

El rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo: A propósito del contrato administrativo. Un ensayo crítico

José Ignacio HERNÁNDEZ G. *

Sumario

- 1. La separación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil aplicable a la actividad administrativa contractual**
- 2. Las cláusulas exorbitantes como cláusulas derogatorias del Derecho Civil: la marca del contrato administrativo**
- 3. Crítica conceptual a la teoría del contrato administrativo: la artificial distinción entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil**
- 4. Crítica a la teoría del contrato administrativo desde el análisis económico del Derecho. La función de la regulación civil del contrato y su aplicación al ámbito de la actividad contractual de la Administración Pública**

1. La separación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil aplicable a la actividad administrativa contractual

Desde una perspectiva comparada, puede afirmarse que los ordenamientos jurídicos cuyo Derecho Administrativo ha sido inspirado por el «régimen administrativo» de Francia parten de una rígida separación entre el Derecho Administrativo y el Derecho privado aplicable a la actividad administrativa, distinción que puede considerarse como uno de los signos distintivos del

* **Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de Derecho Administrativo. **Center for International Development at Harvard**, *Visiting Fellow*. **Universidad Castilla-La Mancha**, Cátedra Jean Monnet, Profesor Visitante.

Derecho Administrativo en Francia¹. De esa manera, se admite que la Administración Pública, para cumplir con los cometidos del Estado, puede actuar como poder público a fin de tutelar al servicio público; también, puede actuar como un particular. En el primer caso, la actividad administrativa se somete a Derecho Administrativo, mientras que en el segundo caso la actividad administrativa se rige por el Derecho privado.

Actividad administrativa de Derecho Administrativo y actividad administrativa de Derecho privado. Una distinción que, como es sabido, encuentra su mejor expresión en la actividad contractual de la Administración Pública. De esa manera, en los ordenamientos jurídicos influenciados por Francia, se reconoce que la Administración Pública, para cumplir con los cometidos del Estado, puede celebrar dos categorías de contrato: i. el contrato administrativo y ii. el contrato civil. La diferencia entre ambas categorías no es solo en cuanto al régimen jurídico aplicable. Es, por el contrario, una diferencia mucho más profunda, al punto de considerarse que se trata, en realidad, de dos categorías jurídicas completamente diferentes. A pesar de cierta tendencia que promueve a la uniformidad de la regulación aplicable a la actividad contractual de la Administración Pública, esta distinción de regímenes jurídicos es uno de los principios fundamentales dentro de los sistemas de Derecho Administrativo comparado inspirados en el Derecho francés².

Sucede así con el Derecho Administrativo iberoamericano, en el cual la categoría del contrato administrativo se encuentra difundida³. Así, en Argentina, BIELSA señaló que el contrato administrativo es aquel celebrado por la Administración cuyo objeto es una prestación de utilidad pública. Estos contratos –a diferencia de los contratos civiles– quedan sometidos «íntegramente»

¹ DELVOLVÉ, Pierre: *Le droit administratif*. Dalloz. París, 2006, p. 82.

² En Francia, *vid.* MARCUS, Laure: *L'unité des contrats publics*. Dalloz. París, 2010, pp. 339 y ss.

³ MORENO MOLINA, José Antonio: «Contratos administrativos». En: *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*. Comares-INAP. Madrid, 2015, pp. 453 y ss., resume que «al analizar las legislaciones y prácticas administrativas nacionales sobre contratación pública en los países de América Latina la principal conclusión que se extrae es la similitud de las mismas».

a Derecho público. Al estudiar los distintos tipos de contratos, y entre ellos la concesión, BIELSA señala que la Administración mantiene el deber de vigilancia sobre el servicio público, a consecuencia de lo cual puede en cualquier momento modificar el servicio público, imponer medidas coercitivas al contratista y declarar la caducidad del contrato, esto es, su terminación por incumplimientos imputables al contratista⁴.

En Uruguay, SAYAGUÉS LASO, igualmente, señaló que la Administración mantiene un conjunto de poderes que le permiten dirigir el contrato, todo lo cual abarca la posibilidad de introducir modificaciones unilaterales al contrato, así como la posibilidad de imponer sanciones, derechos desconocidos en el Derecho Civil. Sostiene, asimismo, que se ha admitido el poder implícito de la Administración para rescindir el contrato por conveniencia, así como el poder para rescindirlo por incumplimiento del contratista⁵.

Esa posición es también explicada, en Colombia, por RODRÍGUEZ, para quien la Administración Pública puede celebrar contratos actuando como poder público y sometida, por ello, al Derecho Administrativo como Derecho exorbitante del Derecho Común. Dentro de ese régimen jurídico administrativo, RODRÍGUEZ destaca la figura de las «cláusulas exorbitantes», expresión que alude a los «poderes» que la Administración Pública ejerce y que son ajenos o extraños al Derecho Civil⁶. FERNÁNDEZ RUIZ, en México, también ha observado que uno de los elementos esenciales del contrato administrativo es «el régimen jurídico exorbitante de Derecho privado»⁷.

⁴ BIELSA, Rafael: *Derecho Administrativo. Legislación administrativa argentina*. Tomo I. 4ª, Librería y Editorial El Ateneo. Buenos Aires, 1947, pp. 295 y ss.

⁵ SAYAGUÉS LASO, Enrique: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. s/e. Montevideo, 1974, pp. 528 y ss. Véase en general a RICHER, Laurent: *Droit des Contrats Administratifs*. 5ª, L. G. D. J. París, 2006, pp. 90 y ss.

⁶ RODRÍGUEZ R., Libardo: *Derecho Administrativo. General y colombiano*. 14ª, Temis. Bogotá, 2005, pp. 373 y ss.

⁷ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge: *Derecho Administrativo. Contratos*. 3ª, Editorial Porrúa. México D. F., 2009, p. 86.

En España, refleja esta posición común, entre muchos otros, GARRIDO FALLA, para quien la Administración Pública ocupa una peculiar situación en el contrato administrativo, lo que se exterioriza en un conjunto de «poderes», a saber, el poder de controlar y dirigir la ejecución del contrato; el poder de modificar, dentro de ciertos límites, su contenido y el poder de interpretar por sí el contrato⁸.

En Venezuela, esta distinción se ha aceptado desde la sentencia de 5 de diciembre 1944 (caso Astilleros La Guaria), cuando la entonces Corte Federal y de Casación, separándose de su doctrina, admitió la figura del contrato administrativo en Venezuela. Tal sentencia, sin embargo –y de acuerdo con PÉREZ LUCIANI– no tuvo impacto inmediato, pues no encontró eco en la doctrina. Fue necesario esperar hasta la sentencia de la Corte Federal de 12 de noviembre de 1954 (caso Alberto Machado-Machado), para que la tesis del contrato administrativo encontrara una réplica. Sin embargo, no fue hasta la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 14 de junio de 1983 (caso Acción Comercial, S. A.), cuando se consolidó la tesis del contrato administrativo en Venezuela y, con ella, la concepción del Derecho Administrativo venezolano bajo el régimen francés⁹.

Así, la sentencia Acción Comercial, S. A. parte del principio conforme al cual la Administración Pública puede obrar con dos propósitos. Puede, así, actuar para atender «requerimientos del interés colectivo», expresión equivalente a la de servicio público. En otros casos, la Administración se aparta de tales fines y actúa para procurar fines meramente patrimoniales, similares a aquellos

⁸ GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. 10ª, Tecnos. Madrid, 1992, pp. 85 y ss.

⁹ PÉREZ LUCIANI, Gonzalo: «Los contratos administrativos en Venezuela». En: *Escritos del doctor Gonzalo Pérez Luciani*. Fundación Bancaribe. Caracas, 2013, pp. 611 y ss. Sobre el impacto de esta sentencia en la teoría general del contrato administrativo, vid. IRIBARREN MONTEVERDE, Henrique: «Presentación». En: *Congreso Internacional de Derecho Administrativo, en homenaje al Prof. Luis H. Farías Mata*. Tomo I. Universidad de Margarita, 2006, pp. 7 y ss. En general, vid. ARAUJO-JUÁREZ, José: *Acto y contrato administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, pp. 255 y ss.

que informan la conducta del particular. Para atender cualquiera de esos fines, la Administración puede celebrar contratos. Cuando la Administración actúa para satisfacer al servicio público, expresión equivalente al de interés general o interés colectivo, el contrato por ella celebrada se somete a un régimen exorbitante, adquiriendo el carácter de contrato administrativo. Tal y como afirma la sentencia:

... la presencia de la Administración –dadas determinadas condiciones– en el negocio jurídico, marca a éste, inevitablemente, de características distintas a la de la contratación ordinaria, para asegurar de esa manera que aquélla, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificio en aras de interés privados de los administrados...

Esta conclusión es extensible a toda la actividad administrativa, y no solo la actividad contractual. Bajo los principios de esta sentencia –como ha sido luego admitido en nuestro Derecho Administrativo (PÉREZ LUCIANI)–, la actividad administrativa puede ser desplegada por la Administración atendiendo a dos fines: el servicio público y fines patrimoniales. En el primer caso, la Administración actúa como poder público y se somete al Derecho Administrativo, reconociéndose a la Administración poderes desconocidos en el Derecho Civil; en el segundo caso, la Administración «actúa como un particular», ejerciendo los derechos propios del Derecho privado¹⁰.

Esto ha permitido que el contrato administrativo sea una figura plenamente admitida en la jurisprudencia¹¹, y en la mayoría de la doctrina. Destaca así la posición de FARIAS MATA, quien ha defendido la vigencia del contrato administrativo en Venezuela, en una posición compartida y desarrollada por

¹⁰ Entre otros, *cfr.* PÉREZ LUCIANI, Gonzalo: «Funciones del Estado y actividades de la Administración». En: *Revista de Derecho Público*. N° 17. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983, pp. 21 y ss., también contenido en: *Escritos del doctor Gonzalo Pérez Luciani*, ob. cit., pp. 205 y ss.

¹¹ Por ejemplo, y de manera reciente, véase TSJ/SPA, sent. del 30-11-17 (caso Inversiones Ramnelu).

BADELL MADRID, IRIBARREN¹² y, más recientemente, ARAUJO-JUÁREZ¹³. Frente a esa posición, se levantó una posición crítica al contrato administrativo bajo el liderazgo de PÉREZ LUCIANI, en posición compartida por CABALLERO ORTIZ y desde el Derecho Civil por José MÉLICH-ORSINI¹⁴. Una posición intermedia ha sido defendida por Eloy LARES MARTÍNEZ y BREWER-CARÍAS¹⁵. De manera especial, este autor ha cuestionado la férrea distinción entre la actividad

¹² FARIAS MATA, Luis H.: «La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas». En: *Libro homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*. Tomo II. UCV. Caracas, 1981, pp. 935 y ss. Asimismo, *vid.* BADELL MADRID, Rafael: *Régimen jurídico del contrato administrativo*. s/e. Caracas, 2001, pp. 127 y ss. así como IRRIBAREN, Henrique: «El contencioso de los contratos administrativos». En: *Régimen jurídico de los contratos administrativos*. Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991, pp. 249 y ss.

¹³ Una importante corriente doctrinal del Derecho Administrativo venezolano se ha inspirado, precisamente, en los conceptos de servicio público y prerrogativas, para elaborar el concepto de Derecho Administrativo. *Cfr.* ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2013, pp. 7 y ss. Por ello, el contrato administrativo sigue siendo una figura aceptada en el Derecho Administrativo venezolano, a partir del concepto de servicio público (*ob. cit.*, pp. 312 y ss.).

¹⁴ De referencia obligada es el tradicional trabajo de PÉREZ LUCIANI: *ob. cit.* («Los contratos administrativos...»), pp. 611 y ss. Asimismo, *vid.* CABALLERO ORTIZ, Jesús: «¿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. UCV-Civitas. Madrid, 2003, pp. 1765 y ss., así como MÉLICH-ORSINI, José: «El contrato administrativo en el marco general de la doctrina del contrato». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 116. UCV. Caracas, 2000, pp. 65 y ss.

¹⁵ La matización de la posición se encuentra desarrollada en la obra ya clásica en Venezuela de BREWER-CARÍAS, Allan: *Contratos administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1992, pp. 39 y ss. Actualmente, *vid.* *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*. Vol. III (Los actos administrativos y los contratos administrativos). Civitas Thomson Reuters. Madrid, 2013, pp. 830 y ss. El cambio de posición en Eloy LARES MARTÍNEZ puede ser vista en la décima segunda edición de su: *Manual de Derecho Administrativo*. 12ª, UCV. Caracas, 2001, pp. 247 y ss. Sobre la posición de LARES MARTÍNEZ, *vid.* IRIBARREN MONTEVERDE, Henrique: «La teoría del contrato administrativo en la obra de Eloy Lares Martínez». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N° 152. Caracas, 2013, pp. 119-132.

administrativa sujeta a Derecho público y la actividad administrativa sujeta a Derecho privado, en posición que antes hemos compartido¹⁶.

La desaparición de la figura del contrato administrativo en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en la Ley de Contrataciones Públicas ha contribuido a la visión crítica del contrato administrativo. De esa manera, se ha observado que actualmente la distinción entre el contrato administrativo y el contrato civil de la Administración Pública no es relevante para determinar los tribunales competentes, pues toda pretensión relacionada con la actividad contractual de la Administración Pública siempre será conocida por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo, toda la actividad administrativa contractual quedará sometida a un régimen común en la Ley de Contrataciones Públicas, al margen de la precitada distinción¹⁷. Con todo, la figura sigue siendo reconocida no solo por la jurisprudencia, sino por la mayor parte de la doctrina¹⁸.

¹⁶ Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan: «La actividad administrativa y su régimen jurídico». En: *Las formas de la actividad administrativa*. FUNEDA. Caracas, 2005, pp. 10 y ss. Desde la perspectiva del artículo 141 de la Constitución de 1999, hemos complementado esa conclusión, afirmando que la Administración no puede «actuar como un particular», pues solo puede obrar para servir a los ciudadanos, incluso si para ello lleva a cabo un uso instrumental del Derecho privado. Cfr. HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, pp. 157 y ss.

¹⁷ De manera progresiva ha surgido otra corriente doctrinal que niega el concepto de contrato administrativo, al sostener que la Administración solo puede celebrar contratos para cumplir con su misión vicarial, con lo cual, la única categoría que debe admitirse es la del «contrato público», tal y como este se regula en la Ley de Contrataciones Públicas dictada en 2008. Véase nuestro trabajo HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas de Venezuela». En: *Revista de Administración Pública*. N° 176. CEPIC. Madrid, 2008, pp. 363 y ss. En especial, sobre la necesaria revisión del concepto de contrato administrativo, recientemente, *vid.* TORREALBA, Miguel Ángel: «Las actuaciones bilaterales: los contratos públicos y los convenios en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». En: *La actividad y la inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 123 y ss., así como SUBERO, Mauricio: «Críticas a la doctrina del contrato administrativo en Venezuela». En: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo*. N° 9. Caracas, 2016, pp. 91 y ss.

¹⁸ ARAUJO-JUÁREZ, José: *La teoría de la cláusula exorbitante*. Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP. Caracas, 2017, pp. 26 y ss.

2. Las cláusulas exorbitantes como cláusulas derogatorias del Derecho Civil: la marca del contrato administrativo

Puede afirmarse que la esencia de la teoría del contrato administrativo reside en la metodología empleada por el Consejo de Estado en Francia para confeccionar a esa figura, y que consistió en extrapolar la teoría del servicio público a la actividad contractual de la Administración¹⁹. Así, el contrato administrativo, luego de la evolución de la jurisprudencia, pasó a centrarse en la causa u objeto el contrato administrativo, relacionado con el servicio público. Tal elemento es suficiente para someter al contrato administrativo un «régimen exorbitante del Derecho Común».

Se trata de una de las expresiones más características del Derecho Administrativo, que incluso, lo identifica y define. De esa manera, el Derecho Administrativo ha sido definido como el conjunto de reglas exorbitantes del Derecho Común, esto es, las reglas que están fuera de la órbita del Derecho privado. Esta solución se ha justificado, para la actividad contractual, en el principio de igualdad: mientras que la teoría del contrato en el Código Civil rige a relaciones entre iguales, en el Derecho Administrativo las relaciones son desiguales, pues solo la Administración Pública es titular de «privilegios y prerrogativas». Por ello, en el marco del contrato administrativo, la Administración Pública es titular de «prerrogativas», esto es, de poderes unilaterales de actuación que se justifican en la necesidad de proteger al servicio público. Estos poderes de actuación son englobados bajo la expresión «cláusulas exorbitantes».

Ello es lo que otorga al contrato administrativo la condición de categoría única frente al contrato civil. Mientras que en este rige a plenitud el principio de autonomía de la voluntad de las partes, en aquel, este principio convive con los poderes de acción unilateral de la Administración Pública. Esto quiere decir que en el contrato administrativo el acuerdo alcanzado por las partes tiene carácter vinculante, pero al margen de ese acuerdo la Administración Pública puede ejercer poderes unilaterales que, incluso, le permiten extinguir o modi-

¹⁹ Sobre la teoría general del contrato administrativo en Francia, entre otros, *vid.* RICHER: ob. cit. (*Droit des Contrats...*), pp. 90 y ss.

ficar el contrato. Frente a esos poderes, el contratista tendrá en todo caso derecho a una revisión posterior a cargo de la jurisdicción contencioso-administrativa, y siempre, el derecho a preservar el llamado «equilibrio económico-financiero del contrato»²⁰.

De esa manera, la distinción entre el contrato administrativo y el contrato civil de la Administración descansa en el reconocimiento del régimen exorbitante al cual queda sometido el primero, todo lo cual coloca al contrato administrativo en un lugar especial dentro del Derecho Administrativo²¹, lugar extensible, incluso, a las obligaciones consideradas «cuasi-contratos»²².

Las cláusulas exorbitantes se consideran, así, la «marca» del contrato administrativo²³. En realidad, sin embargo, no se trata de «cláusulas» o derechos contractuales, sino de poderes extracontractuales y unilaterales cuya existencia se justifica por la tutela del servicio público, causa y objeto del contrato administrativo²⁴. Por ello, esos poderes son inherentes al objeto o causa del contrato administrativo, lo que quiere decir que ellos estarán siempre presentes, ya sea en el propio contrato o de manera implícita o virtual²⁵.

²⁰ WALINE, Jean: *Droit Administratif*. 22ª, Dalloz. París, 2008, p. 411.

²¹ DE LAUBADÈRE, André; MODERNE, Franck y DELVOLVÈ, Pierre: *Traité des contrats administratifs*. Tomo I. L. G. D. J. París, 1982, pp. 235 y ss.

²² MODERNE, Franck: *Les quasi-contrats administratifs*. Dalloz. París, 1995, pp. 7 y ss.

²³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: «Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas». En: *Revista de Derecho Público*. N° 107. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006, pp. 7 y ss. Véase lo que recientemente hemos expuesto en HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas en Iberoamérica». En: *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*. INAP. Madrid, 2017, pp. 67 y ss.

²⁴ Destacando el carácter extracontractual y unilateral de esas prerrogativas, *vid.* BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), pp. 647 y ss. Desde Colombia, *vid.* VIDAL PERDOMO, Jaime: *Derecho Administrativo*. 10ª, Temis. Bogotá, 1994, p. 197. Muy especialmente, *vid.* MARIENHOFF, Miguel: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A. 4ª, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998, pp. 348 y ss.

²⁵ En sentido similar –en Argentina– ESCOLA, Héctor Jorge: *Tratado integral de los contratos administrativos*. Vol. I. Parte general. Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1977,

Así, resumiendo la posición en Francia y en Colombia, BENAVIDES ha observado que las prerrogativas de la Administración «sintetizan las particularidades del contrato administrativo en relación con el contrato de Derecho privado». En Colombia, se concluye que el servicio público constituye la esencia de las «cláusulas excepcionales de los contratos estatales». Estas cláusulas siempre están relacionadas con el contrato, sea que se encuentren de manera explícita en su texto, sea que rijan de manera implícita, por las disposiciones legales que sustituyen la voluntad de las partes²⁶.

Ahora bien, en la teoría general del contrato administrativo, como fue desarrollada en Francia y como luego fue reconocida, en general, en Iberoamérica, las «prerrogativas» de la Administración pueden clasificarse en seis grupos²⁷, a saber: i. La prerrogativa de resolución unilateral del contrato por incumplimiento del contratista, también denominada «caducidad», ii. la prerrogativa de resolución unilateral del contratista por razones de interés general, iii. la prerrogativa de modificación unilateral del contrato, iv. la prerrogativa de dirección e inspección, v. la prerrogativa de disciplina del contratista y vi. la prerrogativa de la interpretación unilateral del contrato. En todos esos supuestos se alude a prerrogativas que «derogan» al Derecho Civil, pues la Administración Pública puede ejercer poderes que, en el Derecho Civil, son inexistentes o, en su caso, ilegales²⁸.

p. 405, ha aludido igualmente a «poderes implícitos». En definitiva, como observaron GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Civitas Thomson Reuters. Madrid, 2013, pp. 738 y ss. en España, la prerrogativa de poder público por excelencia con la que cuenta la Administración en el contrato administrativo es el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria.

²⁶ BENAVIDES, José Luis: *El contrato estatal entre el Derecho público y el Derecho privado*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004, pp. 322 y ss.

²⁷ Debemos advertir que estos seis grupos no están presentes, necesariamente, en todos los modelos de Derecho Administrativo en Iberoamérica. Pero se trata de una clasificación que recoge los principios generales aceptados en la región. Puede verse, entre otros, a MILANO, Aldo: «Panorámica general del Derecho Administrativo en Costa Rica», y VERGARA BLANCO, Alejandro: «Panorámica general del Derecho Administrativo chileno», todos en: *Derecho Administrativo en Iberoamérica*. INAP. Madrid, 2012, pp. 361 y ss.; 190 y ss., respectivamente.

²⁸ RICHER: ob. cit. (*Droit des contrats...*), *passim*.

Junto a la teoría general del contrato administrativo, y como adelantamos, también comprende un conjunto de garantías del contratista, que en cierto modo, atemperan el alcance práctico de las «prerrogativas» que acaban de ser expuestas. En apretada síntesis, esas garantías pueden dividirse en tres grupos: En primer lugar, el ejercicio de los poderes extracontractuales y unilaterales de la Administración Pública deberá respetar el *test* de razonabilidad y racionalidad, en el sentido de que tales poderes no podrán ser ejercidos de manera arbitraria. Asimismo, deberá respetarse la garantía del previo procedimiento.

En segundo lugar, el ejercicio de tales poderes deberá respetar el derecho a la integralidad patrimonial del contratista, lo que se asocia con el llamado «derecho al equilibrio económico-financiero» del contrato administrativo²⁹. No se trata, se advierte, de crear una excepción al principio de «riesgo y ventura», que rige en el contrato administrativo³⁰. Por el contrario, el equilibrio del contrato solo aplica a eventos sobrevenidos, imprevisibles y no imputables al contratista, que puedan afectar sensible o gravemente el régimen económico, por incremento de los costos o por disminución de los ingresos.

Por último, y en tercer lugar, el contratista tiene el derecho de acceso a la justicia para garantizar la protección de sus derechos. El régimen del contrato administrativo no solo tiene un contenido sustantivo, traducido en las prerrogativas ya expuestas; tiene, también, un contenido adjetivo o procesal, en el sentido que toda controversia relacionada con el contrato administrativo deberá ser resuelta por la jurisdicción contencioso-administrativo. Esto reduce, en la práctica, el alcance del arbitraje, al considerarse que todo lo relacionado con el servicio público es de orden público y, por ende, indisponible³¹.

²⁹ En el Derecho francés puede verse a RICHER: ob. cit. (*Droit des contrats...*), pp. 265 y ss. Véase en Iberoamérica a BENAVIDES: ob. cit. (*El contrato estatal...*), pp. 157 y ss. y 428 y ss., y BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), pp. 763 y ss.

³⁰ Para un análisis detenido de este punto, *vid.* PEZ, Thomas: *Le risque dans les contrats administratifs*. L. G. D. J. París, 2013, pp. 13 y ss.

³¹ Puede verse, entre otros, a BENAVIDES: ob. cit. (*El contrato estatal...*), pp. 378 y ss. y BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), pp. 799 y ss. Usualmente, se alude al «contencioso de los contratos de la Administración», para describir las pretensiones

3. Crítica conceptual a la teoría del contrato administrativo: la artificial distinción entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil

La base de la cual parte la figura del contrato administrativo es, en nuestra opinión, errada. No puede afirmarse, así, que la Administración Pública actúa sometida a dos ordenamientos jurídicos de acuerdo con el carácter con el cual actúe. En concreto, tampoco puede afirmarse que la Administración Pública, cuando actúa como un particular, se somete al Derecho Civil. Y en definitiva, no puede concebirse al Derecho Administrativo como un «Derecho exorbitante». Hay, al menos, cuatro razones que nos llevan a afirmar estas conclusiones:

Así, y en primer lugar, la Administración Pública nunca puede actuar como un particular. Esta es, a no dudarlo, una de las típicas expresiones enigmáticas del Derecho Administrativo: ¿Qué significa actuar «como un particular»? Según lo explicado en las secciones anteriores, se dice que la Administración actúa como un particular cuando satisface intereses propios, intereses patrimoniales o intereses no relacionados con el servicio público. Sin embargo, no existe tal cosa como «intereses propios» de la Administración Pública, pues la Administración Pública –como recuerda el artículo 141 constitucional– es una institución instrumental que siempre debe servir a los ciudadanos. Así, la Administración Pública no tiene intereses propios, pues ella es una «institución vicarial», en tanto es el instrumento del cual se vale el Estado para atender sus cometidos. Tampoco tiene intereses propios, pues la Administración Pública debe obrar al servicio de los ciudadanos, con lo cual toda la actividad administrativa, siempre, ha de desplegarse para servir a los ciudadanos.

Esta afirmación vale también para los contratos que la Administración Pública puede celebrar. De conformidad con el artículo 141 constitucional, la Administración Pública solo puede celebrar contratos para cumplir con una sola finalidad: El servicio a los ciudadanos. Esto es, que el carácter instrumental

procesales que pueden ser conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa con ocasión a la actividad contractual de la Administración. En Venezuela, y entre otros, *vid.* IRRIBAREN: ob. cit. («El contencioso de los contratos...»), *passim*.

de la Administración Pública se proyecta también sobre su actividad contractual. En ningún caso, por ello, puede la Administración Pública celebrar contratos «actuando como un particular». Y para ello, se advierte, no hace falta apelar al concepto de servicio público, impreciso y huidizo. En realidad, lo importante es considerar que todo contrato celebrado por la Administración Pública solo puede enmarcarse en la finalidad indicada en el señalado artículo 141 de la Constitución³².

En segundo lugar, tampoco puede afirmarse que la Administración Pública puede actuar bajo dos ordenamientos jurídicos separados —el Derecho Administrativo, por un lado, y el Derecho Civil, por el otro—. De esa manera, en la práctica lo que puede observarse es que la actividad administrativa se somete, concurrentemente, a normas de Derecho público y de Derecho privado³³. Tal interaplicación está presente en el citado artículo 141 constitucional, al disponer que la Administración Pública actúa «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho», o sea, con sometimiento pleno a todas las normas que conforman al ordenamiento jurídico, incluyendo el Derecho privado.

Además, las tendencias globales de la actividad administrativa evidencian que el interés en la regulación de la actividad contractual actualmente no reside en la artificial distinción entre el Derecho público y el Derecho privado aplicable a la Administración Pública. Por el contrario, el interés reside en asegurar que el poder adjudicador del Estado —esto es, su poder de contratación— sea ejercido en el marco del Estado de Derecho, para evitar abusos en el ejercicio de tal poder que podrían afectar el desempeño de la economía de mercado. Con lo cual, los contratos de la Administración Pública suelen someterse a un régimen uniforme que, sin negar la aplicación de reglas especiales e incluso de reglas del Derecho Civil, se orienta a asegurar principios generales, como la transparencia, la rendición de cuentas, la participación, la legalidad y la eficiencia³⁴.

³² Esta posición la hemos defendido antes en HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), *passim*.

³³ BREWER-CARIÁS: ob. cit. («La actividad administrativa...»), *passim*.

³⁴ Cfr. MORENO MOLINA, José Antonio: *Derecho global de la contratación pública*. UBIS. México D. F., 2011, pp. 1 y ss. Véase igualmente a ANDERSON, Robert D.

En tercer lugar, el Derecho privado para la Administración Pública tiene un claro carácter instrumental. Dicho en otros términos: la Administración Pública acude al Derecho privado cuando ello le permite cumplir en mejor manera el artículo 141 de la Constitución. Para el mejor servicio de los ciudadanos, la Administración Pública puede entonces acudir a los actos y negocios regulados en el Derecho Civil, caso en el cual cabría hablar del «Derecho Administrativo privado»³⁵.

Tanto más: como observó MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, las figuras jurídicas del Derecho Civil –como en especial sucede con el contrato– son «*supra-conceptos*», esto es, categorías conceptuales comunes a la teoría general del Derecho que trascienden, por ello, la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado³⁶. Con lo cual la Administración Pública, para cumplir con el rol que le asigna el artículo 141 constitucional, puede acudir a la regulación del contrato establecida en el Código Civil. No por cuanto en tal caso está actuando «como un particular», sino por cuanto esa regulación permite la gestión eficiente de los asuntos públicos a su cargo, como ampliaremos en la sección siguiente.

En cuarto, y último lugar, la teoría de las «cláusulas exorbitantes» como «poderes implícitos o virtuales» implica el desconocimiento del principio de legalidad administrativa y, por ende, abre las puertas a la arbitrariedad de la Administración Pública. Recordando lo ya dicho, debe observarse que las «cláusulas exorbitantes» son en realidad poderes unilaterales y extracontractuales, o sea, potestades administrativas, que, en tanto restringen la esfera jurídica del contratista, deben ser calificadas como potestades ablatorias. La teoría general del principio de legalidad enseña que el ejercicio de potestades

y ARROWSMITH, Sue: «*The WTO regime on government procurement: past, present and future*». En: *The WTO regime on government procurement*. Cambridge University Press. Cambridge, 2011, pp. 3 y ss. y a TREPTE, Peter: *Regulating public procurement*. Oxford University Press. Oxford, 2004, pp. 63 y ss.

³⁵ HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), *passim*.

³⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*. Civitas. Madrid, 1996, pp. 69 y ss.

ablatorias queda condicionado por la vinculación positiva a la ley, al exigirse que la ley establezca de manera expresa el título competencial que permite a la Administración restringir la esfera jurídica del particular. Pues bien, esa garantía básica de la libertad frente al poder desaparece en la teoría general del contrato administrativo, al admitirse que la Administración pueda limitar la esfera jurídico-subjetiva del contratista invocando poderes virtuales, implícitos o tácitos.

Estas críticas conceptuales deben ser complementadas desde una observación de estricto Derecho positivo, que en modo alguno puede silenciarse: La figura del contrato administrativo no es reconocida en Venezuela, ni a efectos procesales ni en cuanto a su régimen jurídico sustantivo, tal y como vimos anteriormente. En efecto, la figura del contrato administrativo es incompatible con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Contrataciones Públicas, pues esas leyes establecieron la uniformidad del régimen jurídico de la actividad contractual de la Administración, en especial, en lo que respecta a los tribunales competentes para dirimir controversias contractuales como en cuanto al régimen jurídico aplicable. El contrato administrativo es, en Venezuela, una figura *contra legem*.

Por lo tanto, en Venezuela, no cabe hablar más del contrato administrativo, sino del contrato público, esto es, el contrato que celebra la Administración Pública para cumplir con el mandato que le impone el artículo 141 constitucional, el cual quedará sometido a normas especiales como la Ley de Contrataciones Públicas, pero también al Derecho Civil y al Derecho Mercantil, cuando sea el caso³⁷. Sobre esto último trataremos en la siguiente sección.

³⁷ De acuerdo con esta posición, que hemos venido defendiendo, todos los contratos celebrados por la Administración Pública son contratos públicos sometidos a las normas básicas de contratación del Derecho Administrativo, pero también, al Derecho privado. Esto es, el contrato público promueve la unificación de la actividad contractual de la Administración.

4. Crítica a la teoría del contrato administrativo desde el análisis económico del Derecho. La función de la regulación civil del contrato y su aplicación al ámbito de la actividad contractual de la Administración Pública

Las razones previamente expuestas permiten comprender por qué, en nuestra opinión, el contrato administrativo es una figura que además de no estar reconocida en nuestro Derecho, presenta importantes deficiencias que pueden promover la arbitrariedad de la Administración Pública. Ahora debemos agregar que el régimen jurídico del contrato administrativo desconoce los fundamentos económicos que justifican que el Derecho Civil regule a los contratos.

A tal fin, debemos comenzar respondiendo a la siguiente pregunta: ¿Por qué el Estado, a través del Derecho Civil, debe regular al contrato? La respuesta, en nuestra opinión, parte del análisis económico del Derecho.

A tal fin, debemos comenzar recordando el concepto de «costos de transacción»³⁸. El intercambio de bienes y servicios a través del instrumento del mercado requiere un conjunto de condiciones básicas que no siempre están presentes, muy particularmente en cuanto a la «información» relacionada con la transacción de bienes y servicios y la «certidumbre» relacionada con esas transacciones. Esto quiere decir que problemas de información, que generan incertidumbres, exigen a las partes incurrir en costos necesarios para atender esas deficiencias, en lo que se conoce en sentido general como costos de transacción. Mientras mayores sean esos costos, habrá más tendencia a reducir la eficiencia en la transacción de bienes y servicios.

Por ello, para promover la eficiencia, el Estado puede intervenir a los fines de reducir los costos de transacción, esto es, reducir los problemas de información que generan incertidumbre. Tal es, en apretada síntesis, la fundamentación

³⁸ Principalmente, seguimos aquí a NORTH, Douglas: *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge University Press. Cambridge, 1999, pp. 3 y ss.

económica de la intervención del Estado para establecer el marco institucional del contrato³⁹. Así, como resume COLLINS, la regulación de los contratos provee un sistema de reglas y sanciones que permite alcanzar el necesario grado de confianza para que extraños puedan contratar entre sí. Con lo cual, cuando los sistemas jurídicos no cuentan con estas reglas, ellos no tienen las condiciones que favorecen a una división compleja del trabajo⁴⁰.

Precisamente, las instituciones del Código Civil en materia de contratos se justifican para proveer el grado de certeza necesario para fomentar la eficiencia en la transacción de bienes y servicios. Por ello, y como bien resume DOMÍNGUEZ GUILLÉN, el contrato:

Constituye el instrumento por el cual el hombre en sociedad pueda satisfacer necesidades: siendo el acto jurídico de mayor incidencia; única figura capaz de contener y abarcar la diversidad de composiciones voluntarias que caracterizan la vida moderna⁴¹.

Esto encuentra reflejo en los artículos 1159 y 1160 del Código Civil, que recuerdan que el contrato genera efectos vinculantes entre las partes, las cuales deben cumplirlo de buena fe. Si el propósito del contrato –y de su regulación civil– es elevar el grado de certeza, entonces, los derechos y obligaciones establecidos en el contrato deben ser ciertos y estables. De hecho, mientras más establece y claros sean los contratos, más contribuirán estos a reducir los costos de transacción. De allí el interés de la economía de estudiar los contratos que no logran alcanzar un grado deseado de certeza, llamados «contratos incompletos», y que, por lo demás, son la regla en la práctica. En tales casos, la aplicación del contrato –debido a la incertidumbre que lo rodea– no contribuye a aminorar los costos de transacción⁴², con lo cual la regulación de los

³⁹ DE LA CRUZ FERRER, Juan: *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2002, pp. 217 y ss.

⁴⁰ COLLINS, Hugh: *Regulating contracts*. Oxford University Press. Oxford, 2002, pp. 3 y ss.

⁴¹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Editorial RVLJ. Caracas, 2017, p. 473.

⁴² HART, Oliver: *Firms, contract and financial structure*. Clarendon Press. Oxford, 1995, pp. 23 y ss.

derechos y obligaciones derivados de los contratos establecidos en el Código Civil, deben interpretarse como normas que tienden a reducir el carácter incompleto de los contratos, supliendo posibles vacíos en la voluntad de las partes, y también, reduciendo los costos para su cumplimiento⁴³.

El contrato administrativo desdice toda esta teoría. En efecto, el régimen del contrato administrativo no tiene como propósito reducir los costos de transacción al incrementar la certidumbre de las partes contratantes, pues, por el contrario, ese régimen incentiva esa incertidumbre a través de la figura de las cláusulas exorbitantes como poderes implícitos o virtuales. Incluso, el principio que propone la inaplicación del Código Civil al contrato administrativo, precisamente, reconoce que la finalidad del Código Civil, consistente en elevar el grado de certidumbre de las partes contratantes, no es relevante para el contrato administrativo.

La teoría del equilibrio económico del contrato administrativo no es, de otro lado, una respuesta adecuada a esta crítica. El propósito de esa teoría no es reducir la incertidumbre del contrato, sino establecer, bajo ciertos casos y condiciones, la obligación de la Administración contratante de indemnizar al contratista o, en su caso, auxiliarle en la ejecución del contrato. Incluso bajo estas garantías, el régimen del contrato administrativo sigue estando informado por el principio de incertidumbre.

Con lo cual, la teoría del contrato administrativo no coadyuva a reducir costos de transacción. Al menos desde un punto de vista teórico, pareciera que por el contrario, esa teoría eleva los costos de transacción, pues los riesgos derivados del contrato tenderán a incrementar el precio del contratista. De hecho,

⁴³ La tecnología puede reducir costos de transacción y, por ende, hacer innecesaria la intervención del Estado. Esto es lo que sucede con los llamados «contratos inteligentes», que por medio de la tecnología, logran reducir los costos de transacción. *Cfr.* KÚNNAPAS, Kaido: «*From Bitcoin to smart contracts: Legal revolution or evolution from the perspective of de lege ferenda?*». En: *The future of law an e-technologies*. Springer. Londres, 2016, pp. 111 y ss. Por cierto, la aplicación de tales tecnologías a la actividad administrativa representa uno de los retos más sugestivos de la Administración electrónica.

todas las cargas administrativas asociadas al contrato –desde las fianzas exigidas, hasta el llamado compromiso de responsabilidad social– no son más que interferencias que pueden incrementar, injustificadamente, los costos de transacción y, por ende, afectar la eficiencia en la contratación pública.

Frente a este modelo, la teoría del contrato público rescata la fundamentación económica de la regulación del contrato. Así, por un lado, las disposiciones sobre el cumplimiento del contrato previstas en la Ley de Contrataciones Públicas tienen como propósito coadyuvar a la certidumbre del contrato, con lo cual, ellas no se oponen a la aplicación del régimen general del Código Civil o cuando aplique, del Código de Comercio. Desde tal perspectiva, las disposiciones sobre el cumplimiento del contrato en la Ley de Contrataciones Públicas deben ser interpretadas como disposiciones dispositivas llamadas a suplir lagunas en el contrato, todo lo cual permitiría a las partes establecer un régimen contractual especial. Bajo esta óptica, el régimen del contrato público se ancla en el principio de certidumbre, todo lo cual no coadyuva no solo a reducir costos de transacción, sino que, además, promueve un mayor control de la actividad administrativa, que quedará limitada por el contenido del contrato, sin que pueda sustraerse de este por medio de las llamadas «cláusulas exorbitantes».

Este cambio de perspectiva apunta a un objetivo más ambicioso, cual es redefinir la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil. Entre nosotros, tal relación ha estado marcada por la supremacía de aquel frente a la minusvalía de este, en lo que –con toda razón– se ha llamado el «rapto del Derecho privado por el Derecho Administrativo»⁴⁴. Es necesario por ello considerar que, para la Administración Pública, el Derecho Civil es una institución que permite controlar su actividad previniendo su arbitrariedad, particularmente, en su actividad contractual.

Boston, enero 2018

⁴⁴ PASCUA MATEO, Fabio: *El rapto del Derecho privado*. Civitas. Madrid, 2015, pp. 95 y ss. Este rapto apunta a la invasión del Derecho Administrativo de áreas privativas del Derecho privado. En este trabajo, en realidad, nos referimos a una situación diferente: La exclusión del Derecho privado por la Administración bajo arreglos institucionales que promueven su arbitrariedad. Pero la idea de «rapto» describe muy bien la distorsionada relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil que proponemos superar.

* * *

Resumen: El contrato administrativo es una institución que promueve la arbitrariedad de la Administración y también tiende a incrementar los costos de transacción de la contratación pública. Debido a esto, es necesario reconstruir la teoría general de la actividad contractual de la Administración a través de la institución del contrato público que no niega la aplicación del Derecho Civil. Por el contrario, el Derecho Civil –y también el Derecho Mercantil– pueden contribuir a reforzar la certeza en la actividad administrativa contractual y, por lo tanto, a reducir los costos de transacción. **Palabras clave:** Contrato administrativo, contrato público, costos de transacción. Recibido: 30-01-18. Aprobado: 18-02-18.