

# LA TEORIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA DOCTRINA, LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA VENEZOLANAS \*

LUIS H. FARIAS MATA

## SUMARIO

*Introducción.* A) Justificación. B) Visión de conjunto de los principales problemas. a) Planteamiento. b) Delimitación. I. *Problemas generales de la contratación administrativa.* A) Los rasgos que caracterizan y definen el contrato administrativo en la doctrina y jurisprudencia extranjeras. a) La técnica contractual administrativa. b) Contratos administrativos y contratos de interés público. B) Los criterios claves. a) Las cláusulas exorbitantes. b) El servicio público. C) La noción de servicio público como identificadora del contrato administrativo en la jurisprudencia y en la doctrina venezolanas. a) Los aportes de la doctrina y de la jurisprudencia extranjeras. b) Las soluciones de la doctrina y de la jurisprudencia venezolanas. II. *Problemas relativos a los elementos del contrato administrativo.* A) El elemento objetivo y la finalidad del contrato administrativo. a) Planteamiento del problema. b) La jurisprudencia venezolana. c) la doctrina. B) El elemento formal y su papel preponderante en el contrato administrativo. a) La doctrina y la jurisprudencia extranjeras. b) Opiniones sustentadas al respecto. C) La causa. D) El elemento subjetivo: las autoridades administrativas competentes para contratar. a) Planteamiento. b) nuestra opinión. *Apéndice.* A) Contratos de interés público celebrados con Estados o Entidades extranjeros y con sociedades no domiciliadas en Venezuela. B) Contratos administrativos celebrados con Institutos Autónomos. C) ¿Autorización o Aprobación Legislativa? *Conclusiones.*

---

\* El presente trabajo, elaborado a finales del año 1965, fue publicado por la Gobernación del Distrito Federal en 1968 y dedicado entonces a nuestro hoy homenajeado Don Antonio Moles Caubet.

Le ha parecido al autor, en atención a tal circunstancia, que la presente publicación resultaba el lugar más adecuado para incluirlo, tanto más cuanto que aquella edición se encuentra agotada y que sus conclusiones permanentes, como tesis vigentes, aunque siempre abiertas a la discusión.

## INTRODUCCION

A) *Justificación*

La refinada elaboración de una teoría del contrato administrativo proporciona, en general, una medida adecuada del grado de evolución en que se encuentran los sistemas jurídico-positivos en materia administrativa. Esta, que no pretendo sentar como regla, de todas maneras si lo fuera comportaría excepciones, a la cabeza de las cuales tendría que ser colocado nuestro Derecho positivo: en efecto, es la figura del contrato administrativo la que, en mi opinión, aparece, paradójicamente, como en vías de lograr una mejor configuración en Venezuela, dentro de una teoría jurídico-administrativa reciente y, si se quiere, precaria.

La Constitución de 1961, al recoger los principios que en materia de contratos administrativos tradicionalmente han inspirado nuestro Derecho positivo, plantea, a su vez, nuevos problemas. La interpretación que de éstos haga y la solución que de los mismos propongo, constituyen la base sustancial de este trabajo.

B) *Visión de conjunto de los principales problemas*

a) *Planteamiento.* Los débiles argumentos esgrimidos en contra de la admisión del contrato administrativo como figura jurídica con rango propio,<sup>1</sup> excusan de toda respuesta cuando un sistema de derecho positivo la acoge.<sup>2</sup> Es este el caso de nuestro ordenamiento jurídico positivo, bien interpretado en esta materia por una jurisprudencia que ya puede ser calificada como de reiterada y constante.<sup>3</sup> A esta circuns-

a

1. Esos argumentos se encuentran adecuadamente expuestos y hábilmente rebatidos en una obra básica en la bibliografía jurídico-administrativa en lengua española: el *Tratado de Derecho Administrativo*, de Fernando Garrido Falla. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, 2ª edición, volumen II, pp. 28 a 34. Ver asimismo nota 16 de este trabajo.
2. "De cuanto se ha dicho se deduce la indudable posibilidad teórica del contrato administrativo. Cuestión distinta será la relativa a la admisión de esta técnica contractual por un ordenamiento positivo determinado: esta cuestión sólo podrá resolverse a la vista de los preceptos de dicho ordenamiento". (Garrido: *ob. cit.*, p. 34).
3. A la cabeza de las decisiones en este campo, aparece una sentencia que considero magistral por la moderna técnica con que resuelve el caso concreto planteado en la litis, sobre todo si se toma en cuenta su fecha: 12 de noviembre de 1954. Precede en casi dos años al famoso *arrêt "époux Bertin"* del Consejo de Estado francés (de fecha 20 de abril de 1956), con el cual coincide en la revaloración del criterio de servicio público —frente al de las cláusulas exorbitantes que para ese momento parecía predominar en la doctrina y en la jurisprudencia— como característica de la contratación administrativa. La decisión venezolana es una sentencia de la Corte Federal que aparece en *Gaceta Forense*, N° 6, 2ª etapa, vol. I,

tancia obedece sin duda el hecho de que, ni la posibilidad teórica del contrato administrativo, ni la cuestión relativa a la admisión de la técnica contractual por nuestro ordenamiento jurídico positivo, en una palabra, la posibilidad de esta figura en el Derecho administrativo venezolano,<sup>4</sup> constituyan motivo de reflexión especial para nuestra doctrina.<sup>5</sup>

Por el contrario, ha sido muy discutido, a partir de la vigencia de la Constitución de 1961,<sup>6</sup> el problema (relativo a la formación de la voluntad administrativa) de las autoridades públicas competentes para obligarse en la contratación administrativa, así como el de la intervención del Parlamento en esta materia; o la cuestión de cuál es la noción clave del contrato administrativo (cláusulas "exorbitantes" o criterio del "servicio público") y, en caso de ser el criterio de servicio público el predominante, en qué sentido ha de tomarse éste y si constituye el objeto o el fin del contrato.

Al análisis de estos problemas, encuadrándolos dentro del conjunto de principios comunes —escasamente legales y, a menudo, jurisprudenciales y doctrinales— que constituyen lo que los autores conocen como "doctrina general de los contratos administrativos", van dedicadas las páginas subsiguientes.

b) *Delimitación.* Dentro del problema general de la formación de la voluntad administrativa aparece el de la capacidad para contratar, ligado, como es lógico, y así lo ha puesto de relieve Rivero, a la cues-

191. Confróntese el *arrêt* "époux Bertin" en Long, Weil, Braibant: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1965 (4ª edición), pp. 427 a 437. Sobre estas ideas insistiremos más adelante.

4. Esta cuestión constituye el objeto de las reflexiones iniciales de Garrido, al abordar el tema de la contratación administrativa. Confróntense las páginas 27 a 34 y, especialmente, la conclusión a que arriba en la página 34 (obra referida en la nota N° 1).
5. Brewer no hace de este tema motivo de reflexión. Comienza su estudio sobre los contratos administrativos, afirmando: "Es un hecho, uniformemente aceptado por la práctica administrativa y la jurisprudencia administrativa venezolana, que el Estado, y concretamente la Administración Pública, sea Nacional, Estatal o Municipal, pueden celebrar contratos para el desarrollo de sus múltiples actividades". (Brewer Carías, A. R.: *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*. Universidad Central de Venezuela - Publicaciones de la Facultad de Derecho - Caracas, 1964, p. 157). Por su parte, Lares Martínez, quien sí aborda este problema, lo resuelve, sin vacilaciones, en sentido afirmativo: "En Francia, España, en un sector de la doctrina italiana, y en los países hispanoamericanos, se sostiene que la administración puede adoptar decisiones unilaterales y celebrar contratos sujetos a regímenes disímiles: contratos de derecho administrativo y contratos de derecho común. Compartimos esas ideas". (Lares Martínez, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela —Cursos de Derecho—, Caracas, 1963, p. 192).
6. Véase la nota N° 50 de este trabajo.

tión de la "personalidad moral": "Son las personas morales públicas, y sólo ellas, quienes pueden contratar; en los contratos otorgados por alguno de los servicios del Estado, en particular, es el Estado, y no el servicio, quien se obliga".<sup>7</sup>

Las autoridades que comprometen la voluntad administrativa; la formación de ésta como resultado de un procedimiento —que comporta normalmente las reglas según las cuales el consentimiento debe ser emitido y, además, ciertos controles sobre las autoridades contratantes—, son todas cuestiones normalmente determinadas o resueltas por los ordenamientos jurídico-positivos.

Que la formación de la voluntad administrativa —ya sea cuando ésta actúa unilateralmente, como lo hace en el acto administrativo,<sup>8</sup> o bien cuando necesita del concurso de otras voluntades, como sucede en los contratos por ella suscritos—, es el resultado de un procedimiento, ha sido puesto suficientemente de relieve por la doctrina,<sup>9</sup> consagrado por la legislación y acogido por la jurisprudencia.<sup>10</sup>

Ahora bien, ¿cómo se forma la voluntad contractual de la Administración pública venezolana y cuáles son las autoridades facultadas para intervenir en su elaboración? Para responder a estas interrogantes es necesario hacer una referencia previa a lo que la doctrina, la legislación, y la jurisprudencia entienden por contrato administrativo, cuáles son los criterios que se han elaborado a este respecto y cómo los recoge nuestro ordenamiento jurídico-positivo a la luz de la interpretación de nuestros autores y de las decisiones de nuestros Tribunales.

## I

### PROBLEMAS GENERALES DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO VENEZOLANO

Acorde con la delimitación que me he impuesto en la introducción de este trabajo, me propongo abordar entre esos problemas generales los que considero de mayor importancia o han sido objeto de interpretaciones, si no discrepantes, al menos disímiles:

7. Rivero, Jean: *Droit Administratif*. Précis Dalloz. París, 1962 (2ª edición), p. 104.
8. Garrido Falla, Fernando: *Régimen de impugnación de los actos administrativos*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pp. 254 y ss.
9. Garrido: *Tratado...*, volumen II, p. 45; Rivero: *Droit Administratif*, p. 104; Lares: *Manual...*, p. 199.
10. En relación con la jurisprudencia venezolana, véase Brewer: *Las instituciones...*, pp. 168 y ss.

A) *Los rasgos que caracterizan y definen el contrato administrativo en la doctrina y jurisprudencia extranjeras*

a) *La técnica contractual administrativa.* Que la Administración recurra a la técnica contractual es una cuestión, insistimos, teóricamente admitida por la doctrina, acogida sin reservas por la jurisprudencia, corroborada por la práctica administrativa y, en nuestro ordenamiento jurídico-positivo, consagrada por la Constitución y por las leyes.<sup>11</sup>

En la figura del contrato, la Administración echa a mano de una técnica francamente inspirada en el Derecho privado, y lo hace, acudiendo a dos vías: bien obligándose en forma *casí* —ciertas reglas de competencia y de procedimiento respecto de la Administración son extrañas a los contratos entre particulares—<sup>12</sup> idéntica a la que contractualmente utilizan las personas particulares en el Derecho privado; o bien, derogando en gran medida las reglas que constituyen el fundamento de los contratos en el Derecho Civil o Mercantil: la igualdad de las partes y la libertad contractual.

Este régimen excepcional —por comparación al de derecho privado— en su naturaleza, que no en su número, caracterizado por ese doble aspecto últimamente señalado, constituye el campo en el cual se desenvuelven los contratos administrativos. Los citados en primer término, han sido denominados incidentalmente, entre nosotros, “contratos de administración”;<sup>13</sup> denominación que se presta a confusiones, porque el empleo de la similar expresión “contratos de la administración” es utilizada corrientemente para aludir a la masa de obligaciones con-

11. Ver nota N° 5, de este trabajo y, especialmente, Lares: *Manual...*, pp. 192 y 196 (contratos de “interés público”).

12. Así resulta exagerado, por tajante, el juicio de Brewer de que “si se está en presencia de un contrato de Derecho privado concluido por la Administración Pública, las reglas aplicables son las del Código Civil” (*Instituciones...* p. 158), la cual podría ser corregida en el sentido de decir: las reglas “fundamentalmente” aplicables son las del Código Civil. Igualmente cuando Brewer afirma: “En cambio, el régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos es aquel propio del Derecho administrativo”, incurre también en una evidente exageración que podría poner en tela de juicio la aplicación subsidiaria del derecho civil en la contratación administrativa, un hecho evidente de la técnica propia de ésta. (Cfr. Garrido: *Tratado...*, pp. 80 a 81 del volumen II).

13. Dictamen N° 132, de fecha 8-12-63, presentado por la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia a la sexta reunión de Consultores Jurídicos de la Administración pública venezolana con el Procurador General de la República, p. 13.

tractuales en que la Administración se compromete, lo que convierte dicha expresión en un concepto amplio y general, en el cual caben, de una parte, la especial categoría de los contratos administrativos, y de otra, aquellos de derecho privado o de derecho común en que la Administración es parte.<sup>14</sup>

Pero, sea cual fuere la definición que del contrato administrativo se adopte, todas ellas de inspiración jusprivatista como el origen de la figura que definen,<sup>15</sup> los rasgos característicos del régimen de los mismos —régimen que, por otra parte, destaca en pleno relieve la autonomía y la originalidad del Derecho administrativo— aparecen fundamentalmente concretados, insistimos, en esas dos direcciones: de una parte el atentado que dicho régimen supone contra dos principios básicos de la técnica contractual de derecho privado, el de la “libertad contractual” y el de la “igualdad de las partes”, el último tan tradicional como el primero, pero que la mentalidad jusprivatista juzgó con criterio menos dogmático, una vez que fue puesto en crisis por la innegable realidad (que los llamados “contratos de adhesión” pusieron en evidencia) de las profundas diferencias existentes entre los contratistas, desigualdad que en la práctica somete a uno de ellos a la voluntad del otro. Esto de una parte, y de la otra —simultánea y hasta, en principio, paradójicamente— la fidelidad que el contrato administrativo guarda, sin embargo, hacia los principios de derecho privado, reflejada, sobre todo, en la salvaguarda de los derechos y ventajas (especialmente económicas) que en el contrato se establece a favor del particular cocontratante.

Por otra parte, una de las consecuencias —que tan característica aparece de la contratación administrativa— de esta señalada desigualdad

14. Es esta la idea que esbozan —y también la terminología que adoptan— Lares: *Manual...*, p. 190, y Brewer, en *Instituciones...*, p. 157. Aparece también implícita en Rivero: *Droit Administratif*, p. 98, y Garrido: *Tratado...*, volumen II, p. 36. Lares expresa así la idea: “La jurisprudencia y la doctrina han dividido los contratos que celebra la Administración en dos grandes categorías: los contratos administrativos y los contratos de derecho común. (Lares, página indicada en esta misma nota).

15. “Según el Código Civil venezolano (Art. 1133), el contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico... La noción de contrato, tal como aparece en la definición del Código Civil, es la misma en el dominio del derecho público y del derecho privado”. Lares: *Manual...*, p. 189. “Acuerdo bilateral de voluntades realizado entre dos o más personas jurídicas, una de las cuales es la Administración Pública actuando en función administrativa, con la finalidad de servicio público y el efecto de crear una situación jurídica individual y subjetiva”. Brewer: *Instituciones...*, p. 162. La definición de Lares se encuentra mejor dispuesta para soportar las nuevas orientaciones que parecen abrirse con el *arrêt Peyrot*, de las cuales trataremos más adelante (véase nota N° 84).

entre las partes, es el hecho de que se lesione el efecto más importante del contrato civil: éste, concebido como *lex inter partes* (*pacta sunt servanda* es la expresión usada en derecho civil e internacional para resumir tan importante efecto de los contratos de derecho privado). Garrido lo considera como "el principio fundamental de la contratación civil", y su atenuación en el contrato administrativo —con base en el principio de la "mutabilidad" inspirada en razones de interés público— lo define hasta tal punto que —en opinión de ese mismo autor— tal circunstancia constituye como una "piedra de toque" para averiguar el grado de evolución del régimen jurídico-administrativo de un determinado país.<sup>16</sup>

En resumen, el contrato administrativo, de inspiración jusprivatista, justifica su nacimiento, su razón de ser y su autonomía por los rasgos que lo perfilan, es decir, por el atentado que la técnica contractual supone contra esos dos principios básicos del contrato en el derecho privado y por las consecuencias que de allí se derivan en relación con los efectos que produce el contrato administrativo, todo ello dentro del marco general de las normas contractuales de derecho privado, respetadas y subsidiariamente aplicadas hasta el punto en que el interés público lo permita. Entre esos dos extremos —sujcción a las normas de derecho civil y violación de algunos de los principios de derecho privado justificada por razones de interés público— encuentra su adecuado y paradójico juego la peculiar teoría del contrato administrativo.<sup>17</sup>

b) *Contratos administrativos y contratos de interés público.* Así perfilada y definida por sus elementos característicos, que la jurisprudencia venezolana ha contribuido a depurar, la figura del contrato administrativo es consagrada por la Constitución con el nombre de contratos "de interés nacional" o de "interés público".

Es ésta al menos la opinión doctrinal mayoritaria en nuestro país, salvo la discrepancia que en este campo representa Pérez Luciani.

En efecto, Lares Martínez recuerda que "en sentencia de 15 de marzo de 1962, la Corte Suprema de Justicia ha denominado contrato de interés público —*expresión equivalente a la de contrato adminis-*

16. "El principio fundamental de la contratación civil se resume en la fórmula del contrato *lex inter partes*. Puesto que el contrato administrativo tiene su origen en el contrato civil, participa también —a salvo las correcciones que le dan su perfil característico— de este mismo dogma. Ahora bien, *cuanto menos evolucionado aparezca el régimen jurídico-administrativo de un determinado país, la aplicación del principio referido será tanto más rigurosa*". Garrido: *Tratado...*, volumen II, p. 79.

17. Garrido: *Tratado...*, pp. 78 a 81 (volumen II).

*trativo*— al que celebra el Gobierno Nacional con un instituto bancario, para que éste actúe como banco auxiliar de la Tesorería. Brewer mantiene también la identificación entre contratos administrativos y contratos de interés público.

Por su parte, la opinión de la Asesoría Jurídica de la Administración Pública venezolana es coincidente: “En el lenguaje constitucional, contrato de interés nacional o contrato de interés público —expresiones usadas indistintamente en el Artículo 126—, son equivalentes a la universalmente conocida figura jurídica de los contratos administrativos”. La Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia sostiene también la misma tesis: “Debemos señalar como punto previo... que estamos de acuerdo con que los contratos de interés nacional o de interés público se identifican con aquellos contratos que la doctrina llama “contratos administrativos”.

La opinión de Pérez Luciani comienza a romper entre nosotros la señalada unanimidad doctrinal: “Queremos mencionar que nuestra Constitución en el Artículo 126 habla de «contratos de interés nacional», «contratos de interés público nacional» y de «contratos de interés público», pero a pesar de todas esas denominaciones, creemos que se refiere a un solo tipo especial de contratos, por su importancia, por su magnitud económica, por sus consecuencias, etc., pero que tales denominaciones no tienen nada que ver con la clasificación generalmente aceptada por la doctrina y por nuestra jurisprudencia de «contratos administrativos». Son categorías que pueden coincidir, pero que no necesariamente han de coincidir”.

En nuestra opinión, habría que tomar la frase constitucional en su contexto, tal como aparece en el párrafo primero del Artículo 126 de la Carta Magna, comparándola con el párrafo siguiente, para averiguar su sentido.

En efecto, el Parágrafo 2º del Artículo 126 añade a la denominación “contrato de interés nacional” otro calificativo: el de “público”, lo cual nos indica que no son contratos de “interés privado”; y además, se opone allí el concepto “nacional”, a “estadal” y a “municipal”. De donde se desprende que los contratos de interés nacional son, de una parte, de interés público y, de otra, referentes a la vida nacional y no a la local. Esto nos lleva a disentir de la concepción de Pérez Luciani. Si como él piensa, los contratos de interés nacional fuesen aquellos de gran trascendencia, de gran magnitud económica, de gran importancia por sus consecuencias, uno, pongamos por caso, celebrado por la

Municipalidad del Distrito Bolívar del Estado Zulia con las Compañías petroleras para la distribución del gas en la ciudad de Maracaibo —ejemplo que pone de manifiesto la importancia económica del convenio—, el cual, razonando dentro de la tesis de Pérez Luciani, y en atención a la magnitud económica del mismo, debería ser calificado de “interés público nacional” recibirá sin embargo, con sujeción a la estricta terminología constitucional, el calificativo de contrato de interés público municipal.

En nuestra opinión, el asunto debería ser replanteado en los siguientes términos:

1) Cuando el constituyente se refiere a contratos de interés público, está tratando de contratos administrativos, es decir, de aquellos en que, como veremos más adelante, “el interés público está en cierta manera directamente implicado”, como lo reconoce la más moderna doctrina.<sup>18</sup>

2) Dentro de estos contratos de interés público existen algunos de relevancia para la vida nacional, o que la tienen para la comunidad estatal y, finalmente, aquellos que son de interés para la vida local y municipal. Quedan pues teóricamente separados los conceptos “interés público” e “interés nacional”, aun cuando en la práctica coinciden en muchos convenios, los cuales —en caso de coincidencia— son considerados como contratos de interés público nacional.

Este es, a nuestro juicio, el exacto sentido en que debe interpretarse la sentencia de nuestro máximo Tribunal de 15 de marzo de 1962: “Se trata, en efecto, en el caso de autos, de un contrato de *derecho público y de interés nacional*, que entraña un servicio público a prestar (por una institución bancaria particular, con el carácter de Banco Auxiliar de la Tesorería)”. (El subrayado es nuestro).

Obsérvese que el Alto Tribunal coloca la conjunción “y” entre los vocablos “derecho público” e “interés nacional”.

3) Entre los contratos de interés nacional habrá que distinguir, de una parte, aquellos necesarios para el normal desarrollo de la Ad-

18. Artículos 126, 127 y 190 (Ordinal 15), de la Constitución venezolana. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 15-3-62 (ver nota N° 40). En el mismo sentido. Lares: *Manual...*, p. 196. Brewer, A. R.: *Las Instituciones...*, pp. 48 y 55 y 171 y ss. Garrido: *Tratado...*, vol. II, p. 42. Véanse asimismo los trabajos citados en las notas Nos 13, 50 y 53 del presente trabajo. Pérez Luciani, Gonzalo: “El Control Jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes no normativas, aprobatorias de contratos”, en el N° 2 de la *Revista de la Facultad de Derecho*, UCAB. Caracas, 1965-66, p. 227.

ministración, y, de otra, los permitidos por la Ley, más aquellos que no se encuentren ni en uno ni en otro caso, y que siguen la regla de la intervención del Parlamento.

Ciertos contratos son reconocidos como de interés nacional, sin discrepancias.<sup>19</sup> Un reciente proyecto de ley intenta una clasificación de los mismos; aparte de que ese proyecto no ha sido siquiera discutido por las Cámaras, pensamos que el método enumerativo que emplea no es el más recomendable<sup>20</sup> y que, aun cuando fuere convertido en ley, dejará siempre fuera casos de contratos celebrados por la Administración, en los cuales habrá que tratar de identificar si son o no administrativos. Además, la búsqueda incesante de una noción clave, unificadora de la teoría del contrato administrativo seguirá siendo, en todo caso, acicate para la doctrina.

## B) *Los criterios claves*

Dos nociones han sido las principalmente manejadas por la jurisprudencia y la doctrina francesas. Las investigaciones y adquisiciones logradas en ese sentido se reflejan en la jurisprudencia venezolana, que las recoge con singular acierto.

a) *Las cláusulas exorbitantes.* La jurisprudencia francesa había llegado a un cierto nivel de equilibrio, gracias al práctico criterio de las "cláusulas exorbitantes": un contrato es administrativo, de acuerdo con esta tesis, cuando los contratantes han manifestado su voluntad de sustraerse al derecho común adoptando cláusulas que lo deroguen (cláusulas exorbitantes).<sup>21</sup> La jurisprudencia del Consejo de Estado propor-

a

19. El "contrato de obra pública es calificado de administrativo, aunque ciertas obras públicas, como la construcción de un camino o la pavimentación de una calle, no están destinados al funcionamiento de un servicio público. En la construcción de obras portuarias, acueductos, plantas eléctricas o mataderos, no es el contratista quien organiza y hace funcionar los servicios respectivos, puesto que el contrato concluye con la entrega de la obra. No obstante ello, los contratos celebrados por la Administración, relativos a la construcción de obras de una u otra naturaleza de las ya expresadas, son contratos administrativos, por cuanto en todos ellos el contratista se obliga a desarrollar una actividad durante cierto tiempo dirigida a dar satisfacción a un interés general... Son contratos administrativos, además de los ya señalados: la concesión de obra pública (que es distinto del contrato de obra pública), la concesión ferrocarrilera, el contrato de transporte, la concesión minera, la concesión de hidrocarburos. Respecto a estas últimas, les reconocemos tal carácter, en vista de que las leyes respectivas declaran de utilidad pública todo lo concerniente a las minas y los hidrocarburos". Lares: *Manual...*, p. 197. Confróntese también Brewer: *Instituciones...*, pp. 162 a 164.

20. En contra, Brewer: *Instituciones...*, p. 160, nota N° 5.

21. Rivero: *Droit Administratif*, p. 102.

cional ejemplos de este tipo de cláusulas<sup>22</sup> y la doctrina, en concordancia con aquélla, insistió en la idea de que debían entenderse como tales no sólo las que ponían a la Administración en una situación de privilegio frente al cocontratante, sino aun las que la colocaban en nivel de desventaja, inconcebible para los particulares contratantes —lógicamente interesados en su propio provecho—, pero justificada en el caso de los contratos administrativos en razón del interés general del cual la Administración es depositaria y de cuya gestión no puede desentenderse.<sup>23</sup>

Esta fórmula tiene, no cabe duda, las ventajas —y también, como lo demostró la realidad, los inconvenientes— de la simplicidad que la hace práctica. Pero vino a ser puesta a prueba en el conocido caso resuelto por el ya famoso *arrêt* "époux Bertin",<sup>24</sup> donde el Consejo de Estado encontró ligada a la Administración con los esposos Bertin por un contrato verbal, considerado como administrativo, en el cual no se daban cláusulas exorbitantes del derecho común. Dicho contrato mereció ese calificativo "porque encargaba a dos particulares de la ejecución misma de un servicio público".

b) *El servicio público*. El mencionado *arrêt* volvió a poner en boga la noción, siempre vaga e imprecisa, de servicio público, que ya muchos autores daban por definitivamente desterrada de la teoría del contrato administrativo, sustituida como había sido por el práctico criterio de las cláusulas exorbitantes.

Frente a decisiones posteriores, a primera vista contradictorias, la doctrina francesa ha considerado que el criterio predominante para ca-

22. *Arrêt* del Consejo de Estado, *Société Les Affréteurs réunis*, de fecha 23 de mayo de 1924. Recueil Sirey, 1926, III, p. 10.

23. "Se entienden las cláusulas exorbitantes como aquellas que salen de la órbita del Derecho común y colocan a la Administración no sólo en una situación de privilegio —que es lo usual—, sino que, en virtud de las mismas, puede, incluso, la Administración sacrificarse en aras de un interés público y pactar condiciones tan desventajosas que serían inconcebibles en un particular que contrate". (*Diccionarios de la Procuraduría General de la República*, Caracas, 1963, p. 137). En el mismo sentido se manifiesta la doctrina: "no es extraño encontrar en el contrato administrativo algunas facetas en las que tal superioridad de la Administración no sólo se da en relación con los contratos privados, sino que, muy al contrario, la Administración se encuentra en una situación menos ventajosa que la que un particular tiene en relación con otro en un contrato privado; es esa la faceta en la que las cláusulas exorbitantes del derecho común... restringen y limitan la posición contractual de la Administración, en comparación con la que un sujeto de derecho privado puede tener". Retortillo Baquer, S. M.: *Revista de Administración Pública*, N° 29, p. 93.

24. En el caso concreto al cual se alude, los esposos Bertin fueron encargados por la Administración Pública, mediante contrato verbal, de asegurar la alimentación de súbditos soviéticos, agrupados en un centro de repatriación organizado después de la guerra. Confróntese nota 3 de este trabajo.

racterizar el contrato administrativo sigue siendo el tradicional de las cláusulas exorbitantes,<sup>25</sup> pero añade que, en todo caso, "si el contrato tiene por objeto *confiar a los interesados la ejecución misma del servicio público*, esta circunstancia es suficiente, por sí sola, para imprimir al contrato el carácter de un contrato administrativo; de ello se sigue, sin que sea necesario buscar si... lleva consigo cláusulas exorbitantes del derecho común, la competencia de la jurisdicción administrativa". (*Arrêt "époux Bertin"*, de 20-4-56. Subrayado nuestro).

C) *La noción de servicio público como identificadora del contrato administrativo en la jurisprudencia y en la doctrina venezolanas*

El renacimiento de la noción de servicio público como dato identificador del contrato administrativo, ¿no vino acaso a poner en evidencia que esta noción permanecía latente tanto en el propio contrato administrativo como en la mente de la doctrina y en el espíritu de la jurisprudencia? En mi opinión, las cláusulas exorbitantes han quedado ahora relegadas a un segundo plano dentro de la lógica de la contratación administrativa: son el efecto —y no la causa o el antecedente— del criterio de servicio público, presente en el contrato administrativo. Si ellas existen, si ellas se justifican, es, precisamente, en atención al servicio público, con miras a cuyo adecuado funcionamiento la Administración utilizó la técnica contractual. El criterio de servicio público cobra así su primacía.<sup>26</sup> ¿En qué sentido, sin embargo, ha de entenderse éste en relación con el contrato administrativo? ¿Queda reducido a los estrechos límites de considerar administrativo exclusivamente al contrato que tiende a asegurar "la ejecución misma del servicio público"? o ¿se extiende más allá de ese límite?

He aquí la parte nodal de la cuestión a resolver, cuyo planteamiento precisamos seguidamente.

25. Tal es el criterio del profesor Liet-Veaux: "si el contrato ha sido concluido para la satisfacción de la necesidad de un servicio público, pero no ha tenido por objeto confiar a la sociedad recurrente *la ejecución misma del servicio público*, es necesario volver a los criterios tradicionales, al examen de las cláusulas del contrato" (cita de Boquera Oliver, J. M.: *Revista de Administración Pública*, N° 23, p. 193). Los comentarios del profesor Liet-Veaux aparecen en *La Revue Administrative*, N° 53, pp. 499 y ss. (El subrayado que aparece en esta nota es nuestro). Por su parte, Sayagués considera aún predominante en la jurisprudencia francesa el criterio de las cláusulas exorbitantes (*Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, Tomo I, p. 535). (Téngase presente que la edición de esta obra corresponde a 1959).

26. En este sentido discentimos del ya expuesto criterio de Liet-Veaux (véase nota 25). En el mismo sentido: Garrido: *Tratado...*, pp. 41 a 43 (volumen II). Por lo que respecta a la doctrina francesa, véanse en Long, Weil, Braibant: *Les Grands...*, los comentarios al *arrêt "époux Bertin"*.

a) *Los aportes de la doctrina y de la jurisprudencia extranjeras.* Concebida como un comodín que permitió explicar toda la actividad administrativa —identificándose así las nociones “administración” y “servicio público”<sup>27</sup>—, el concepto de servicio público sufrió sucesivas restricciones<sup>28</sup> hasta quedar hoy reducida a sus justos límites: una, entre las múltiples tareas de la Administración, si bien la más importante que ésta cumple; actividad prestadora, organizada por razones de interés general, es decir, para satisfacer directamente una necesidad de carácter público.<sup>29</sup> Planteamiento este bien diferente de la desorbitada noción inicial de servicio público.

Que la noción de servicio público —para decirlo con la frase de Moles— “despojada de sus exageraciones iniciales” se encuentra en franco proceso de revalorización,<sup>30</sup> lo demuestra, en lo que toca al tema de este trabajo, el hecho de que la doctrina consiente en adoptar el concepto, entendido en su más amplio sentido, como base para definir el contrato administrativo: “Al hablar del *servicio público como objeto del contrato administrativo*, lo hacemos dando a esta expresión el sen-

27. Moles, Antonio: *Apuntes*. Edición multigrafiada. Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, pp. 49 a 60.

28. “La doctrina que fundamentaba en Francia la Administración en el servicio público, después de su esplendor, durante cerca de medio siglo, se encuentra en franca decadencia. Es decir, ha caducado la noción generalizada del servicio público —si se quiere la generalización del servicio público— como un comodín para explicar toda la actividad administrativa. Mas, reducida a sus límites precisos, constituye una excelente adquisición, definitivamente incorporada al Derecho Administrativo, de una fecundidad tan considerable que entre otros logros, ha permitido imponer la admirable teoría jurisprudencial de la responsabilidad administrativa”. Ver Laubadere: *Traité élémentaire de Droit Administratif*, pp. 560-562. (Moles: *Apuntes*, p. 60).

La decadencia de la noción de servicio público y los ensayos —no siempre completamente felices— de reemplazarla por otras nociones también “claves” (especialmente la de *intérêt général* propuesta por Waline, quien la abandona después, o la de “potencia pública”, combinada con la de “poder ejecutivo” que echó a andar Vedel), llevaron a ciertos autores a creer que era necesario abandonar todo intento de sistematización del Derecho Administrativo, cayendo así en lo que Rivero califica como una especie de “existencialismo jurídico” que conduciría, de aceptarla, a la negación misma del Derecho. (Véase a este respecto: Rivero: *Droit Administratif*, pp. 31 y 32, y la bibliografía que allí aparece anotada).

No obstante, es oportuno señalar que la doctrina del servicio público que, hasta una época relativamente reciente reinó con carácter casi absoluto en la doctrina del Consejo de Estado, a la cual ciertos autores (Laubadere, Latournerie) permanecen fieles, parece que comienza a ser restaurada por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado y por los autores (Charlier la revaloriza en sus enseñanzas). El caso “époux Bertin” citado, sirve de ejemplo. Como se verá más adelante, la empleamos también en un sentido amplio, para caracterizar el contrato administrativo.

29. Garrido: *Tratado...*, volumen II, p. 284.

30. Remitimos a la nota 28 de este trabajo.

*tido más amplio posible*, esto es, entendiendo que es contrato administrativo todo aquel en que el interés público esté, en cierta manera, directamente implicado. Puede decirse que está en juego el interés público siempre que la Administración contrata sobre un objeto que le está atribuido como competencia propia por el ordenamiento vigente, que le concede simultáneamente poderes de ejecución".<sup>31</sup>

Esta concepción, respecto de la cual parte de la doctrina francesa se muestra aún, en cierta forma, reticente,<sup>32</sup> vuelve a cobrar cuerpo, lentamente, en la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado, a raíz de las comentadas decisiones "époux Bertin" y "Grimouard".<sup>33</sup>

En efecto, por lo que respecta a la cuestión que tratamos de aclarar —en qué sentido ha de entenderse la noción de servicio público en el contrato administrativo—, la teoría del contrato administrativo (obra, fundamentalmente, de la jurisprudencia) parece haberse concretado, dentro de la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado francés, en las siguientes notas:

1<sup>a</sup>) Los contratos celebrados por la Administración relativos a la gestión de su dominio privado son contratos de derecho privado, aun cuando contengan cláusulas exorbitantes del derecho común (*Arrêts* del Consejo de Estado de 26-1-51 —"Société anonyme minière", y de 17-12-54— "Grosy"). Esta conclusión demostraba en mi opinión, ya para esa época, por lo menos dos cosas: por una parte, que el criterio de las cláusulas exorbitantes comenzaba a perder terreno, por ser insuficiente, como noción distintiva del contrato administrativo, puesto que contratos que las contenían eran considerados, no obstante, como de derecho privado; y, además, que la solución adoptada no resultaba extraña, ni aun en derecho civil, acostumbrado como nos tiene este sistema jurídico a los "contratos de adhesión", donde encontramos ese "modelo" de cláusulas<sup>34</sup> sin que el contrato, sólo por ese motivo, pueda ser tildado de administrativo.

31. Garrido: *Tratado...* volumen II, pp. 42 y 43.

32. En efecto, con motivo de las decisiones del Tribunal de Conflictos de 25-1-55 ("Naliato") y de 28-3-55 ("Confederación general de pequeñas y medianas empresas"), ciertos autores creyeron ver, con toda certeza, que ella había sido dejada atrás por la jurisprudencia, habiendo perdido así su valor explicativo del Derecho administrativo (Long, Weil, Braibant: *Les grands arrêts...*, p. 433). Puede confrontarse la nota de Rivero en "Judisclasseur Périodique" (*Semaine Juridique*, 1955, II, 8971).

33. *Arrêts* del Consejo de Estado: *Epoux Bertin* (20-4-56) y *Grimouard* (de la misma fecha), en Long..., Weil, Braibant: *Les grands arrêts...*, pp. 427 a 437.

34. Cuando estas cláusulas están presentes en los contratos de derecho privado, pueden ser aún distinguidas de las que forman parte de los contratos administrativos,

2<sup>a</sup>) Aquellos contratos celebrados por la Administración relativos a *la ejecución directa e inmediata del objeto mismo del servicio*—expresión usada por el Comisario de Gobierno, Long, en sus conclusiones al *Arrêt* "époux Bertin"—tienen siempre el carácter de administrativos, aun cuando no contengan cláusulas exorbitantes del derecho común; conclusión que, en mi opinión, pone una vez más de manifiesto el franco retroceso del criterio de las cláusulas exorbitantes en su labor identificadora del contrato administrativo.<sup>35</sup>

3<sup>a</sup>) Pero, en cambio, en los contratos concluidos *para la satisfacción de las necesidades del servicio público* sin que su objeto verse sobre el "*objeto mismo del servicio*", el criterio de las cláusulas exorbitantes queda aún incólume como elemento diferenciador de uno y otro tipo de contratos (administrativos y de derecho común).

Esta última conclusión tiene importancia—desde el punto de vista del criterio de las cláusulas exorbitantes— porque son dichos contratos (los concluidos, de manera general, "para la satisfacción de las necesidades del servicio público") los más frecuentes dentro de la práctica administrativa".

Con vista de las anteriores conclusiones se explica la reticencia con que la doctrina francesa acoge el ímpetu renovador de la noción de servicio público. En efecto, cuando el Consejo de Estado se ha encontrado, en los últimos tiempos, con un servicio público a prestar—tomada la excepción en su sentido amplio—,<sup>36</sup> vuelve al seguro criterio de las cláusulas exorbitantes, cayendo así en un círculo vicioso puesto que, cabría preguntarse una vez más: si esas cláusulas aparecen, ¿no es, precisamente, porque en la gestión del interés general la administración no puede desprenderse de sus prerrogativas de "potencia pública" ni aun al contratar, y, por consecuencia, habría que considerarlas sobreenten-

---

por dos caracteres: 1º Uno, accidental, ya que en los contratos de derecho privado ellas no constituyen la regla, y 2º Fundamentalmente se distinguen porque las cláusulas exorbitantes insertas en los contratos de adhesión persiguen un fin extraño al interés general, que constituye su razón de ser en los contratos administrativos. (Ver la famosa decisión del Consejo de Estado, de fecha 31-7-12, y los comentarios a la misma en Long, Weil, Braibant: pp. 109 a 112).

35. Confróntese la nota 33 de este trabajo.

36. *Arrêt* del Consejo de Estado, de fecha 11-5-56, llamado "Société Française des transports Gondrand frères", comentado por Liet-Veaux en *Revue Administrative* (1956, 495) y cuya reseña se hizo en la nota 25 de este trabajo. Obsérvese que esta última decisión es posterior sólo en días a los *arrêts époux Bertin* y *Grimouard*. El *arrêt* de 10-5-63 (Société "La prospérité fermière") confirma el criterio de que en ausencia de toda participación directa del contratante en la ejecución del servicio público, la existencia de cláusulas exorbitantes es suficiente para conferirle el carácter de administrativo. Cfr. asimismo Waline: *Traité de Droit administratif*, 7ª ed., 1957, p. 500.

didadas, aun cuando ellas no figuren expresamente en el contrato?<sup>37</sup> En nuestra opinión, parece que no hay dudas en la respuesta afirmativa: las cláusulas exorbitantes son la manifestación del servicio público con miras al cual el contrato se concluye. Por tanto, si ellas existen ponen en evidencia la noción de servicio público implícita en el contrato administrativo; si faltan, pero el contrato guarda esa característica, habrá que darlas por sobreentendidas; si aparecen, pero el objeto del contrato no se encuentra en relación con un servicio público, se trata de un contrato de derecho privado.

La noción de servicio público, en su sentido general ya expresado, identificadora del contrato administrativo, que aparece así definido por su objeto, es —me propongo demostrarlo— la que informa nuestra jurisprudencia y acoge, con algunas reservas que luego examinaremos, la doctrina venezolana.

b) *Las soluciones de la doctrina y de la jurisprudencia venezolanas.* La tesis que acabo de exponer venía siendo largamente acariciada por nuestra jurisprudencia:

a') En la decisión de 12 de noviembre de 1954, a que se ha hecho referencia —anterior a los *Arrêts* "epoux Bertin" y "Grimouard" del Consejo de Estado francés—,<sup>38</sup> nuestra Corte afirmó: "Cuando la Administración Pública, obrando como tal, celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, un contrato que tiene por objeto *una prestación de utilidad pública*, nos encontramos sin duda frente a un contrato administrativo".<sup>39</sup>

Por su parte, la sentencia de 15 de mayo de 1962, ya citada, dio oportunidad al alto Tribunal para afirmar categóricamente: "ha de ser *necesariamente* el objeto mismo del contrato —constitución de un *servicio público*— lo que lo define como administrativo". Añadiendo: "Se trata, en efecto, en el caso de autos, de un contrato de derecho público y de interés nacional, que entraña un servicio público a prestar...".<sup>40</sup>

37. "No es que el contrato administrativo implique —ha dicho Garrido— un título jurídico de habilitación de prerrogativas exorbitantes para una de las partes contratantes, la Administración, sino más bien ocurre que no pudiendo la Administración enajenar unas prerrogativas que previamente tiene conferidas por el derecho, la peculiaridad del contrato consiste en que siempre habría que sobreentenderse en él una cláusula tácita (para el caso de que expresamente no se hagan las salvedades de rigor) que impida tal enajenación". (Garrido: *Tratado...*, volumen II, p. 43). En el mismo sentido, Pequignot: *Théorie Générale du contrat administratif*, París, 1945, p. 241.

38. Ver nota 3 de este trabajo.

39. *Gaceta Forense*, N° 6, 2° etapa, vol. I, p. 191 (Corte Federal).

40. Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (*Gaceta Oficial*, de 22-3-62, N° 760, Extraordinario, p. 5).

Lo anterior no constituye sino una reafirmación de los principios sentados en la decisión de 5 de diciembre de 1944: los contratos administrativos son *los que interesan a los servicios públicos*.<sup>41</sup>

El alto Tribunal ha concluido también, al considerar un contrato celebrado por la Administración como de derecho privado, que "la relación contractual en él contenida no tiende de *modo inmediato y directo* a la *prestación de un servicio público*, que sería factor esencial para calificar el contrato como administrativo". (Sentencia, Corte Federal, citada por Brewer en *Instituciones...*, p. 161).

Las sentencias parcialmente citadas revelan que nuestra jurisprudencia orienta la teoría del contrato administrativo en el siguiente sentido:

1º) Cuando el contrato tiene por objeto la *constitución de un servicio público*, no puede dudarse de su carácter "administrativo" (sentencia de 15-5-62, citada).

2º) La intervención del cocontratante en la ejecución misma del servicio público le imprime al contrato el carácter de administrativo: en el contrato administrativo se tendería "de modo inmediato y directo a la prestación de un servicio público" (es esta última la expresión usada en la sentencia de 3-12-59).

3º) Pero, además, si la Administración, "obrando como tal, celebra con otra persona *pública o privada, física o jurídica*, un contrato que tiene por objeto una *prestación de utilidad pública*, nos encontramos sin duda frente a un contrato administrativo" (sentencia de 12-11-54 que acaba de ser citada), aparezca o no expresadas en él, cláusulas exorbitantes del derecho común. Más aún, es suficiente el hecho de que los contratos "interesen a los servicios públicos" (sentencia de 5-12-64, también parcialmente citada) para que se les considere como administrativos.

4º) La misma sentencia de 12 de noviembre de 1954, que define el contrato administrativo por su objeto (una prestación de utilidad pública) concibe la noción de servicio público como "una prestación corrientemente continua y regular".

En resumen, la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, de manera reiterada, clara y constante, identifica el contrato administrativo por su objeto: la noción de servicio público, entendida como pres-

---

41. Corte Federal y de Casación (*Memoria* de 1945, pp. 284 y 285).

tación de utilidad pública, corrientemente continua y regular; es decir, el contrato queda definido por su relación con el criterio de servicio público en su sentido general, tal como lo hemos expuesto en las páginas precedentes y como lo acepta la más moderna doctrina jurídico-administrativa.

b') De manera explícita o implícita, la doctrina venezolana se manifiesta en el mismo sentido:

"Sustentamos el primero de los criterios expuestos, esto es, el que se refiere al objeto o finalidad perseguidos por la administración al celebrar el contrato. Si dicho objeto o finalidad se refieren a una actividad del servicio público *en el sentido más amplio de esta expresión*, es decir, si el particular o empresa privada se obligan a desarrollar una actividad dirigida a dar satisfacción a un interés general, el contrato pertenece a la categoría de los contratos administrativos... ", dice Lares Martínez, y añade: "En nuestro concepto, basta que en el contrato se comprometa el contratista a realizar durante cierto tiempo una actividad dirigida a dar satisfacción a un interés general, para que aquél reciba la calificación de administrativo. No es menester que las obligaciones del contratista se refieran a la organización o al funcionamiento de un servicio público".<sup>42</sup>

En las *Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Brewer sostiene en síntesis el mismo criterio. Habla de la "finalidad de servicio público" como característica del contrato: "para nosotros —afirma—, la noción que le da su naturaleza específica al contrato administrativo es la finalidad de servicio público que se persigue al celebrarlo, y no la prestación de un determinado servicio público. Ya hemos expresado qué entendemos por finalidad de servicio público y las implicaciones del concepto. Sin embargo, es conveniente recordar que una actividad es realizada con finalidad de servicio público cuando, realizada por una autoridad pública como gestión de intereses públicos y en ejecución de la Ley, tiende a mantener y hacer mantener incólumes las garantías constitucionales de los ciudadanos; a respetar y hacer respetar los derechos constitucionales de los ciudadanos; a hacer cumplir los deberes constitucionales de los ciudadanos; o a cumplir las obligaciones constitucionales del Estado venezolano con miras a obtener el bienestar general y la seguridad social".<sup>43</sup> Esto equivale, en definitiva, a una identificación

42. Lares: *Manual...*, pp. 195 y 196.

43. Brewer: *Instituciones...*, p. 161.

del contrato administrativo en relación con la noción de servicio público en su más lato sentido. Y ello, no obstante la afirmación en contrario que el mismo Brewer hace más adelante y que nos merece ciertas observaciones.

La afirmación está expresada así: "No consideramos que la prestación objeto del contrato administrativo debe estar siempre relacionada con un determinado servicio público, como expresaba Jeze en los albores de la Teoría de los Contratos Administrativos".<sup>44</sup> Nuestras observaciones son las siguientes:

1ª) La renovación del criterio "servicio público" para identificar el contrato administrativo, es hoy la última palabra en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras.<sup>45</sup>

2ª) Sostener que "la noción que le da su naturaleza específica al contrato administrativo es la finalidad de servicio público que se persigue al celebrarlo, y no la prestación de un determinado servicio público", tal como lo sostiene Brewer, es, simplemente, adoptar la noción de servicio público en su sentido amplio —y rechazar un concepto estrecho del mismo— para definir el contrato administrativo.

3ª) La preocupación de Brewer —por lo demás razonable— de que la adopción del concepto de servicio público como clave de la teoría del contrato administrativo deje fuera de contratos como el de ocupación del dominio público o el de empréstito público,<sup>46</sup> queda satisfecha si el criterio de servicio público es tomado en su más amplio sentido como lo hace nuestra jurisprudencia y lo acepta la doctrina nacional y extranjera, y, como en el fondo —creemos haberlo demostrado— lo sostiene Brewer. Refiriéndose al problema en el Derecho positivo español, Garrido afirma: "nuestras leyes refieren la contratación administrativa a las obras y los servicios públicos; pero ya se dijo anteriormente que al concepto de servicio público hay que darle la extensión mayor posible, por donde, en definitiva, podría decirse que cualquier materia directamente conectada con el interés público determina el carácter administrativo del contrato: así, ciertas manifestaciones de la función administrativa, los servicios públicos, el dominio público y las obras públicas. Viceversa, no pueden ser objeto de contratación ad-

---

44. Brewer: *Instituciones*..., p. 179.

45. Baste examinar las notas 28, 31 y 32 de este trabajo y la bibliografía allí señalada.

46. Brewer: *Instituciones*..., p. 179.

ministrativa, en cuanto tienen de inalienables, las prerrogativas administrativas".<sup>47</sup>

En el sentido de identificar el contrato administrativo por la noción de servicio público se manifiesta también, entre nosotros, Pérez Olivares; pero adopta una posición peculiar, al exigir un concepto restringido de servicio público: "no todo contrato que se relacione con un servicio público debe ser calificado como contrato administrativo; es preciso que esa relación sea especial y, en nuestra opinión, debe ser tal que la *prestación* del cocontratante *forme parte de la prestación misma del servicio público*". Entendemos que la posición de Pérez Olivares en esta materia obedece a razones prácticas —quiere ser cauteloso— y que ella no tiene carácter definitivo.<sup>48</sup>

c') La asesoría jurídica de la administración pública venezolana no adopta, a pesar de la contundente jurisprudencia de la Corte, una posición uniforme. Si bien su más alto exponente —que es, conforme a los Artículos 202 (párrafo final) y 200 de la Constitución, la Procuraduría General de la República— coincide sustancialmente<sup>49</sup> con la jurisprudencia del máximo Tribunal, una reputada consultoría jurídica<sup>50</sup> se ha manifestado en sentido contrario. Afirma:

"Indudablemente que el objeto del contrato en relación con un servicio público es un dato importante para su calificación, pero ciertamente no es ni decisivo ni el más importante".

"...El criterio del objeto del contrato y su relación con un servicio público no es suficiente para la calificación de los contratos administrativos, ya que quedarían fuera de calificación otra serie de relaciones contractuales administrativas. Es por ello por lo que esta Consultoría se inclina en nuestro sistema vigente por un criterio *amplio* si-

47. Garrido: *Tratado...*, volumen II, p. 49.

48. La señalada opinión que aparece en un trabajo inédito titulado: *Señalamiento de un criterio provisional para determinar qué debe entenderse en Venezuela por contratos administrativos*, lleva las iniciales E. P. O., fechado 7-12-62, de excelente factura.

49. *Dictámenes de la Procuraduría General de la República*. Caracas, 1962, pp. 137 a 139.

50. Dictamen N° 132 de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia, de fecha 8 de noviembre de 1963, concebido como réplica al "Informe que presenta la Comisión designada en la sexta reunión celebrada por el Procurador General de la República con los Consultores Jurídicos de los despachos ministeriales, acerca del problema de quién es el funcionario competente para suscribir los contratos administrativos", fechado, a su vez, en Caracas, el 1° de agosto de 1963, en el cual se sostiene, con ligeras variantes, la tesis que exponemos. De la Comisión que redactó este último informe, formó parte el autor del presente trabajo.

tuado en la *finalidad* del contrato. Este criterio, por otra parte, ha sido acogido por nuestra jurisprudencia con carácter general".<sup>51</sup>

Aun cuando en el fondo —tal como sucede con la ya comentada posición de Brewer—<sup>52</sup> el "criterio amplio situado en la finalidad del contrato" se reduce en síntesis a una concepción del objeto del mismo relacionándolo con un criterio amplio de servicio público —y así lo ha hecho notar agudamente Lares Martínez—,<sup>53</sup> la frase final transcrita que hace descansar esta tesis en la jurisprudencia del alto Tribunal, merece, en nuestra opinión, serios reparos:

1º) Si la sentencia de 14 de diciembre de 1961, allí citada, afirmaba que un contrato celebrado por la administración era de derecho privado "porque no había sido celebrado con criterio de servicio público", se deduce, por argumento a contrario y sin forzar el texto comentado, que cuando el contrato se celebra con criterio de servicio público es administrativo. La Consultoría concluye sin embargo que esa frase quiere decir "con finalidad de servicio público o de interés nacional".<sup>54</sup>

2º) La sentencia de 3 de diciembre de 1959, que también se trae en apoyo de esa tesis, expresa, respecto del contrato privado objeto de la controversia, que "la relación contractual en él contenida no tiende de modo inmediato y directo a la prestación de un servicio público, que sería *factor esencial* para calificar el contrato como administrativo".<sup>55</sup>

3º) La sentencia de 12 de noviembre de 1954 lo que expresa, textualmente, es lo siguiente: "Cuando la Administración Pública, obrando como tal, celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, un contrato que tiene *por objeto una prestación de utilidad pública*, nos encontramos, sin duda, frente a un contrato administrativo".<sup>56</sup>

d') *Conclusión.* En síntesis, resumiendo cuanto queda expuesto en este capítulo, la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, la doc-

51. Dictamen N° 132 de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia, citado en la nota anterior, pp. 14 y ss.

52. Ver páginas anteriores de este trabajo.

53. *Observaciones*, trabajo inédito del profesor Lares Martínez, en el cual critica y concilia las posiciones adoptadas en los informes a que se ha hecho referencia en la nota 50 del presente trabajo.

54. Informe N° 132 de Justicia (véase nota 51), pp. 15 a 16.

55. Véase p. 16 del referido informe N° 132, citado en la nota anterior y confróntese la citada sentencia en la cita parcial de Brewer: *Instituciones...*, pp. 160 y 161.

56. Ver nota N° 39 de este trabajo. La cita de dicha sentencia, que aparece en el informe de Justicia, no es textual.

tiina venezolana, implícita o explícitamente, la propia Administración en su sección jurídica, abierta o veladamente, coinciden con la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera —a la cual nuestra jurisprudencia aventaja en la fecha de sus conclusiones— en definir como característico del contrato administrativo el concepto de servicio público (tomada la acepción en su sentido general) que el propio contrato entraña.

La figura del contrato administrativo es la que nuestra Constitución en su Artículo 126 denomina "contrato de interés nacional" o "contrato de interés público".

## II

### PROBLEMAS RELATIVOS A LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Fieles al plan que nos hemos trazado, examinaremos aquí algunos problemas relativos a los elementos del contrato administrativo, sobre los cuales hay cierta disparidad de criterios entre nuestros autores.

La doctrina jurídico-administrativa examina los elementos del contrato administrativo con arreglo al plan clásico que proporciona el derecho privado: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca.<sup>57</sup> Por las peculiaridades del contrato administrativo somos partidarios de hacer referencia a otros dos elementos —típico y exclusivo uno; peculiarmente adaptado el otro— de la teoría general del Derecho administrativo: el fin y la forma.<sup>58</sup>

#### A) *El elemento objetivo y la finalidad del contrato administrativo*

Las páginas precedentes han estado dedicadas en gran parte a demostrar el papel preponderante que la noción de servicio público juega en la construcción jurisprudencial venezolana de la teoría del contrato administrativo. Esa misma jurisprudencia inserta la noción de servicio público en el elemento objetivo del contrato. Tal aseveración es la que nos proponemos demostrar seguidamente.

57. Garrido: *Tratado...*, vol. II, p. 45.

58. El elemento fin aparece incorporado al acto administrativo como un aporte de la jurisprudencia del Consejo de Estado. El elemento formal tiene, como lo veremos más adelante, una extraordinaria relevancia en Derecho administrativo, tanto en lo relativo al acto como al contrato.

a) *Planteamiento del problema.* Dentro de la asesoría jurídica de la Administración Pública venezolana se ha sostenido, aunque no muy abiertamente, un criterio, peculiar en nuestra doctrina, mas con antecedentes entre los autores extranjeros: la definición del contrato administrativo en atención a su finalidad y no al objeto del mismo.

El planteamiento de la tesis, no suficientemente desarrollada, es textualmente el siguiente: "Indudablemente que el objeto del contrato en relación con un servicio público es un dato importante para su calificación, pero ciertamente no es *ni decisivo ni el más importante*... Por tanto, el criterio del objeto del contrato y su relación con un servicio público no es suficiente para la calificación de los contratos administrativos, ya que quedaría fuera de calificación otra serie de relaciones contractuales administrativas... Es por ello por lo que esta Consultoría se inclina a nuestro sistema vigente por un criterio amplio situado en la *finalidad* del contrato".<sup>59</sup>

La posición que en el párrafo anterior se encuentra esbozada, si bien tiene carácter aislado —y por tanto peculiar— entre nosotros, encuentra fundamento en la doctrina extranjera: "Fernández de Velasco ha puesto de relieve cómo el servicio o la obra pública no son tanto el *objeto* cuanto el *fin* del contrato administrativo, ya que en realidad aquél está constituido propiamente por la prestación o conjunto de prestaciones a que el contrato da lugar. Con una preocupación parecida, si bien enfocando la cuestión desde una perspectiva distinta, Albi realiza por su parte una clasificación de los contratos de la Administración... (a. Contratos de *fin*es... b. Contratos de *medios*)".<sup>60</sup> Los antecedentes señalados demuestran que la tesis en cuestión no peca por extraña, y al contrario, tiene un sólido fundamento lógico y doctrinario justificado por la diferente perspectiva con que el asunto se enfoca. Ello no sería, pues, motivo de reparos —sino más bien de un señalamiento—, de no ser porque se afirma inmediatamente en el texto del citado dictamen que dicho "criterio ha sido acogido por nuestra jurisprudencia con carácter general". Esta afirmación debe ser contradicha por la forma categórica en que ha sido formulada.

b) *La jurisprudencia venezolana.* Las sentencias citadas para apoyar el ya expresado criterio son, se afirma, las de nuestro máximo Tri-

59. Informe de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia, de fecha 8-11-63, citado en la nota 13 de este trabajo, pp. 14 y 15.

60. Garrido: *Tratado*..., volumen II, p. 49; Albi: *Los contratos municipales*, Valencia, 1944, p. 27. Fernández de Velasco: *Los contratos administrativos*, 1945, p. 15.

bunal, de fechas: 14-12-61 (CSJ-PA-97-1), 3-12-59 (CF-127-1) y 12-11-54 (CF-127-1).

Un examen de las mismas revela, por el contrario:

1) La argumentación contenida en el tantas veces mencionado dictamen, es textualmente, la siguiente: "en sentencia de 14 de diciembre de 1961, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, afirmaba que un contrato celebrado por la Administración era de derecho privado, «porque no había sido celebrado con *criterio* de servicio público», es decir —afirma la Consultoría Jurídica de Justicia—, con finalidad de servicio público o de interés nacional (CSJ-PA-97-1)".<sup>61</sup> En nuestra opinión, el que dicha sentencia hable de criterio de servicio público (que no es otra cosa que el servicio público en sentido general, como lo propongo en este trabajo para definir el contrato administrativo), no autoriza a deducir que tal criterio no forme parte del objeto del contrato.

2) La sentencia de 3 de diciembre de 1959 —que también se cita en apoyo de la tesis de la finalidad del servicio público fuera del objeto del contrato— parece más bien contradecir lo expuesto en la mencionada opinión. En efecto, se afirma en esa decisión de la Corte: "Pero no constituye una convención de naturaleza administrativa, ya que *la relación contractual en él contenida* no tiende de modo inmediato y directo a la prestación de un servicio público, que sería factor esencial para calificar el contrato como administrativo".<sup>62</sup> "Relación contractual en él contenida" alude, en nuestra opinión a "contenido" del contrato que es sinónimo de objeto del mismo.<sup>63</sup>

3) Lo que resulta ya inexplicable es la alusión que se hace a la decisión de 12 de noviembre de 1954, pues en esta sentencia la Corte afirma, sin dejar lugar a ningún género de dudas: "Cuando la Administración Pública, obrando como tal, celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, *un contrato que tiene por objeto una prestación de utilidad pública*, nos encontramos, sin duda, frente a un contrato administrativo. Así, la especialidad de dichos contratos *radica en el objeto* y en el interés general que envuelven, y tal interés general puede ser el de la Nación o Estado, de las Provincias o de las Municipalidades".<sup>64</sup> Mas, después de haber transcrito el anterior concepto, que es de

61. Dictamen de Justicia a que se refiere la nota N° 13, pp. 15 a 16.

62. Citada por Brewer en *Instituciones...*, p. 161.

63. Véase Garrido: *Tratado...*, volumen II, pp. 48 a 49.

64. La transcripción parcial que hacemos en el texto del trabajo de la referida sentencia ha sido tomada en *Gaceta Forense*, N° 6, 2ª etapa, vol. I, p. 191, cuya primera cita se hizo en la nota 3.

una claridad excepcional, sorprende la forma en que lo interpreta la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia, que en el dictamen ya identificado expone: "En sentencia de 12 de noviembre de 1954, la antigua Corte Federal (CF-127-1) indicaba que los contratos administrativos tienen una *finalidad* general, por lo regular en relación con los servicios públicos; por razón del *fin* se obliga al particular contratante a una prestación, corrientemente continua y regular".<sup>65</sup>

Por otra parte, al sostener esa opinión se hace caso omiso de una de las decisiones más recientes en esa materia, según la cual "ha de ser, necesariamente, *el objeto mismo del contrato* —constitución de un servicio público— lo que lo identifique como administrativo". "Se trata, en efecto, en el caso de autos —dice la Corte—, de un contrato de derecho público y de interés nacional, que *entraña un servicio público* a prestar una institución bancaria particular...". (Sala Político-Administrativa, 15-3-62).<sup>66</sup>

Que la jurisprudencia venezolana concibe el servicio público como formando parte del contrato administrativo es una cuestión imposible de negar, según se ha dejado demostrado en las páginas anteriores. Los criterios jurídicos de la Administración se orientan en el mismo sentido, si nos atenemos al dictamen de la Procuraduría General de la República de 30 de marzo de 1962, en el cual se concibe el "objeto" del contrato como de "verdaderamente relevante para calificarlo de administrativo o de civil".<sup>67</sup> ¿Coincide o no la doctrina venezolana con esos criterios jurisprudenciales?

c) *La doctrina.* Lares Martínez es categórico a este respecto: 10: "Sustentamos el primero de los criterios expuestos, esto es, el que se refiere al objeto o finalidad perseguidos por la administración al celebrar el contrato. Si dicho objeto o finalidad se refieren a una actividad de servicio público en el sentido más amplio de esta expresión, es decir, si el particular o empresa privada se obligan a desarrollar una actividad dirigida a dar satisfacción a un interés general, el contrato pertenece a la categoría de los contratos administrativos...".<sup>68</sup>

Brewer no es menos claro: "Ante todo, y por la finalidad de servicio público que persigue la Administración al celebrar los contratos

65. Informe de Justicia, p. 16.

66. Para el texto de la referida sentencia, véase nota 40.

67. *Dictámenes de la Procuraduría...*, obra citada en la nota 49, p. 138.

68. Lares: *Manual...*, p. 195.

administrativos, el objeto de los mismos debe ser una prestación de utilidad pública o de interés general".<sup>69</sup>

El problema se reduce a una cuestión de perspectiva, de puntos de vista, como se ha dejado expuesto en páginas anteriores: si el objeto del contrato se entiende en sentido estricto —la prestación o conjunto de prestaciones a que el contrato da lugar—, entonces el servicio público aparece más bien asociado al fin. Si el objeto del contrato se entiende como "contenido" del mismo, como "materia" total —tal como en el lenguaje procesal se habla de "fondo" del asunto por oposición a "forma"—, así concebido, dicho objeto comprende la noción de servicio público que caracteriza y define el contrato.

Lares Martínez nos aclara el problema de una manera ejemplar. En efecto, aludiendo al tantas veces comentado Informe<sup>70</sup> que dio lugar al dictamen de la Consultoría de Justicia, Lares afirma: "No creemos que exista verdadera discrepancia en lo tocante al criterio sobre los contratos administrativos. No entiende la Comisión por contratos administrativos únicamente los que tienen por objeto un servicio público. Al contrario, se afirma allí que son contratos administrativos aquellos en que el contratista se obliga a desarrollar una actividad dirigida a dar satisfacción a un interés general. Cuando se habla allí de servicio público, se agrega que esa expresión se toma en su sentido más amplio, que es fórmula empleada por los autores para abarcar el concepto de utilidad pública. No es cierto, pues, que en el citado Informe se haya excluido el criterio de la finalidad del contrato para su calificación".<sup>71</sup>

#### B) *El elemento formal y su papel preponderante en el contrato administrativo*

Entendida la expresión "forma" en su sentido general —como forma de constitución de la voluntad administrativa y como forma de expresión de la misma—, ella juega en la teoría venezolana del contrato administrativo un papel preponderante, que ha sido unánimemente subrayado por nuestra doctrina.

a) *La doctrina y la jurisprudencia extranjeras.* La doctrina española entiende que el elemento formal "puede ser requisito esencial".<sup>72</sup>

69. Brewer: *Instituciones...*, pp. 178 a 179.

70. El informe a que aludimos en el texto es el que presentó la Comisión a que se refiere la nota 50 de este trabajo, de la cual formó parte el autor.

71. Lares: *Observaciones...*, reseñadas en la nota 53 de este trabajo.

72. Garrido: *Tratado...*, vol. II, p. 45; sin embargo, el desarrollo de sus ideas acer-

La doctrina y la jurisprudencia francesas van, en general, más lejos, al menos en sus consecuencias prácticas. En efecto, el *arrêt* "époux Bertin" decidió sobre la base de un contrato verbal que fue considerado como administrativo.

Con vista de nuestro ordenamiento positivo actual, ¿puede sostenerse en Venezuela la misma posición? Creemos que no, y al respecto vamos a revisar las opiniones que sobre esta materia conocemos.

b) *Opiniones sustentadas al respecto.* Pérez Olivares no duda de que el elemento formal es imprescindible en nuestra contratación administrativa, en su doble aspecto: en la integración de la voluntad administrativa y en la expresión por escrito de la misma.<sup>73</sup>

Para sostener lo primero se apoya en el numeral 11 del Artículo 172 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que priva al contrato de todo efecto si no cuenta con el control previo de la Contraloría General de la República. La constitucionalidad de la intervención en el contrato del órgano contralor, que de esta manera aparece integrándose dentro de la voluntad administrativa, ha sido razonablemente puesta en duda por Moles.<sup>74</sup>

Pérez Olivares se pronuncia también por la exigencia de la forma escrita.

Con sobrada razón Brewer destaca la importancia del elemento formal en el contrato administrativo y trata con esmero el procedimiento de formación de la voluntad administrativa. No suscribimos, sin embargo, sus afirmaciones acerca de la naturaleza de la aprobación legislativa en los contratos que la requieren.

Estimamos que los contratos que requieren de una ley aprobatoria, "actos singulares en forma de ley", no pueden recibir otro calificativo ni otro tratamiento que el de leyes formales, único concepto de ley admisible entre nosotros, a tenor de lo dispuesto en la Constitución.<sup>75</sup>

La debilidad de la tesis de que esas leyes son contratos, queda puesta en evidencia cuando Brewer trata de justificar el control de la constitu-

---

ca del valor del elemento formal en el contrato administrativo aparece mejor expuesto a partir de la página 75. Para sus consideraciones acerca de los vicios de forma en el acto administrativo, véase su *Régimen de Impugnación...*, citado en la nota 8 de este trabajo.

73. Véase su opinión en el trabajo reseñado en la nota 48.

74. El trabajo respectivo —sobre la posibilidad del arbitraje en la contratación administrativa— aparece publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho*.

75. La opinión de Moles a este respecto nos parece contundente. Ella aparece en el expediente del juicio decidido por la sentencia citada en la nota 40 de este trabajo. (Sentencia de 15-3-62).

cionalidad de los mismos. En efecto, afirma en síntesis que como "consecuencia del principio de los vínculos contractuales no pueden romperse sin audiencia de las partes que han concurrido voluntariamente a crearlos..." "la ley aprobatoria de un contrato de interés nacional no es susceptible de derogatoria ni de reforma total o parcial por la sola voluntad de los Cuerpos Legislativos, sin audiencia de las partes que han concurrido a la formación del contrato, es decir, de la Administración y del contratante...". Afirmación tan tajante lo lleva a renglón seguido a consignar una excepción a favor del Poder Judicial que, en nuestra opinión, destruye su propio argumento: "Pero... —expresa— este principio no es absoluto: el órgano jurisdiccional competente puede declarar la nulidad por inconstitucionalidad de cláusulas o de un contrato de interés nacional aprobado por el Poder Legislativo, por la vía del Recurso de Inconstitucionalidad de las Leyes y, por tanto, sin juicio contradictorio cuando dicho recurso ha sido intentado hasta por un tercero extraño a la relación jurídica contractual".<sup>76</sup>

Brewer se hace solidario así del voto salvado a la sentencia de 15 de marzo de 1962. Nosotros, por el contrario, compartimos la tesis general expuesta en la sentencia respecto al imperio exclusivo de la ley formal, sin que a nuestro juicio quepan distinciones entre leyes y contratos cuando un acto ha sufrido el proceso establecido en la Constitución para la formación de la ley. Su concepción de que la aprobación legislativa a los contratos no obedece a otra razón que la de "hacer interesar a todos los componentes de la comunidad en el cumplimiento del contrato, pudiendo atacarse por vía de inconstitucionalidad por cualquiera, en cualquier momento", peca, por decir lo menos, de restringida. Con razón ha sido criticada por Lares, uno de los magistrados disidentes en el voto salvado al que Brewer adhiere.<sup>77</sup>

---

76. Brewer: *Instituciones...*, p. 173. Para la sentencia citada, remitimos a la nota 40.

77. En efecto, en las *Observaciones* reseñadas en la nota 53 de este trabajo, Lares afirma, refiriéndose al dictamen de Justicia, en el cual se sostiene la misma idea desarrollada por Brewer en *Instituciones...*, lo siguiente: "Disentimos... de ese dictamen, cuando expresa en la página 6 que la finalidad principal de la aprobación legislativa del contrato consiste en «hacer que cualquier tercero, como administrado interesado, pueda exigir la conformidad con la Constitución, sin necesidad de ser una parte contratante». Esta afirmación —sostiene Lares— es inexacta. Esa puede ser o no una consecuencia de la aprobación legislativa, según se acepte o no la procedencia del recurso de inconstitucionalidad contra los actos aprobados por el Congreso, acerca de lo cual existe en Venezuela una decisión aislada en sentido afirmativo contra numerosas decisiones en sentido contrario. Pero en ningún caso puede estimarse que esa sea la finalidad de la aprobación legislativa. La finalidad de los actos de aprobación es siempre la de tutelar mejor el interés general, mediante la intervención, en la operación contemplada, de más de un órgano del Estado". La posición de Lares es perfectamente congruente con

En nuestra opinión, y tal como lo sostiene la doctrina venezolana, el elemento formal es, por otra parte, de la esencia del contrato administrativo. En efecto, en cuanto a la formación de la voluntad administrativa, ésta es siempre, repetimos, el resultado de un procedimiento. Por lo que respecta a la expresión de esa voluntad pudo aceptarse la posibilidad de que determinados contratos no constaran por escrito hasta tanto no se operó la reforma de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que exigió como requisito —cuya inobservancia priva al contrato de todo efecto (Artículo 172, Ordinal 11)— la aprobación previa de la Contraloría. A partir de la fecha de la entrada en vigencia de esa ley (17 de marzo de 1961), creemos que el requisito de la forma escrita se convierte en condición *sine qua non* del contrato.

La opinión de la Procuraduría General de la República pareció que iba a inclinarse en el sentido de considerar la forma escrita como elemento esencial del contrato administrativo, contrariando así una doctrina anterior concebida en los siguientes términos: "la inexistencia de prueba por escrito no es obstáculo para tipificar el contrato de obra, ya que éste tiene carácter consensual. En nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de que los contratos se perfeccionan desde que las voluntades se encuentran acordes y se da el consentimiento para realizar el negocio, y si se recoge por escrito es con el fin de proveerse de un medio probatorio, salvo los casos en que la ley misma exige como requisito esencial la prueba por escrito, realizada con todas las formalidades legales".<sup>78</sup>

No obstante, la opinión transcrita se ha mantenido en dictámenes recientes.

Ahora bien, no vemos cómo, si en la práctica la Administración ha de someter a la Contraloría General de la República un proyecto en el cual se expongan las condiciones del contrato, con el presupuesto correspondiente, donde aparezcan las obras a realizar, los materiales a emplear, el precio por unidad y el precio total de la obra y también la persona del contratista, el tiempo de ejecución y las garantías del caso, no podemos pensar cómo, repetimos, todo ello no deba constar por escrito. En otras palabras, no vemos cómo podrá establecerse el vínculo

---

el sentido del voto salvado. En cambio no nos lo parece tanto la de Brewer, cuando expresa su acuerdo con la dispositiva del fallo, pero no con los motivos que la fundamentan.

78. Uno de ellos aparece parcialmente transcrito en *Dictámenes* (1962), citado en la nota 49 de este trabajo, p. 143. Confróntese *Dictámenes* contenidos en oficios de la Procuraduría, N° 285, dirigido al Ministro de Obras Públicas con fecha 17-1-64, y N° 2950, de fecha 27-8-62, dirigido también al Ministro de Obras Públicas.

entre la aprobación de la Contraloría y el contrato que posteriormente se celebra con un particular sin dejar constancia de todo ello por escrito.

Cuestión también digna de estudio es la de la intervención del órgano deliberante en la formación de los contratos administrativos. Tal estudio cabría dentro de los problemas relativos a la forma, ya se piense que la aprobación o la autorización legislativa se integran en el contrato, ya sea a través del procedimiento de formación de la voluntad administrativa o, simplemente, una vez formado el convenio, como requisitos que condicionan la validez o la eficacia del mismo.

Mas, algunos aspectos de estos problemas, los menos debatidos por nuestra doctrina, preferimos examinarlos separadamente como un apéndice de este trabajo, por la importancia que revisten.

### C) *La causa*

La teoría de la causa ha sido elaborada en Derecho público tomando como punto de partida las aportaciones del Derecho privado. Respecto del acto administrativo, la evolución de aquella culmina en una adaptación de la teoría jusprivatista de la causa al Derecho administrativo, pero tomando en cuenta no sólo las peculiaridades de éste, sino también la naturaleza unilateral del acto.<sup>79</sup>

A su vez, el carácter bilateral que por esencia tiene el contrato administrativo permite todavía en este campo una mejor traslación de la teoría de la causa del derecho privado al derecho público.

Con razón ha dicho Brewer que de acuerdo con nuestra jurisprudencia, tanto la teoría de la causa objetiva (la causa de la obligación de cada contratante se encuentra en el cumplimiento de su respectiva obligación por la otra parte), como la teoría de la causa subjetiva (la causa está determinada por el fin que las partes buscan en el contrato o por el motivo que las indujo a contratar), encuentran su adecuada aplicación en la teoría del contrato administrativo.<sup>80</sup>

La Procuraduría General de la República lo ha considerado así también, citando en su apoyo la sentencia de la Corte de 12-11-54, clarísima sobre este punto: "La causa inmediata de las prestaciones de la Administración la constituyen las contraprestaciones del particular, y la causa o motivo determinante es el interés público que con esas prestaciones se persiguen".<sup>81</sup>

79. Véase Garrido: *Régimen de impugnación...*, pp. 236 a 249.

80. Brewer: *Instituciones...*, pp. 180 a 181.

81. Dictámenes dirigidos al Ministro de Fomento, Nos. 965 y 1.315, de fechas 30-3-62 y 30-4-62. Véase la sentencia citada en la nota 3, p. 191.

D) *El elemento subjetivo: las autoridades administrativas competentes para contratar*

La jurisprudencia de nuestro alto Tribunal ha entendido que “además de las características o elementos esenciales a todo contrato, se encuentran las muy especiales inherentes a los contratos administrativos, o sea, una de las partes o sujetos de la relación jurídica es la Administración Pública, la cual al celebrarlo o perfeccionarlo *obró en su carácter de tal...*”. “Cuando la Administración Pública, *obrando como tal*, celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, un contrato que tiene por objeto una prestación de utilidad pública, nos encontramos sin duda frente a un contrato administrativo”.<sup>82</sup>

Esa jurisprudencia ha sido justamente interpretada por nuestra doctrina en el sentido de que es “elemento esencial del contrato administrativo la participación, en la relación jurídica, de la Administración como parte y actuando como tal. Es decir, que para que un contrato pueda ser calificado de administrativo, una de las partes de la relación jurídica contractual debe ser una autoridad pública actuando en función administrativa... No existe, por tanto, contrato administrativo sin su presencia, como parte contratante en la relación jurídica, de la Administración”.<sup>83</sup>

Esta es la opinión imperante en la doctrina, si bien un reciente *arrêt* del Consejo de Estado (“*Entreprise Peyrot*”) ha comenzado a abrir una brecha cuyas consecuencias —dada la novedad del asunto— aún no pueden ser medidas en su justo alcance: es necesario esperar todavía una confirmación del criterio allí sentado. “Una excepción importante —dice Rivero— acaba de ser aportada al principio según el cual los contratos entre personas privadas no son nunca contratos administrativos: los contraídos con empresarios por las sociedades de economía mixta, encargadas de la construcción de una obra pública (en el caso de una autopista), son de ahora en adelante contratos de obra pública, sometidos a la jurisdicción administrativa”.<sup>84</sup> Lo menos que puede afirmarse en relación con esta jurisprudencia es, por otra parte, que de modo indirecto contribuye a precisar el objeto como lo verdaderamente característico en el contrato administrativo, puesto que ya elimi-

82. Sentencia a la que se hace referencia en la nota anterior, pp. 191 y 192.

83. Brewer: *Instituciones...*, p. 165.

84. Rivero: “*Addendum*” a la 2ª ed. de su *Précis...*, citado en la nota 7. Véase lo relativo a la importancia de la persona moral —puesta de manifiesto por Rivero— en la misma nota 7. La doctrina francesa había venido entendiendo que

na como indispensable el elemento subjetivo en el sentido de "autoridad pública actuando en función administrativa".

Ahora bien, dada la importancia que la persona moral tiene en Derecho Administrativo, y que hemos puesto de manifiesto aquí, el problema concreto que nos interesa destacar en relación con el elemento subjetivo del contrato es el de la persona competente para obligar a la Administración Pública en la contratación administrativa.

a) *Planteamiento.* La Constitución confiere al Presidente de la República, entre sus atribuciones y deberes, "el de celebrar los contratos de interés nacional permitidos por" ella y por las leyes. Tal atribución ha de ejercerla el Presidente en Consejo de Ministros (Artículo 190, ordinales 15 y 22, párrafo segundo).

Dado el supuesto de que entendemos por contratos de "interés nacional" los "contratos administrativos", una conclusión se impone: ellos han de ser celebrados siempre en Consejo de Ministros, solución ésta de la vigente Constitución, sin antecedentes en la anterior, según la cual dichos contratos podrían ser celebrados por órganos del Ministro respectivo.<sup>85</sup>

No dudamos que dicha solución sea impráctica. Precisamente, animadas por un interés pragmático que bien puede ser calificado de plausible,<sup>86</sup> se han propuesto otras soluciones.

La primera de ellas la proporciona Brewer con un razonamiento simple: si los Ministros son órganos directos del Presidente de la República (Artículo 193 de la Constitución), éstos pueden celebrar directamente dichos contratos sin haber sido adoptada la decisión en Consejo de Ministros. En mi opinión, a una tal solución se opone nada menos que el texto de la Constitución que ordena celebrarlos en Consejo de Ministros.<sup>87</sup>

Una argumentación más compleja ha sido elaborada por la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia. Descansa sobre las siguientes bases:

---

existe una presunción acerca del carácter de contrato de derecho privado que tienen los otorgados por los servicios industriales y comerciales del Estado. (Véase: *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1956. Tomo I, p. 58, del profesor De Laubadere).

85. Artículo 108, letra b), Ordinal 15 de la Constitución anterior.

86. Así lo califica Lares Martínez, en el trabajo citado en la nota 53.

87. Brewer: *Instituciones...*, p. 167. Constitución; Art. 190, Ordinales 15 y 22.

1ª) La Constitución distingue entre contratos administrativos “excepcionales”, “especiales” y “ordinarios”.

2ª) Los contratos administrativos “excepcionales” son aquellos que requieren para su validez la intervención del órgano legislativo, la cual puede ser previa o posterior (autorización o aprobación) al contrato. Estos contratos, se afirma, deben ser celebrados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros y deben ser suscritos por el Ministro o Ministros respectivos.

3ª) Los contratos administrativos “especiales” son aquellos “«permitidos» por la Constitución o la ley al Presidente de la República en Consejo de Ministros en lo que respecta a su celebración”. Aquí el vocablo “permisión” se dice “equivale en Derecho Público a tener una facultad o una competencia que necesariamente debe ser atribuida a alguien”.

4ª) Los contratos administrativos “ordinarios” comprenden una doble categoría: a) los “permitidos” o “atribuidos” por la ley a una autoridad pública distinta del Consejo de Ministros; b) los “necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública” de que habla el artículo 126 de la Constitución.

b) *Nuestra opinión.* La sustentamos con base en los siguientes razonamientos:

1º) La tripartición entre contratos administrativos excepcionales, especiales y ordinarios, atribuida a nuestra Constitución, es una mera creación teórica sin ningún antecedente en nuestra doctrina.<sup>88</sup>

2º) En cuanto a los llamados contratos administrativos “excepcionales”, juzgamos que la expresión no es feliz, ni el concepto exacto, pues se pretende convertir en excepción algo que la propia Constitución señala como regla<sup>89</sup> en los términos siguientes:

“Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse *ningún* contrato de interés nacional, salvo los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la Administración pública o los que permita la ley. No podrá en ningún caso procederse al otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos ni de otros recursos naturales que determine la ley, sin que las Cámaras en sesión conjunta, debidamente informadas

88. Incluso Brewer —quien con sus iniciales parece compartir su opinión con el informe de Justicia— no la sostiene en *Instituciones...*, donde hace una clasificación bipartita de los contratos administrativos: confróntese la p. 171.

89. Lares también se muestra en desacuerdo con la expresión “excepcionales”. Igualmente critica la denominación de “especiales”. (Observaciones citadas en la nota 53).

por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes, lo autoricen, dentro de las condiciones que fijen y sin que ello dispense del cumplimiento de las formalidades legales". (Art. 126 de la Constitución).

La correcta interpretación del texto transcrito supone, en nuestra opinión, lo siguiente:

a') Una *regla general*. Ningún contrato de interés nacional podrá celebrarse sin la aprobación del Congreso.<sup>90</sup> Ante el imperativo constitucional no encontramos adecuado argumento, capaz de convertir esta regla en excepción, ni nos parece lógico llamar excepcionales a unos contratos que constituyen la regla constitucional, ni siquiera so pretexto de que constituyen "la excepción en la práctica administrativa".<sup>91</sup>

b') Una *primera excepción* nos viene impuesta por el constituyente: no requieren de la aprobación del Congreso los contratos de interés nacional "necesarios para el normal desarrollo de la Administración pública" que, sin embargo —he aquí el *quid* de la cuestión—, por ser contratos de interés público quedan comprendidos dentro de las atribuciones del Presidente de la República en Consejo de Ministros (Artículo 190, ordinales 15 y 22 —párrafo segundo—). Ningún otro texto constitucional los exime, desgraciadamente, de ese complicado requisito.

90. En el Informe de la Comisión, reseñado en la nota 70 de este trabajo, se interpretó mal una crítica de Lares al artículo 126 de la Constitución, respecto al uso del término aprobación, empleado por el constituyente. El autor de este trabajo es responsable de esa mala interpretación. El sentido de lo que quiso expresarse fue que la redacción del artículo citado no es técnicamente correcta en cuanto al uso del concepto "aprobación". En efecto: el artículo 190 establece (Ordinal 15) que es de la competencia del Ejecutivo la celebración de contratos de interés nacional; por su parte, el Artículo 126 añade que esos contratos no podrán "celebrarse" sin la "aprobación" del Congreso; por tanto habría que entender, o bien que la "aprobación" del Congreso es anterior a la "celebración" del contrato por el Ejecutivo (en cuyo caso no sería una aprobación, sino una autorización), o bien habría que pensar, como lo hace Lares, que "debió el constituyente haberse valido de otras palabras para disponer que los expresados contratos no tendrían carácter definitivo, o no podrían ponerse en ejecución, mientras no se hubieran aprobado por el Congreso" (Lares, p. 205). De manera que: o no es el Ejecutivo quien celebra esos contratos (salvo que al término celebración se le dé otro sentido), o si los celebra, y el Congreso sólo los aprueba (en cuyo caso es incorrecta la frase "sin la aprobación del Congreso no podrá celebrarse...), o finalmente, hay que entender que esa "aprobación" es anterior a la celebración por el Ejecutivo y se trata, por tanto, de una "autorización".

91. "Estamos en radical desacuerdo con llamar «contratos excepcionales» a aquellos subordinados a la aprobación legislativa, siendo que... de acuerdo con el texto de la Constitución, la aprobación constituyente la regla general de la contratación administrativa, aunque sean numerosos, los contratos enmarcados dentro de las excepciones previstas en la Constitución". (Lares: *Observaciones...*).

c') También están exceptuados de la regla general de la aprobación legislativa, los contratos cuya celebración sin la aprobación del Congreso permita la ley. Esta nueva excepción a la regla general resulta lógica, porque la permisón de la ley haría redundante una nueva intervención del Parlamento por vía de aprobación.

d') La Constitución crea un procedimiento previo —en este sentido también excepcional— para las concesiones de hidrocarburos o de otros recursos naturales que el legislador determine, procedimiento previo que consiste en una autorización de las Cámaras, adoptada en sesión conjunta, en la que se fijarán las condiciones con arreglo a las cuales el Ejecutivo, en Consejo de Ministros, podrá celebrar tales contratos administrativos. Una tal autorización no dispensa del cumplimiento de las demás formalidades legales, expresa el constituyente en el mismo artículo. Es también mi opinión que tampoco exime del requisito de la posterior aprobación del Congreso, salvo que el legislador lo diga expresamente. Si desde el punto de vista práctico podría argumentarse que tal requisito no se justifica, parece quedar explicado por el celo —quizá nunca excesivo— que nuestro constituyente pone en la contratación de nuestros recursos naturales básicos, especialmente de los hidrocarburos. Tal celo llevaría a una nueva intervención del Congreso, por vía de aprobación o de improbación, para verificar si el Ejecutivo cumplió las formalidades que le fueron fijadas por el Parlamento en la referida autorización.

3º) Para llegar al concepto de contratos administrativos "especiales", se recurre al artificio de interpretar el vocablo "permisión" en el sentido de "tener una facultad o una competencia que necesariamente debe ser atribuida a alguien"; esto, cuando el término "permitir" —usado en los Artículos 126 y 190, Ordinal 15, de la Constitución— no admite, como ha puesto de relieve Lares Martínez,<sup>92</sup> otra interpretación que la de "previstos" o "admitidos" (por la Constitución y por las leyes).<sup>92bis</sup>

92. "No aceptamos tampoco la calificación «especiales», dada a determinados contratos en el dictamen. Se expresa allí que esta «especialidad radica en que están atribuidos expresamente en su celebración al máximo organismo administrativo de Venezuela: al Presidente de la República en Consejo de Ministros». (*Dictamen*, p. 8). Pero es lo cierto que no existe tal especialidad, sino una norma de absoluta aplicación a todos los contratos de interés nacional, ya que entre las atribuciones y deberes del Presidente de la República figura la de «celebrar los contratos de interés nacional permitidos por esta Constitución y las leyes», atribución que aquél deberá ejercer en Consejo de Ministros" (Art. 190 de la Constitución, Ordinal 15 y penúltimo aparte). (Lares Martínez: *Observaciones...*).

92bis. "Y no se alegue que esta disposición comprende únicamente los «contratos permitidos por esta Constitución y las Leyes», pues fuera del marco de la Constitución y las Leyes es imposible la celebración de ningún contrato de interés na-

4º) Resta la categoría de contratos administrativos necesarios para el normal desarrollo de la Administración pública. No nos oponemos a que se les llame "ordinarios", pero sí criticamos que con ocasión de ellos se manifieste que "la Constitución no señala" ninguna disposición por la cual los contratos de interés nacional deban celebrarse obligatoriamente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.<sup>93</sup> Como ha dicho Lares Martínez<sup>94</sup> comentando esa frase, "para uno cerciorarse de que esto no es así, basta leer el Artículo 190 de la Constitución, Ordina 15 y penúltimo aparte. De allí se desprende que la decisión de contratar la adopta en todo caso el Presidente de la República en Consejo de Ministros. Y no se alegue que esa disposición comprende únicamente los «contratos permitidos por esta Constitución y las leyes», pues fuera del marco de la Constitución y de las leyes, es imposible la celebración de ningún contrato de interés nacional".

Que el sistema creado por la Constitución de 1961 no es, ni mucho menos, perfecto, y que resulta complejo desde el punto de vista de la práctica administrativa, nadie lo niega. Pero, pongo en duda que la tesis que acabamos de comentar resuelva el problema. Sostenerla puede conducir a consecuencias peligrosas, pues en ningún otro caso como en la contratación administrativa hay que cuidar tanto de que el particular que interviene en la formación de este acto, bilateral por esencia, pueda prevalerse de la insuficiente formación de la voluntad administrativa para atacarlo posteriormente atribuyéndole vicios que bien pueden herir tanto el elemento subjetivo como el elemento formal del contrato, o ambos a la vez.

Así, una tesis doctrinaria que sin duda —como ha puesto de relieve Lares Martínez— ha nacido "con loable preocupación de orden práctico" —y en este sentido "sería útil trasladarla a nuestro ordenamiento jurídico positivo"— pero que "carece de fundamento constitucional", corre el riesgo de desvirtuar su laudable finalidad pragmática creando otros problemas: la posibilidad de una impugnación masiva de los contratos administrativos por los cocontratantes, descontentos de los efectos pecuniarios, o de otro orden, logrados con ocasión de los mismos.

---

cional". (Lares: *Observaciones...*). La categoría de contratos administrativos "especiales" no aparecen la clasificación de Brewer (ver *Instituciones...*, p. 171). Ver también nota 94.

93. Dictamen de Justicia, p. 10 (párrafo tercero).

94. Lares: *Observaciones...*

Finalmente, sostener dicha tesis con una dudosa interpretación de la Exposición de Motivos de la Constitución, nos llama a reflexión sobre un punto que González Pérez<sup>95</sup> ha puesto sobre el tapete: el pretender concebir como mente del legislador (o del constituyente en su caso) las exposiciones de motivos o los debates que al respecto se efectúen en los órganos parlamentarios. No existe, creemos, otra "mente del legislador" o "del constituyente" que aquella que ha quedado plasmada en los textos de Derecho positivo, aun cuando la "intención" de las personas físicas que contribuyeron a redactar las normas haya sido otra.

## A P E N D I C E

Tal como habíamos anunciado anteriormente, nos proponemos examinar ahora los aspectos que han sido menos debatidos en Venezuela en relación con la intervención del Parlamento en la contratación administrativa, postulada por el Artículo 126 de la Constitución.

Respecto del complejo problema de la naturaleza jurídica de esa intervención pueden examinarse, entre nosotros, las opiniones de Pérez Luciani y Brewer.<sup>96</sup>

Nos proponemos analizar otros problemas que plantea el citado texto constitucional.<sup>97</sup>

### A) *Contratos de interés público celebrados con Estados o entidades extranjeras y con sociedades no domiciliadas en Venezuela*

Ya hemos expresado anteriormente que el texto constitucional que estamos comentando establece como regla general la necesidad de la

95. González Pérez, Jesús: "El método en el Derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, N° 22, p. 64. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.

96. Brewer: *Instituciones...*, pp. 172 y 173; y Pérez Luciani, artículo citado en el N° 18 de este trabajo; pp. 223 y ss.

97. El Artículo 126 de la Carta Magna establece textualmente lo siguiente:  
 "Artículo 126. Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional, salvo los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permita la ley. No podrá en ningún caso procederse al otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos ni de otros recursos naturales que determine la ley, sin que las Cámaras en sesión conjunta, debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes, lo autoricen, dentro de las condiciones que fijen y sin que ello dispense del cumplimiento de las formalidades legales.  
 "Tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeros, ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación del Congreso.  
 "La ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías en los contratos de interés público".

aprobación del Congreso para la celebración de los contratos de interés nacional, regla a la cual consagra dos excepciones: la relativa a contratos necesarios para el normal desarrollo de la Administración y la que toca a los convenios permitidos por la Ley.

En ambos casos se justifica la excepción: de una parte, porque sin ella quedaría entabado el diario funcionamiento de la Administración Pública respecto de los contratos necesarios para su normal desarrollo; y, en cuanto a los permitidos por la ley, resulta también lógico que escapen a la posterior intervención parlamentaria, puesto que previamente ha sido autorizada su celebración, *in genere*, por el propio Poder Legislativo, mediante Ley.

Refiriéndose a los primeros, Lares Martínez ha expresado: "No será fácil determinar cuáles son los contratos no necesarios para el normal desarrollo de la Administración pública. Es práctica admitida unánimemente que no están sujetos al requisito de la aprobación legislativa ni los contratos de obra pública, ni los relativos al transporte de correspondencia, ni a la adquisición de bienes muebles o inmuebles destinados al uso público o al servicio oficial de la Nación".<sup>98</sup>

Por su parte Brewer piensa que estos contratos, normales en la vida de la Administración, abarcan la mayoría de los principales tipos de contratos administrativos, entre los cuales él señala: los contratos de obra pública, de empréstito público, de suministros, transporte, de conservación de servicios públicos y de función pública.<sup>99</sup>

Pues bien, aparte de esas dos excepciones, contenidas en el encabezamiento del Artículo 126 de la Constitución, aparece —en el segundo párrafo del mismo texto— otra confirmación de la regla de la intervención legislativa en los casos de convenios de interés público nacional, estatal o municipal, relativa a los contratos administrativos celebrados o traspasados a estados o entidades extranjeros, o a sociedades no domiciliadas en Venezuela, los cuales no tendrán validez sin la aprobación del Congreso. Entonces, cabría preguntarse si pueden considerarse incluidos en este segundo párrafo del Artículo 126 las dos excepciones contempladas en el encabezamiento del mismo texto.

En otras palabras, si los contratos proclamados por el constituyente como "necesarios para el normal desarrollo de la Administración" o aquellos "permitidos por la Ley", también quedan exceptuados del re-

98. Lares Martínez: *Manual...*, p. 205.

99. Brewer: *Las Instituciones...*, pp. 171 y 162 a 164.

quisito de la aprobación del Congreso aun cuando se celebren con —o sean traspasados a— estados o entidades oficiales extranjeros o sociedades no domiciliadas en Venezuela.

De esta manera planteado, nos encontraríamos aquí frente a un típico problema de interpretación extensiva que, por cierto, debe ser distinguido de la analogía. En el presente caso se trata de verificar, en efecto, si la norma expresa menos de lo que fue querido por el constituyente, porque se considera "que la expresión no responde al pensamiento o no lo revela exactamente: otros casos además de los expresados fueron también considerados por el legislador, y se quiso que fueran sometidos a la norma, que, según la letra, no los comprende... No consigue el procedimiento la corrección de la norma por estarle prohibido al intérprete..."<sup>100</sup>

Razonando por vía de interpretación extensiva, podríamos preguntarnos si quiso en efecto el constituyente, en el segundo párrafo del Artículo 126, establecer idénticas excepciones que en el primer párrafo de la misma norma. Creemos que no, porque se trata, a nuestro juicio, de un texto más restrictivo que el párrafo que lo precede, en razón de que el supuesto de hecho es diferente. En efecto, el primer párrafo se refiere a contratos de interés nacional; el segundo, no sólo a ellos sino también a los de interés estatal o municipal. Aquél se contraería a contratos que, en principio, no pondrían en juego la soberanía del país, como muy bien podría ser el caso de los segundos. Sobre todo esta última consideración explica sobradamente, a nuestro juicio, que el constituyente no haya impuesto excepciones a los contratos celebrados con estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, los cuales, en su consecuencia, necesitan, en todo caso, de la aprobación legislativa, aun cuando se trate de contratos necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública o de los que la ley permita.

#### B) *Contratos administrativos celebrados con institutos autónomos*

Se han presentado también dudas acerca de si las prescripciones del Artículo 126 son aplicables o no a los contratos celebrados con institutos autónomos. La respuesta, a nuestro juicio, no puede ser otra que afirmativa.

100. De Ruggiero, R.: *Instituciones de Derecho Civil*. Traducciones de la 4ª edición italiana. Editorial Reus, Madrid, p. 148.

En efecto, por una parte, el constituyente no establece distinciones en relación con el órgano que celebra el convenio: si se trata de un contrato de interés nacional, sea cual fuere el órgano de la Administración venezolana que en él figure como parte, deberá ajustarse, en todo caso, a los requisitos allí previstos. Ello nos pone de manifiesto que la consideración a tomar en cuenta en este caso es la relativa al objeto del contrato, que es lo que lo configura o no como administrativo. Por otra parte, organismos como los institutos autónomos "no pueden concebirse sino como formando parte del Estado para atender a una de sus funciones, la función administrativa, y por tanto se consideran órganos de la Administración descentralizada".<sup>101</sup>

Por lo demás, si llegare a sostenerse una tesis contraria a la aquí esbozada, bastaría con que el Ejecutivo se valiese de un instituto autónomo, para que los requisitos constitucionales previstos en el Artículo 126 quedasen burlados mediante tal fórmula.

### C) *¿Autorización o aprobación legislativa?*

El Artículo 126 de la Constitución, cuya redacción ha provocado tantas dudas en cuanto a su interpretación, nos pone frente a una más.

Dicho texto comienza por decir que "sin la *aprobación* del Congreso no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional".

A tal respecto Lares Martínez comenta: "...Si la Constitución impone el requisito de la aprobación legislativa, y no el de la autorización, debe entenderse que se trata de una formalidad ulterior a la celebración del contrato, y no anterior a la misma. Por eso, en vez de usar la expresión «sin la aprobación del Congreso, *no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional*», debió el constituyente haberse valido de otras palabras para disponer que los expresados contratos no tendrían carácter definitivo, o no podrían ponerse en ejecución, mientras no hubieran sido aprobados por el Congreso".<sup>102</sup>

Y Pérez Luciani agrega: "Por los términos del Artículo 126 citado, parecería tratarse de una *autorización* legislativa, en lugar de una *aprobación*; pero no es posible al intérprete cambiar los términos del problema jurídico".<sup>103</sup>

101. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, 1963, p. 134.

102. Lares Martínez: *Manual*, pp. 205.

103. Pérez Luciani: obra citada en el N° 18 de este trabajo, p. 225.

En efecto, la doctrina jurídico-administrativa ha entendido tradicionalmente por "autorización" la intervención previa de otro órgano en la formación de la voluntad administrativa, y por "aprobación" su intervención posterior. Habría, pues, que aclarar en primer lugar qué se entiende por "celebración" de un contrato administrativo, antes de insistir en el término "aprobación".

"Celebrar" —nos enseña el Diccionario— tiene como tercera acepción la de "hacer *solemnemente* y con los *requisitos necesarios* alguna función, junta o contrato" (el subrayado es nuestro).<sup>104</sup>

De acuerdo con el sentido de la palabra "celebrar" que acabamos de dejar expuesto, y de los términos del Artículo 126, habría que entender que el contrato se "celebra" cuando se han cumplido todos los requisitos necesarios, uno de los cuales es, en el presente caso, la aprobación legislativa. Aquí la voz "aprobación" se encuentra empleada, pues, en el sentido de requisito final de la celebración del convenio.

"Lo lógico parece que la Constitución haya querido establecer que no es posible *celebrar válidamente* un contrato de interés nacional, es decir, un contrato que comprometa los altos intereses nacionales, sin que tal contrato haya sufrido el control de las Cámaras Legislativas en forma de aprobación", ha expresado Pérez Luciani.<sup>105</sup>

Ahora bien, el mismo autor reconoce que "aun entendiendo en esta forma la disposición, queda un escollo adicional, que es el último párrafo citado, donde se señala que la Ley puede exigir otras condiciones o garantías. Estas circunstancias no son posibles pensarlas sino en el caso de *autorización*, porque si se trata de *aprobación*, sólo cabría aceptar o rechazar el acto sujeto a control. Salvo que pudiese pensarse en una *aprobación* sujeta a condiciones que deberían cumplirse a *posteriori*".<sup>106</sup>

Pero, en nuestra opinión, este último escollo no nos parece insalvable. El contrato se considera celebrado una vez que se haya operado la aprobación legislativa. Ahora bien, a nuestro juicio, el que la ley pueda exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio, o de otro orden, o requerir especiales garantías en los contratos de interés público, no se refiere a la ley aprobatoria del contrato, sino a leyes que impongan a la Administración determinados requisitos para cele-

104. *Diccionario de la Real Academia*, 18ª edición.

105. Pérez Luciani: obra citada en el N° 18, p. 225.

106. Pérez Luciani: obra citada en el N° 18, p. 225.

brarlo, y que en este sentido, son leyes previas a la celebración del mismo. Baste con analizar cuidadosamente el texto completo del Artículo 126 para que se llegue a esta conclusión, pues no podría sostenerse que el último párrafo del mismo se refiere, necesariamente, a la Ley aprobatoria del contrato. Sobre todo, si se parte de la base de que la intervención del Congreso puede operarse sin que sea indispensable recurrir para ello al mecanismo de la ley formal, salvo que así lo dispongan expresamente el constituyente o el legislador.

### CONCLUSIONES

I. Este trabajo está dedicado al examen de ciertos problemas peculiares del ordenamiento jurídico positivo venezolano, relacionados con la teoría general del contrato administrativo, o sea, con los convenios denominados en nuestro derecho positivo de "interés nacional" o de "interés público", tal como los entiende nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia.

II. El criterio de las cláusulas exorbitantes desempeña en la jurisprudencia venezolana un papel secundario en la definición del contrato administrativo. Este se identifica fundamentalmente por el servicio público que entraña, entendido el concepto servicio público en su sentido amplio: como una prestación corrientemente continua y regular, es decir, como una actividad prestadora, encaminada a satisfacer directamente una necesidad de carácter público y que descansa, por tanto, en razones de interés general.

III. En cuanto a los problemas más resaltantes y debatidos que nuestro ordenamiento jurídico positivo plantea, en relación con los elementos del contrato administrativo, concluimos:

A) La noción de servicio público —tomada en el sentido general ya expuesto— constituye o forma parte del contenido u objeto del contrato administrativo;

B) A partir de la reforma de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, operada el 17 de marzo de 1961, el elemento "forma" en su doble aspecto —forma de integración y forma de expresión de la voluntad administrativa— desempeña un papel tan esencial en el contrato administrativo que afecta la existencia del mismo;

C) El carácter bilateral del contrato administrativo permite una perfecta adaptación al mismo, de la teoría jusprivatista de la causa;

D) Por lo que atañe a nuestra teoría del contrato administrativo, VO, respecto del elemento subjetivo, opinamos que:

a) La intervención de la Administración Pública, actuando como tal, es requisito esencial del contrato administrativo. Muy recientemente la jurisprudencia extranjera comienza a transitar una vía en sentido contrario, al considerar como administrativo un contrato en el cual se conjugaban la voluntad de personas privadas con la de una sociedad de economía mixta encargada de la construcción de obras públicas;

b) En nuestro ordenamiento jurídico positivo, la Constitución de 1961 impone como regla general en la contratación administrativa, una doble condición:

- 1ª Han de ser celebrados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros;
- 2ª Requieren de la aprobación del Congreso. Aquí caben dos excepciones referidas a: a') los contratos necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública; y b') aquellos que la ley determine expresamente; ambos tipos de contratos quedan exentos de dicha aprobación.

IV. La intervención del Congreso en la contratación administrativa plantea a su vez problemas que pensamos deben resolverse en el siguiente sentido:

A) No cabe hacer excepción respecto de contratos celebrados por la Administración central o por institutos autónomos: la regla prevista en el Artículo 126 se cumple para todos ellos.

B) Los contratos administrativos celebrados o traspasados por la República, a los estados o las municipalidades, a estados o entidades oficiales extranjeros o a sociedades no domiciliadas en Venezuela, necesitan de la intervención legislativa. Quedan comprendidos en esta regla aun aquellos contratos administrativos necesarios para el normal desarrollo de la Administración pública y los permitidos por la ley.

C) La intervención del órgano deliberante constituye uno de los trámites necesarios para la celebración del contrato, y en tal sentido ha de considerarse como impermissible requisito que forma parte del procedimiento de celebración del mismo, intervención que se efectúa por vía de aprobación legislativa a los trámites concluidos por la Administración.

Esta intervención legislativa posterior a la administrativa, explica el sentido del término "aprobación" empleado por el constituyente.