

II. IBEROAMERICANA

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS VENEZOLANA

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Central de Venezuela

I. LOS ORÍGENES JURISPRUDENCIALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA.—II. LA ACEPTACIÓN —MAYORITARIA— DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR LA DOCTRINA Y SU PÁLIDO TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN.—III. EL COMIENZO DEL CAMBIO: LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.—IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SITUACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA ANTES DE LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.—V. EL NOTABLE CAMBIO DE LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS: EL ABANDONO DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LA UNIFICACIÓN DE SU RÉGIMEN JURÍDICO.—VI. LA REGULACIÓN UNIFORME DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS Y LA IRRELEVANCIA DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.—VII. LA REGULACIÓN UNIFORME DEL RÉGIMEN SUSTANTIVO DEL CONTRATO Y, DE NUEVO, SOBRE LA IRRELEVANCIA DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO: A) *Las potestades que puede ejercer la Administración durante la ejecución del contrato.* B) *El derecho al equilibrio económico-financiero del contrato.*—VIII. A MODO DE RECAPITULACIÓN: LA FELIZ SUPERACIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU DESAPARICIÓN PRÁCTICA EN EL DERECHO VENEZOLANO.

RESUMEN

El artículo estudia los orígenes y evolución del contrato administrativo en Venezuela, con especial referencia a su situación posterior a la Ley de Contrataciones Públicas.

Palabras clave: contratos administrativos; Ley de Contrataciones Públicas; Venezuela.

ABSTRACT

The article studies the origins and evolution of the administrative contract in Venezuela, with special reference to its situation after Public Contract Law.

Key words: administrative contract; Public Contract Law; Venezuela.

La nueva *Ley de Contrataciones Públicas*, en vigor desde el 14 de marzo de 2008, y que fuera dictada por el Presidente de la República a través del Decreto-Ley número 5.929, ha supuesto un cambio fundamental en el régimen aplicable a los contratos celebrados por la Administración Pública en Venezuela. Superando la distinción —tradicional— entre el *contrato admi-*

nistrativo y el contrato de la Administración, la Ley define uniformemente el régimen del procedimiento de selección de contratistas, así como del contenido y ejecución de los contratos por ella regulados (contrato de obra, contrato de adquisición de bienes muebles y contrato de prestación de servicios comerciales), sin reparar si se trata o no de «contratos administrativos».

Antes de la Ley de Contrataciones Públicas, la situación jurídica de los contratos celebrados por la Administración era bastante precaria: sólo desde 1991 existía una regulación del procedimiento de selección de contratistas a través de la Ley de Licitaciones. Su régimen sustantivo general, sin embargo, no encontraba regulación legal de ningún tipo, por lo que era preciso acudir a la jurisprudencia, siempre cambiante e imprecisa. Así, desde 1944, la jurisprudencia —cambiando un criterio formado al amparo de la concesión de hidrocarburos, figura de tremendo peso histórico en Venezuela— reconoció que la Administración podía celebrar dos tipos de contratos: unos, sometidos al Derecho Administrativo; otros, regidos por el Código Civil. Los primeros —llamados contratos administrativos— se caracterizan por su objeto: el servicio público, en el sentido más amplio que cabe darle a esa expresión. Creación pretoriana del contrato administrativo que tuvo, en todo caso, un muy pálido alcance en la legislación.

Ya en parte, el cambio introducido en la Ley de Contrataciones Públicas había comenzado a propósito de la interpretación que la jurisprudencia otorgó a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de 2004, que, de manera más bien precaria, esbozó unas rudimentarias reglas de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pues bien, de acuerdo con esa jurisprudencia, toda pretensión deducida contra la Administración, a consecuencia de cualquier contrato, es conocida con la justicia administrativa, con lo cual se abandonó —por vía jurisprudencial— la idea del contrato administrativo como criterio delimitador de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. La Ley de Contrataciones Públicas ha avanzado en este camino, ahora, para establecer un régimen uniforme aplicable a los tres contratos nominados ya mencionados, celebrados por los órganos y entes del sector público, así como por particulares que administran recursos públicos, con independencia que se trate o no de contratos administrativos. Este breve estudio pretende, pues, examinar cuál es la situación del contrato administrativo luego de la Ley de Contrataciones Públicas en Venezuela.

I. LOS ORÍGENES JURISPRUDENCIALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

Como decíamos, el concepto de contrato administrativo, como *institución jurídica propia* y distinta al contrato previsto en el Código Civil, es en Venezuela una figura creada exclusivamente por la jurisprudencia, a partir de la decisión de la entonces Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944. Antes de esa fecha, la jurisprudencia había preferido aludir al «contrato público» como el contrato celebrado por la Administración que,

sin perjuicio de su sujeción al Código Civil, se regía por principios especiales de Derecho Público. Este criterio se formó con ocasión de interpretar la figura de la concesión de hidrocarburos, que fue, durante buena parte del siglo pasado, el instrumento por antonomasia de explotación de los hidrocarburos en Venezuela. El criterio entonces asumido fue que la concesión de hidrocarburos era un contrato mixto, en el cual confluían una parte contractual —entregada al Derecho Civil— y una parte reglamentaria —regida por el Derecho Público—. Puede citarse la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 9 de marzo de 1939¹, la cual, citando a la doctrina francesa tradicional (HAURIOU, DUGUIT, JEZÉ y BONNARD, entre otros), sentó la tesis de la naturaleza mixta de la concesión:

«la generalidad de los autores ve en la concesión un acto complejo constituido por elementos de muy distinta naturaleza: una parte reglamentaria o de estatuto legal, que el legislador puede modificar en todo tiempo sin respetar ninguna situación jurídica preestablecida; un acto condición; y por último una parte contractual que debe ser respetada por los cambios de legislación, pues no puede modificarse unilateralmente».

Pero no había, en la jurisprudencia, una clara distinción entre los contratos que podía celebrar la Administración, según ella obrase como *potentior persona* o «como un particular». Esa distinción se aceptaría algunos años después, con la sentencia ya citada de 4 de diciembre de 1944, en la cual se reconoce la existencia del contrato administrativo no sobre la base del ordenamiento positivo en vigor, sino en realidad a partir del desarrollo del tema en la doctrina francesa:

«es en la doctrina de grandes autores y no en preceptos legales especiales en donde se establece que no deben aplicarse por analogía a los contratos administrativos de suministro de provisiones ni a los trabajos públicos las distintas posiciones del Derecho Privado sobre el contrato de venta ni sobre el arrendamiento o locación de obras.

Por los mismos autores se ve que no se trata en estos principios, como en otros que se verán más adelante, de la aplicación de leyes sustantivas especiales, de índole administrativa, sino de conceptos jurídicos nuevos incompatibles con algunos preceptos del Derecho Privado y que por tanto deben ponerse éstos de lado».

¹ El texto de la decisión ha sido consultado en la *Memoria de la Corte Federal y de Casación*, tomo 1, 1940, págs. 331 y ss. Véase una referencia al fallo en Arístides RENGEL-ROMBERG, «El derecho de reversión en la legislación de minas e hidrocarburos», en *Estudios jurídicos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2003, págs. 283 y ss.

Otro punto relevante fue que la Corte —adelantándose incluso al criterio que impondría el Consejo de Estado francés más de diez años después, con la decisión *Esposos Martín*— centró el concepto de contrato administrativo en su objeto:

«(...) cobró cuerpo el concepto de una distinción fundamental entre los contratos administrativos que interesan a los servicios públicos y los contratos de Derecho Privado, en los cuales, por los tiempos en que fue elaborada su preceptiva, no se dieron soluciones especiales y adecuadas a estos modernos contratos cuyo gran desenvolvimiento y nueva y minuciosa técnica no pudieron preverse».

La decisión no suscitó, en la doctrina, ninguna consideración especial². Tendrían que pasar diez años para que otra sentencia de la Corte Federal (de 12 de noviembre de 1954) retomase con mayor énfasis la tesis que había sido esbozada, a fin de reconocer que la Administración puede celebrar contratos administrativos, distintos a los contratos regulados en el Código Civil:

«cuando la Administración pública, pues, 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».

El contrato administrativo, como creación propia de la jurisprudencia, ha pivotado siempre sobre su objeto, en referencia al servicio público como sinónimo del interés general, con lo cual las cláusulas exorbitantes sólo son índice revelador del objeto del contrato. Por ello, frente a todo contrato celebrado por la Administración, resulta preciso determinar si es o no un contrato administrativo a partir de su objeto, distinción relevante de cara a determinar, por un lado, su régimen jurídico y, por el otro, el tribunal competente para conocer las pretensiones deducidas por los particulares³.

² Cfr: Gonzalo PÉREZ LUCIANI, «Los contratos administrativos en Venezuela», en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Volumen VIII. 1984-1985. El Derecho Público en Venezuela y Colombia*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1986, pág. 254.

³ Sobre la preponderancia del elemento objetivo del contrato administrativo, véase a Luis Enrique FARIAS MATA, «La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas», en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, tomo II, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981, págs. 935 y ss.

La jurisprudencia reciente, desarrollando la doctrina sentada por la Sala Político-Administrativa en la década de los ochenta del pasado siglo, reitera la vigencia del contrato administrativo anclado en el *servicio público* como objeto y como causa que justifica su sujeción a un régimen de Derecho Administrativo. Elemento común a la mayoría de estos fallos es el concepto de servicio público como el centro de gravedad del contrato administrativo, entendido aquí como sinónimo de interés general o colectivo⁴. El concepto del contrato administrativo, luego de su aparición en la década de los cincuenta del siglo pasado; su decantación en la década de los sesenta y su desarrollo notable en la década de los ochenta, queda así formado. La dualidad de contratos a los que puede acudir la Administración, y la dualidad de regímenes aplicables, se consolida como dogma fundamental del Derecho Administrativo venezolano. Sin embargo, la imprecisión con la que la jurisprudencia ha manejado al servicio público, como objeto distintivo del contrato administrativo, ha terminado por difuminar esa figura, pues al concebirse al servicio público en su acepción amplísima, la casi totalidad de los contratos celebrados por la Administración terminarían siendo calificados, paradójicamente, como contratos administrativos⁵.

II. LA ACEPTACIÓN —MAYORITARIA— DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR LA DOCTRINA Y SU PÁLIDO TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN

La doctrina mayoritaria ha aceptado, sin mayor reparo, esta creación jurisprudencial del contrato administrativo que, en realidad, se limitó a incorporar el tratamiento clásico que de esta figura ha hecho el Derecho francés. Tesis anclada, como lo hizo la jurisprudencia, en el objeto del contrato, como elemento calificador preponderante frente a las denominadas cláusulas exorbitantes. La doctrina inicial que asentaría las bases del contrato administrativo (HERNÁNDEZ RON, LARES MARTÍNEZ, BREWER-CARIAS y

⁴ El servicio público como objeto del contrato administrativo alude a cualquier actividad inherente a la noción de interés general o colectivo, incluso cuando tal interés es protegido por una empresa del Estado (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 12 de agosto de 1992, caso *ASFAPETROL*).

⁵ En esta última y reciente línea de evolución, el concepto de contrato administrativo aparece configurado —tal y como hizo la jurisprudencia en la década de los cuarenta del siglo pasado— en función de su objeto, según éste se relacione con el servicio público. La expresión, común, se toma de la sentencia de 16 de febrero de 2000, caso *Alcides Manuel Escalona Yagua*. Puede verse también la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 21 de octubre de 2002, caso *Constructora Futuro*, en la cual se concluyó que «el carácter administrativo del contrato puede también manifestarse en la posible afectación que su objeto tenga sobre el interés general». Igualmente, la jurisprudencia, al referirse al concepto de servicio público, lo equipara expresamente a la *finalidad de utilidad pública*. En general, sobre la evolución del concepto de contrato administrativo en Venezuela, vid. Mauricio SUBERO MÚJICA, «La noción de contrato administrativo y la jurisprudencia en Venezuela», en *Derecho administrativo iberoamericano*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, págs. 2035 y ss.

FARIAS MATA) será seguida, sin variaciones sustanciales, por la doctrina posterior⁶.

Un sector, sin embargo, se opuso a esa corriente mayoritaria, por considerar que el concepto de contrato administrativo es ajeno al Derecho venezolano (PÉREZ LUCIANI), sosteniendo que él infunde, además, una indebida inseguridad jurídica en las relaciones contractuales (MÉLICH ORSINI), llegando a postular la inutilidad práctica de ese concepto. Incluso quienes en un momento avalaron el concepto de contrato administrativo (LARES MARTÍNEZ y BREWER-CARIÁS), posteriormente reconocerían que la distinción no puede ser asumida con tal carácter drástico, pues, en definitiva, todo contrato celebrado por la Administración se rige, en mayor o menor proporción, por el Derecho Administrativo⁷. Salvo estas excepciones, sin embargo, el grueso de la doctrina se inclina por aceptar que, en efecto, la Administración puede celebrar dos tipos de contratos distintos, dependiendo de su objeto.

Lo curioso es que a pesar que jurisprudencia y doctrina aceptan, en Venezuela, el concepto de contrato administrativo, éste no ha sido de recibo expreso en la legislación, con una sola excepción. Apartando algunos ejemplos más bien anecdóticos, la regulación legal del contrato administrativo

⁶ La posición de HERNÁNDEZ RON puede verse en *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 2.ª ed., Caracas, 1943, págs. 161 y ss. Por su parte, el tratamiento de LARES MARTÍNEZ se toma de la primera edición de su *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963, págs. 189 y ss.). Asimismo, de BREWER-CARIÁS, vid. *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Colección Tesis de Doctorado, vol. IV, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, págs. 162 y ss. Finalmente, la posición de FARIAS MATA, antes comentada, puede ser vista en «La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas», cit., págs. 935 y ss. Es de advertir que LARES y BREWER-CARIÁS, posteriormente, llegaron a modificar su posición, como se expone luego. En fecha más reciente puede verse, entre muchos otros, a José ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo. Parte general*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pág. 588, así como Enrique IRIBARREN MONTEVERDE, «El equilibrio económico en los contratos administrativos y la teoría de la imprevisión», en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías»*. *Los Contratos Administrativos*, FUNEDA, Caracas, 2005, págs. 115 y ss.

⁷ Las críticas abiertas al concepto de contrato administrativo han sido sostenidas en Venezuela, básicamente, por tres autores: Gonzalo PÉREZ LUCIANI («Los contratos administrativos en Venezuela», cit., págs. 247 y ss.), José MÉLICH ORSINI («El contrato administrativo en el marco general de la Doctrina del Contrato», en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 116, Caracas, 2000, págs. 65 y ss.) y Jesús CABALLERO ORTIZ («¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación», en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, tomo II, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1765 y ss.). La posición actual de LARES MARTÍNEZ puede ser vista en la décima segunda edición de su *Manual de Derecho Administrativo* (Caracas, 2001, págs. 247 y ss.). La matización de la posición de BREWER-CARIÁS se encuentra actualmente desarrollada en la obra, ya clásica en Venezuela, *Contratos administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, págs. 39 y ss., y, más recientemente, en «Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela», en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías»*. *Los Contratos Administrativos*, tomo II, cit., págs. 447 y ss.

que más influencia ha tenido es la contenida en el artículo 42.14 de la hoy derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de 1976, que resolvió en la jurisdicción contencioso-administrativa todas las pretensiones deducidas frente a los contratos administrativos. Ciertamente, con esta disposición, el contrato administrativo cobró vida en el ordenamiento positivo venezolano. Dos comentarios merece la norma en referencia:

— En *primer* lugar, que en realidad la incorporación de esa norma responde a un equívoco. En el inicial Proyecto de Ley presentado para su primera discusión por la Comisión Permanente de Política Interior, ninguna referencia se hacía a la competencia del Máximo Tribunal para conocer pretensiones deducidas con ocasión de contratos. Empero, durante la primera discusión, un diputado solicitó «enmendar el error» en el que incurría el Proyecto pues, a diferencia de la Ley anterior —en alusión a la Ley Orgánica de la Corte Federal de 1953—, ninguna referencia se hacía al contrato administrativo. La propuesta fue acogida de buena gana, y se incorporó el calificativo «administrativo» a la norma inicialmente aprobada. Lo sorprendente del caso es que, en realidad, la Ley de 1953 *sólo aludía a los contratos del Poder Ejecutivo, sin distinguir si eran o no administrativos*. La incorporación del contrato administrativo como concepto, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, respondió, pues, a un simple equívoco⁸.

— Lo segundo, que el contrato administrativo surge en 1944 como un criterio sustantivo que sólo adquiere relevancia procesal en 1976. Contraria ha sido la tendencia histórica, pues el contrato administrativo surge, primero, como criterio delimitador de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, para luego pasar a ser un concepto sustantivo⁹.

Como puede observarse, el único caso relevante en el que el ordenamiento positivo ha apoyado el concepto de contrato administrativo no responde a una intención deliberada del legislador, sino a un simple descuido. En suma, pues, el concepto de contrato administrativo es, en Venezuela, un

⁸ Cfr. *Diario de Debates*, Cámara de Diputados, 14 de julio de 1976, págs. 811 y ss. Un resumen de esta explicación en Jesús CABALLERO ORTIZ, «¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?», cit., págs. 1773 y ss.

⁹ El origen de la tesis del contrato administrativo se encuentra en la separación entre la justicia administrativa y la justicia civil, propia del Derecho francés, como corolario del advenimiento del servicio público como clave de todo el Derecho Administrativo. Cfr. André LAUBADÈRE, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, Tome Premier, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, págs. 29 y ss. Véase en especial el trabajo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La figura del contrato administrativo», en el núm. 141 de esta REVISTA, Madrid, 1963, págs. 103 y ss., que tanta influencia ha tenido entre quienes nos oponemos, en Venezuela, al concepto de contrato administrativo con la rigidez con la cual esta tesis suele ser asumida. Desde el Derecho venezolano, vid. Allan BREWER-CARIAS, *Contratos administrativos*, cit., págs. 39 y ss. Sin embargo, en Venezuela, el reconocimiento del contrato administrativo como criterio delimitador de la competencia de lo contencioso-administrativo surge una vez tal figura había sido aceptada con contenido sustantivo propio.

concepto de creación estrictamente jurisprudencial, adoptado por simple transposición del Derecho francés y que luego, por inercia o por costumbre, ha permanecido en la jurisprudencia y doctrina preponderantes.

III. EL COMIENZO DEL CAMBIO: LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

En 2004, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es derogada por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que, de manera más bien atropellada, esbozó muy toscamente los principios de la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁰. La Ley no modificó sustancialmente el contenido del artículo 42.14 de la Ley de 1976, que fue incorporado en su artículo 5. En la práctica, sin embargo, el cambio fue monumental.

Bajo la legislación de 1976, recordemos, era necesario determinar si el contrato respecto del cual se deducía una pretensión era o no administrativo, a fin de concluir si su conocimiento correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa. Luego de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 2004 tal situación —por la interpretación jurisprudencial de esa Ley— cambió, pues ahora toda pretensión deducida contra la Administración en relación con contratos (sean o no administrativos) será conocida por la jurisdicción contencioso-administrativa. Tres cambios fundamentales se aprecian:

— En *primer* lugar, la nueva Ley amplió el ámbito de la justicia administrativa a toda demanda contra las Administraciones Públicas, incluso de los entes político-territoriales menores (Estados y Municipios), ello independientemente que la pretensión de condena deducida se relacione con un contrato administrativo.

— En *segundo* lugar, la pretensión de nulidad de los «contratos celebrados por organismos públicos» será siempre conocida por la jurisdicción contencioso-administrativa, con independencia que se trate de un contrato administrativo.

— Por último, y en *tercer* lugar, incluso las pretensiones deducidas por la Administración contra los particulares serán conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa, con independencia que versen o no sobre contratos administrativos.

¹⁰ Esbozo tosco, hemos de reconocer, pues en realidad esa Ley no reguló a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que se limitó a organizar el funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia —incluyendo a la Sala Político-Administrativa—, máximo tribunal de la justicia administrativa. En la práctica, esas disposiciones han sido aplicadas por extensión a la justicia administrativa, que carece, por ello, como es ya tradición, de régimen legal. Cfr. Daniela UROSA MAGGI, «Recursos contencioso-administrativos», en *El Derecho administrativo venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Universidad Monteávila-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, págs. 389 y ss.

Nótese entonces que, dentro de la regulación poco sistemática que la Ley introdujo, se ha definido el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en atención a las pretensiones deducidas por y contra las Administraciones Públicas, incluso si se trata de contratos administrativos, con lo cual esta distinción pierde peso como criterio delimitador de competencia. Como observara BREWER-CARIAS, dentro del contexto de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la previsión sobre los contratos administrativos carece de utilidad, en tanto toda pretensión deducida contra o por la Administración, en relación con *cualquier* tipo de contrato, *siempre* será conocida por la justicia administrativa¹¹.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SITUACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA ANTES DE LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Para el momento en el cual entró en vigor la Ley de Contrataciones Públicas, el Derecho Administrativo venezolano aceptaba que la Administración celebrara contratos administrativos y contratos de Derecho Privado, atendiendo a su objeto o finalidad, cifrado en el servicio público. Que un contrato sea calificado como administrativo, sin embargo, sólo tiene relevancia desde el 2004 en cuanto al régimen sustantivo, pues se entenderá que el contrato administrativo queda gobernado por el Derecho Administrativo, en tanto la Administración podrá ejercer, durante su ejecución, las denominadas «cláusulas exorbitantes», que, como bien ha entendido la jurisprudencia, responden en realidad a potestades administrativas extracontractuales y unilaterales¹². Sin embargo, procesalmente, y desde 2004, el concepto perdió relevancia, pues calificar a un contrato como administrativo ya no es determinante de cara a aceptar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹¹ Vid. Allan BREWER-CARIAS, «Algunas innovaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004», en *Crónica sobre la «In»Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, págs. 120 y ss. Nuestra posición en José Ignacio HERNÁNDEZ G., «¿Subsiste la tesis de los contratos administrativos en la interpretación jurisprudencial de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia?, en *Revista de Derecho Público*, núms. 99-100, Caracas, 2004, págs. 369 y ss.

¹² Las cláusulas exorbitantes del Derecho Común, como disposiciones derogatorias del Derecho Civil, han jugado en Francia un papel determinante para la calificación del contrato administrativo. Exorbitancia entendida, a veces, en atención al régimen jurídico aplicable; en otras ocasiones, como alusión a disposiciones inusuales. La referencia clásica en Gastón JEZE, *Principios generales del Derecho administrativo*, tomo III, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 322. Recientemente, vid. Georges DUPUIS, Marie-José GUÉDON y Patrice CHRÉTIEN, *Droit Administratif*, Sirey, París, 2007, pág. 427. Las cláusulas exorbitantes, en Venezuela, como señalamos antes, no han sido consideradas un elemento caracterizador del contrato administrativo (con ciertas salvedades en la jurisprudencia), sino más bien un índice revelador del objeto de servicio público del contrato, con lo cual su fuente no es el contrato: son manifestaciones del «poder de acción unilateral propio de la Administración» (Allan BREWER-CARIAS, *Contratos administrativos*, cit., pág. 47). La jurisprudencia venezolana ha acogido esta tesis (sentencia de la Sala Constitucional de 20 de junio de 2000, caso *Aerolink*, en *Revista de Derecho Público*, núm. 82, Caracas, 2000, págs. 439 y ss.).

En nuestra opinión, sin embargo, el concepto de contrato administrativo, así asumido, resulta bastante cuestionable por las razones que, resumidamente, pasaremos a exponer de seguidas:

— En *primer* lugar, el contrato administrativo parte de reconocer como premisa que la Administración puede obrar en dos sentidos muy diferentes: en ejercicio de potestades públicas y como un particular, caso en el cual los contratos celebrados se regirán por el Código Civil, en tanto éste regula relaciones entre iguales. Tal premisa luce muy poco sólida de cara a un dato básico, fundamental: la Administración no puede obrar nunca como un particular, sencillamente, pues ella ha de orientar toda su actuación a la tutela del interés general. El artículo 141 de la Constitución de 1999, que siguió al artículo 103.1 de la Constitución de España, ha consagrado este principio al sostener que la Administración está al servicio de los ciudadanos, con subordinación plena a la Ley y al Derecho. Función vicarial de la Administración que se opone a la premisa según la cual ella puede obrar como un particular¹³. Se insiste, no sólo desde la dogmática, sino desde la perspectiva del artículo 141 constitucional, en que la Administración no puede obrar como un particular, pues mientras éste satisface su propio interés, la Administración, siempre, ha de obrar en función del superior interés general.

— En *segundo* lugar, remitiéndonos al estudio que en la materia realiza S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, no puede olvidarse que el contrato es, en realidad, un supraconcepto, por lo que mal puede esbozarse una drástica distinción entre una y otra categorías de contratos que puede celebrar la Administración. Junto a ello, considerar también que la Administración puede hacer uso, sin resquemor alguno, del Derecho Civil y acudir así instrumentalmente al contrato, que, como explicara E. GARCÍA DE ENTERRÍA, tendrá en todo caso algunas matizaciones propias del «giro o tráfico» de la Administración. Pero ello —nótese bien— jugará en el plano del régimen aplicable, no así de la existencia de un concepto jurídico de contenido distinto al manejado en el Código Civil¹⁴.

— En *tercer* lugar, la propia explicación de las cláusulas exorbitantes entraña notables contradicciones. Tales cláusulas, referidas de manera genérica como «poderes», resultan inherentes a todo contrato administrativo, por lo que no se precisa su reconocimiento expreso. Son, así, «poderes» unilaterales y extracontractuales. Esta tesis, asumida a plenitud en Venezuela, no resuelve, sin embargo, un punto neurálgico: ¿qué Ley habilita el ejercicio de esos «poderes»? Pues si su fuente no es el contrato, necesariamente

¹³ Como ha sostenido Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en referencia que por la similitud reseñada ilustra el caso venezolano, la Administración queda signada, constitucionalmente, por la idea de servicio, con un marcado sentido instrumental, en tanto ella sirve con objetividad a los intereses generales (*Instituciones de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2007, págs. 88 y ss.).

¹⁴ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La figura del contrato administrativo», cit., págs. 111 y ss., y Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 69 y ss.

tales «poderes» (que en realidad son potestades administrativas, como veremos) han de estar establecidos en la Ley, como corresponde por lo demás a la más elemental definición del principio de legalidad. No es ésa la tradición en Venezuela, en todo caso, al entenderse que todo contrato administrativo conlleva siempre y necesariamente el reconocimiento de esos «poderes» a favor de la Administración, con prescindencia incluso de lo estipulado en el propio contrato. Con lo cual, la Administración se encuentra habilitada para afectar la esfera jurídico-subjetiva del co-contratista, no sólo al margen del propio contrato, sino también al margen de la Ley.

— No hay, en la Constitución de 1999, una reserva a favor del Derecho Administrativo, que sí una reserva a favor de los principios fundamentales que enuncia el propio artículo 141. Es decir, que *siempre* la Administración debe ajustar su actuación a esa norma, incluso cuando acude instrumentalmente al Derecho Privado. Lo que quiere decir que la actividad administrativa, y dentro de ella su actividad contractual, queda sometida a un régimen de Derecho Público y de Derecho Privado. Interaplicación de regímenes jurídicos. Todo contrato, pues, háyase regulado tanto por normas de Derecho Público como por el Código Civil, cuya aplicación en todo caso deberá amoldarse al carácter vicarial de la Administración, que marca su impronta sobre *todos* los contratos celebrados por ella.

— Llegamos a nuestra última apreciación: la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. De cara al artículo 259 de la Constitución de 1999, la justicia administrativa gira en torno al control judicial de la actividad o inactividad de la Administración y, obviamente, a la tutela judicial efectiva de las situaciones subjetivas vulneradas por ella. Por consiguiente, las pretensiones que los particulares deduzcan contra la Administración en relación con los contratos por ella celebrados siempre han de ser conocidas por esa jurisdicción, en tanto el criterio determinante es *ratione persona*. Que el Derecho sustantivo invocado en la pretensión sea o no Derecho Administrativo es baladí, dado que, aun en aplicación del Derecho Privado, la Administración no deja de ser tal, es decir, el conjunto de órganos y entes dispuestos al servicio objetivo de los ciudadanos, con subordinación plena a la Ley y al Derecho. Y, como tal, ella siempre subordina su actuación al Derecho Administrativo. Tal es la propuesta que, más bien de manera tangencial, acoge la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como vimos, y, de manera bastante más decidida, el Proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya discusión lleva acabo, actualmente, la Asamblea Nacional¹⁵.

¹⁵ El concepto de contrato administrativo implica el reconocimiento de la dualidad de regímenes aplicables a los contratos celebrados por las Administraciones y, por ende, la dualidad de jurisdicción. Vid. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, tomo I, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1998, págs. 166 y ss. Sobre la problemática asociada a tal situación, y la conveniencia de la perspectiva subjetiva, vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Comentario», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Edición especial del número 1000 de Revista Española de Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 77 y ss.

V. EL NOTABLE CAMBIO DE LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS: EL ABANDONO DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LA UNIFICACIÓN DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

La Ley de Contrataciones Públicas, en vigor desde el 14 de marzo de 2008, regula tres contratos nominados: ejecución de obra, adquisición de bienes muebles y prestación de servicios comerciales. En relación con esos contratos, la Ley aborda dos aspectos: el procedimiento para la selección de contratistas y su régimen sustantivo. La Ley se extiende, en general, a todos los contratos ya identificados que sean celebrados por cualquier órgano o ente del sector público¹⁶, incluyendo a los particulares que manejen fondos públicos, en el marco de los mecanismos de participación ciudadana recientemente desarrollados¹⁷.

Lo verdaderamente importante, como ya anunciábamos, es que la Ley aborda el régimen unitario de estos tres contratos, en las dos materias ya señaladas, *con prescindencia de su calificación como contrato administrativo*. Es decir, todo contrato de obra, de adquisición de bienes muebles y de prestación de servicios comerciales, celebrado por los sujetos enunciados en su artículo 3, queda regulado por la Ley, con independencia que sea un contrato administrativo, es decir, con independencia de su objeto, que es, en definitiva, el criterio determinante que ha imperado en Venezuela de cara a calificar a un contrato como administrativo. Prescindiendo de esa distinción, la Ley aborda el régimen unitario de los —ahora denominados— «contratos públicos», tanto en lo que respecta al procedimiento de selección de contratistas como a su régimen sustantivo, incluyendo las potestades que durante el contrato y en ejecución de la Ley podrá desarrollar la Administración¹⁸.

¹⁶ El artículo 3 de la Ley limita su alcance, sin embargo, a los entes con forma de Derecho Privado creados, a su vez, por otros entes con forma de Derecho Privado, lo que en el Derecho venezolano se denomina descentralización de segundo grado.

¹⁷ En especial, la Ley se aplica a los llamados «consejos comunales», es decir, asociaciones privadas que agrupan a los miembros de determinada comunidad, quienes se organizan para ejercer su derecho de participación en los asuntos y tareas propios de la Administración, que en la actualidad, sin embargo, dependen directamente del Presidente de la República. Sobre ello, vid. Allan BREWER-CARÍAS, «El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: la organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local», en *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, págs. 633 y ss.

¹⁸ Que la Ley no emplee siquiera el rótulo «contrato administrativo» es revelador. Se prefiere así la expresión general de «contrato público», que ha sido empleada antes por BREWER-CARÍAS, en «Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela», cit., págs. 447 y ss. Carácter público que no dimana de una supuesta contradicción con los *contratos privados*, y ni siquiera del hecho que uno de sus contratistas sea un ente público, pues particulares, como vimos, pueden celebrar «contratos públicos». El carácter público de los contratos regulados en la Ley deviene, para nosotros, del dato básico conforme al cual se trata de contratos financiados con recursos públicos, lo que justifica toda la regulación adoptada en la Ley, como reconoce su artículo 1, así como su exposición de motivos.

VI. LA REGULACIÓN UNIFORME DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS Y LA IRRELEVANCIA DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

La regulación de procedimientos de selección de contratistas no se ha justificado en la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración, sino, por el contrario, en la necesidad de imponer una disciplina al ejercicio del *poder adjudicador*, tanto por fines de moralidad administrativa como para asegurar el respeto a las normas de competencia, de lo que es un ejemplo paradigmático el desarrollo que de este tema ha tenido el Derecho Comunitario europeo¹⁹. Y es que el procedimiento de selección de contratistas, o *licitación*, como también se le conoce, se caracteriza por tres principios distintivos: igualdad, publicidad y concurrencia. Habrá procedimiento de selección de contratistas allí donde la Administración cumpla estos tres principios, que pretenden asegurar el buen ejercicio de ese poder adjudicador, dadas las nefastas consecuencias que para el patrimonio público y para la economía en general supondría su ejercicio arbitrario.

Estas razones nada tienen que ver con el concepto de contrato administrativo, y es por ello que la Ley de Contrataciones Públicas al regular esos procedimientos (ahora denominados concursos) no limita su aplicación según se trate o no de contratos administrativos, como ha sido la tradición, por lo demás, entre nosotros desde la Ley de Licitaciones de 1991. De allí que en la teoría del contrato administrativo la doctrina suele afirmar que, al margen del tipo de contrato de que se trate, siempre habrá un régimen jurídico-administrativo común, representado —en este caso— por las normas de Derecho Administrativo que disciplinan el procedimiento de selección de contratistas, incluso para aquellos contratos que, según la teoría al uso, no sean administrativos.

VII. LA REGULACIÓN UNIFORME DEL RÉGIMEN SUSTANTIVO DEL CONTRATO Y, DE NUEVO, SOBRE LA IRRELEVANCIA DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

De igual manera, la Ley de Contrataciones Públicas regula los principios generales de la contratación en las siguientes materias: i) aspectos generales de la contratación; ii) garantías; iii) inicio del contrato; iv) modificaciones del contrato, y v) terminación del contrato. Ello ya constituye novedad en Venezuela pues, a excepción de Leyes especiales, no existía una legislación básica de los contratos celebrados por la Administración²⁰.

¹⁹ Entre otros, vid. Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 29 y ss.

²⁰ Sólo en el caso de la obra pública la Administración dictó las *condiciones generales de contratación para la ejecución de obra*, que, más que normas jurídicas vinculantes, se trata

Esa regulación se aplicará a todo contrato de obra, de adquisición de bienes muebles y de prestación de servicios comerciales celebrados por los sujetos incluidos dentro de su artículo 3, *con independencia que se trate de un contrato administrativo*. Es decir, que el objeto de ese contrato es irrelevante de cara a determinar el régimen jurídico aplicable, desde que esos contratos quedarán sujetos, siempre, a las normas que sobre contratación incorpora la Ley, con lo cual el concepto de contrato administrativo pierde ciertamente relevancia.

Este régimen uniforme, que rige para todos los contratos, se ha inspirado en las características que, bajo la tesis tradicional, distinguen al régimen sustantivo aplicable al contrato administrativo, a saber, el ejercicio de las llamadas cláusulas exorbitantes y el equilibrio económico-financiero del contrato. Es en estas dos áreas en las que el contrato administrativo tiende a diferenciarse del contrato civil. Así, mientras que el contrato civil se rige por la autonomía de la voluntad y por el dogma del *contrato-ley*, en el contrato administrativo la Administración, de manera unilateral, puede alterar las condiciones pactadas e incluso dar por terminado el contrato. Además, frente al principio del Código Civil conforme al cual sólo se responde por los daños previstos y previsibles al momento de la contratación, rige en el contrato administrativo la teoría de la imprevisión, en el sentido que toda alteración sustancial del área económica del contrato y sobrevinida a su celebración, no imputable al co-contratista, genera en la Administración la obligación de colaborar al restablecimiento de tal equilibrio, sobre la base del principio según el cual el co-contratista es colaborador de la Administración en la gestión del servicio público.

Como ya se ha observado con agudeza, esas particularidades no lo son, en realidad, del contrato, sino del régimen legal que le resulta aplicable: si la Administración puede ejercer potestades administrativas con incidencia en el contrato, es por cuanto la Ley se lo permite, lo que a su vez determina la aplicación de la tesis del equilibrio económico-financiero del contrato. Pero la Ley aplicable al contrato no modifica su naturaleza: sería tanto como sostener que existen distintas modalidades de contrato, según sea la Ley (civil o mercantil) aplicable²¹.

La Ley de Contrataciones Públicas asume estos postulados, pues regula tanto las potestades que la Administración podrá ejercer como el equilibrio económico-financiero, sin limitar su ámbito de aplicación al objeto del contrato. En pocas palabras, sea o no el contrato administrativo (lo que dependerá, en Venezuela, de su objeto), resultarán aplicables las previsiones de la

de condiciones estándares de contratación cuya eficacia se supedita a su incorporación al cuerpo del contrato, a pesar de que suelen ser invocadas como principios generales de la contratación administrativa. Vid. Luciano LUPINI y Gabriel RUAN, «Consideraciones sobre las condiciones generales de contratación para la ejecución de obras de la Administración Pública», en *Revista de Derecho Público*, núm. 12, Caracas, 1982, págs. 5 y ss.

²¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomas-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Civitas, Madrid, 2002, págs. 681 y ss. En Venezuela, vid. Allan BREWER-CARÍAS, *Contratos administrativos*, cit., págs. 46 y ss.

Ley. Con lo cual se asume, para nosotros, la regulación más sencilla de los contratos que celebra la Administración: se trata, en definitiva, de contratos idénticos a los previstos en el Código Civil, sometidos a ciertas reglas especiales. Interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado en los contratos celebrados por la Administración, que regirá además de manera uniforme, con prescindencia de la intensidad del interés general presente en el contrato. Pareciera así que la Ley ha entendido que todo contrato celebrado por la Administración siempre tutela el interés general y, por ello, ha de quedar sometido a un régimen uniforme, en el cual la Administración podrá ejercer potestades administrativas para la protección de ese interés general, cuya contrapartida será el derecho del co-contratista al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, que responde en cierta medida a la teoría del equivalente económico como principio rector en todo contrato.

A) *Las potestades que puede ejercer la Administración durante la ejecución del contrato*

La Ley de Contrataciones Públicas, para los contratos por ella regulados, reconoce a favor de la Administración el ejercicio de «poderes» que le permiten incidir, de manera unilateral, sobre el contrato celebrado. Es el caso de las *modificaciones* que podrá introducir de manera unilateral al contrato (art. 106), la *supervisión* sobre la conducta desplegada por el co-contratista (art. 112) y la *resolución* o rescisión unilateral del contrato por incumplimiento del co-contratista (art. 127). Como fácilmente puede entreverse, nos encontramos ante los tradicionales «poderes» que la Administración puede ejercer durante la ejecución del contrato administrativo y que se corresponden, confusamente, con las llamadas cláusulas exorbitantes.

Para nosotros, tales «poderes» son potestades administrativas, en el sentido tradicional de la expresión: la facultad-deber que permite a la Administración, de conformidad con la Ley, crear, extinguir o modificar relaciones jurídico-subjetivas²². Los artículos 106, 112 y 127 de la Ley de Contrataciones Públicas recogen, pues, potestades administrativas que permiten a la Administración incidir sobre la situación del co-contratista de manera unilateral, en previsión de un expreso mandato legal. Se subsana así la que es,

²² La calificación y naturaleza jurídica exacta de estas «cláusulas» representa, para nosotros, uno de los puntos más oscuros del Derecho Administrativo venezolano. Se reconoce que, en general, puede la Administración ejercer «poderes» o «prerrogativas» durante la ejecución del contrato administrativo que no han de estar reconocidos en el propio contrato, al tratarse de poderes implícitos, al punto que se ha acuñado la expresión *cláusulas exorbitantes virtuales* (muy común es la referencia, en este sentido, a Miguel MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 80 y ss.). Empero, en realidad, frente al principio de legalidad y en abono a la seguridad jurídica, sólo deberían admitirse dos situaciones: el ejercicio de *potestades* legalmente reconocidas (cuyo desarrollo no precisa del consentimiento del co-contratista) o el ejercicio de *derechos* previstos en el contrato (como consecuencia del consentimiento del co-contratista).

para nosotros, una de las principales deficiencias de la tesis del contrato administrativo: la de admitir que tales «cláusulas exorbitantes», que son en realidad potestades administrativas, puedan ejercerse al margen de la habilitación legal necesaria, bajo la concepción —aceptada por cierto sector en Venezuela— de las «cláusulas virtuales». Se trata, en nuestra opinión, de un oscuro reducto del Derecho Administrativo, totalmente alejado de la más simple expresión del principio de legalidad, en tanto se admite que la Administración, de manera unilateral y extracontractual, puede afectar a la esfera jurídico-subjetiva de los particulares al margen de toda base legal.

La previsión de estas potestades se realiza, en la Ley de Contrataciones Públicas, al margen de que el contrato sea o no administrativo, lo que se ajusta fielmente a la concepción básica del ya citado principio de legalidad. Si las cláusulas exorbitantes son en realidad poderes extracontractuales, su fuente no puede anclarse en el objeto del contrato, sino en realidad en la Ley. Es la Ley —y no el contrato— quien legitima a la Administración para desplegar esas potestades, por lo que su ejercicio mal podría supeditarse al objeto del contrato, o sea, a su carácter administrativo.

No se nos escapa que dentro del catálogo tradicional de potestades que la Administración puede ejercer con ocasión de la ejecución del contrato administrativo, la Ley de Contrataciones Públicas ha omitido la regulación de algunas de ellas, como sucede con la potestad de interpretación unilateral —derivación de la potestad de autotutela declarativa— o la potestad de resolución del contrato por razones de interés general. Dos posibles soluciones cabe arbitrar a esta situación: considerar que tales potestades sólo se podrán ejercer en la medida en que encuentren cobertura dentro del propio contrato (con lo cual dejarían de ser potestades para pasar a ser derechos contractuales) o estimar que tales potestades se podrán ejercer siempre que se trate de contratos administrativos, al resultar implícitas al contrato.

La segunda opción no es compatible con el resultado alcanzado con la Ley, al uniformar el régimen aplicable a los contratos, con lo cual preservar la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración no luce tarea coherente. Queda, pues, la primera opción: estas facultades sólo podrán ejercerse en tanto ellas hayan sido expresamente consagradas en el texto del contrato, lo que resulta de especial interés en lo que respecta a la resolución unilateral por razones de interés general. Tal solución se ajusta al principio de legalidad y una de sus derivaciones, a saber, la naturaleza sub-legal de la actividad administrativa, que ha de predicarse incluso cuando su actuación es de naturaleza contractual.

Solución impuesta, por lo demás, como mínimo respeto al principio de seguridad jurídica y como respuesta a la situación de incertidumbre que, contrariando los cánones del estándar de buena administración, ha de sufrir el co-contratista que, al celebrar un contrato administrativo en Venezuela, queda sujeto al ejercicio de «poderes» que, aun no estando previstos en el contrato o en la Ley, son ejercidos por la Administración para afectar su esfera jurídico-subjetiva, lo que echa por tierra la función económica que todo contrato —y el contrato público no es la excepción— ha de desempe-

ñar como instrumento de ahorro de los costes de transacción. Exigencia impuesta, además, en procura de la siempre aspirada racionalización de la actividad administrativa, de peculiar importancia en Venezuela.

B) *El derecho al equilibrio económico-financiero del contrato*

También la Ley de Contrataciones Públicas ha recogido otra de las características tradicionales del contrato administrativo, en un régimen aplicable, sin embargo, a todos los contratos públicos por ella regulados. Nos referimos al derecho del co-contratista al equilibrio económico-financiero del contrato, que encuentra cobijo en los artículos 109, 110 y 111 de la Ley, conforme a los cuales el co-contratista tendrá derecho al reconocimiento de las variaciones sobrevenidas que, no siendo imputables a él, repercuten negativamente en los precios, previendo al respecto la necesidad de incorporar, en el contrato, instrumentos de ajuste de tales precios, como las cláusulas polinómicas.

Reconocimiento expreso de la teoría de la imprevisión, principio rector del contrato administrativo. Al ser el co-contratista colaborador de la Administración en la ejecución del servicio público, ella ha de acudir en su auxilio cuando circunstancias sobrevenidas que lesionan drásticamente las condiciones económicas pactadas inicialmente amenazan con afectar la continuación en la ejecución del contrato y, con ello, el servicio público²³.

Lo peculiar es que, de acuerdo con la metodología abordada por la Ley venezolana, la protección patrimonial frente a tales desequilibrios ha sido reconocida en relación con todos los contratos regulados en la Ley, sean o no administrativos. La teoría de la imprevisión, usualmente, ha sido uno de los rasgos distintivos del contrato administrativo frente al contrato de la Administración, gobernado por el Código Civil y por la regla según la cual la responsabilidad contractual se limita a los daños previstos y previsibles al momento de celebrar el contrato. Empero, en realidad, incluso en el ámbito civil esta tesis se ha matizado para dar cabida a la teoría de la imprevisión, basada en la tesis del equivalente económico, que ha sido incluso invocada por el Tribunal Supremo de Justicia para justificar lesiones sobrevenidas a una de las partes contratantes, por la modificación de las condiciones económicas bajo las cuales fue celebrado el contrato²⁴.

²³ Usual es la consideración según la cual el contrato administrativo se caracteriza por la cobertura de la teoría de la imprevisión, establecida en salvaguarda de la continuidad en la ejecución del contrato y, por ende, en la continuidad del servicio público. Sobre ello, en general puede verse a Rafael BADELL MADRID, «La ejecución del contrato administrativo: teoría de la imprevisión, depreciación monetaria e inflación», en *Régimen jurídico de los contratos administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1981, págs. 63 y ss.

²⁴ Cfr. José MÉLICH-ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Marcial Pons-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, págs. 443. Véase también a Gonzalo RODRÍGUEZ MATOS, «La revisión del contrato y la justicia constitucional», en *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, págs. 453 y ss.

La Ley no ha cubierto, sin embargo, todos los supuestos que, bajo la tesis del contrato administrativo, derivan en la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato. Han quedado por fuera, de esa manera, el hecho del príncipe, la fuerza mayor o caso fortuito y el ejercicio de las llamadas cláusulas exorbitantes.

Ninguna de esas exclusiones resulta relevante en la práctica, sin embargo. Aun cuando el hecho del príncipe no tiene cobertura expresa en la Ley, la amplitud de las normas citadas es tal que esa tesis podría tener cabida perfectamente dentro del ámbito de estos artículos, lo que puede predicarse también respecto de la fuerza mayor o caso fortuito, no como causa eximente del cumplimiento del contrato, sino como condición sobreviniente y no imputable de incidencia en los precios. Y en cuanto a la responsabilidad por ejercicio de las cláusulas exorbitantes, sólo cabe admitir dos supuestos: que esas cláusulas respondan al ejercicio de las potestades establecidas en la Ley, con lo cual resultará igualmente aplicable el supuesto amplio del artículo 110 de la Ley, o que tales cláusulas atiendan a la ejecución de derechos contractuales, con lo cual la responsabilidad podrá anclarse en la norma básica de responsabilidad contractual del Código Civil.

VIII. A MODO DE RECAPITULACIÓN: LA FELIZ SUPERACIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU DESAPARICIÓN PRÁCTICA EN EL DERECHO VENEZOLANO

Como puede desprenderse de lo antes expuesto, la Ley de Contrataciones Públicas ha desarrollado una regulación unitaria del *contrato público* que prescinde del concepto de contrato administrativo, incluso mediante la regulación de lo que se han considerado las dos principales características de tal contrato: las cláusulas exorbitantes y el derecho al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato. La regulación de ambos temas —siguiendo muy de cerca la teoría al uso del contrato administrativo— se ha llevado a cabo, sin embargo, prescindiendo de ese concepto.

Todo contrato celebrado por los órganos y entes del sector público, e incluso por los particulares que reciban recursos públicos, en los términos del artículo 3, queda sujeto al régimen uniforme que desarrolla la Ley de Contrataciones Públicas, lo que puede explicarse sobre la base del cambio que sobre el Derecho Administrativo arrojó el artículo 141 de la Constitución de 1999. Que la Administración sirve al interés general, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, supone que todo contrato celebrado por ella ha de perseguir el interés general. No puede la Administración, constitucionalmente, celebrar contratos como si fuese un particular, lo que impide sostener, con la rigidez predominante en Venezuela, la existencia de dos categorías de contratos distintas, según sea el objeto o fin perseguido.

La exposición de motivos de la Ley arroja algunas luces sobre este cambio. La Ley, de acuerdo a esa exposición, fue dictada con el propósito de «preservar el patrimonio público» y «asegurar la transparencia de las actua-

ciones de la Administración Pública». Se pretende así diseñar «reglas de juego transparentes y permanentes» que incrementen la calidad de la actividad contractual de la Administración, en sintonía con los principios de economía, eficacia y transparencia. Todos esos objetivos, no sólo loables sino en correspondencia directa con el artículo 141 constitucional, no dependen del objeto o finalidad del contrato celebrado por la Administración. La protección del patrimonio público y la consecución del principio de eficacia no son principios privativos del contrato administrativo, sino que, por el contrario, ellos son referibles a toda la actividad administrativa. Por ello, la adecuada tutela de esos objetivos pasa por regular, uniformemente, a todos los contratos públicos.

No sólo el procedimiento de selección de contratistas es materia cuya regulación se precisa como derivación del principio de tutela del patrimonio público. También la ejecución del contrato es materia aneja a ese objetivo, en tanto la recta ejecución del contrato es condición necesaria para la correcta protección del patrimonio público. Desde esta óptica, y de la proscripción de todo intento de «huida» del patrimonio público, la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración es baladí, como lo demuestra, recordamos, la experiencia de la Unión Europea. Tal distinción, otrora cardinal en el Derecho venezolano, no guarda correspondencia con los principios constitucionales del Derecho Administrativo venezolano actual.

La interpretación jurisprudencial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia abonó por la superación de esta distinción, al entender —correctamente, a nuestro modo de ver— que toda pretensión deducida contra las Administraciones Públicas con ocasión de los contratos por ella deducidos debía corresponder a la justicia administrativa, dado que lo relevante es la existencia de una relación jurídico-administrativa subyacente, sometida siempre a Derecho Administrativo. La Ley de Contrataciones Públicas ha avanzado todavía más en esta evolución, al reconocer que la tutela del patrimonio público pasa por implementar un régimen jurídico uniforme a los contratos celebrados por el Estado y por particulares con recursos públicos, con prescindencia del objeto o finalidad del contrato, que era, hasta hace no mucho, criterio distintivo del contrato administrativo, que parece ser, actualmente, una categoría superada ya definitivamente en el Derecho Administrativo venezolano.