

LECCIÓN 6. CONTRATO ADMINISTRATIVO

Tema 20. Concepto

Sumario: TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: Actividad contractual. Teorías. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: Régimen jurídico-sustantivo. Régimen jurídico-procesal.

TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

A. ACTIVIDAD CONTRACTUAL

I. CUESTIÓN PREVIA

§894. **Planteamiento** — El tema de los contratos de la Administración Pública es un elemento central de la función administrativa, y como tal ha pasado a ser una de las instituciones fundamentales del Derecho administrativo contemporáneo.

En efecto, la Administración Pública en ejercicio de la función administrativa, no siempre procede por vía unilateral mediante actos o reglamentos administrativos, sino que con frecuencia requiere de acuerdos en sus diversas formas, celebrando convenios de muy distinta naturaleza. Sus múltiples y complejos fines la obligan a la celebración de numerosos actos jurídicos, solicitando la colaboración voluntaria de los sujetos privados y aun de otros entes públicos —en este caso denominados contratos interadministrativos—, para hacer más eficiente su acción en la función administrativa. Esta clase de relaciones, nacidas de un intercambio de voluntades entre el Estado y sus contratistas, son las técnicas preferentemente utilizadas por la Administración Pública con el objeto de obtener de las personas, la colaboración indispensable para el cumplimiento de sus fines propios (SAYAGUÉS LASO). De ahí que la Administración Pública en su actividad no se sustrae a la práctica de la contratación, que crece exuberantemente, no solo en intensidad, sino también en radio de acción, en materias y en ámbitos.

El contrato es, en suma, una de las formas jurídicas de la función administrativa, y también una de las técnicas de colaboración voluntaria de las personas con la Administración Pública, en materia de obras, bienes y servicios.

II. ORIGEN

§895. **Jurisprudencial** — A pesar del precario desarrollo del Derecho administrativo, la teoría del contrato administrativo tuvo muy tempranamente consagración jurisprudencial cuando la antigua CFC (Véase Sent. de la CFC, de fecha 5 de diciembre de 1944, *Caso Puerto La Guaira*) admitiendo “una distinción fundamental entre los contratos administrativos que interesan a los servicios públicos y los contratos de derecho privado”, dedujo los principios siguientes:

- ▶ Las disposiciones que regulan los contratos en el Código Civil no le son aplicables.
- ▶ El régimen jurídico está íntimamente vinculado a la noción de servicio público.
- ▶ Por tanto, concluye, existe “una neta diferenciación entre el régimen y ejecución de los contratos administrativos y los de Derecho Privado”.

§896. **Consagración** — Desde entonces se consagró lo que se ha denominado la *summa divisio* francesa, donde la consecuencia fundamental radica en el distinto régimen jurídico aplicable y en la jurisdicción competente para conocer de los mismos (Sent. de la CF, de fecha 3 de diciembre de 1959).

En efecto, en un cierto número de casos, los contratos que celebra la Administración Pública no se distinguen de las condiciones en que los sujetos privados suscriben entre ellos, y, por ende, estarán sometidos al régimen jurídico de Derecho privado. Pero en otro gran número de casos, la Administración Pública concluye contratos que se distinguen de los anteriores en el reconocimiento –explícito o implícito– a favor de la Administración Pública de un régimen jurídico exorbitante, y a los que se denominan contratos administrativos.

B. TEORÍAS

§897. **Plan** — Sin embargo es una categoría jurídica que ni antes ni ahora ha sido pacífica por parte de una muy calificada doctrina científica. Ahora, por cuanto la teoría del contrato administrativo ostenta un régimen jurídico-sustantivo y un régimen jurídico-procesal propios, es de vital importancia aclarar esta cuestión. Frente a todo contrato celebrado por la Administración resulta preciso saber cuál es el (o los) criterio (s) para distinguir entre un contrato administrativo de otro contrato de Derecho privado.

Así las cosas, para una mayor claridad de la exposición, la dividiremos en dos grandes bloques: la teoría defensora (i); y la teoría negadora (ii).

§898. **Teoría defensora** — De entrada se puede afirmar que la teoría defensora es la dominante en nuestro país (ARAUJO-JUÁREZ, R. BADELL MADRID, L. H. FARIAS MATA, H. IRIBARREN MONTEVERDE), la cual se divide, a su vez, en

dos grandes corrientes: una calificada como sustantiva, apoya la distinción tanto en la causa o el fin (finalidad u objeto), de naturaleza objetiva, como también en el régimen jurídico público que deriva de su finalidad pública; la otra calificada de orgánica basa la distinción en la naturaleza pública de uno de los contratantes, sosteniendo que el régimen jurídico resulta como consecuencia de las prerrogativas de Poder Público que posee la Administración Pública como sujeto contratante.

Ahora bien, el criterio orgánico fue prontamente desechado, por cuanto no basta la presencia de la Administración Pública para calificar un contrato como administrativo, ya que puede también utilizar otras especies del Derecho privado, incluso del Derecho internacional.

En tal sentido, en presencia de un contrato de la Administración Pública, la teoría defensora señala la necesidad de buscar el objeto, directo e inmediato por el cual es celebrado, y así el criterio de servicio público adquiere primacía, recobra su plena y absoluta vigencia (Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 11 de junio de 1983, caso *Acción Comercial, S.A.*).

§899. Teoría negadora — Frente a la teoría defensora surge la teoría negadora de la sustantividad del contrato administrativo, cuyas posiciones van: desde quien lo desconoce (PÉREZ LUCIANI); pasando por quienes afirman que es una categoría jurídica superada (BREWER-CARIÁS) o inútil (J. I. HERNÁNDEZ); a la que, sin dejar de reconocer el contrato administrativo propugna la necesidad de su exclusión del ámbito administrativo (J. CABALLERO ORTIZ).

En efecto, dentro de las primeras elaboraciones doctrinales negadoras, BREWER CARIÁS cuestiona el concepto mismo del contrato administrativo basado en la sola relación “contratos administrativos/régimen de derecho administrativo”, que califica de absolutamente inadmisibles.

El argumento principal consiste en afirmar que las actividades de la Administración estarían sujetas tanto al Derecho público como al Derecho privado en un grado de preponderancia que varía de acuerdo con sus finalidades y naturaleza: por tanto, también los contratos que suscribe el Estado estarían siempre sometidos tanto al Derecho público como al Derecho privado. En conclusión, propone la tesis del régimen unitario al señalar que los contratos que suscribe el Estado pertenecerían a una sola categoría denominados: contratos del Estado, contratos estatales o más comúnmente contratos públicos.

En mérito a lo expuesto procede analizar si puede afirmarse o negarse con tal rotundidad la sustantividad del contrato administrativo y, por ende, su existencia con rango propio.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

A. RÉGIMEN JURÍDICO-SUSTANTIVO

§900. Planteamiento — Lo primero que hay que señalar es que la construcción de los contratos de la Administración Pública debe realizarse desde la perspectiva constitucional que le asigna la misión de servir, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho y con eficacia, los intereses generales. Para su cumplimiento ella acude al acto administrativo o al contrato buscando la colaboración de los sujetos privados.

Para el desarrollo del análisis seguiremos la metodología propuesta por la doctrina francesa cuando señala que el contrato administrativo tiene su origen en: (i) la calificación de la ley; o (ii) la calificación del juez.

I. CONTRATO ADMINISTRATIVO POR CALIFICACIÓN DE LA LEY

§901. Concepto — Es sabido que la calificación legal como criterio determinante del contrato administrativo surge cuando la norma de rango legal determina expresa o implícitamente que determinado contrato reviste carácter administrativo.

Los precedentes en nuestro Derecho positivo son los casos de los Arts. 65 de la LFSA. Asimismo Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 13 de agosto de 1976; y 42, num. 14 de la LOCSJ . Esta última le otorgó a la SPA/CSJ competencia para conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza con motivo de los contratos administrativos, y que dio lugar a una muy abundante jurisprudencia. Ambos se encuentran derogados.

No obstante, hoy día existe el Art. 3 de la LOREBSCAPH que dice expresamente: “Los contratos que hayan sido celebrados en la materia objeto de la presente reserva, se le reconoce como contratos administrativos”.

Ahora bien, no hay duda de que las calificaciones legales son de carácter excepcional, pero también es cierto, como ya lo señalara el extraordinario fallo *Puerto La Guaira*, que la distinción en nuestro país se inició y cobró vigor y predominio -como también en el Derecho comparado -, “sin ninguna base legislativa especial previa”.

II. CONTRATO ADMINISTRATIVO POR CALIFICACIÓN DEL JUEZ

§902. Planteamiento — En ausencia de una calificación legal expresa, le ha correspondido al juez la tarea de calificar el contrato administrativo en virtud de la aplicación de los criterios que son considerados, así: (i) un criterio orgánico que es obligatorio; y (ii) un criterio material que es alternativo.

a. Criterios

§903. **Criterio orgánico** — La jurisprudencia venezolana para calificar un contrato de administrativo, exige como requisito *sine qua non* la presencia al menos de una persona jurídica pública (Sent. de la CF, de fecha 12 de noviembre de 1954, GF N^o 6. 1954, pp. 190-192). En esa línea jurisprudencial, no será administrativo el contrato entre personas privadas, cualquiera que fuere la naturaleza de las cláusulas, incluso si el contrato se vincula a una misión de servicio público.

§904. **Criterio alternativo** — Junto a la exigencia de que uno de los sujetos sea siempre una persona jurídica pública –condición necesaria más no suficiente–, se agrega un criterio alternativo que debe tomarse en consideración sobre la naturaleza del: (i) objeto; (ii) las cláusulas exorbitantes; y (iii) régimen jurídico del contrato en cuestión. Veamos.

b. Objeto del contrato

§905. **Plan** — La doctrina y la jurisprudencia le han otorgado un lugar muy importante como criterio del contrato administrativo, el cual ha oscilado entre las nociones de: (i) el servicio público; y (ii) la utilidad pública o el interés general.

§906. **Servicio público** — La jurisprudencia califica reiteradamente de administrativo al contrato que tenga por objeto la organización o el funcionamiento de un servicio público en el sentido más amplio de esta expresión. Así el contrato administrativo se definió atendiendo a la noción de servicio público en su acepción general, la cual sería equiparable a las expresiones jurisprudenciales: “*ejecución misma de un servicio público*”, “*prestación de un servicio público*” (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 26 de octubre de 1995), o en fin, la “*finalidad... vinculada al servicio público*” (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 29 de abril de 1998), entre otras, salvo el caso de los servicios públicos industriales y comerciales que son calificados como contratos de Derecho privado (Véase Sent. del TSJ/SPA (2220), de fecha 28 de noviembre de 2000).

§907. **Utilidad pública o interés general** — En una línea afín, la jurisprudencia acude también al criterio de la prestación de utilidad pública o de interés general como objeto del contrato administrativo, utilizando diversas expresiones jurisprudenciales: “*prestación de utilidad pública... corrientemente continua y regular*” (Véase Sent. de la CF, de fecha 12 de noviembre de 1954), “*prestación de un servicio de utilidad pública*” (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 19 de noviembre de 1987), “*finalidad pública inminente*” o “*finalidad pública*” a secas (Véanse Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 6 de julio de 1999 5 de agosto de 1999, y del TSJ/SPA, de fecha 27 de abril de 2000;

10 de octubre de 2000; 24 de enero de 2001; 13 de febrero de 2001; y 22 de enero de 2002), “actividad de interés general” (Véase Sent. del TSJ/SPA, de fecha 28 de noviembre de 2000), o en fin “tarea destinada a satisfacer un interés colectivo o general” (Véanse Sents. de la CSJ/SPA, de fechas 14 de julio de 1983, 11 de agosto de 1983; 1 de abril de 1986, y 19 de noviembre de 1986), entre otras.

La teoría negadora considera: en primer lugar que el criterio del servicio público es inadecuado por no existir acuerdo doctrinario acerca de los alcances y amplitud, o bien por la aparición de los denominados servicios públicos impropios o virtuales; en segundo lugar, sostiene que la circunstancia de que un contrato tenga por objeto una actividad de utilidad o de interés público, constituye un criterio tan amplio y hasta abstracto, que a lo que induce es a la imposibilidad de caracterizar el contrato administrativo.

§908. Examen de las teorías expuestas — Es verdad que los criterios mencionados ya sea para rechazar (teoría negadora) o afirmar (teoría defensora) la existencia del contrato administrativo presentan una gran amplitud, no solo por haberse sustentado en la noción de servicio público entendida en su más lato sentido (servicio al público), sino en los de utilidad pública o de interés general que ciertamente pueden encontrarse en cualquier contrato celebrado por la Administración Pública.

La enorme imprecisión con que se han manejado los criterios mencionados ha jugado desfavorablemente en su defensa que ha terminado por difuminar la figura, ya que la totalidad de los contratos celebrados por la Administración terminarían siendo calificados, paradójicamente, como administrativos. Tampoco es correcto identificar servicio público con cualquier actividad de utilidad o interés público, pues una cosa es el interés público y otra el servicio público. Si bien todo servicio público comporta una actividad de interés público, lo contrario no es cierto: no toda actividad de interés público puede considerarse servicio público.

Para superar las objeciones señaladas, la noción de servicio público debe despojarse de las exageraciones iniciales y construirse alrededor de los tres elementos modulares que la doctrina contemporánea menciona: (i) la titularidad administrativa o publicación; (ii) el interés público; y por último (iii) el régimen jurídico exorbitante, los cuales van a permitir deducir la existencia de la noción de servicio público *strictu sensu* (Tema 24).

Finalmente, si bien la noción de servicio público *strictu sensu* serviría para eliminar un gran número de contratos, observamos que tampoco todos los contratos que se relacionan con un servicio público son administrativos sobre

la base de la teoría del grado de colaboración; esto es, si y solo si el objeto del contrato tiene que ver con la ejecución misma del servicio público, directa o inmediata –y no con la satisfacción de las necesidades del servicio público– se tendría como administrativo (CHAPUS).

c. Teoría de las cláusulas exorbitantes

§909. Concepto — La insuficiencia que tendría la noción de servicio público –*lato sensu*– para configurar el criterio determinante del contrato administrativo provocó la corriente doctrinal que advirtió la presencia de las denominadas cláusulas exorbitantes al Derecho común, y donde a su vez creyó encontrar la calificación del contrato administrativo. Lo importante vendría a ser, ahora, la presencia de las denominadas cláusulas exorbitantes.

Pero ¿qué es lo que hay que interpretar como cláusula exorbitante? Ella ha sido descrita de una manera general como las que consagran en el convenio a favor –y aun en contra– de la Administración Pública un régimen excepcional por comparación al de Derecho privado (Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 14 de junio de 1983).

§910. Origen — La teoría negadora sostiene que en su origen, la distinción tenía alguna importancia en orden a los poderes exorbitantes que podía ejercer la Administración Pública en la ejecución de los contratos administrativos, y que supuestamente no existirían en los contratos de Derecho privado.

De lo anterior se desprendería que los denominados contratos públicos, como cualquier otro contrato, se regirían básicamente por: (i) las cláusulas insertas en el contrato; (ii) las leyes especiales de obligatoria aplicación a los contratos del Estado; y por último (iii) el Código Civil siendo este de aplicación supletoria.

Por tanto, concluye, los poderes exorbitantes solo podrán ser ejercidos si los mismos están regulados en: (i) las cláusulas contractuales; o (ii) en una ley.

§911. Examen de las teorías expuestas — El criterio de las cláusulas contractuales resulta inadmisibles, pues el contrato tendría distinta naturaleza según que las partes las inserten o no, lo que sería tanto como confundir causa con efecto; es decir, que las cláusulas exorbitantes aparecerían como consecuencia de la naturaleza administrativa del contrato, lo cual no siempre acontece, por cuanto cabe la posibilidad de insertarlas aun en contratos que nada tienen de administrativos como lo habilita hoy día la propia LCP vigente, y que no los convierten de por sí en administrativos.

En el punto de que la competencia tenga que estar establecida en texto legal expreso, se estaría reduciendo el Derecho a la sola ley, y es sabido que esta no agota el Derecho, y siendo que el Derecho administrativo no está absolutamente codificado, dentro de sus fuentes están los principios generales del Derecho, los cuales también son aplicables al ejercicio de poderes exorbitantes dentro del contrato administrativo. En este sentido la jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 6 de agosto de 1998, caso *Consortio Aeropuerto del Zulia, C.A.*) y doctrina señalan su carácter extracontractual, en cuanto que son consecuencia de la potestad de autotutela administrativa.

Por tanto, se concluye que los poderes exorbitantes no forman parte del contrato; se trata antes bien de poderes inherentes a la posición jurídica general de la Administración Pública que inciden externamente sobre la relación contractual.

d. Régimen jurídico público

§912. Noción — Finalmente, un contrato es administrativo al aplicar un tercer criterio jurisprudencial referido al carácter exorbitante o público del régimen jurídico que regula su celebración y ejecución.

Este criterio difiere desde el punto de vista del fondo con el criterio de la cláusula exorbitante. Mientras que esta sería interna al contrato y la expresión de la declaración de las partes, y el criterio de base es de orden subjetivo y voluntarista; por el contrario, el régimen jurídico público comprende la regulación impuesta desde el exterior por el Ordenamiento jurídico y no tiene nada que ver con la declaración de las partes, y el criterio de base es de orden objetivo. Y en este sentido no se debe confundir régimen jurídico público con cláusula exorbitante.

Es por ello que las cláusulas exorbitantes han sido subordinadas a un segundo plano, pues ellas son el efecto, la consecuencia, el derivado y de ninguna manera la causa o antecedente del servicio público *strictu sensu* objeto del contrato administrativo (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 14 de julio de 1983).

§913. Examen de las teorías expuestas — Cuando la Administración Pública adopta el papel de parte contractual (criterio orgánico), la gestión misma del servicio público *strictu sensu* (criterio sustantivo) de realización directa e inmediata y con un grado de colaboración del particular (criterio sustantivo) es lo que introduce más intensamente el régimen jurídico público (criterio reductor) en la relación contractual de naturaleza administrativa, y donde la diferencia más notoria se encuentra en la etapa de ejecución: (i)

el ejercicio de las prerrogativas de Poder Público (rescisión; modificación; rescate o reversión administrativas, etc.); y (ii) la tutela de los derechos de las personas (el principio de equilibrio económico y las técnicas de garantía de compensación).

B. RÉGIMEN JURÍDICO-PROCESAL

§914. **Antecedentes** — La doctrina se divide entre los que sostienen que ha sido una tradición constitucional —que se remonta a la C de 1925— otorgarle competencia al Máximo Tribunal para conocer de las controversias de los contratos administrativos ; y quienes señalan que ninguna referencia hacen las Constituciones, pues la regulación estaba referida a todo tipo de contratos.

Recordemos que la legalización del contrato administrativo se reafirmó con la promulgación de la LOCSJ (1976) y se mantuvo luego con la LOTSJ (2004), para desaparecer con la unificación jurisdiccional de todos los contratos celebrados por la Administración a raíz de la promulgación de la LOJCA (2010).

§915. **Examen de las teorías expuestas** — Con respecto a lo anterior, se sostiene que el criterio de la competencia jurisdiccional resulta inadecuado o en todo caso no ha sido ni es determinante sobre la calificación de una categoría jurídica, pues el eventual cambio de las normas procesales no provoca, por sí mismo, una mutación en el régimen jurídico sustantivo que rige las reglas de fondo que se pueden aplicar.

En el contrato administrativo, a diferencia del contrato de Derecho privado, la Administración Pública persigue la gestión misma de un servicio público, de realización directa e inmediata, que se incorpora al objeto del contrato proyectándose en su régimen jurídico público. Es esa finalidad pública (criterio sustantivo) y no la competencia jurisdiccional (criterio adjetivo) lo que a nuestra manera de ver las cosas, define y tipifica la teoría del contrato administrativo con rasgos peculiares.

En consecuencia, lo que caracteriza al contrato administrativo es precisamente un conjunto original de prerrogativas y sujeciones exorbitantes al Derecho común, inspiradas todas por los fines de interés general. De ahí que esté dotado de un régimen jurídico público fundado en una distinta sustantividad jurídica que lo distingue de los demás contratos que celebra la Administración Pública; por tanto, al igual que en su país de origen (Francia), se mantiene como un núcleo duro de principios de la contratación administrativa (por ejemplo, no alterar la esencia del contrato, no afectar al equilibrio económico sin compensación, etc.) en el interés común de la Administración Pública y del contratista (MODERNE).

BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO-JUÁREZ, J., *Derecho Administrativo General*. Vol. III. *Acto y Contrato Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2011; AA.VV. *Régimen jurídico de los contratos administrativos*, Ed. Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991; AA.VV., *Los Contratos Administrativos "Contratos del Estado"*, VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan R. Brewer-Carías", 2 ts., FUNEDA, Caracas; A.A.V.V., *Ley de Contrataciones Públicas*, 2ª Ed. actualizada y aumentada Colección Textos Legislativos N° 44, EJV, Caracas, 2009; AA.VV., *Comentarios al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas*, FUNEDA, Caracas, 2008; BADELL MADRID, R., *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001; CABALLERO ORTÍZ, J., "¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?", en *Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003; CASSAGNE, J. C., *El Contrato Administrativo*, 3ª Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009; FARIAS MATA, L.H., *La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas*, Publicaciones de la Gobernación del Distrito Federal, Caracas, 1968 y "La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas", en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, T. II, UCV, Caracas, 1981; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El Procedimiento Administrativo*. Ed. Abella, Madrid, 1964; LARES MARTÍNEZ, E., *Manual de Derecho Administrativo*, XIV Ed., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013; MEILÁN GIL, J. L., *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, IUSTEL, Madrid, 2011; PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República*, Caracas, T. III, 1984; RICHTER, L., *Les contrats administratifs*, Col. Connaisance du Droit, Dalloz, París, 1991; SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª Ed., Ed. Fundación de Cultura Universitaria, puesta al día a 2004, Montevideo, 2004; TAVARES DUARTE, F., *Actos Administrativos y Contratos de la Administración Pública: Teoría General de la Conexión*, EJV, Caracas, 2003.