

NUEVAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO EN VENEZUELA

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Adjunct Professor of Law, Columbia Law School, New York

1. *Los contratos del Estado*

Los contratos del Estado, contratos estatales o contratos públicos, son todos aquellos contratos en los cuales una de las partes (pueden ser las dos) es una persona jurídica estatal¹, es decir, que está integrada en la organización del Estado, sea que se trate de una persona jurídica político territorial (República, Estados, Municipios), o de personas de derecho público (pe. los institutos autónomos) o de derecho privado (pe. las sociedades anónimas del Estado o empresas del Estado) estatales.

Estos contratos del Estado, en nuestro criterio, han sido calificados en la Constitución como contratos de interés público (nacional, estatal o municipal), y en algunas leyes, algunos de ellos han sido calificados como “contratos administrativos”.

En efecto, en la Constitución de 1999, como la ley suprema y principal fuente del derecho, en materia de contratos del Estado, en la Sección Cuarta del Capítulo I del Título IV sobre el “Poder Público”, regula a los “contratos de interés público”, noción que en los artículos 150 y 151 se adoptó para identificar contratos suscritos por las entidades públicas, es decir, las personas jurídicas estatales, o las que integran el

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999” en *Derecho Público Contemporáneo: Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, Estudios del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, enero-abril 2003, Volumen 1, pp. 48-54.

sector público y que en general se engloban en la noción de “Estado”. La noción puede considerarse como equivalente a las nociones de *contratos públicos*², *contratos del Estado*³, o *contratos de la Administración*⁴; o la noción en inglés de *Public Contract*⁵; a la francesa de *contrats de l’administration*⁶; a la italiana de *contratti della pubblica amministrazione*⁷; o a la portuguesa de *contratos de administração pública*⁸; todas tendientes a identificar contratos en los cuales una de las partes de la relación contractual es el Estado, la Administración Pública o una entidad pública, los que además, en general, tienen propósitos de interés público. Esa fue la intención de la propuesta que formulamos respecto de esa norma ante la Asamblea nacional Constituyente durante la elaboración de la Constitución de 1999⁹.

En virtud de que Venezuela está organizada como un Estado federal (Art. 4, C.) con tres niveles de gobierno (nacional, estatal, municipal) (Art. 136 C.), la intención de la regulación de la clasificación de los contratos de interés público en el artículo 150 de la Constitución, en “contratos de interés público nacional”, “contratos de interés público estatal” y “contratos de interés público municipal”; fue referirse a los contratos suscritos, respectivamente, por entidades públicas nacionales, entidades públicas estatales y entidades públicas municipales¹⁰. En

² Sabino Alvarez Guendín, *Los contratos públicos*, Madrid, 1934.

³ Jorge Enrique Romero Pérez, *Los contratos del Estado*, San José Costa Rica, 1993.

⁴ Alvaro Pérez Vives, *De los contratos de la Administración*, Bogotá, 1984.

⁵ Marco D’Alberti, *I “Public contracts” nell’esperienza Britannica*, Napoli, 1984.

⁶ André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 3 vols., Paris, 1956.

⁷ Francesco di Renzo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Milano, 1969; Francesco Paolo Pugliese, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d’America*, Padova, 1974.

⁸ Juarez de Oliveira, *Licitações e Contratos de Administração Pública*, Sao Paulo 1993.

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, Caracas 1999, pp. 173 ss.

¹⁰ Véase en general: Jesús Caballero Ortiz, “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999”, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I,

consecuencia, la intención de la regulación constitucional fue la de considerarse como contratos de interés público nacional, a aquellos concernientes al nivel nacional de gobierno (diferente a los niveles estatales y municipales de gobierno), porque son suscritos por entidades públicas nacionales, es decir, por la República o institutos autónomos nacionales o empresas del Estado nacionales. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, in sentencia No. 2.241 del 3 de septiembre de de 2000¹¹, restringió la noción de “contrato de interés público” del artículo 150 de la Constitución, para comprender sólo aquellos contratos suscritos por la Republica, los Estados y los Municipios en los que esté envuelto un interés nacional, estatal y municipal. En consecuencia, conforme a esta doctrina, que no compartimos, los contratos suscritos por ejemplo por institutos autónomos o empresas del Estado nacionales, no pueden considerarse como “contratos de interés público

Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 139-154; Jesús Caballero Ortiz, “*Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?*”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1765-1777; Allan R. Brewer-Carías, “*Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa*” en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Caracas, 1982, pp. 40-54; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, pp. 28-36; Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo II, Caracas, 1999, p. 173; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 287 ss.; Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 123 ff; y Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 115 ss.

¹¹ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como la el más alto y ultimo interprete de la Constitución en esa sentencia (Caso: *Anulación del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público*), estableció una interpretación vinculante, y redujo la categoría de los “contratos de interés público” (art. 150 C.) a aquellos suscritos o celebrados por la Republica, los Estados y los Municipios, en consecuencia, excluyendo de tal calificación a los contratos públicos suscritos por institutos autónomos o empresas públicas nacionales como por ejemplo podría ser PDVSA. El argumento central de la decisión de la sala se refirió al tema de la autorización parlamentaria previa en relación con los contratos de deuda pública suscritos por la República, los Estados y los Municipios.

nacional” conforme al artículo 150 constitucional. En consecuencia, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo sobre el artículo 150 de la Constitución de 1999, un contrato suscrito por ejemplo por Petróleos de Venezuela (PDVSA) no podría considerarse como un contrato de interés público nacional, lo que no tiene sentido. Sin embargo, y sin duda, es un contrato público nacional suscrito por una entidad pública estatal, en particular, una empresa del Estado o persona jurídica de derecho privado estatal.

2. *La ley aplicable a los contratos del Estado y las cláusulas obligatorias.*

En Venezuela, los contratos del Estado no han sido objeto de una regulación legal general, como en cambio ha sucedido, por ejemplo, en España con la Ley de Contratos de las Administraciones¹² o en Colombia, con la Ley de Contratos del Estado¹³. En particular, en cuanto concierne a los denominados “contratos administrativos” solo dos leyes utilizan esta expresión¹⁴, por una parte la Ley Forestal de suelos y aguas de 1965, respecto de las concesiones de explotación forestal (art. 65), y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a los efectos de atribuir competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 5,25), para resolver las controversias que resulten de contratos administrativos suscritos por la República, los Estados y los Municipios.

¹² Véase *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

¹³ Véase Jorge Vélez García y Allan R. Brewer-Carías, *Contratación Estatal, Derecho Administrativo y Constitución*, Bogotá, 1995; Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas 2001, pp. 30-31.

¹⁴ Véase Jesús Caballero Ortíz, “*Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?*”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1773; Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas 2001, pp. 49-50.

Aparte de estas dos previsiones legales, no existen en el ordenamiento jurídico otras leyes que hablen de contratos administrativos, lo que no excluye que existan muchas otras leyes que regulen lo que la doctrina y jurisprudencia tradicionalmente han considerado como contratos administrativos, como por ejemplo, los relativos a servicios públicos, a las obras públicas o a concesiones de explotación de recursos naturales o de monopolios fiscales (pe. La Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la Ley Orgánica de promoción de inversiones mediante concesiones, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Ley del Servicio Eléctrico, la Ley de Minas, la Ley relativa a la producción de fósforos¹⁵).

Ahora bien, aún en ausencia de una ley general sobre los contratos del Estado, lo cierto es que la Constitución establece un conjunto de regulaciones que dan origen a cláusulas obligatorias que deben estar en todos los contratos del Estado (nacionales, estatales y municipales) o en algunos de ellos.

En efecto, en primer lugar puede mencionarse que la Constitución establece ciertas prohibiciones: a) los funcionarios públicos (nacionales, estatales y municipales) no pueden suscribir contratos con entidades públicas (nacionales, estatales o municipales) (Art. 145); y b) los diputados a la Asamblea Nacional no pueden ser dueños, gerentes o directores de empresas que contraten con entes públicos (Art. 190).

En segundo lugar, la Constitución establece ciertas cláusulas obligatorias que deben ser expresa o tácitamente incorporada en todos los contratos públicos, como la cláusula de inmunidad de jurisdicción y la cláusula “*Calvo*” relativa a reclamaciones internacionales o en algunos de ellos, las cláusulas de protección ambiental.

¹⁵ Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas 2001, pp. 50-51

En efecto, de acuerdo con el artículo 151 de la Constitución, en todos los contratos públicos (nacionales, estatales y municipales), aún cuando no esté expresamente establecido, se debe considerar incluida una cláusula conforme a la cual todas las controversias que puedan resultar de la ejecución de los mismos, y que no puedan ser resueltas amigablemente entre las partes, deben ser decididas por los tribunales competentes venezolanos de acuerdo con la ley venezolana¹⁶. Se trata del principio de la inmunidad de soberanía del Estado, el cual sin embargo tiene su excepción expresamente establecida en la Constitución en relación con contratos en los cuales, por su naturaleza, no se considere procedente dicha cláusula (art. 151 C.)¹⁷. En virtud de esta excepción, puede considerarse que el ordenamiento legal venezolano abandonó el sistema absoluto de inmunidad de jurisdicción sustituyéndolo por el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción, permitiendo entonces, que las entidades públicas, como consecuencia de la ejecución de ciertos contratos públicos, queden sujetas a jurisdicciones extranjeras o a tribunales arbitrales y que incluso establezcan como aplicable para la resolución de la controversia lo dispuesto en leyes extranjeras¹⁸.

Por supuesto, en esta materia no hay formulas universales que puedan determinar la “naturaleza” de los contratos para el establecimiento de la excepción del principio de inmunidad jurisdiccional; sin embargo, en derecho internacional se ha considerado que la naturaleza

¹⁶ Véase en general, Beatrice Sansó de Ramírez, “La inmunidad de jurisdicción en el Artículo 151 de la Constitución de 1999”, en *Libro Homenaje a Enrique Tejera París, Temas sobre la Constitución de 1999*, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas, 2001, pp. 333-368.

¹⁷ Durante las discusiones del proyecto de Constitución nos correspondió proponer la inclusión de este artículo ante la Asamblea nacional Constituyente en 1999, siguiendo lo que estaba previsto en la Constitución de 1961 en relación con la excepción al principio de la inmunidad jurisdiccional. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo I, Caracas, 1999, pp. 209 ss.

¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos, cit.*, pp. 130 a 137.

del contrato a tales fines, no puede basarse en el sólo hecho de que le Estado o una entidad pública sea o no parte contractual, o que use o no sus poderes de soberanía, o que el contrato sea o no un contrato de interés público. En consecuencia, la naturaleza del contrato para permitir que las controversias derivadas de la ejecución de un contrato se sujeten a una jurisdicción extranjera o a arbitraje, o para que se aplique la ley extranjera, se debe basar en la consideración de la naturaleza comercial del contrato, en particular, teniendo en cuenta contratos públicos en los cuales la otra parte sea una empresa extranjera. En la antes mencionada decisión de la Corte Suprema de Justicia de 17 de agosto de 1999 (Caso: *Apertura Petrolera*), incluso se admitieron otras consideraciones diferentes a la naturaleza comercial del objeto del contrato para aplicar la excepción y admitir el arbitraje,, vinculadas a la importancia económica del mismo, evaluada por la Administración Pública y la Asamblea Nacional.

La segunda cláusula obligatoria que la Constitución impone a todos los contratos de interés público, también en su artículo 151, es la llamada cláusula *Calvo*, conforme a la cual en todos los referidos contratos, se debe considerar incorporada tácitamente la previsión conforme a la cual en ningún caso la ejecución de los contratos puede originar reclamaciones extranjeras contra la República¹⁹. El origen de esta cláusula en la Constitución de 1883, fue el rechazo de todo tipo de reclamaciones diplomáticas por parte de Estados extranjeros contra el Estado venezolano, en los casos en que los Estados extranjeros actuaban por cuenta de empresas o ciudadanos extranjeros, basándose en la consideración de que todos los extranjeros en Venezuela deben ser tratadas en las mismas condiciones de igualdad que los venezolanos, excluyendo toda posibilidad de que las controversias entre partes derivadas de la ejecución de un contrato público, cuando una de las partes

¹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos, cit.*, pp. 137 y ss.

sea una empresa o ciudadano extranjero, puedan considerarse como controversias internacionales ²⁰.

La tercera cláusula obligatoria respecto de contratos públicos establecida en la Constitución, es la cláusula temporal que deben contener todos los contratos destinados a la explotación de los recursos naturales propiedad de la nación o para la prestación de servicios públicos. En tal sentido el artículo 113 de la Constitución establece que esos contratos públicos siempre deben tener un tiempo de duración, y adicionalmente deben contener siempre una cláusula que establezca adecuados beneficios para la entidad pública concedente, de acuerdo con el interés público envuelto. El artículo 150,10 de la Constitución también prohíbe el otorgamiento de concesiones mineras por tiempo indefinido.

Por último, la cuarta cláusula obligatoria para los contratos públicos establecida en la Constitución, se refiere a los contratos que puedan afectar los recursos naturales suscritos por la República (no otros entes públicos como las empresas del Estado), en los cuales debe considerarse tácitamente incorporada la obligación para el co-contratante de preservar el equilibrio ecológico y permitir el acceso y transferencia de

²⁰ El origen de la cláusula, lo que explica su denominación "Calvo", estuvo en el argumento contenido en su libro, *International Law Treaty (Tratado de Derecho Internacional)* editado inicialmente en 1868, en el cual el autor refiriéndose a la intervención anglofrancesa en el Río de la Plata y la intervención francesa en México, expresó que las mismas habían estado basadas sólo en el pretexto de proteger intereses comerciales privados, y que de acuerdo con el derecho internacional público, la intervención armada de Estados europeos en los Estados del Nuevo Mundo no podía aceptarse. Esta cláusula "Calvo" también influyó en la concepción de la "Doctrina Drago", formulada en 1902 por el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis María Drago, como reacción contra las acciones bélicas de Alemania, Gran Bretaña e Italia contra Venezuela para cobrar por la fuerza las deudas públicas con los Estados europeos. Véase Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional*, Madrid, 1927.

tecnología y el restablecimiento del ambiente a su situación natural cuando fuere alterado en los términos establecidos legalmente²¹.

Por otra parte, en relación con las formalidades para la validez de los contratos de interés público, el artículo 150 de la Constitución cambió radicalmente²² la previsión que establecía la Constitución de 1961 en el sentido de que todos los contratos de interés público nacional fueran aprobados por el entonces Congreso nacional. Ahora, la Constitución en su artículo 150, como ha sido interpretada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia No. 2.241 de 3 de septiembre de 2002²³, exige que los contratos de interés público nacional suscritos por la República requieren de la aprobación de la Asamblea Nacional sólo cuando esté expresamente establecido y exigido por una ley. En consecuencia, solo cuando una particular ley establece que determinado contrato de interés público nacional suscrito por la República debe ser sometido a la aprobación de la Asamblea nacional, este requerimiento formal es necesario como condición de validez del contrato (Art. 182,9 C.).

Sin embargo, la Constitución expresamente regula la necesidad de autorización parlamentaria (arts. 150 y 187,9), de acuerdo con la misma interpretación del Tribunal Supremo antes mencionada, en relación con los contratos de interés público nacional suscritos por la República,

²¹ Véase, en general, Alberto Blanco-Urbe Quintero, "La tutela ambiental como deber del Constituyente: Base constitucional y principios rectores del derecho ambiental", en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6 (enero-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 31-64.

²² El cambio constitucional lo propusimos ante la Asamblea Nacional Constituyente durante las discusiones de la Constitución de 1999. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 175-177.

²³ Como se dijo, la argumentación central de la Sala Constitucional en su sentencia de 2 de septiembre de 2002, se refirió a la necesidad de la previa autorización parlamentaria en relación con todos los contratos de interés público de deuda pública suscritos por la República, los Estados y los Municipios.

los Estados y Municipios con Estados extranjeros o entidades públicas extranjeras o con empresas no domiciliadas en la República.

Aparte de estas regulaciones generales de fuente constitucional, como se dijo, los contratos del Estado no han sido objeto de una regulación legal general, por lo que salvo lo que se disponga en leyes especiales de obligatoria aplicación a los contratos del Estado, los mismos, como cualquier otro contrato, se rigen básicamente por las cláusulas establecidas en el contrato mismo, y por el Código Civil, siendo éste de aplicación supletoria, en el sentido que sus normas rigen aquellas materias no reguladas expresamente por las partes en el texto contractual.

En consecuencia, las partes en los contratos del Estado, y salvo las cláusulas obligatorias constitucional o legalmente establecidas, en principio tienen completa libertad para establecer el contenido de sus obligaciones y relaciones contractuales en las cláusulas que estimen conveniente a sus intereses particulares, sin estar sujetas a las regulaciones generales o específicas del Código Civil. La consecuencia de lo anterior, es que en material contractual, y salvo por lo que se refiere a las cláusulas obligatorias constitucional o legalmente establecidas, el principio es que casi todas las regulaciones legales son supletorias a la voluntad de las partes y sólo se aplican en ausencia o insuficiencia de las previsiones adoptadas por ellas.

Por ello es que de acuerdo con el artículo 1270 del Código Civil, las obligaciones contenidas en los contratos deben cumplirse precisamente como se han contraído; y de acuerdo con el artículo 1160 del mismo Código, los contratos deben cumplirse de Buena fe y las partes están obligadas no sólo a cumplir con lo expresamente establecido en el contrato, sino con todas las consecuencias que resulten de los mismos, de acuerdo con la equidad, el uso y la ley.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico venezolano, en consecuencia, la relación contractual entre las partes está establecida en el contrato siendo el límite legal básico que tienen al regularla, es que de

acuerdo con el artículo 6 del Código Civil, es que mediante los contratos las partes no pueden alterar las regulaciones legales ni las cláusulas contractuales puede ser contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

El concepto de orden público, en el sistema legal venezolano, se refiere a situaciones en las cuales la aplicación de una disposición legal concierne al orden legal general e indispensable para la existencia de la propia comunidad, que no puede ser relajada por la voluntad de las partes, concepto que por supuesto, no se aplica en los asuntos que sólo conciernen a las partes en una controversia contractual. Por ejemplo, normas de orden público son aquellas que establecen competencias o atribuciones de los entes y órganos del Estado, incluso las competencias de los jueces, y aquellas que conciernen a los poderes tributarios de las entidades públicas. En el campo del derecho privado, por ejemplo, todas las leyes o normas relativas al estado de las personas (por ejemplo, *patria potestas*, divorcio, adopción) son normas en las cuales está interesado el orden público y las buenas costumbres²⁴.

En otros casos, es el mismo legislador el que ha expresamente indicado, en ciertas leyes, que las mismas son de orden público, en el sentido de que sus normas no pueden ser modificadas mediante relaciones contractuales. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004²⁵, en cuyo artículo 2 se dispone que sus normas son de orden público por lo que no pueden ser renunciadas ni relajadas por las partes.

Puede decirse que, en general, los contratos del Estado no contienen normas contrarias al orden público o a las buenas costumbres, por lo que en general, tienen fuerza de ley entre las partes (art. 1159 CC), y obligan a las partes a cumplir lo que está expresamente regulado en las

²⁴ Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, pp. 265-268.

²⁵ *Gaceta Oficial*, No. 37.930 de 04-05-2004

cláusulas contractuales y cumplir las obligaciones precisamente como fueron contraídas (arts. 1160 y 1270 CC.).

En virtud de ese carácter que tienen los contratos, incluyendo los contratos del Estado, de tener la fuerza de ley entre las partes, las obligaciones contractuales particularmente en los contratos estatales, tienen que configurarse conforme a las cláusulas contractuales, conforme a las normas legales que resulten aplicables en el sector de la actividad económica en el cual se concluya el contrato, y supletoriamente, conforme a las normas del Código Civil.

En particular, en cuanto a las regulaciones de derecho administrativo aplicable a los contratos del Estado, debe precisarse que los principios de esa rama del derecho, como los de todas las otras, están básicamente establecidos en leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, en virtud de ser la ley formal, la más importante fuente de esta disciplina, siendo las regulaciones legales en general supletorias en relación con los contratos estatales. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley Orgánica de la Administración Pública, de Ley General de Puertos, de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, de la Ley Orgánica del Ambiente y de la Ley Penal del Ambiente, para sólo recordar algunas.)

Las leyes especiales, en general, proporcionan un marco importante para la actividad contractual. Sólo mencionemos la Ley Orgánica de la Administración Pública, que regula a los entes públicos y sus órganos²⁶, incluso la competencia específica para contratar, y en particular a los institutos autónomos y empresas del Estado, que son los entes que generalmente suscriben contratos públicos con los particulares (Art. 28, 32 LOAP).

Por ejemplo, es el artículo 100 LOAP el que define a las empresas del Estado como sociedades mercantiles en las cuales un ente público

²⁶ *Gaceta Oficial*, N° 37.305 de 17-10-2001. Véase Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas 2002, pp. 62 ss.

(estatal) sea titular de más del 50% del capital social, siendo incluso posible su creación con un solo accionista (art. 104). La personalidad jurídica de las mismas, al igual que la de cualquier sociedad mercantil, se adquiere mediante el registro de los estatutos en el registro mercantil conforme al Código de Comercio (arts. 101).

El artículo 106 LOAP establece que las empresas públicas, siendo, personas establecidas conforme al derecho privado o "*personas jurídicas de derecho privado*", están sujetas a la legislación comercial ordinaria, particularmente establecida en el Código de Comercio, excepto cuando se disponga otra cosa en la misma Ley Orgánica de la Administración Pública (Art. 106). En este respecto, el Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia de su sala Constitucional de 18 de marzo de 2002 ha señalado, por ejemplo, en relación con Petróleos de Venezuela (PDVSA), que el régimen legal que le es aplicable es uno de carácter mixto, de derecho público y derecho privado, aún cuando preponderantemente de derecho privado debido a su organización legal, excepto en relación con sus relaciones con la República establecida a través de leyes y reglamentos vinculados con la Administración Pública²⁷.

3. *Los contratos estatales, el interés público y los servicios públicos*

Todos los contratos estatales o contratos del Estado, al tener como una de las partes contratantes un ente público o persona jurídica estatal, pueden considerarse como de interés público, en el sentido de que todo lo que interese a un ente público es de interés público. Por eso hemos considerado que la expresión contrato de interés público en la Constitución equivale a contrato público o del Estado.

Pero una cosa es el interés público y otra cosa es el servicio público; todo servicio público comporta una actividad de interés público,

²⁷ Véase *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Caracas, 2002, p. 219.

pero no toda actividad de interés público puede considerarse como servicio público.

En efecto, la expresión “*servicio público*” en el ordenamiento jurídico venezolano no puede usarse indiscriminadamente para calificar como tal a toda actividad de interés público. Como sucede en la doctrina del derecho administrativo anglosajón, la expresión “servicio público” conforme al *Black’s Law Dictionary*²⁸, tiene un particular significado relativo a “public utility”²⁹, expresión que identifica a los servicios prestados al público en general por entidades o corporaciones públicas o mediante concesión de estas. En consecuencia, en derecho venezolano y en el derecho anglosajón, no toda actividad de interés público puede ser considerada como servicio público, sino sólo aquellas que consisten en una actividad de prestación de interés público destinada a satisfacer las necesidades del público en general o de confort y conveniencia de la comunidad como globalidad como por ejemplo son los servicios de ferrocarriles, de transporte, de gas, de electricidad, de agua. En consecuencia, no es correcto identificar “*servicio público*” con cualquier actividad de interés general, pues de lo contrario, la noción carecería de utilidad.

Sin embargo, la noción de servicio público, equivalente también a la expresión francesa de “*service public*”, en el derecho administrativo

²⁸ En el *Black’s Law Dictionary*, el término “public service” se aplica a las actividades o entidades “which specially serve the needs of the general public or conduce to the comfort and convenience of an entire community, such as railroads, gas, water and electric light companies; and companies furnishing public transportation”. Si el servicio público es prestado por una empresa privada debe tener “an appropriate franchise from the state to provide for the necessity or convenience of the general public, incapable of being furnished by private competitive business, and dependent for its exercise on eminent domain or government agency”, West Publishing, St. Paul, Minn., 1991, p. 858.

²⁹ Véase Peter L Strauss et al., *Administrative Law. Cases and Comments*, University Casebooks Series, New York, 1995, pp. 339 ss. Cf. José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 3, Caracas 2003, p. 381.

latino ha sido una de las nociones más trajinadas, usadas y distorsionadas, en fin, de uso más abusivo, al punto de que en ciertos casos ha servido para identificar cualquier actividad de las entidades públicas, lanzando la noción a una permanente crisis conceptual³⁰.

Resulta necesario, por tanto, tratar de identificar correctamente la noción y distinguirla de otras actividades de interés público, ya que su utilización ha sido extremadamente frecuente en la tarea de tratar de identificar a los “contratos administrativos” como una categoría dentro de los contratos estatales.

De acuerdo con el derecho venezolano, en efecto, en sentido equivalente a la noción de “public service or utility” antes indicada, un servicio público ante todo es siempre una actividad mediante la cual un ente público o una empresa mediante concesión, presta regularmente a un servicio al público en general o a la comunidad entera, como por ejemplo son los servicios de gas, teléfono, agua, electricidad, transporte. Se trata, siempre de una actividad de prestación³¹, mediante la cual la entidad pública directamente satisface necesidades públicas generales dando un servicio a la comunidad entera o al público general. En consecuencia, la característica esencial del servicio público es que siempre consiste en una actividad prestacional destinada al público en general, para satisfacer necesidades públicas de manera continua y regular, y que el ente público tiene que asumir en virtud de una obligación cons-

³⁰ Véase entre los más recientes ensayos en la materia: Jaime Orlando Santofimio, “Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso” en *El derecho Público a comienzos del Siglo XXI: Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 1882-1956; José Ignacio Hernández G., “Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el derecho venezolano” *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, EJV, Caracas, 2002, pp. 47-75.

³¹ Véase, por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias” en *Revista de Derecho Público*, N° 6, EJV, Caracas, 1981, pp. 65-71. Véase también el reciente trabajo de José Ramón Parada, “Los servicios públicos en España”, en *El derecho Público a comienzos del Siglo XXI: Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, pp. 1845-1869.

titucional o legalmente establecida. Por ello es que los particulares no son libres de asumir dichas actividades prestacionales y sólo pueden cumplirlas mediante un contrato de concesión otorgado por el ente público respectivo, o en su caso, un permiso, una autorización o un registro en oficina pública³².

En nuestro criterio, esta definición de servicio público implica lo siguiente ³³: Primero, que siempre se trata de una actividad prestacional que consiste en proveer o dar un servicio al público en general; por lo que el concepto se refiere precisamente a servicios tales como gas, electricidad, agua, transporte, teléfono, lo que implica que siempre están regulados mediante leyes.

Segundo, se trata de servicios que el ente público respectivo debe cumplir o prestar en ejecución de una obligación constitucional o legal, de lo que resulta la necesaria existencia de una ley formal que los regule. De ello deriva la doctrina de que para que un servicio público exista es necesaria su calificación como tal mediante ley expresa³⁴. En consecuencia, no todo tipo de servicios prestados por los entes públicos pueden considerarse como servicios públicos, sino sólo aquellos que se prestan en ejecución de una obligación establecida en la Constitución o en una ley. Por ello, precisamente es que los servicios públicos no pueden ser prestados libremente por los particulares, sino mediante concesión, licencia, permiso o autorización..

Tercero, en virtud de que se trata siempre de una actividad que consiste en prestar servicios al público en general como consecuencia la

³² Véase Allan R. Brewer-Carías", "El régimen constitucional de los servicios públicos", VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan R. Brewer-Carías", Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I, Caracas, March 5 - 8, 2002.

³³ *Idem*.

³⁴ Por ello, en relación con la noción de servicio público, algunos autores han concluido que solo las actividades expresamente calificadas como tales en las leyes pueden ser consideradas como servicios públicos. Véase José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 3, Caracas 2003, pp. 336 ss.

una obligación impuesta al Estado, de acuerdo con el principio de la *alteridad* que existe en toda relación derecho/obligación, el público en general y los usuarios en particular pueden alegar tener un derecho constitucional o legal de recibir los servicios, e incluso pueden reclamarlos judicialmente³⁵.

Cuarto, cuando una actividad se declara constitucional o legalmente como un *servicio público*, tal actividad no puede ser libremente cumplida por los particulares, pues está sujeta a alguna intervención o restricción estatal. En este caso, la libertad económica o libertad de empresa puede considerarse que está limitada, aún en grados diversos. En efecto, la declaración de una actividad como servicio público puede implicar la exclusión total de cualquier posibilidad de que los particulares puedan prestar el servicio, como sucedía en el pasado con el correo, que se reservaba al Estado, como lo establecía la vieja Ley de Correo; puede implicar que el servicio se pueda prestar por los particulares mediante concesión o permiso otorgado por el ente público, como sucede en general con los servicios públicos; o los servicios públicos pueden prestarse en forma concurrente entre el Estado y los particulares, sin mayores limitaciones, como sucede por ejemplo con los servicios de salud o de educación³⁶.

En Venezuela, el artículo 302 de la Constitución establece la posibilidad de que el Estado se reserve, mediante ley orgánica y con fundamento en razones de conveniencia nacional, determinadas industrias, explotaciones, bienes y “servicio” de interés público. En muchos casos, incluso, el monopolio estatal puede establecerse en relación no sólo ciertas actividades (industrias, explotaciones) sino en servicios en

³⁵ Por ello, el artículo 259 de la Constitución de 1999 le atribuye a la Jurisdicción contencioso-administrativa competencia para resolver los reclamos por la prestación de los servicios públicos.

³⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias” en *Revista de Derecho Público*, N° 6, EJV, Caracas, 1981, pp. 68 ss.

particular. Sin embargo, en relación con los servicios públicos, su declaración legal como tales “servicios públicos” no implica necesariamente una reserva automática de la actividad al Estado, por lo que más bien, dependiendo del grado intervención estatal, los mismos pueden ser prestados por particulares mediante concesiones conforme al artículo 113 de la Constitución; o pueden prestarse por los particulares en forma concurrente. Pero en todo caso, una ley que regule la actividad como servicio público es siempre necesaria para ser tenidos como tal.

En la última de las decisiones importantes del Tribunal Supremo de Justicia sobre la noción de servicio público, y para resolver un recurso de nulidad interpuesto contra una resolución del antiguo Ministerio de Transporte y Comunicaciones, la Sala Político Administrativa de dicho Tribunal consideró “necesario estudiar la actividad del correo a la luz de los conceptos emanados de la doctrina, normativa y jurisprudencia, bajo el marco conceptual del servicio público”, estableciendo el siguiente criterio, coincidente con el que hemos sostenido:

El servicio público puede ser definido como la actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública y por tanto, sometido a un régimen de Derecho público. (José PEÑA SOLÍS. “La Actividad Administrativa de Servicio Público: Aproximación a sus Lineamientos Generales”, en “Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani”. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje nº 7. Caracas, 2002. Pág. 433).

Los servicios públicos contienen una serie de elementos que los caracterizan, entre los que están la actividad prestacional, la satisfacción de necesidades colectivas (o la vinculación al principio de la universalidad del servicio), la regularidad y continuidad del servicio, la calificación por ley de la actividad como

servicio público (*publicatio*), la gestión directa o indirecta de la Administración Pública, y su consecuencial régimen de Derecho público³⁷.

4. *Los contratos del Estado y los contratos administrativos*

Conforme a la doctrina tradicional, no todos los contratos del Estado pueden considerarse como “contratos administrativos”, pero sin duda, en presencia de cualquier contrato del Estado o contrato público, siempre surgirá la discusión sobre si debe o no considerarse como un contrato administrativo, en particular cuando de cuestiones de competencia judicial se trata.

Por otra parte, con frecuencia es la propia Administración contratante la que califica a cualquier contrato como contrato administrativo a los efectos de alegar la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común. Sin embargo, de hecho, si bien es cierto que en su origen en el siglo pasado, la distinción entre “contratos administrativos” y “contratos de derecho privado de la Administración” podía tener alguna importancia en relación con los poderes extraordinarios que podían ejercerse por la Administración contratante en relación con la ejecución de los “contratos administrativos” y que supuestamente no existían en los “contratos de derecho privado”; en la actualidad la distinción es inútil, ya que los poderes extraordinarios (*cláusulas exorbitantes*) establecidos en las leyes, pueden siempre ejercerse por la Administración contratante, independientemente del objeto del contrato público y del contenido de sus cláusulas, cuando el interés público lo requiera.

Por ello es que siempre se ha considerado a dichas prerrogativas estatales como inherentes a la Administración, es decir, que son de carácter implícito a pesar de que no estén establecidas en los contratos públicos. Es por ello que la antigua Corte Suprema de Justicia en su

³⁷ Sentencia No. 1002 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (Caso: *DHL Fletes Aéreos C.A. y otros*) de 5 de agosto de 2004

sentencia del 17 de agosto de 1999 (Caso *Apertura Petrolera*) decidió que los poderes extraordinarios que no se encuentran en los contratos privados no define el contrato administrativo como tal, ya que las mismas son consecuencia y no la condición para su determinación; agregando que el hecho de que un contrato tenga o no esas cláusulas no es sino la consecuencia de la necesaria y obligatoria protección del interés general.

La noción de “contrato administrativo”, en ausencia de una ley general que los regule en Venezuela, sin duda, es una construcción doctrinal en cuya elaboración hemos contribuido en una forma u otra todos los que nos hemos ocupado de esta disciplina, al comentar la rica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, basada fundamentalmente en razones prácticas de orden adjetivo.

En todo caso, como antes se ha dicho, los únicos contratos del Estado regulados en la Constitución son los contratos de interés público que se caracterizan por el sólo hecho de que una de las partes contratantes debe ser una entidad pública (la República, los Estados y los Municipios, de acuerdo con la interpretación de la Corte Suprema de Justicia). Ninguna otra consideración se hace en la Constitución en relación con otros aspectos de los contratos o en relación con su objeto a los efectos de considerarlos como contratos de interés público. En consecuencia, en relación con los contratos, la única distinción establecida en la Constitución se refiere al nivel territorial de gobierno en el cual se ubica la entidad pública contratante: en el nivel nacional, estatal o municipal, circunstancia que da origen a la distinción entre contratos de interés público nacional, contratos de interés público estatal y contratos de interés público municipal. En la Constitución no se hace referencia alguna a los llamados “contratos administrativos”; noción que es utilizada sólo en pocas normas legales y desarrollada por la doctrina jurisprudencial de la antigua Corte Suprema de Justicia y por la doctrina legal.

En Venezuela, como se indicó, los contratos administrativos solo se regulan en dos leyes específicas: la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³⁸, en la cual, conforme a la orientación de la Ley Orgánica precedente relativa a la antigua Corte Suprema de Justicia, establece una norma adjetiva de atribución de competencia judicial en materia contencioso administrativa (art. 259 C.), a la Sala Político Administrativa del tribunal Supremo, a los efectos de la resolución de las controversias relacionadas con los contratos administrativos suscritos por la República, los Estados y los Municipios (art. 5, 25). Ha sido con base en esta previsión legal, es que se ha elaborado una amplia y confusa doctrina jurisprudencial que ha tratado de identificar, entre los contratos públicos o contratos de interés público, algunos que se consideran contratos administrativos a los efectos de atraer la competencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo³⁹.

La otra ley que se refiere a contratos administrativos, como se dijo, es la Ley forestal, de suelos y aguas de 1966⁴⁰ en la cual se establece que la explotación de productos forestales en tierras baldías o del Estado, que no se haga directamente por el Ministerio competente en la materia de tierras y agricultura, puede realizarse por particulares mediante "contratos administrativos" celebrados de acuerdo con la ley.

Ahora bien, todos los que nos hemos ocupado del estudio del derecho administrativo, hemos escrito extensivamente sobre el tema de los contratos administrativos⁴¹. Incluso, en uno de los primeros estu-

³⁸ *Gaceta Oficial*, N° 37.942 de 02-05-2004.

³⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz Alvarez, *Las grandes decisiones de la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa 1961-1996*, Caracas, 1999, pp. 174 y ss.

⁴⁰ *Gaceta Oficial*, N° 1004 Extr. De 26-01-1966.

⁴¹ Véase: Allan R. Brewer-Carías, «Los contratos de la administración en la jurisprudencia venezolana» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 26, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963, pp. 127-154; «La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 61-112; «La forma-

ción de la voluntad de la Administración Pública Nacional en la contratación administrativa», (con referencias al derecho uruguayo por Horacio Casinelli Muñoz) en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Tomo 62, N° 2-3, Montevideo 1965, pp. 25-56; «Los contratos de la Administración en la doctrina de la Consultoría Jurídica» en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 48, Año XIII, Caracas, enero-marzo 1964, pp. 27-75; «Los contratos de la Administración en la doctrina de la Procuraduría General de la República» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 30, Universidad Central de Venezuela, Caracas, December 1964, pp. 173-232; «Los contratos de la administración en la doctrina de la Procuraduría General de la República II» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 31, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Junio 1965, pp. 269-299; «La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos» en *Libro-Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, pp. 755-778; «La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos (con especial referencia a los contratos de obra pública en el derecho venezolano)» en *Revista de Derecho Español y Americano*, Instituto de Cultura Hispánica, N° 19, Año XIII, Madrid, Enero-marzo 1968, pp. 101-117; «Algunas reflexiones sobre el equilibrio financiero en los contratos administrativos y la aplicabilidad en Venezuela de la concepción amplia de la Teoría del Hecho del Príncipe», en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, Año XIII, N° 65, Contraloría General de la República, Caracas, 1972, pp. 86-93; «La autorización legislativa» en *Procedimientos Parlamentarios para la aprobación de Contratos de interés nacional*, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, 1973, pp. 77-92; «Consideraciones sobre los efectos de la ruptura de la ecuación económica de un contrato administrativo por una ley declarada nula por inconstitucional» en *Cuadernos de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, N° 2, Mérida 1976, pp. 5-26; Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III: *La Actividad Administrativa*. Vol. 2. *Recursos y Contratos Administrativos*, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1977, 587 pp.; «La evolución del concepto de contrato administrativo» en *El Derecho Administrativo en América Latina, Curso Internacional*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1978, pp. 143-167; en *Jurisprudencia Argentina*, N° 5.076, Buenos Aires, 13-12-1978, pp. 1-12; en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 41-69; y en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 61-90; «Evolução do conceito do contrato administrativo» en *Revista de Direito Publico* Nos. 51-52, Sao Paulo, July-December 1979, pp. 5-19; «Algunas consideraciones sobre las cláusulas de variación de precios en los contratos administrativos» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 81, Caracas, julio-septiembre 1980, pp. 251-262; «Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa» en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1982, pp. 40-54; «Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa», Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Público*, Tomo I, (*Labor en el Senado* 1982), Ediciones del Congreso de la República,

dios contemporáneos de derecho administrativo venezolano, que fue nuestra tesis de grado *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, pp. 155-223, escribimos un Capítulo destinado a analizar “la teoría del contrato administrativo”. Dicha tesis, escrita en Francia entre 1962 y 1963 mientras seguíamos los cursos de postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Paris, sin duda, estuvo influenciada por la doctrina francesa de derecho administrativo de la época, de manera que la defi-

Caracas, 1983, pp. 183-193; «La aprobación legislativa de los contratos de interés nacional y el contrato Pdvs-a-Veba Oil», en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Público*, Tomo II, (*Labor en el Senado*), Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1985 pp. 65-82; «La evolución del concepto de contrato administrativo», Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986 pp. 61-90; «Las cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa», Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986 pp. 91-124; «Principios especiales y estipulaciones obligatorias en la contratación administrativa» en *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Vol. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, pp. 345-378; «Las cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa» en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 91-124; «Consideraciones sobre los derechos del contratista en los contratos de obra pública: el derecho al precio y a su pago en la forma convenida» en *Revista de Derecho Público*, N° 28, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Octubre-diciembre 1986, pp. 35-46; «El régimen de selección de contratistas en la Administración Pública y la Ley de Licitaciones» en *Revista de Derecho Público*, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Abril-junio 1990, pp. 5-25; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, 302 pp; «Algunos comentarios al régimen de la contratación estatal en Colombia» en *Revista de Derecho Público*, N° 59-60, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Julio-diciembre 1994, pp. 75-80; y en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Instituto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, 1996, pp. 455-461; «El Derecho Administrativo y el derecho de la contratación estatal en Colombia y en el panorama jurídico contemporáneo», en Allan R. Brewer-Carías y Jorge Vélez García, *Contratación Estatal, Derecho Administrativo y Constitución*, Pontificia Universidad Javeriana, Quaestiones Juridicae N° 6, Bogotá, 1995, pp. 7-37; «El arbitraje y los contratos de interés nacional» en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, N° 13, Caracas, 1999, pp. 169-204.

nición que entonces adoptada para identificar los contratos administrativos fue “la finalidad de servicio público” perseguida con el contrato⁴².

Fue esta “finalidad de servicio público” en el sentido de gestión de los intereses públicos por la Administración Pública,⁴³ la que justificaba la aplicación de un régimen de derecho administrativo a dichos contratos y la competencia de la sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en relación con las controversias que pudieran surgir de su ejecución⁴⁴; que no se aplicaban a los contratos de derecho privado que pudiera suscribir la Administración Pública. La definición se basó en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia conforme a decisiones adoptadas en los cuarenta y cincuenta, en particular respecto de contratos administrativos en los cuales la Administración hizo uso de sus poderes o prerrogativas públicas dado el interés público envuelto en el objeto del contrato o porque había sido suscrito con criterio de *servicio público*⁴⁵. La definición de “*servicio público*”, para ese entonces, era una definición amplia no relacionada particularmente con la prestación de servicios al público en general⁴⁶. Pero aún cuando la definición del contrato administrativo era entonces extremadamente amplia en el sentido de que cualquier contrato público podía considerarse contrato administrativo, los ejemplos que se daban para identificarlos, sin embargo, permitían tener una visión más precisa sobre ellos: contratos de obra pública, contratos de empréstito públi-

⁴² Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 162.

⁴³ *Idem*, p. 114.

⁴⁴ *Idem*, p. 158.

⁴⁵ Véase por ejemplo, las sentencias de la Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944, de la Corte Federal de 3 de diciembre de 1959 y de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 12 de diciembre de 1961 y de 13 de agosto de 1964, en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, vol. 2, Caracas, 1977, pp. 727-733.

⁴⁶ Véase Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas 2001, pp. 37-47.

co, contratos de suministro a la Administración Pública, contratos de transporte público y concesiones de servicios públicos⁴⁷.

Una de las características fundamentales del derecho administrativo es su mutabilidad y adaptabilidad respecto de la transformación del Estado y de la actividad de su Administración Pública, por lo que el concepto de contrato administrativo basado en la ecuación cerrada: “interés público o finalidad de servicio público/régimen de derecho administrativo/control por la jurisdicción contencioso administrativa”, ha sido cuestionado por la doctrina. Por eso se ha escrito sobre el “contradictorio y confuso criterio” utilizado en relación con los contratos administrativos⁴⁸, y en un estudio reciente de 2003, el profesor Rafael Gómez Ferrer Morant, sobre “*La mutabilidad de la figura de los contratos administrativos*”, se refirió a “la dificultad de construir de una vez por todas la institución del contrato administrativo” considerando que su “evolución aún no ha terminado”⁴⁹.

Dos décadas después de publicada nuestra tesis de grado, en un trabajo publicado en 1981 denominado “*La evolución del concepto de contrato administrativo*”⁵⁰, que desarrollamos posteriormente en nuestro libro *Contratos Administrativos*, Caracas 1992, cuestionamos el concepto mismo de derecho administrativo basado en la sola relación “contratos administrativos/régimen de derecho administrativo”, la cual hemos calificado de absolutamente inadmisibles⁵¹. En realidad, aparte de las cláusulas mismas del contrato (que tienen fuerza de ley entre las partes), y el carácter supletorio de las disposiciones del Código Civil, to-

⁴⁷ Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 162.

⁴⁸ Véase Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, p. 32,

⁴⁹ Véase en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, p. 1749-1764.

⁵⁰ Véase en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas, 1982, pp. 41-69.

dos los contratos públicos están sujetos en una forma u otra al derecho público (administrativo), al menos en relación con las regulaciones relativas a las competencias de los entes y órganos públicos para suscribirlos, o a la selección de los contratistas (licitación), o en relación con su ejecución, de manera que no hay contratos públicos que estén sólo sujetos al derecho privado supuestamente opuestos a los contratos administrativos sujetos al derecho administrativo⁵². En cambio, hemos sostenido que “la noción de contrato administrativo solo puede ser aceptada para identificar un tipo de contrato público (contratos de Administración Pública) que en virtud de la finalidad de interés público perseguido con el mismo, está sujeto preponderantemente a un régimen de derecho público, pero no con el objeto de distinguir entre contratos públicos sometidos al derecho público y otros supuestamente sujetos a un régimen de derecho privado. La preponderancia de uno u otro régimen es ahora lo importante”⁵³.

Posteriormente hemos insistido en el tema en el trabajo presentado en una de estas Jornadas Internacionales sobre “La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huída y recuperación del derecho administrativo”, en el cual expresamos que “las actividades de la Administración Pública están sujetas tanto al derecho público como al derecho privado, en un grado de preponderancia que varía de acuerdo con sus finalidades y naturaleza”; y que “todos los contratos públicos están siempre sometidos tanto al derecho público como al derecho privado”⁵⁴.

Una de las más recientes críticas respecto de la noción de contratos administrativos es el trabajo de Jesús Caballero Ortíz, “Deben subsistir

⁵¹ Allan R. Brewer-Carías, *Contratos administrativos*, Caracas, 1992, p. 13.

⁵² Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos, cit.*, pp. 14, 42, 43, 52, 53, 55, 71, 72.

⁵³ *Idem*, p. 14.

⁵⁴ Véase en *Las Formas de la Actividad Administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 58-60.

los contratos administrativos en una futura legislación?”⁵⁵, en el cual se ha referido, en términos similares a los usados por Rafael Badell Madrid (“criterio confuso y contradictorio”)⁵⁶, al vago e impreciso criterio utilizado para su identificación. Ello ha llevado a algunos distinguidos administrativistas a considerar que la noción de contrato administrativo es inútil y sin efecto⁵⁷.

Por supuesto, a pesar de la imprecisión de algunas decisiones de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, algunos contratos públicos pueden considerarse y siempre se han considerado como “contratos administrativos”. Es el caso de las concesiones de servicios públicos como las de transporte público, gas, electricidad, agua, recolección de desechos sólidos, teléfonos y de los contratos de obra pública⁵⁸. En esos contratos, dado el interés público envuelto, el ente público contratante se considera que posee los antes mencionados poderes públicos extraordinarios en relación con su ejecución. Pero en relación con otros contratos públicos, donde el interés público no es tan obvio, la noción de contrato administrativo, en definitiva, puede considerarse como una noción *ex post facto*⁵⁹, en el sentido de que cualquier contrato público suscrito por la República, los Estados y los Municipios puede convertirse en contrato administrativo, si el ente público contra-

⁵⁵ Publicado en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI: Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, p. 1765-1778.

⁵⁶ Véase Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, p. 32.

⁵⁷ Véase Gonzalo Pérez Luciani, “Los contratos administrativos en Venezuela”, en Allan R. Brewer-Carías (Director), *Derecho Público en Venezuela y Colombia: Archivo de derecho Público y Ciencias de la Administración*, Caracas, 1986, p. 253.

⁵⁸ Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 46; Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, pp. 50-51.

⁵⁹ Véase “La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huída y recuperación del derecho administrativo” en *Las Formas de la Actividad Administrativa: II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* Allan Randolph Brewer-Carías, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 59.

tante utiliza sus poderes públicos extraordinarios en relación con su cumplimiento y ejecución, y siempre que la Sala Político Administrativa decidiera considerar el contrato público como un contrato administrativo, solo para confirmar su competencia para resolver las controversias que deriven de su ejecución.

Como indicamos, el origen francés de la distinción entre contrato administrativo y contrato de derecho privado suscrito por la Administración Pública, dio origen a la distribución de competencias judiciales entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción judicial ordinaria⁶⁰; la cual fue seguida en muchos países de régimen de derecho escrito. La noción francesa de “*service public*” fue también utilizada y por ello la seguimos hace cuatro décadas⁶¹. La muy conocida crisis de la noción de “*servicio publico*” también originó la mencionada crisis de la noción de contrato administrativo, los cuales no pueden ahora ser definidos por la sola finalidad de servicio publico, dado el riesgo de que no exista criterio sustantivo alguno para identificar dicha finalidad, o simplemente porque se identifiquen con todos los contratos públicos o de interés público. Si tal es el caso, entonces la noción de contrato administrativo es inútil, excepto para la competencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia al decidir sobre su propia competencia en relación con ciertos contratos suscritos por la República, los Estados o los Municipios⁶².

Sin embargo, este interés adjetivo que originó la misma noción de contrato administrativo, puede decirse que también ha desaparecido con la aplicación de la reciente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de mayo de 2004, la cual al distribuir las competencias entre los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, puede decirse que eliminó el monopolio que tenía la Sala Político Administrativa

⁶⁰ Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, *op. cit.*, p. 39.

⁶¹ *Idem*, p. 40, 51.

⁶² *Idem*, p. 55.

va del Tribunal Supremo para conocer controversias en materia de “contratos administrativos”, con lo cual la noción perdió utilidad e interés procesal, que materialmente era el único que la sustentaba. Por tanto, ninguna importancia tiene que se califique o no a cualquier contrato público como contrato administrativo, el cual como contrato público, está sometido, como todos los contratos del Estado a un régimen mixto de derecho público y de derecho privado, siendo el Código Civil de aplicación supletoria respecto de lo establecido en las cláusulas contractuales y en las leyes especiales.

Por otra parte, es de recordar que incluso, en la asunción del monopolio jurisdiccional ahora eliminado, la antigua Corte Suprema también usó el criterio de “servicio público” en sentido estricto, para justificar la existencia de ciertas cláusulas extraordinarias en un contrato administrativo⁶³. Así, Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencias recientes incluso ha progresivamente adoptado una definición amplia de “contratos administrativos”, como equivalente a “contratos públicos”. En tal sentido en la sentencia No. 357 del 14 de abril de 2004, se resolvió:

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han señalado como características esenciales de los contratos administrativos, las siguientes: a) que una de las partes contratantes sea un ente público; b) que la finalidad del contrato se encuentre vinculada a una utilidad pública o servicio público; c) y como consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la administración en dichos contratos consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto de los mismos⁶⁴.

⁶³ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 111 de abril de 1983, en *Revista de Derecho Público*, EJV, N° 20, Caracas, 1984, pp. 163-164; y en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., pp. 161-163.

⁶⁴ *Caso*: Empresa Constructora Irpresent vs. Alcaldía San Carlos de Austria del Estado Cojedes.

En otra decisión, la No. 654 de 21 de abril de 2004, la misma sala decidió:

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han señalado como características esenciales de los contratos administrativos, las siguientes: (a) que una de las partes contratantes sea un ente público; (b) que la finalidad del contrato se encuentre vinculada a una utilidad o servicio público (aspecto éste que puede evidenciarse cuando la actividad contratada resulte importante para la prestación de un servicio público, cuando sea de tal forma inherente o conexas con la actividad pública o de servicio público que sin aquélla no se podría llevar a cabo esta última, o cuando el contrato en cuestión suponga un subsidio evidente a favor del beneficiario del servicio y a cargo de una de las partes contratantes). Como consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la administración en dichos contratos, consideradas como exorbitantes, aún cuando no se encuentren expresamente plasmadas en el texto del mismo⁶⁵.

5. *Las cláusulas exorbitantes o los poderes extraordinarios en los contratos públicos*

Ahora bien, dejando aparte el tema de la vaga noción de contrato administrativo, lo cierto es que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, la consecuencia fundamental de que un contrato público se considere como un contrato administrativo, aparte de la de orden procesal antes mencionada y ahora superada, es la posibilidad de que el ente público contratante pueda hacer uso de ciertas prerrogativas públicas, llamadas en la doctrina como *cláusulas exorbitantes de derecho común*, es decir, poderes extraordinarios que corresponden a las entidades públicas con el objeto de preservar el interés público. Y que no se encuentran en los contratos de derecho privado. Como se ha dicho, estos poderes o prerrogativas públicas se han considerado como inherentes a la Administración Pública, no siendo necesario que estén incorporados en las cláusulas contractuales, ya que son cláusulas implícitas⁶⁶. Estas cláusulas son los poderes que tiene la Administración contratante para

⁶⁵ Caso: *David Goncalves Carrasqueño vs. Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia*

⁶⁶ Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., pp. 43,47, 164.

dirigir y controlar la ejecución del contrato; para sancionar los incumplimientos de la contraparte en el contrato; para modificar unilateralmente las cláusulas del contrato, o para resolver unilateralmente la rescisión del contrato⁶⁷.

Lo importante a destacar en relación con estos poderes extraordinarios es que en realidad los mismos no resultan de los contratos Públicos en sí mismos, sino de la posición de superioridad jurídica en la cual se encuentra la Administración contratante como garante del interés público. Por ello, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia admitió consistentemente que las llamadas cláusulas exorbitantes relativas a dichos poderes no tenían que estar incorporadas en el texto de los contratos, considerando que se encontraban tácitamente incorporadas en el texto de todos los contratos públicos, independiente de su naturaleza o finalidad. Así se admitió, por ejemplo, por la actual Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 654 de 21 de abril de 2004, al señalar que “los poderes atribuidos por ley a la Administración Pública, incluso cuando no estén expresamente incorporados en el texto del contrato, deben considerarse insertos en el mismo”⁶⁸, lo que se aplica a los llamados “contratos administrativos” y a cualquier tipo de contrato del Estado.

Dichos poderes, por otra parte, por el principio de la competencia, siempre están regulados en alguna ley, como por ejemplo la Ley de promoción a la inversión privada mediante concesiones⁶⁹. Dichas prerrogativas o poderes extraordinarios de la Administración contratante, por supuesto, también podrían estar expresamente regulados y establecidos en el texto de los contratos, particularmente de los que tradicionalmente se han calificado como “contratos administrativos”, por ejemplo, en los contratos de obra pública o de concesión de serviditos

⁶⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos administrativos*, Caracas, 1992, pp. 164-185.

⁶⁸ Caso: *David Goncalves Carrasqueño vs. Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia*

⁶⁹ *Gaceta Oficial*, N° 5.394 Extr. de 21-10-1999.

públicos. Por ello, por ejemplo, en relación con los contratos de obra pública, el reglamento que establece las Condiciones Generales de Contratación, con el carácter de cláusulas obligatorias⁷⁰, establece expresamente los poderes que el ente público contratante puede ejercer para supervisar y controlar la ejecución de los trabajos⁷¹.

En consecuencia, el uso de los referidos poderes extraordinarios por el ente público contratante, ante todo, debe adecuarse a lo que se establece en el contrato mismo, cuyas cláusulas tiene fuerza de ley entre las partes; y si dichas prerrogativas o poderes extraordinarios no están previstas en las cláusulas contractuales, pero se consideran implícitas en ellas, entonces el ente público contratante siempre debe ejercerlos mediante su actividad formal, es decir, mediante la emisión de actos administrativos⁷², dictados como resultado de un procedimiento administrativo, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁷³. Esta Ley Orgánica, en efecto, es aplicable incluso a las empresas del Estado, cuando dicten actos administrativos (art. 1), de acuerdo con lo previsto en el artículo 1º de la ley Orgánica de la Administración Pública ⁷⁴.

En consecuencia, los poderes extraordinarios que pueden ejercerse por el ente público contratante, deben expresarse formalmente a través de actos administrativos que deben revestir todas las formalidades de ley, siguiendo un procedimiento administrativo en el cual se le debe

⁷⁰ Decreto N° 1821, de 30-08-1991, *Gaceta Oficial* N° 34.797 de 09-09-1991.

⁷¹ Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 165.

⁷² Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p.47.

⁷³ *Gaceta Oficial*, N° 2.818 Extra. de 01-07-1981. Véase Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas 1987, pp. 19 ss.

⁷⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Administración Pública*, Caracas 1982, pp. 27 ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá 2003, p. 11.

garantizar al co-contratante de la Administración el debido proceso administrativo y en particular, su derecho a la defensa⁷⁵.

En efecto, en los contratos del Estado, y en particular, en los denominados contratos administrativos, conforme se regula en las leyes o en el texto de los contratos, se admite la posibilidad, por ejemplo, de que la Administración contratante, al hacer uso de sus poderes extraordinarios, intervenga el servicio o la obra, sustituya al contratista en la prestación o ejecución del mismo o ponga término al contrato, sea como sanción por incumplimiento de sus obligaciones por el contratante; sea por razones de interés general, en cuyo caso debe mediar indemnización.

En todos los casos en los cuales, por ejemplo, se produzca la primera forma de terminación anticipada del contrato por incumplimiento de las obligaciones del contratante, la Administración está obligada a abrir un procedimiento administrativo, en el cual se garantice el debido proceso, y a emitir un acto administrativo debidamente motivado.

Esto lo ha reiterado el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, y particularmente lo ha explicado en la sentencia No 1836 de 8 de agosto de 2001, dictada con motivo de la impugnación de un acto administrativo municipal que puso fin a un contrato de concesión de explotación de canteras, en la cual la Sala se pronunció “sobre la jurisprudencia que viene esgrimiendo en relación a estas causales de extinción de las concesiones”, indicando lo siguiente:

La jurisprudencia de esta Sala Político Administrativa ha venido reiterando la potestad que tiene la Administración de rescindir unilateralmente un contrato (concesión) en aquellos casos de incumplimiento del co-contratante (concesionario), conforme lo establece, actualmente, el ordinal c) artículo 46 de del

⁷⁵ Allan R. Brewer-Carías, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse Étude de droit comparé: France, Espagne, Amérique Latine, Economica*, Paris 1992, pp. 139 ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá 2003, p. 261 ss.

Decreto con fuerza y rango de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.394 Extraordinario de fecha 25 de octubre de 1999, caso en el cual, según afirma la jurisprudencia de esta Sala, existe la necesidad de seguir un procedimiento previo que garantice el derecho a la defensa y debido proceso.

Es así, que en muchos de estos casos este Máximo Tribunal ha dispuesto lo siguiente:

“...Manifiesta el actor que, sin embargo, de haber la administración comprobado los hechos que acarrearón el incumplimiento de las referidas cláusulas, debió darle la posibilidad a ésta de exponer o alegar sus razones jurídicas y las pruebas pertinentes para demostrar que no hubo tal incumplimiento, es decir, debió iniciarse el procedimiento administrativo que le garantizara el ejercicio de su derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 y 69 de la Carta Magna...”.

“...Al respecto observa la Sala que, de ser cierta la denuncia realizada por el abogado asistente de la accionante -acerca de la ausencia de procedimiento previo al acto unilateral por el cual el Ministro del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables acordó la resolución del contrato administrativo celebrado con la accionante el 25 de enero de 1984- el derecho a la defensa de ésta le había sido menoscabado...”. (Sent. de la SPA-CSJ de fecha 10 de febrero de 1994, Caso: *Industria Maderera del Caparo, C.A*)⁷⁶

En consecuencia, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, en todo caso de rescisión unilateral de contratos administrativos por incumplimiento de sus obligaciones por el contratante, la Administración debe abrir un procedimiento administrativo y garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa del contratante, y, en definitiva, dictar un acto administrativo formalmente motivado que pueda ser objeto

⁷⁶ Caso: *David Montiel y otro vs. Cámara Municipal del Municipio Almirante Padilla del Estado Zulia*, en *Revista de Derecho Público*, No. 85-88, Caracas 2001, pp. 249 y ss.

de control judicial. Ello nunca puede considerarse incompatible con el interés público cuya tutela está en manos de la Administración, ya que conforme al artículo 49 de la Constitución, la garantía del debido proceso es inviolable en todo procedimiento administrativo y ni siquiera puede ser ignorada por el propio Legislador⁷⁷.

Esto lo ha precisado con claridad, la Sala Constitucional en sentencia No 321 de 22 de febrero de 2002, en la cual ha indicado que las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental, derivan por sí mismas del texto constitucional y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas⁷⁸. El derecho a la defensa, por tanto, es un derecho constitucional absoluto, “inviolable” en todo estado y grado de la causa dice la Constitución, tanto en procedimientos judiciales como administrativos, el cual corresponde a toda persona sin distingo alguno si se trata de una persona

⁷⁷ Por ello, ha sido por la prevalencia del derecho a la defensa que la Sala Constitucional, siguiendo la doctrina constitucional establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia, ha desaplicado por ejemplo normas que consagran el principio *solve et repete* como condición para acceder a la justicia contencioso-administrativa, por considerarlas inconstitucionales. Véase Sentencia N° 321 de 22 de febrero de 2002 (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo* Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

⁷⁸ La Sala estableció lo siguiente: [D]ebe observarse que tanto el artículo 68 de la abrogada Constitución, como el 49.1 de la vigente, facultan a la ley para que regule el derecho a la defensa, regulación que se ve atendida por el ordenamiento adjetivo. Ello en modo alguno quiere significar que sea disponible para el legislador el contenido del mencionado derecho, pues éste se halla claramente delimitado en las mencionadas disposiciones; si no que por el contrario, implica un mandato al órgano legislativo de asegurar la consagración de mecanismos que aseguren el ejercicio del derecho de defensa de los justiciables, no sólo en sede jurisdiccional, incluso en la gubernativa, en los términos previstos por la Carta Magna. De esta forma, las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas; esto es, la sola previsión legal de restricciones al ejercicio del derecho de defensa no justifica las mismas, sino en la medida que obedezcan al aludido mandato constitucional. Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*.

natural o jurídica, por lo que no admite excepciones ni limitaciones⁷⁹. Dicho derecho “es un derecho, fundamental que nuestra Constitución protege y que es de tal naturaleza, que no puede ser suspendido en el ámbito de un estado de derecho, por cuanto configura una de las bases sobre las cuales tal concepto se erige”⁸⁰.

Ahora bien, de la existencia de un proceso debido se desprende la posibilidad de que las partes puedan hacer uso de los medios o recursos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, siempre que de la inobservancia de las reglas procesales surja la imposibilidad para las partes de hacer uso de los mecanismos que garantizan el derecho a ser oído en el juicio, se producirá indefensión y la violación de la garantía de un debido proceso y el derecho de de

⁷⁹ Por ello, por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 15-8-97 (Caso: *Telecomunicaciones Movilnet, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)*) señaló que. “resulta inconcebible en un Estado de Derecho, la imposición de sanciones, medidas prohibitivas o en el general, cualquier tipo de limitación o restricción a la esfera subjetiva de los administrados, sin que se de oportunidad alguna de ejercicio de la debida defensa”. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 71-72, Caracas 1997, pp. 154-163.

⁸⁰ Así lo estableció la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 572 de 18 de agosto de 1997, Caso: *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones)*. Además, con ocasión de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha insistido en el carácter absoluto e inviolable del derecho a la defensa. Así, por ejemplo, en sentencia No. 97 de 15 de marzo de, la Sala señaló: “Se denomina *debido proceso* a aquél proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas. Pero la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva” Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes, C.A. vs. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Agrario, Penal, de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, 2000*

Por otra parte, y volviendo al tema del uso de poderes extraordinarios por la Administración Pública contratante en relación con los contratos del Estado, sólo pueden ser ejercidas, como se dijo, si dichos poderes están regulados en las cláusulas contractuales o en una ley. Si no están regulados en las cláusulas contractuales, el principio general en relación con los órganos de la Administración Pública es que la competencia tiene que estar establecida en texto legal expreso⁸¹, principio que por supuesto también es aplicable en el ejercicio de potestades o poderes extraordinarios por la Administración contratante en la ejecución de contratos públicos.

Particularmente, en los casos de imposición de sanciones por la Administración contratante a los co-contratantes en contratos del Estado, debe recordarse que dado el principio de la reserva legal, las sanciones y la potestad sancionadora deben estar establecidas en texto legal expreso. En consecuencia el ente público contratante no puede imponer sanciones que no estén previstas en las cláusulas contractuales como “cláusula penal”⁸² o en la ley⁸³, dada la garantía constitucional del debido proceso (art. 49,6 C.)

Pero en todo caso, en relación con el posible uso de poderes extraordinarios en los contratos del Estado, cuando los mismos están establecidos y regulados en las cláusulas contractuales, la Administración contratante no puede ejercerlos contrariando su contenido. Como se ha dicho, el artículo 1159 del Código Civil, que es aplicable a todo tipo de contrato (contratos privados y contratos del Estado), las cláusulas del contrato tienen fuerza de ley entre las partes, por lo que incluso tratándose de contratos administrativos, sus cláusulas son obligatorias para las partes. Pero incluso, si los poderes extraordinarios no están estable-

⁸¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Caracas 1991, 47 ss.

⁸² Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 241.

⁸³ Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., pp. 165-166.

cidos en el contrato, sino en normas legales, su ejercicio por la Administración contratante tampoco puede ignorar las cláusulas contractuales.

Por ello, si el ente público contratante en un contrato administrativo afecta derechos del co-contratante previstos en las cláusulas contractuales mediante el ejercicio de poderes extraordinarios, particularmente si se trata de las cláusulas económicas o de protección del co-contratante, entonces la Administración estaría obligada a indemnizar al co-contratante por los daños y perjuicio que le cause. Por ello es que el ejercicio de poderes extraordinarios cuando no se regulan en las cláusulas contractuales, nunca pueden afectar las cláusulas económicas o de protección del co-contratante, y si los derechos contractuales resultasen afectados o disminuidos ello siempre implica la obligación por parte de la Administración contratante de indemnizar al co-contratante⁸⁴. Igualmente, todo daño causado al co-contratante por una decisión administrativa que por ejemplo, tienda a dar por terminado unilateralmente un contrato sin ajustarse a las previsiones contractuales, también origina derecho del co-contratante a ser indemnizado⁸⁵.

En todos estos casos, incluso puede decirse que el derecho a una justa compensación resulta de la expropiación de los derechos contractuales, para lo cual incluso debería seguirse el procedimiento previsto en la Ley de expropiación por causa de utilidad pública⁸⁶ o conforme al artículo 115 de la Constitución.

Octubre 2005

⁸⁴ Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 160.

⁸⁵ *Idem*, p. 160, 161, 184, 218.

⁸⁶ *Gaceta Oficial* N° 37.475 de 01-07-2002. Véase Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley de Expropiación por causa de utilidad pública y social*, Caracas 2002, pp. 25 ss.