos privados, sino que son desacostumbradas y poco verosímiles.⁵⁸ De allí que no sirvan como criterio para fundamentar una distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración.

Pero ¿cuáles son, en realidad, estas famosas cláusulas exorbitantes que sólo podrían darse en el campo del contrato administrativo? Eduardo García de Enterría ha hecho un magistral análisis de las mismas,⁵⁹ que conviene repasar.

a. *Las decisiones unilaterales de la Administración en la ejecución de los contratos*

En primer lugar, están todas aquellas decisiones unilaterales de la Administración Pública en materia contractual, y que se refieren, como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, a la dirección, interpretación, incumplimiento, sanción, y extinción de la relación contractual.⁶⁰ Sin embargo, como lo señala E. García de Enterría, estas cláusulas, en realidad son extracontractuales, y provienen de los poderes propios de acción unilateral de la Administración como gestora del interés público. Por ello, con razón, la jurisprudencia venezolana ha establecido que estas cláusulas no necesitan estar previstas en el texto contractual,⁶¹ por supuesto que no, pues como se dijo, no son realmente estipulaciones contractuales, ni podrían serlo. En todo caso, conforme a ello, la Administración, unilateralmente, puede decidir sobre la dirección en la ejecución del contrato, sobre la interpretación de sus cláusulas, sobre las situaciones que originan incumplimiento del contrato, sobre la aplicación de las sanciones legalmente previstas y sobre las situaciones que permiten decidir la rescisión unilateral. Estas decisiones son actos administrativos unilaterales, que gozan tanto de ejecutividad como de ejecutoriedad, y que deben ser impugnados previamente, como tales actos administrativos, antes de procederse a acudir a la vía contencioso-administrativa de plena jurisdicción en materia contractual, salvo que

58. Véase Georges Vedel: "Remarques sur la notion de clause exorbitante", en *Etudes en l'honneur d' A. Mestre*. Paris, 1956, pp. 545 y ss., cit. por Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 122. Cfr. André de Laubadère: *Traité des Contrats Administratifs*. Paris, 1956, p. 99.

59. Véase Eduardo García de Enterría: "La figura...", *loc. cit.*, pp. 122 y ss.

60. Véase Allan-R. Brewer-Carías: *Las Instituciones Fundamentales...* cit., pp. 196 y sigts.

61. *Idem*, p. 196.

las pretensiones de condena planteadas en esta última vayan acompañadas de las respectivas pretensiones de anulación.

Estas decisiones unilaterales de la Administración, como se dijo, en general, no son cláusulas contractuales y resultan del propio poder de acción unilateral de la Administración previsto en el ordenamiento jurídico. Por supuesto, esta decisión unilateral no puede afectar elementos que sean de la esencia del vínculo jurídico contractual:⁶² por ejemplo, los daños y perjuicios por incumplimiento, si no existe cláusula penal expresa, no pueden estimarse unilateralmente, y la Administración tendrá que probarlos en vía judicial.⁶³

En todo caso, estos poderes de decisión unilateral se pueden utilizar frente a cualquier relación contractual de la Administración, sea de las que tienen un régimen preponderante de derecho público o de derecho privado; dependerá su utilización de la apreciación del interés general envuelto en la relación contractual que haga la Administración. Por ello, al no ser cláusulas contractuales, no pueden servir para distinguir unos contratos de otros.

b. *Los poderes de modificación unilateral de los contratos*

En segundo lugar, están todos los poderes o prerrogativas de la Administración que pueden conducir a la modificación de las cláusulas contractuales. Esto sucede, no sólo cuando es la propia administración contratante la que modifica el contrato unilateralmente, sino cuando lo hace otra autoridad pública, mediante el denominado "hecho del príncipe". De nuevo, aquí nos encontramos con el poder de acción unilateral de la Administración, que no tiene su fuente en el contrato, y que no afecta la esencia de la relación contractual.

En efecto, en caso de modificación e incluso, de rescisión unilateral del contrato por la Administración cocontratante por razón de interés público, la Administración debe indemnizar al cocontratante, por lo que la equivalencia de prestaciones, cuyo equilibrio puede ser roto por la decisión unilateral, se restablece con el derecho a indemnización.⁶⁴ La rescisión o modificación unilateral no afectan, realmente, la esencia del contrato, y lo que no puede el cocontratante, es alegar

62. Cfr., Eduardo García de Enterría: "La figura...", *loc. cit.*, pp. 123 y 124.

63. Véase Allan-R. Brewer-Carías: *Las Instituciones Fundamentales...* cit., p. 199.

64. Véase, Eduardo García de Enterría: "La figura...", *loc. cit.*, p. 126.

ilicitud en el poder de modificación unilateral y demandar a la Administración el cumplimiento. El incumplimiento siempre es posible en las obligaciones de hacer, y la incoercibilidad del cumplimiento específico de éstas se sustituye con la equivalencia indemnizatoria.⁶⁵ La legalidad de la decisión unilateral que modifique o extinga un contrato, está vinculada al interés público envuelto y sus límites son los límites de la discrecionalidad, por lo que no puede ser arbitraria.⁶⁶

Por otra parte, las modificaciones contractuales derivadas del hecho del príncipe, y que también dan derecho a indemnización, de nuevo derivan de los propios poderes de acción unilateral del Estado y la Administración, con los cuales no sólo se pueden afectar contratos suscritos entre la Administración y un particular, sino contratos suscritos entre particulares: piénsese sólo, por vía de ejemplo, en los efectos de la expropiación sobre contratos interpartes.

En todo caso, la modificación unilateral de los contratos de la Administración y que proviene de decisiones unilaterales de ésta, es una facultad que ella tiene respecto de todos los contratos que suscriba, sean de régimen preponderante de derecho público o de derecho privado, es decir, sean contratos administrativos o de derecho privado. Su aplicación a las relaciones contractuales siempre será posible y dependerá de la apreciación del interés general envuelto en la situación jurídica concreta. No debe dejar de mencionarse, por ejemplo, que la decisión más importante de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en materia de contratos administrativos, dictada en 1954,⁶⁷ fue producida con motivo de un contrato suscrito entre la República y un particular para el suministro de conejos con fines de investigación y experimentación por parte del Ministerio de Agricultura y Cría. Un contrato de suministros de conejos con esos fines, realmente, no parecía, a primera vista, como un contrato de los denominados administrativos; sin embargo, por una epidemia observada en los conejos, la Administración decidió rescindirlo unilateralmente, y con ello "descubrió" que su régimen era uno preponderante de derecho público, dada la apreciación que del interés general envuelto realizó la Administración.

65. Véase José Ramón Parada Vázquez: *op. cit.*, pp. 216 y ss.

66. Véase Allan-R. Brewer-Carías: "Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas", en *Revista de la Facultad de Derecho, UCAB*, N° 2, Caracas, 1965-1966, pp. 9 y ss.

67. Véase en Allan-R. Brewer-Carías: *Jurisprudencia de la Corte Suprema, 1930-1971*, v *Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol. 2, Caracas, 1977, pp. 661, 729, 732, 767, 804, 828 y 893.

c. *Los efectos de los contratos respecto de terceros*

En tercer lugar, como parte de las llamadas cláusulas exorbitantes, están todos aquellos efectos de los contratos respecto de terceros extraños a la relación contractual Administración-Administrado. En efecto, como consecuencia de ciertos contratos administrativos, particularmente de las concesiones, resulta que los terceros pueden quedar afectados por cargas específicas.⁶⁸ Por ejemplo, en las concesiones mineras y en las antiguas concesiones de hidrocarburos, el concesionario podía, por subrogación de la potestad estatal, ejercer la potestad expropiatoria respecto de inmuebles de propiedad particular necesarios para la explotación o exploración del objeto de la concesión;⁶⁹ en los contratos de obra pública, el cocontratante de la Administración puede ocupar temporalmente propiedades ajenas a los efectos de la construcción contratada;⁷⁰ en las concesiones ferrocarrileras, el concesionario tiene derecho a extraer materiales de propiedades privadas cercanas a la línea del ferrocarril, a los efectos de la construcción de la misma;⁷¹ en fin, en las concesiones de servicio público, los concesionarios tienen derecho a percibir las tasas por la prestación del servicio, y a ejercer potestades de policía del servicio público.⁷² En ellas mismas, además, los bienes del concesionario afectados al servicio público, no son embargables de inmediato por vía judicial.⁷³

La doctrina francesa ha visto en estas cargas o efectos respecto de terceros, una ruptura del principio de la relatividad de los efectos de los contratos, limitados a las partes. Sin embargo, es necesario destacar, como lo ha hecho André de Laubadère, que lo que se califica como efectos respecto de terceros no provienen, en realidad, del contrato Administración-Administrado, sino directamente de la ley.⁷⁴ En Venezuela, por ejemplo, son las Leyes de Minas, de Hidrocarburos, de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, de Ferrocarriles, de la Procuraduría General de la República y los cuerpos normativos lo-

68. Véase Eduardo García de Enterría: "La figura...", *loc. cit.*, pp. 126 y 127.

69. Véase el artículo 9 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. y artículo 52 de la Ley de Hidrocarburos.

70. Artículos 47 y ss. de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

71. Artículo 17 de la Ley de Ferrocarriles, del 25-7-57. (G.O. N° 25.425, de 7-8-57).

72. Por ejemplo, los artículos 32 y ss. de la vieja Ley de Concesiones Ferrocarrileras de 1918, derogada por la ley de 1957.

73. Véase art. 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de 20-12-65 (G.O. N° 27.921, de 22-12-65).

74. Véase André de Laubadère: *Traité des Contrats Administratifs*. Cit., Tomo II, pp. 86 y ss.

tales de servicios públicos, los que prevén estos efectos respecto de terceros. Por tanto, no son los contratos los que tienen efectos respecto de terceros, sino las previsiones legales respectivas, actualizadas y concretizadas mediante una relación contractual.

Estas "cláusulas exorbitantes", en todo caso, además de no ser, exclusivamente, tales cláusulas, su posibilidad está regulada por ley, y es ésta la que establece, al preverlas, en definitiva, una preponderancia de régimen de derecho público, al que hemos hecho referencia.

C. *La ausencia de un régimen jurídico unitario para los contratos de la Administración con régimen preponderante de derecho público*

Tal como hemos señalado, en el universo de las figuras contractuales del actuar administrativo, pueden identificarse algunos contratos que, por su utilización frecuente para fines públicos o por la finalidad concreta de servicio público perseguida, están sometidos a un régimen mixto público y privado, pero preponderante público en cuanto a la ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos. Estos contratos, normalmente, se los denomina administrativos.

Ahora bien, en esta categoría de contratos, es necesario puntualizar que los mismos no tienen, en absoluto, un régimen uniforme de preponderancia de derecho público. No encontramos en todos ellos las mismas cláusulas exorbitantes ni las mismas normas de derecho público. Basta recordar, de nuevo, los ejemplos citados anteriormente respecto de los efectos de los contratos con relación a terceros. Las normas de derecho público variarán, según la mayor o menor regulación legal positiva de que haya sido objeto la figura contractual. Por tanto, frente a los contratos administrativos, ni siquiera podemos hablar de un régimen unitario preponderante de derecho público.

IV. CONCLUSION

Nuestro tema consistía en exponer la evolución del concepto de contrato administrativo. Creo que los planteamientos formulados han cumplido su cometido.

En todo caso, la evolución que nosotros observamos en grandes líneas, se puede resumir en los siguientes trazos:

1) En Francia, durante el siglo pasado, no se planteaba la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado

de la Administración: los contratos de la Administración tenían un solo régimen jurídico y su conocimiento correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de su competencia con fundamento orgánico. Cuando se formula el criterio diferenciador de actos de autoridad y actos de gestión, a pesar de que a los contratos se los ubicaba en esta última categoría, su control jurisdiccional, por vía de excepción, continuaba bajo la competencia de la jurisdicción administrativa.

2) Con la aparición del criterio de servicio público, a principios del presente siglo, como criterio del derecho administrativo, no sólo se consolida la autonomía de esta disciplina, sino que se comienzan a sustantivizar las diversas instituciones utilizadas en el actuar administrativo. Los contratos administrativos quedaron vinculados a la noción de servicio público, y los mismos caían bajo la competencia de la jurisdicción administrativa. Los otros contratos que celebraba la Administración, caían bajo la competencia de la jurisdicción judicial, con lo que se rompió la unidad adjetiva y jurisdiccional en materia contractual. Se diferenció, entonces, al contrato administrativo del contrato de derecho privado de la Administración, y se sustantivizó el primero, como un contrato típico del derecho administrativo, por oposición al de derecho civil, identificable jurídicamente por la presencia en ellos de cláusulas exorbitantes del derecho común.

3) Ante el abandono del criterio del servicio público, ya la teoría del contrato administrativo había desarrollado una sustantividad tal que, básicamente, estaba fundamentada en la presencia de las cláusulas exorbitantes. Ello era suficiente para seguir sosteniendo la distinción, a los solos efectos jurisdiccionales, como criterio de repartición de competencias.

4) Esta teoría del contrato administrativo, materialmente fue la que se recibió en los países como los nuestros, cuyos sistemas jurídicos han sido tributarios del derecho francés. Importamos, en general, la distinción teórica, pero sin la justificación jurisdiccional práctica. Por ello, la doctrina universal trató de justificar la distinción, formulando los más variados y diversos criterios.

5) En la actualidad, consolidada y madurada la doctrina administrativa en los países latinoamericanos, se comienza a observar, al igual que en la doctrina española, un proceso de revisión y crítica a la distinción importada y trabajada. No existiendo, en general, una repartición de jurisdicciones a la usanza francesa, y no necesitando actualmente el derecho administrativo de sustantivizar sus instituciones por

oposición al derecho civil, de donde provienen la mayoría, el problema de los contratos administrativos se plantea en otros términos.

6) En realidad, toda la actividad contractual de la Administración es de carácter administrativo. No hay contratos privados de la Administración. Todos los contratos de la Administración tienen un régimen mixto de derecho público y de derecho privado. Una parte sustancial de dicho régimen es común a todos los contratos, y es de derecho público. Se trata de las normas relativas a la formación del contrato. En materia de ejecución, cumplimiento y extinción del contrato, el régimen será preponderante de derecho público o preponderante de derecho privado, según la finalidad de servicio público perseguida por la Administración. Pero ello no autoriza a plantear una distinción y régimen estático. La gestión del interés general puede hacer variar las condiciones de ejecución, según la apreciación de la Administración, y por tanto, la preponderancia del régimen.

7) En todo caso, esta preponderancia de régimen de derecho público proviene, en general, de poderes propios de acción unilateral de la Administración y no tienen su fuente en el contrato. Por otra parte, no se presenta este régimen como uniforme en los llamados contratos administrativos, pues varía según los cuerpos normativos que regulan cada figura contractual.

8) En definitiva, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración está en la actualidad superada, y ya no tiene interés jurídico. Insistimos, toda la actividad contractual de la Administración es administrativa, y habrá, en ciertos contratos, según la finalidad de servicio público perseguida, una preponderancia de régimen de derecho público. Si a estos contratos los queremos llamar contratos administrativos, ello será por puro convencionalismo y tradición terminológica legítima, pero no porque sean opuestos a los contratos de derecho privado que celebre la Administración.