

ALLAN R. BREWER-CARIAS

**CONTRATOS**  
**ADMINISTRATIVOS**

---

## **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**



ALLAN R. BREWER-CARIAS

Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela  
Profesor Simón Bolívar en la Universidad de Cambridge, Inglaterra,  
1985-1986

Profesor Asociado en la Universidad de París II, 1989-1990

# CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

COLECCION ESTUDIOS JURIDICOS

Nº 44

EDITORIAL JURIDICA VENEZOLANA

Caracas, 1997

© by Allan R. Brewer-Carías  
ISBN 980-6070-34-8  
Editorial Jurídica Venezolana  
Avda. Francisco de Miranda, Edif. Galipán, entrada A, piso 5º, letra "C"  
Apartado 17.598 - Caracas 1015-A, Venezuela  
Teléfonos: 951.14.45 - Fax: 951.45.58

*Al Instituto de Derecho Público  
y a la memoria de su Director de siempre,  
Antonio Moles Caubet.*



## PREFACIO

Después de regresar de Inglaterra, en 1986, luego de haber enseñado durante un año en el Master en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge un Curso sobre el *Control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado*\*, al reincorporarme a mis labores en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, comencé a trabajar en la preparación de este libro.

Este dato no tendría mayor interés, si no es porque este trabajo constituye el último de los estudios que elaboré en el marco de la programación del Instituto, cuya dirección dejé en 1987, después de haber trabajado como investigador en el mismo durante 27 años, y haberlo dirigido durante 10 años.

En 1960, cuando aún era un estudiante de los últimos años de la Carrera de Derecho, ingresé al Instituto como Auxiliar de Investigación, alentado por el entonces Director, nuestro querido profesor Antonio Moles Caubet, y siempre conforme al espíritu de libertad de investigación que propugnó, redacté mi primer trabajo de investigación en el Instituto, precisamene sobre el tema de los contratos administrativos; tema al cual luego dedicaría atención sucesiva e intermitentemente, durante las dos décadas siguientes.

La vida quiso, por tanto, que mi labor en el Instituto comenzara y terminara con el estudio de este tema tan importante para el derecho administrativo, razón por la cual no puedo dejar de dedicar a esa Institución esta publicación, en recuerdo de tantas y tantas horas que permanecí en sus cubículos, moldeando, día a día, método y disciplina de estudio.

La vida quiso también, que el Profesor Moles Caubet nos dejara antes de aparecer publicado este libro. El sabía de mi constante dedicación por este tema, al punto de que en el *Libro Homenaje* que le publicamos en la Universidad en 1981, le dediqué el trabajo sobre "La evolución del concepto de contrato administrativo"\*\*, cuyo contenido se recoge en gran parte en la Introducción a esta publicación. Por supuesto, habría querido que leyera

---

\* Véase: Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989.

\*\* *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas 1981, pp. 41-69.



el tratamiento completo del tema, contenido en este libro. Llevarle a Moles un libro, siempre era motivo de satisfacción para él y, por supuesto, para uno. Estoy seguro, y me parece verlo, amable y sonriente, que hubiera exclamado como siempre, “¡Caramba, Brewer!”, seguido de algunas frases de estímulo.

Por ello, el libro también está dedicado a su memoria, cuyo nombre permanecerá indisolublemente unido al del Instituto.

La transcripción mecanográfica de este trabajo la hizo quien fue mi Secretaria por tantos años en el Instituto, Sra. Aymara Ramos, a quien una vez más quiero agradecer su lealtad y espíritu de colaboración a toda prueba. Mi agradecimiento especial también a la entonces bachiller, ahora abogado, Dolores Aguerrevere, por toda la colaboración que me prestó hace algún tiempo, cuando fue pasante en Baumeister & Brewer, en la corrección de las pruebas de imprenta y en la labor de ampliación y complementación de las notas.

Caracas, junio 1992.

*Allan R. Brewer-Carías*

I

# INTRODUCCION



## 1. LOS CRITERIOS TRADICIONALES

Es un hecho, uniformemente aceptado por la práctica administrativa, la jurisprudencia y, por supuesto, la legislación, que el Estado a través de las personas de derecho público territoriales, es decir, la República, los Estados y los Municipios, y las demás personas jurídicas estatales no territoriales celebran contratos para el desarrollo de sus múltiples actividades. Son los contratos que denominaremos contratos de la Administración.

Sin embargo, tradicionalmente se ha considerado que por su contenido y naturaleza, esas convenciones entre los entes estatales y, por lo general, uno o más particulares o empresas privadas, para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellos un vínculo jurídico<sup>1</sup>, no siempre son iguales, por lo que tradicionalmente se ha considerado que los contratos de la Administración, es decir, los que celebren las personas estatales, se presentan básicamente bajo dos formas distintas: contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración.

En esta forma es clásica la distinción, que nosotros mismos seguimos hace casi treinta años<sup>2</sup> conforme a la cual en primer lugar, la Administración podía realizar sus negocios jurídicos con los particulares bajo la forma de *contratos de derecho privado*, es decir, contratos idénticos a aquellos de los particulares, tal como están regidos en el Código Civil. En efecto, la Administración podía comprar un terreno u otro inmueble amigablemente; podía vender productos del dominio privado del Estado; podía dar en arrendamiento o arrendar amigablemente un inmueble<sup>3</sup>, etc. La Administración recurría muy frecuentemente a este tipo de contrato, lo cual se consideraba la regla en el campo de la actividad industrial y comercial de los entes estatales.

Pero en segundo lugar, la Administración también podía realizar actos bilaterales, que si bien tenían naturaleza contractual, como consecuencia de su contenido, la relación jurídica que surgía de ellos era una relación de derecho administrativo y, por tanto, se consideraba que estaban sometidos a

---

1. Art. 1133 C.C.

2. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, pp. 157 y ss.

3. CF, 3-12-59, *Gaceta Forense* N° 26, 1959, p. 141.

normas jurídicas autónomas, algunas de las cuales eran distintas de las del derecho privado. Estos contratos formaban, dentro de los contratos de la Administración, la categoría particular de los *contratos administrativos*, cuyo estudio era objeto del derecho administrativo.

En el Derecho venezolano, antes de la sanción, en 1976, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, tal como se desprendía de la jurisprudencia administrativa, existía interés en distinguir los contratos de derecho privado y los contratos administrativos realizados por la Administración. Y este interés era doble: por una parte, en cuanto al régimen jurídico aplicable a ellos, se consideraba necesario distinguirlos, porque si se estaba en presencia de un contrato de derecho privado concluido por una persona estatal, las reglas aplicables eran las del Código Civil. En cambio, el régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos era aquel propio del derecho administrativo.

Por otra parte la distinción tenía interés en cuanto a la jurisdicción competente para conocer de los litigios que de ellos surgían: Si se estaba en presencia de un contrato de derecho privado, la jurisdicción competente era la del derecho privado: la jurisdicción ordinaria civil, mercantil o del trabajo. En cambio, la jurisdicción competente en el contencioso de los contratos administrativos era la jurisdicción contencioso-administrativa que entonces correspondía a la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa <sup>4</sup>.

Ahora bien, y conforme a estos criterios, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia sancionada en 1976, estableció como competencia de la Corte Suprema en Sala Político-Administrativa, el:

“conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los *contratos administrativos* en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades” <sup>5</sup>.

En esta forma y con esta norma, la categoría del contrato administrativo contrapuesta a la de los contratos no administrativos o de derecho privado de la Administración, adquirió rango legal. Ello plantea, por tanto, la necesidad de establecer la distinción entre ambos tipos de contratos motivada por cuestiones de competencia jurisdiccional, pero sobre bases totalmente distintas a las tradicionales mencionadas, que apuntaban a una absoluta dicotomía de régimen jurídico —derecho privado o derecho administrati-

---

4. Art. 206, 215, ord. 11 y Disposición Transitoria Decimoquinta de la Constitución y artículo 7, ord. 28 de la Ley Orgánica de la Corte Federal. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...* cit. p. 158.

5. Art. 42, ord. 14 LOCSJ.

vo— aplicable a cada uno de esos tipos de contratos, hoy completamente inadmisibles<sup>6</sup>.

## 2. LA IMPORTANCIA DEL TEMA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El tema de los contratos administrativos, no parece necesario insistir en ello, es uno de los temas medulares del derecho administrativo. De allí que todos los que hemos tenido que estudiar y escribir sobre esta rama del derecho, alguna vez nos hayamos tenido que enfrentar con su análisis, y con las dificultades que entraña. En nuestra disciplina, en efecto, si hay un tema difícil de asir, es precisamente este: aparentemente sencillo, implica una toma de posición general sobre ella.

Por ello, Liet-Veaux lo ha calificado, con razón, como uno de los capítulos más desesperantes del derecho administrativo<sup>7</sup>; y si esto lo indica un autor francés, en cuyo país nació y se desarrolló la teoría de los contratos administrativos, con mayor razón tenemos que afirmarlo los autores latinoamericanos, influidos por el derecho francés.

Sin embargo, el problema, en nuestro caso, es que el concepto de los contratos administrativos, como categoría jurídica contrapuesta a los contratos de derecho privado de la Administración, ha sido tributario, solamente de las concepciones teóricas y de los criterios de la doctrina y jurisprudencia francesas, pero no de las justificaciones prácticas y pragmáticas de aquella distinción.

La repartición de competencias jurisdiccionales en Francia, ha sido factor clave en el nacimiento y desarrollo del derecho administrativo y en la concepción misma del contrato administrativo; en definitiva, ha sido la justificación del propio derecho administrativo. En nuestros países, sin embargo, y en la gran mayoría de los que han sido tributarios del derecho francés, ello no ha ocurrido, ni es así. De allí la tendencia observada, una vez lograda la necesaria madurez doctrinal, por abandonar tantas teorías y concepciones basadas en una situación de origen adjetiva, circunstancial por lo demás, y por estructurar nuestras propias concepciones. No se trata de innovar, sino de sustantivar el propio derecho administrativo conforme a las peculiaridades de nuestros países para dejar de importar por importar. Allí está la labor de los últimos treinta años de la doctrina española la cual, sin desconocer los aportes de las concepciones francesas, ha desarrollado una

---

6. Véase lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, "La evolución del concepto de contrato administrativo" en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas 1981, pp. 41-69.

7. Véase el comentario en G. Liet-Veaux, "Note" (Jurisprudence, Nouvelles définitions du contrat administratif), *La Revue Administrative* N° 53, París, Sept.-Oct. 1956, p. 503.

formidable labor doctrinal cuyas influencias se comienzan a hacer sentir en nuestros países<sup>8</sup>. Dentro de esta tendencia por sustantivizar nuestro propio derecho administrativo es que se encuadra la orientación que se presente, de abandonar toda idea de un pretendido contrato administrativo por oposición a contratos de derecho privado de la Administración.

Hace algunos años, al estudiar la evolución del concepto de contrato administrativo, planteamos la tesis de que en realidad, la noción de contrato administrativo sólo puede aceptarse para identificar un tipo de contrato de la Administración el cual, por la *finalidad* perseguida por el Estado al contratar, está sometido a un *régimen preponderante de derecho público*, pero no porque tenga un régimen de derecho público por contraposición a otros contratos de la Administración que estarían sometidos a un régimen de derecho privado<sup>9</sup>. La preponderancia de uno u otro régimen y su utilización regular, es lo que adquiere ahora importancia.

### 3. EL PROBLEMA DE LA AUTONOMIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Pero el tema de los contratos administrativos además de desesperante, es un tema polémico o, como dice E. García de Enterría, tiene una sustancia polémica<sup>10</sup>. Obliga, aunque no se quiera, a tomar una posición, generalmente contradictoria o conflictiva con otras, inclusive con posiciones que uno mismo ha sostenido en otras épocas<sup>11</sup>. Lo polémico del tema, en todo caso, surge de su carácter medular para el derecho administrativo: en su estudio están implicadas las cuestiones básicas del derecho administrativo; el "problema" del contrato administrativo es, por tanto, el "problema" del derecho administrativo, y en no pocas ocasiones, la sustantividad del propio derecho administrativo y de su autonomía.

En efecto, en el mundo jurídico, en la relación derecho administrativo-derecho civil, nos encontramos con una evolución modular: el derecho civil ha prestado instituciones al derecho administrativo, y éstas, al resultar comunes, han exigido e impuesto, primero, su diferenciación, y luego, la fijación

---

8. Respecto de la labor de la doctrina española, debe destacarse la realizada a través de las páginas de la *Revista de Administración Pública* (RAP), editada desde 1950, inicialmente por el Instituto de Estudios Políticos, transformado recientemente en Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; y de la *Revista Española de Derecho Administrativo* (REDA), editada desde 1974 por la Editorial Civitas, Madrid.

9. Véase Allan R. Brewer-Carías, "La evolución...", *loc. cit.*, p. 43.

10. Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 100.

11. En contraste con lo que sostenemos ahora, véase lo expuesto en el Capítulo I del Título Tercero, "La Teoría de los Contratos Administrativos", de nuestro libro: *Las Instituciones Fundamentales*. . . pp. 157 y ss.

de su propia sustantividad<sup>12</sup>. Por eso, frente a todas sus instituciones, al derecho administrativo se le ha presentado la exigencia de ir afirmando su autonomía dentro de esa tarea diferenciadora y sustantivizadora.

Como lo señala S. Martín Retortillo, determinar cuándo esas instituciones, incorporadas ya al tronco común del derecho administrativo, son realmente algo distinto, constituye ni más ni menos que la comprobación de su propia sustantividad dentro de dicho ámbito<sup>13</sup>.

Pero esta tarea de reafirmar su autonomía, como rama del derecho, frente a cada institución y con motivos de su estudio, ya parece injustificada. Nuestra disciplina ya no necesita justificar su autonomía: la tiene, la realidad jurídica nos lo demuestra. Nuestro esfuerzo, como especialistas, debe estar guiado por la necesidad de superar ese "triste signo del derecho administrativo" del que hablaba el propio S. Martín Retortillo en su magistral estudio sobre: *El Derecho Civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, que parece que paradójicamente ha de comenzar, en cada una de sus figuras, por plantear y justificar la misma existencia de unos hechos, y de unas instituciones que ya son vivas y existen<sup>14</sup>.

La institución contractual en el campo de la actuación de la Administración ya no se puede poner en duda. No existe ya aquella famosa contradicción que se destacó a fines del siglo pasado y aún a comienzos del presente, que resultaba de insertar, en el derecho público, la figura *par excellence* del derecho privado, el contrato; figura en la cual, aparentemente, no estaban presentes las notas características del actuar público: superioridad de la Administración y ausencia de igualdad frente a los particulares, y la titularidad, por aquélla, de potestades públicas y prerrogativas que le permitían imponer su voluntad unilateralmente. Por ello, Otto Mayer señalaba que la figura del contrato, al exigir posiciones igualitarias, era extraña al derecho administrativo, pues la Administración siempre mandaba unilateralmente<sup>15</sup>.

Sin embargo, queda claro que la misma igualdad, tan preconizada como base de la institución contractual del derecho privado, no es de la esencia de los contratos<sup>16</sup>. Allí están los contratos de adhesión en el propio derecho privado para desmentir tal afirmación.

En todo caso, por supuesto, esta posición jurídica quedó en la historia. La institución contractual es tan propia del actuar administrativo como la decisión unilateral, y sobre ello ya no tenemos dudas, afortunadamente. Esto no es lo que se discute; el centro de discusión está ahora, en la diferenciación de los diversos tipos de contratos que celebra la Administración.

---

12. Véase Sebastián Martín-Retortillo Bacquer: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*, Sevilla, 1960, p. 7.

13. *Idem*, p. 8.

14. *Ibidem*, pp. 131 y 132.

15. Véase Otto Mayer: *Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, 1949, Tomo I, pp. 27 y ss.

16. Véase Sebastián Martín-Retortillo Bacquer, *op. cit.*, p. 177.





## II

# LAS DIVERSAS FORMAS CONTRACTUALES DEL ACTUAR ADMINISTRATIVO



Si observamos la realidad administrativa de los entes estatales, es evidente la conclusión de que la actividad de la Administración no proviene, ni se realiza, mediante la sola actuación de su voluntad unilateralmente formulada. Es cada vez más frecuente que la Administración establezca vínculos jurídicos con otros sujetos y acuda al concurso de otras voluntades para sus diversas actividades.

Estos actos jurídicos formados conjuntamente por la intervención de dos o más sujetos de derecho y que establecen entre ellos un vínculo jurídico, configuran lo que se denomina la actividad contractual de la Administración. Una primera distinción de formas contractuales en el actuar administrativo se nos aparece de inmediato, y ella proviene de la consideración de los sujetos de derecho que intervienen en la relación; si ambos contratantes son personas jurídicas estatales, la realidad jurídica será distinta a la que se presenta si uno de los contratantes es un particular. Se distinguen, por tanto los contratos interadministrativos de los contratos Administración-Administrados. Veámoslos separadamente.

## 1. LOS CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS

La proliferación de sujetos de derecho, y por tanto, con personalidad jurídica, que han ido configurando el universo de los entes públicos y estatales en el derecho administrativo, ha dado origen a que, con frecuencia, para actuar, celebren entre sí diversos convenios y acuerdos que configuran actos contractuales<sup>1</sup>. Estas figuras, nuevas y posteriores al nacimiento de la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de derecho privado de la Administración, han sido la consecuencia del proceso de descentralización administrativa que ha caracterizado a la Administración contemporánea de los últimos sesenta años. En ese proceso descentralizador han

---

1. Cfr. Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Caracas 1983, p. 278. Por supuesto, para que pueda existir un contrato interadministrativo es necesario que se suscriba entre dos personas jurídicas estatales. Por ello, no puede haber "contratos administrativos" suscritos entre dos Ministerios. Véase MOP. *Doctrina de la Consultoría Jurídica* 1969, Caracas 1970, p. 19.

aparecido, como entes estatales, tanto entes de derecho público como entes de derecho privado y, entre todos ellos, diversas figuras contractuales se celebran, incluso, con previsión expresa y general en las leyes.

#### A. *Los contratos entre entidades político-territoriales*

En primer lugar, se destacan los contratos celebrados entre Administraciones territoriales, es decir, entre personas político-territoriales los cuales, si bien, en general no tienen como contenido prestaciones de carácter patrimonial, por ello no dejan de tener naturaleza contractual. En Venezuela, por ejemplo, se destacan los convenios o acuerdos entre la República y los Estados que conforman la Federación. Un típico ejemplo de estos contratos estaba regulado en la Ley Orgánica de Coordinación de la Inversión del Situado Constitucional con planes administrativos desarrollados por el Poder Nacional, y que daba origen a acuerdos de coordinación que resultaban indispensables para que pudiera ser invertido el cincuenta por ciento de lo que los Estados federados recibían del presupuesto nacional como aporte financiero, denominado Situado Constitucional. Estos convenios, suscritos entre la República por órgano del Ministerio de Relaciones Interiores y los Estados por órgano de los Gobernadores respectivos, configuraban auténticas formas contractuales <sup>2</sup>.

En 1989 se promulgó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público <sup>3</sup>, cuyo artículo 35 derogó la Ley Orgánica de Coordinación de la Inversión del Situado Constitucional con los planes administrativos desarrollados por el Poder Nacional (artículo 35). Sin embargo, en dicha Ley Orgánica se reguló un nuevo tipo de contrato interadministrativo a los efectos de la transferencia de los servicios que venían siendo prestados por el Poder Nacional en el ámbito de lo que en dicha Ley se define como "competencias concurrentes" (artículo 4), que requiere la firma de un convenio entre la República, por órgano del Ministro de Relaciones Interiores y los respectivos Estados, por órgano de los Gobernadores. Dichos convenios de transferencia de competencias requieren, además, tanto la opinión de la Asamblea Legislativa como la aprobación del Senado de la República (artículo 6).

---

2. Véase, en: *Gaceta Oficial*, Nº 2715 Extr. de 30-12-80. El artículo 4º de la Ley Orgánica, establecía que una vez aprobados los diferentes programas de los Estados que debían ser coordinados con los planes administrativos nacionales, "se celebrarán convenios entre el Ejecutivo Nacional, por órgano de los Ministerios competentes en razón de la materia, y los Gobernadores de las entidades federales en las cuales se vayan a realizar las obras o a prestar los servicios. Podrán igualmente participar en la celebración de estos convenios otras personas jurídicas de carácter público". Véase *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica* 1938-1963, Tomo I, Caracas 1963, p. 266.

3. Véase *Gaceta Oficial* Nº 4.153 Extra. de 28-12-89.

Entre entes territoriales también se destacan otras figuras contractuales: convenios entre la República, Estados y Municipalidades, como por ejemplo, el convenio para el establecimiento de la Policía Metropolitana de Caracas <sup>4</sup>, convenios entre Estados, como los relativos a cesiones de su territorio (artículo 10); convenios entre Municipios, como los convenios de mancomunidad previstos también en la Constitución <sup>5</sup> y cuyo ejemplo más característico es el convenio de mancomunidad en materia de ordenación urbanística del Area Metropolitana de Caracas, que originó el establecimiento de una autoridad pública común para el área, así como de una Ordenanza sobre ordenación urbanística común, aprobada en las dos Municipalidades que integran el Area Metropolitana <sup>6</sup>. Todas estas figuras son típicas figuras contractuales administrativas.

#### B. *Los contratos entre entes de derecho público territoriales y no territoriales*

En segundo lugar, se destacan los contratos suscritos entre entes territoriales y entes de derecho público no territoriales, como los institutos autónomos o los establecimientos públicos asociativos. Estos convenios pueden o no tener contenido patrimonial, y el mundo de la Administración conoce innumerables tipos. Por ejemplo, en el campo de los convenios sin contenido patrimonial, se destacan los acuerdos celebrados entre la República y el Banco Central de Venezuela para el establecimiento del tipo de cambio para las divisas, conocidos tradicionalmente como "convenios cambiarios" <sup>7</sup>. En efecto, de acuerdo a la Ley del Banco Central de Venezuela, "el o los tipos de cambio del bolívar" no se establecen unilateralmente por el Estado, sino mediante un convenio que se celebra entre la República, por órgano del Ministerio de Hacienda <sup>8</sup> y el Banco Central de Venezuela, por órgano de su

4. El Convenio para el establecimiento de la Policía Metropolitana de Caracas, en diciembre de 1969, fue suscrito entre la República, a través del Ministerio de Relaciones Interiores; el Distrito Federal, a través del Gobernador del mismo y el Estado Miranda, a través de su Gobernador. Véase en *P.M. Dos Siglos de Historia Policial*, Caracas 1982, p. 74.

5. Artículo 28. Conforme al artículo 28 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (G.O. N° 4.409 Extr. del 5-6-89), "Las mancomunidades son entidades formadas mediante acuerdo entre dos o más Municipios o Distritos, o entre éstos o uno o más Municipios, para la prestación de determinados servicios municipales".

6. El Convenio de fecha 27 de enero de 1972, se suscribió entre las Municipalidades del Distrito Federal y del Distrito Sucre del Estado Miranda, y con base en la Cláusula Tercera del Convenio, ambas Municipalidades sancionaron y promulgaron la Ordenanza sobre ordenación urbana del Area Metropolitana de Caracas y su zona de influencia. La Ley Orgánica de Régimen Municipal a partir de 1978 reguló, ahora en sus artículos 26 y ss. los acuerdos de Mancomunidades entre Municipios.

7. Art. 92 de la Ley del Banco Central de Venezuela, G.O. N° 3.998 de 21-8-87.

8. Impropiamente el mencionado artículo 92 de la Ley del B.C.V. señala que los convenios cambiarios los celebra el Banco "con el Ejecutivo Nacional" cuando debería ser "con la República" por supuesto por órgano de uno de los Ministros

Presidencia, en el cual, además, se establecen “los márgenes de utilidad que podrán obtener tanto el Banco Central de Venezuela como los bancos comerciales que intervengan en la compra-venta de divisas”<sup>9</sup>. Estos convenios, por ejemplo, fueron una pieza esencial del régimen de control de cambios establecido entre 1983 y 1989 y para evidenciarlo basta señalar su regulación en los Decretos relativos a dicho régimen en los cuales se autorizó “al Ministro de Hacienda para acordar por convenios con el Banco Central de Venezuela, limitaciones y restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional”, para acordar “condiciones y modalidades” conforme a los cuales ese instituto vendería a los titulares de deuda privada externa las divisas necesarias para la amortización del capital adeudado, “al tipo de cambio que se determine en el convenio” correspondiente<sup>10</sup>. Por dicho objeto, estos “convenios cambiarios” comenzaron a adquirir un contenido reglamentario, que permite calificarlos como “actos mixtos”<sup>11</sup>.

Por otra parte, en el campo de los convenios de contenido patrimonial, están los múltiples supuestos de contratos de sociedad suscritos entre la República y los Institutos Autónomos, para la constitución de empresas públicas con forma societaria<sup>12</sup>. No son infrecuentes, por otra parte, los contratos de obras o servicios, y aun las concesiones de servicios públicos celebradas entre entes territoriales y personas de derecho público: allí están los convenios para la prestación del servicio público de alcantarillado y distribución de agua potable suscritos entre las Municipalidades y el Instituto Nacional de Obras Sanitarias<sup>13</sup>.

---

del Ejecutivo. Precisamente por esto la Procuraduría General de la República señala que los Convenios Cambiarios no pueden calificarse como contratos administrativos ya que el Ejecutivo Nacional, que los suscribe, no es una persona jurídica. Véase *Doctrina PGR 1984*, Caracas 1985, p. 43.

9. Art. 92, Ley B.C.V. Un ejemplo de estos convenios cambiarios son los publicados en *Gaceta Oficial* N° 34.177 de 13-3-89 y N° 34.244 de 19-6-89.
10. Por ejemplo, así lo estableció el artículo 1° del Decreto N° 1.929 de 26-3-83, *Gaceta Oficial* N° 3.119 Extra de 26-3-83; y asimismo el artículo 1° del Decreto N° 43 de 24-2-84. G.O. N° 32.926 de 24-2-84.
11. La Procuraduría General de la República en virtud del contenido normativo general de estos convenios cambiarios los califica de actos administrativos complejos o “acuerdos administrativos”. Véase *Doctrina PGR 1984*, Caracas, 1985, p. 43.
12. Véase, por ejemplo, el acta constitutiva de la C.A. Nacional de Reforestación (CONARE), en la cual aparecen como accionistas la República, el Instituto Agrario Nacional, el Instituto Nacional de Obras Sanitarias y las Corporaciones de Desarrollo Regional de los Andes, Centro-Occidente, Nor-Oriente y el Zulia. Véase en Cordiplán, *Resumen Informativo de Entidades de la Administración Pública Nacional*, Tomo 4, Caracas, 1980, p. 166.
13. Véase, por ejemplo, los comentarios del anteproyecto de contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado del Área Metropolitana de Caracas, en Allan R. Brewer-Carías: *Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables*, Caracas, 1976, pp. 211 y ss.

### C. *Los contratos entre personas jurídicas estatales de derecho público y de derecho privado*

En tercer lugar, se destacan los convenios suscritos entre entes de derecho público, territoriales o no territoriales y personas jurídicas estatales de derecho privado, particularmente las empresas del Estado con forma societaria mercantil, los cuales, por la forma jurídica adoptada por éstas, se aproximan a los contratos suscritos entre la Administración y los particulares.

Todos este universo de figuras contractuales interadministrativas forman, sin duda, una categoría peculiar en el mundo de la actividad contractual de la Administración, que no debe dejarse de lado a la hora de trazar la evolución del concepto de contrato administrativo. Ellas, que no existían en el momento en que surgió este concepto, son ahora, quizás, los contratos públicos por excelencia <sup>14</sup>.

## 2 LOS CONTRATOS ADMINISTRACION-ADMINISTRADOS

### A. *Las diversas formas contractuales*

Pero la figura contractual administrativa, sin duda, está montada sobre el acuerdo para establecer un vínculo jurídico celebrado entre una Administración y un particular. Con base en esta modalidad fue que se construyó toda la teoría del contrato administrativo frente al contrato de derecho privado de la Administración: en los primeros convenios, que siempre tenían como co-contratante a un particular, la Administración aparecía en situación de superioridad, como autoridad, y en los otros, en el mismo plano jurídico que su co-contratante.

Sin embargo, también con posterioridad a esta construcción doctrinal, fueron apareciendo en el actuar administrativo, nuevas figuras contractuales que nada tenían que ver con las que dieron origen a aquella teoría y a aquella distinción, porque no establecían, *stricto sensu*, relaciones patrimoniales entre los contratantes.

En efecto, en el universo de las relaciones contractuales que se celebran entre la Administración y los particulares, no sólo aparecen aquéllas que suponen la utilización, por la Administración, de instrumentos contractuales dentro del ámbito de relaciones patrimoniales, sino que hoy es cada vez más frecuente la existencia de figuras contractuales que se limitan a fijar la medida de una obligación o ventaja jurídico-pública previamente establecida legalmente, y sin que aparezca colaboración patrimonial alguna. Se distinguen, por tanto, dos tipos de contratos Administración-Administrados.

14. Así lo ha considerado la Contraloría General de la República al analizar un contrato suscrito entre la República y la CANTV. Véase CGR *Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969-1976*, Vol. IV, 1978, pp. 322 y ss.



## B. *Los contratos de contenido patrimonial*

En primer lugar, los contratos de contenido y relación patrimonial, en los cuales, como lo dice E. García de Enterría, la Administración actúa como "cliente" de los empresarios privados, esto es, en un terreno de simple colaboración o intercambio patrimonial: paga dinero o transfiere posibilidades de actuación frente al público a ella reservadas, a cambio de bienes y servicios que busca o recibe <sup>15</sup>. Este es el universo de figuras contractuales propias del tradicional contrato de la Administración, tanto del denominado contrato administrativo como del denominado contrato de derecho privado.

## C. *Los nuevos contratos no patrimoniales como técnica de administración*

Pero, en segundo lugar, frente a esas figuras contractuales tradicionales, en las relaciones Administración-Administrados comienzan a aparecer nuevas formas contractuales denominadas acuerdos, convenios, actas-convenios o conciertos y las cuales, en general, no encuentran paralelo en el derecho contractual privado, porque el vínculo jurídico que establecen y regulan no supone colaboración patrimonial entre partes, sino, en realidad, un acuerdo para fijar la medida de una sujeción jurídico-pública o de una ventaja también jurídico-pública, establecidas legalmente <sup>16</sup>.

La Administración, en efecto, a pesar de sus poderes públicos de acción unilateral, en muchos casos, por incapacidad o por política predeterminada, busca establecer las modalidades de su acción respecto de los particulares, acudiendo a la vía negocial. No se trata de que en estos contratos se establezcan los poderes de la Administración; éstos preexisten, pero por la debilidad de la acción unilateral en el cumplimiento de ciertos cometidos en el campo económico, o, al contrario, por el esfuerzo de la Administración de promover la participación de los particulares en las tareas comunes, los entes públicos han recurrido a estos acuerdos con los particulares, como una técnica de administración: la Administración mediante convenios o "Administración concertada". Varios ejemplos nos muestra el orden jurídico contemporáneo.

### a. *El arreglo amigable expropiatorio*

En primer lugar, los arreglos amigables en la expropiación. En efecto, aun cuando no se acuda a la vía judicial, la expropiación nunca es una compra-venta. Decretada la expropiación, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en Venezuela, la expropiación procede por las buenas o por las

---

15. Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1974, p. 484.

16. *Idem*, p. 485.

malas<sup>17</sup>. Por tanto, aun mediando el convenio expropiatorio o arreglo amigable, este no es una compra-venta, sino en realidad, *una adhesión a la expropiación*, que implica, además, un convenio para fijar el monto de la indemnización a través de los peritos. El convenio en realidad, es un acuerdo para designar peritos, lo que implica allanarse frente a la potestad expropiatoria<sup>18</sup>.

#### b. *Los convenios fiscales*

En segundo lugar, los convenios o conciertos fiscales previstos expresamente en la legislación tributaria. Entre ellos deben destacarse los que tienen por objeto el establecimiento de la base imponible a través de la determinación contractual de precios. Por ejemplo, en esta figura encuadraban los convenios para el establecimiento de precios de referencia para la determinación de la base imponible del impuesto sobre la renta a las empresas petroleras, suscritos conforme a la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1966, entre la República y las empresas contribuyentes<sup>19</sup>. En este campo también deben mencionarse las transacciones fiscales autorizadas en el artículo 7º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y limitadas en materia tributaria, conforme a lo dispuesto en el Código Orgánico Tributario de 1982, "en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable"<sup>20</sup>.

---

17. Véase la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación, de 14-3-52, en *Gaceta Forense* Nº 10, Caracas, 1952, p. 148, y en Allan R. Brewer-Carías: *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Caracas, 1980, p. 298.

18. Véase la misma sentencia citada en la nota anterior, en *Gaceta Forense* Nº 10, *cit.*, pp. 146 y 147; y en Allan R. Brewer-Carías: *Jurisprudencia... cit.*, Tomo VI, p. 345.

19. Conforme al artículo 41 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, de 16-12-66. (G.O. 1.069 Extr., de 23-12-66), se autorizó al Ejecutivo Nacional para "celebrar convenio previo con el contribuyente hasta por un plazo de cinco años para establecer las bases con arreglo a las cuales se hará la determinación de los valores de los artículos o mercancías exportadas en el puerto venezolano de embarque". Esta realidad de convenios para fijar los valores de referencia se aplicó hasta la reforma de la ley, en diciembre de 1970, mediante la cual se convirtió en una facultad unilateral del Estado la fijación de los valores de exportación (Art. 40). Véase en G.O. Nº 29.397, de 18-12-70, aplicable al propio ejercicio fiscal de 1970. Véase la problemática jurídica sobre ello en Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre los reparos formulados por la Contraloría a las empresas concesionarias de hidrocarburos respecto del ejercicio fiscal 1970" en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. III, 1972-1979 (Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela), Caracas 1981, Tomo 2, p. 674 a 685).

20. Art. 58. Véase Allan R. Brewer-Carías, "Las transacciones fiscales y la indisponibilidad de la Potestad y Competencia Tributaria", *Revista de Derecho Tributario* Nº 18, Caracas, 1967, pp. 1 y ss.

c. *Los convenios de ejecución de planes y políticas de desarrollo*

En tercer lugar, están todas las figuras contractuales que giran en torno a la idea contemporánea de la "Administración concertada"<sup>21</sup>, propia del orden económico, y mediante la cual, la Administración tiende a renunciar al ejercicio imperativo y unilateral de sus poderes, buscando convenir con los Administrados la aplicación concreta de los mismos, ganándose la colaboración y participación de los empresarios en las tareas comunes de desarrollo económico y social. Mediante estos conciertos o acuerdos, los particulares aceptan como vinculante un plan que, *per se*, era indicativo, a cambio de la obtención de determinados beneficios o incentivos, que la Administración renuncia a manejar discrecionalmente. Sin embargo, al igual que las otras figuras señaladas, estos convenios requieren habilitación legal expresa.

Por supuesto, en estas figuras negociales, la Administración, evidentemente, no procura proveerse de bienes y servicios, es decir, no establece una relación patrimonial, pero no por ello dejan de tener carácter contractual. Son auténticos contratos de la Administración, ciertamente nuevos, que al estudiar la evolución del concepto de contrato administrativo, no podemos ignorar, particularmente porque han conducido a suplantarse la forma tradicional de expresión unilateral de voluntad administrativa, por mecanismos negociables o contractuales, conforme a los cuales los representantes de aquellos intereses participan junto con la Administración, en la formulación de un acto que es expresión de un convenio o contrato. No se trata ya de una participación consultiva, sino de una participación-negociación, en la cual en principio, se sustituye el principio de imposición por el de negociación o contratación con las partes interesadas; fórmula denominada en el ámbito anglosajón, como la del *government by contract*<sup>22</sup>.

En el derecho de los países andinos, miembros del Acuerdo de Cartagena, por ejemplo, de acuerdo al artículo 28 de la Decisión N<sup>o</sup> 24 que estableció el Régimen Común de Tratamiento a los capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías<sup>23</sup>, al reservarse a las empresas nacionales o mixtas el goce de las ventajas derivadas del programa de liberación<sup>24</sup>, se previó que las empresas extranjeras que existían en los países miembros y que deseaban gozar de dichas ventajas debían convenir con el organismo competente del país respectivo su transformación en empresas nacionales o mixtas, precisándose en detalle lo que debían contener los convenios sobre transformación<sup>25</sup>. En el caso de Venezuela, además, en el Decreto N<sup>o</sup> 63

21. Véase E. García de Enterría y T. R. Fernández, *op. cit.*, Tomo I, p. 485.

22. Véase M. Sánchez Morón, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid 1980, p. 70.

23. Véase en G.O. 1.620 Extra de 1-11-73. Véase luego la Decisión 220 en G.O. 34.014 de 25-7-88.

24. Art. 27.

25. Art. 28 y 31.

de 29-4-74, reformado por Decreto N° 2.442 de 8-11-77 que reglamentó la mencionada Decisión N° 24 <sup>26</sup>, se precisó que “los convenios destinados a la transformación de las empresas extranjeras en nacionales o mixtas, serán celebrados entre dichas empresas, actuando en representación de sus inversionistas y la Superintendencia de Inversiones Extranjeras <sup>27</sup> regulándose el contenido de los mismos <sup>28</sup>.”

Pero independientemente de la previsión legal de esta forma de participación negocial en las actividades administrativas, la modalidad se ha venido utilizando en variadas circunstancias en el campo industrial <sup>29</sup>. Por ejemplo, convenios para garantizar el abastecimiento de productos se firmaron en la década de los setenta entre la República y los productores, en los cuales se regularon, incluso, el otorgamiento de cupos de importación, la tramitación de exoneraciones, y se establecieron obligaciones de compra de materias primas producidas en el país. Ejemplos de estos convenios fueron los celebrados entre la República y la Asociación Venezolana de Industriales de Grasas y Aceites en representación de los industriales procesadores de Aceites y Grasas; entre la República y los industriales Productores de Harina de Maíz Precocida; y entre la República y las Industrias Fabricantes de Jabón. Otros ejemplos de esta participación contractual, fueron los convenios firmados entre la República y algunos sectores industriales para la fijación de precios máximos de venta de productos. Ejemplos de estos convenios fueron, el suscrito entre la República y los representantes del Sector fabricante de Cosméticos (1984); entre la República y las empresas productoras de Cemento (1981); y entre la República y las empresas productoras de hierro y acero (1974) <sup>30</sup>.

Más recientemente, y dentro de la política de “concertación” definida por el gobierno a partir de 1989, al producirse la liberación de precios de bienes y servicios, el Decreto N° 50 de 1-3-89 reformado luego por Decreto N° 296 de 15-6-89 <sup>31</sup> estableció la obligación de los productores de

---

26. G.O. 30.412 de 31-5-74 y G.O. 2.100 Extra de 15-11-77. Véase ahora el Decreto N° 727 en G.O. N° 34.397 de 26-1-90.

27. Art. 47. Esta norma se eliminó posteriormente del Reglamento dictado por Decreto N° 1.200 de 16-7-86 (G.O. N° 3.881 Extraordinario de 29-8-86), particularmente porque el régimen de los convenios de transformación se reguló en la Ley sobre Transformación de Empresas Extranjeras de 11 de agosto de 1975. (G.O. N° 30.774 de 21-8-75), en el cual se reguló la facultad unilateral de la Superintendencia de Inversiones Extranjeras de establecer “de manera general o particular las condiciones que juzgue convenientes para la transformación de las empresas extranjeras, en función del interés económico, social y del desarrollo tecnológico del país” (Art. 4), conforme a las informaciones y propuestas que debe recibir de las empresas (artículos 1, 2 y 3).

28. Art. 48 v ss.

29. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El Derecho Administrativo y la participación de los Administrados en las tareas administrativas”, *Revista de Derecho Público* N° 22, Caracas, 1985, pp. 19-20.

30. Consultados en original.

31. *Gaceta Oficial* N° 34.244 de 15-6-89.

concertar con el Ministerio de Fomento los precios de los productos y sus aumentos, lo que se ha hecho mediante convenios o acuerdos <sup>32</sup>.

d. *Los convenios para la adquisición de divisas derivados de las restricciones cambiarias impuestas en 1983*

Con motivo de las restricciones cambiarias impuestas a partir de febrero de 1983 <sup>33</sup> y de la decisión del Estado venezolano de garantizar a las empresas privadas deudoras de divisas que habían sido utilizadas en actividades económicas en el país, la adquisición de dichas divisas para el pago de su deuda privada externa a una tasa de cambio preferencial, el régimen legal establecido a partir de 1984 tanto en Decretos Ejecutivos <sup>34</sup> como en el Convenio Cambiario N° 2 celebrado entre el Ministerio de Hacienda y el Banco Central de Venezuela, previó que una vez que las empresas deudoras obtuvieran el registro de su deuda en la Oficina del Régimen de Cambios Diferenciales, debían suscribir un *contrato de compra-venta de divisas* con el Banco Central de Venezuela <sup>35</sup>, adquiriendo a partir de la suscripción de dicho contrato, un derecho a comprar las divisas al tipo de cambio preferencial establecido, obligándose al Banco Central de Venezuela a venderle dichas divisas en los plazos estipulados.

En estos casos, estos contratos de compra-venta de divisas entre el Banco Central de Venezuela y las empresas particulares deudoras, se configuraron como típicos contratos entre Administración y Administrados, en los cuales, había un objeto de carácter patrimonial (compra-venta de divisas). El contratante de la Administración sólo asumía la obligación de pagar al Banco Central de Venezuela las divisas en determinados plazos, siendo la motivación general de dichos contratos asegurar la compra-venta de divisas, que se había reservado al Banco Central de Venezuela y centralizado en esta institución, para determinados deudores a una tasa preferencial determinada, como política económica, la cual bien hubiera podido establecerse unilateralmente por el Estado.

### 3. LA FIGURA AMPLIADA DE LOS CONTRATOS DE INTERES NACIONAL

Pero dentro de los contratos Administración-Administrados, y concretándonos a aquellos que tienen contenido estrictamente patrimonial en el vínculo

32. Un ejemplo de dichos convenios publicado en *Gaceta Oficial*, se refiere al aumento de las tarifas de los servicios eléctricos. Véase en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 4.080 de 29-3-89.
33. Decreto N° 1.929 de 26-3-83. G.O. 3.119 Extra de 26-3-83.
34. Decreto N° 1.930 de 26-3-83. G.O. 3.119 Extra de 26-3-83, modificado por Decreto N° 44 de 24-2-84, G.O. 32.926 de 4-2-84.
35. Decreto N° 43 de 24-2-84. G.O. 32.926 de 4-2-84 y Convenio Cambiario N° 2 de 27-12-85.

lo jurídico que establecen, debe destacarse la categoría específica de contratos de interés nacional, sometidos a ciertas condiciones de control parlamentario, aun cuando la entidad que contrate con el particular no sea, *stricto sensu*, una persona de derecho público.

En efecto, el artículo 126 de la Constitución establece, en su primera parte, lo siguiente: "Sin la aprobación del Congreso no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional, salvo los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública o los que permita la ley" <sup>36</sup>.

En otras palabras, conforme a esta norma los contratos de interés nacional deberán someterse, previamente, a la aprobación del Congreso, salvo aquellos que sean normales en el funcionamiento de la Administración. Es decir, se regula una categoría específica de contrato que, aun cuando no tenga como contratante, del lado público, necesariamente, a un ente de derecho público territorial o no territorial como los institutos autónomos, si debe tratarse de una entidad estatal, aun cuando pueda tener forma jurídica de derecho privado.

En efecto, en el universo de los sujetos que actúan en el campo del derecho administrativo, se destacan las personas jurídicas estatales, en las cuales se ubican, no sólo los sujetos de derecho con forma jurídica de derecho público, sino también, los entes jurídicos con forma de derecho privado que forman parte, sin embargo, de la organización general del Estado <sup>37</sup>. No hay duda que, por ejemplo, los contratos que excedan de la normal administración y que suscriban las empresas del Estado con forma societaria serían auténticos contratos de interés nacional, no sólo sometidos a la aprobación previa del Congreso, sino también al régimen jurídico propio de los que tradicionalmente se califican como contratos administrativos. Por ejemplo, dentro de los contratos de obra pública celebrados en Venezuela, ¿cuál más importante por su magnitud económica e incidencia en el proceso de desarrollo económico, que el contrato para la construcción del complejo hidro-

---

36. Sobre la noción de contratos de interés nacional y la intervención parlamentaria para su aprobación, véase Carlos Tinoco Rodil: "Contratos de Interés Nacional", en *Revista de Derecho y Legislación*, Tomo XXIX, Caracas, 1940, pp. 135 y ss.; A. Rodríguez Cirimele, E. Provenzali Heredia y J. M. Casal Montbrun: *Procedimiento parlamentario para la aprobación de contratos de interés nacional*. Caracas, 1973; Luis Brito García: "Régimen Constitucional de los Contratos de Interés Público", separata de la revista *Control Fiscal y Técnica Administrativa*. Véase, además, Eloy Lares Martínez: "Contratos de interés nacional", en este mismo libro: *Homenaje al Profesor Moles Caubet*, pp. 117 y ss.; J. Melich Orsini, "La noción de contrato de interés público". *Revista de Derecho Público* Nº 7, Caracas, 1981, p. 61. G. Pérez Luciani, "Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito público" en *Libro Homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas, 1984, pp. 90-163.

37. Véase Allan R. Brewer-Carías, "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho", en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Nº 17, Buenos Aires, 1977, pp. 19 y ss. v 28 y ss., y en *Revista de la Facultad de Derecho*, U.C.V., Nº 57, Caracas, 1976, pp. 115-135.

eléctrico de El Guri, de los más importantes en producción de energía hidroeléctrica de América Latina? ¿Qué sentido tenía decir que es un contrato administrativo de interés nacional el que suscribe la República para la construcción de un camino de penetración agrícola cualquiera, y que el de la Represa de El Guri, por ser suscrito por una empresa del Estado con forma societaria (Electrificación del Caroní, S.A.), no era un contrato de interés nacional? <sup>38</sup>.

En realidad, la figura de los contratos de interés nacional ha venido a ampliar la categoría de contratos administrativos, al comprender como tales, muchos contratos que aun cuando no sean suscritos por un ente de derecho público, sin embargo, se consideran como de interés nacional y, por tanto, sometidos al mismo régimen, preponderante de derecho público, propio de los contratos tradicionalmente calificados como administrativos. Por supuesto, para ello se requiere de una normativa legal que lo especifique, lo que ha ocurrido con los contratos de empréstito público regulados en la Ley Orgánica de Crédito Público: de acuerdo a esta normativa, tan contrato administrativo de crédito público es el que celebra la República como el que celebra una empresa del Estado con forma societaria. Ambos están sometidos a la normativa especial de dicha ley <sup>39</sup>.

En todo caso, en cuanto a las relaciones entre las nociones de contrato administrativo y contrato de interés nacional, debe señalarse que ambas ni son comparables ni son equivalentes. Los contratos de interés nacional son, por supuesto, contratos administrativos en los cuales hay una preponderancia de régimen de derecho público, pero, por supuesto, no todos los contratos administrativos son contratos de interés nacional, pues, por ejemplo, hay contratos administrativos celebrados por los Estados y Municipios que sólo serían de interés estatal o municipal <sup>40</sup>. Por tanto, independientemente de la polémica doctrinal que desde hace años ha surgido en torno a sobre si la noción de contrato de interés nacional es o no equivalente a la de contrato administrativo, en realidad, lo que la parte mencionada del artículo 126 de la Constitución plantea como interrogante, que tiene que ser resuelto, es en primer lugar, la determinación de la frontera entre contratos de interés nacional y contratos que no son de interés nacional; y, en segundo lugar, dentro de los primeros, es decir, de los contratos de interés nacional, cuáles

---

38. La Contraloría General de la República ha considerado como contrato de interés nacional algunos celebrados tanto por Institutos Autónomos como por Empresas del Estado. Véase CGR *Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969-1976*, Vol. IV, pp. 29, 243 y 253.

39. Véase la Ley Orgánica de Crédito Público, en G.O. Extr. N° 3.253 de 14-9-83.

40. Al contrario, la Contraloría General de la República ha identificado los contratos de interés nacional con los contratos administrativos. Véase CGR *Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938-1968*, Tomo III, Caracas 1968, p. 51. En sentido similar, Luis H. Farías Mata, *La Teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolana*, Caracas 1968, p. 20; Luis Brito García, *Régimen constitucional de los contratos de interés público*, Revista Control Fiscal (separata), p. 78.

son, sin embargo, “necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública” y, por tanto, no requieren de aprobación legislativa, y cuáles tampoco requieren de dicha aprobación, porque así lo permita la ley <sup>41</sup>.

#### A. *La noción de contrato de interés nacional*

La expresión “interés nacional”, para calificar determinados contratos, sin duda constituye un concepto jurídico indeterminado o impreciso que establecido en el texto constitucional, da amplio margen al legislador para determinar o precisar, discrecionalmente, su contenido. Por tanto, en definitiva, determinar con precisión qué es “interés nacional” (artículos 101 y 126), “interés público” (artículo 127), “conveniencia nacional” (artículo 97), “interés social” (artículos 96 y 105), “función social” (artículo 106), es una tarea que corresponde al legislador.

Por tanto, ante todo, un contrato será de “interés nacional” cuando así lo determine el legislador. Sin embargo, no es frecuente que la ley califique expresamente, en los términos del artículo 126 de la Constitución, a un contrato “como de interés nacional”. Por ello, los esfuerzos doctrinales que se han hecho tendientes a determinar su naturaleza, por contraposición a unos contratos que no son de interés nacional, y que podemos resumir como sigue:

1. Podría decirse, así, que contrato de interés nacional, es aquel que interesa al ámbito nacional (en contraposición al ámbito estatal o municipal), porque ha sido celebrado por una persona jurídica estatal nacional, de derecho público (la República o un instituto autónomo) o de derecho privado (empresa del Estado). Por tanto, no serán contratos de interés nacional aquellos que son de interés estatal o municipal, porque sean celebrados por personas jurídicas estatales de los Estados o de los Municipios, incluyendo los Institutos Autónomos y empresas del Estado de esas entidades político-territoriales. Esta parece ser la interpretación más directa respecto a lo que se entiende, en el artículo 126 de la Constitución, por “interés nacional”, contrapuesto a “interés estatal”, o “interés municipal”.

Todos los contratos de interés nacional, estatal o municipal, serían, por supuesto, contratos de “interés público” (artículo 127) <sup>42</sup>, en el mismo sentido que la noción de Poder Público (Título IV de la Constitución) comprende al Poder Nacional, a los Poderes de los Estados y al Poder Municipal.

De acuerdo a este criterio, los contratos celebrados por un Estado miembro de la Federación o sus Institutos Autónomos o empresas del Estado esta-

---

41. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa”, *Revista de Derecho Público* Nº 11, Caracas 1982, pp. 49-54.

42. Cfr. Eloy Lares Martínez, “Contratos de interés nacional”, en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas 1981, p. 117.



dales, o por un Municipio o sus Institutos Autónomos o empresas del Estado municipales, no serían contratos de interés nacional, en los términos del artículo 126 de la Constitución.

En nuestro criterio, en ausencia de una precisión del legislador sobre qué ha de entenderse por “interés nacional”, la única interpretación que admite el texto constitucional para identificar los “contratos de interés nacional” son los que corresponden al ámbito nacional, por contraposición al estatal o municipal. Por eso, en principio, aquéllos requieren aprobación del Congreso (órgano que ejerce el Poder Legislativo Nacional) (Título V) y éstos no lo requieren. Los contratos de interés de los Estados o Municipios, por tanto, son contratos que no serían de interés nacional.

2. En la doctrina nacional se ha querido diferenciar cuantitativamente la noción de contrato de interés nacional, al identificarse con un “tipo esencial de contratos, por su importancia, por su magnitud económica, por sus consecuencias”. Por ejemplo, Gonzalo Pérez Luciani, señala que:

“de no existir diferencias cualitativas entre los diversos contratos que pudiese celebrar la Administración para calificar a unos como de “interés nacional” y a otros no, la única posibilidad es que las normas diferenciales sean exclusivamente cuantitativas. De las diversas normas transcritas puede deducirse que la preocupación del Constituyente ha girado en torno a cuestiones como las siguientes: los compromisos económicos o financieros que pudieran resultar a cargo del Estado; al temor a que se malgasten o dilapiden los fondos públicos; la necesidad de conservar los bienes patrimoniales o los recursos naturales del Estado, o que los mismos no sirvan para beneficiar a unos pocos en detrimento de todos; los requerimientos de control, sobre los poderes de la Administración, para evitar abusos, favoritismos, etc. Esas características cuantitativas son las que han movido al Constituyente para considerar a unos contratos de «interés nacional»”<sup>43</sup>.

Una interpretación similar la hace José Melich Orsini, al señalar que un contrato de interés público (comprendido los de interés nacional) es el que contiene “una gran contratación hecha por la Administración Pública Nacional... que justifique a los fines de control la intervención del Congreso”<sup>44</sup>.

Este criterio cuantitativo de interpretación sobre qué ha de entenderse por contrato de interés nacional, por sí sólo, es inadmisibles para trazar el

43. Dictamen sobre los contratos de interés público, de interés nacional y los contratos de empréstito público, 1973, citado por Fermín Toro Jiménez, *Manual de Derecho Internacional Público*, Vol. 1, Caracas 1982, p. 473. Esta tesis cuantitativa ha sido criticada por Elov Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 5ª Edición, Caracas 1983, p. 318.

44. “La Noción de Contrato de Interés Público” en *Revista de Derecho Público* N° 7, Caracas 1981, p. 61.

límite entre los contratos que sean de interés nacional y los que no lo sean, y requeriría, para su vigencia, de una ley que lo determine. El legislador, en efecto, tendría que establecer el límite "cuantitativo" o de "gran contratación", para que se pudiera exigir, como condición de eficacia contractual, la aprobación del Congreso. Lo cierto es que esa intervención parlamentaria no puede quedar sujeta a interpretaciones o a apreciaciones cuantitativas que, sin previsión legal, serían variables. Por tanto, el criterio cuantitativo no es admisible para determinar los contratos de interés nacional, sino cuando una ley establezca que aquellos de determinada cuantía, importancia o naturaleza lo sean, a los efectos de quedar sujetos a la aprobación del Congreso <sup>45</sup>.

3. Otra posición doctrinal, elaborada bajo el ángulo del derecho internacional, sostiene que por contratos de interés público (comprendidos los de interés nacional) "debe entenderse pura y simplemente aquellos contratos celebrados por el Estado que puedan dar origen a reclamaciones extranjeras". Es la posición de Fermín Toro Jiménez, quien agrega que no serían contratos de interés público (incluyendo los de interés nacional) "todos aquellos en que no pueda plantearse la posibilidad de una reclamación extranjera, ni directamente, a través de una reclamación diplomática, ni indirectamente mediante el ejercicio de una acción contra el Estado venezolano ante los tribunales de un Estado extranjero, conforme a la legislación de ese mismo Estado. Estos contratos, serían aquellos celebrados por el Estado venezolano o demás entes públicos con personas naturales o jurídicas venezolanas" <sup>46</sup>.

Esta interpretación tampoco es admisible, no sólo por su visión limitada respecto de los efectos internacionales de los contratos públicos, sino porque el mismo artículo 126 de la Constitución le da una connotación de derecho interno a los contratos de interés nacional, al admitir que una categoría de ellos pueden ser "necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública" aun cuando no se celebren con personas jurídicas extranjeras. Por otra parte, es una interpretación que identifica, en los términos de los artículos 126 y 127, los contratos de "interés público" con los de "interés nacional", lo cual no autoriza la Constitución. No se olvide que los primeros constituyen el género y los segundos una especie.

En todo caso, la interpretación de qué ha de entenderse por contrato de interés nacional, no puede estar basada en la sola posibilidad de reclamaciones extranjeras contra el Estado derivadas del vínculo contractual. La Constitución, en forma alguna, autoriza a esta interpretación, máxime cuando regula con precisión los casos de contratos celebrados por los entes públicos con personas jurídicas extranjeras <sup>47</sup>.

45. Cfr. Eloy Lares Martínez, *loc. cit.*, p. 136.

46. *Manual de Derecho Internacional Público*, Tomo I, Caracas 1982, pp. 481 y 482.

47. Art. 126, penúltimo aparte y 127.

Como conclusión, por tanto, en ausencia de una legislación que determine con precisión qué ha de entenderse por contrato de interés nacional, la única interpretación que autoriza el texto mismo de la Constitución para diferenciar “contratos de interés nacional” de aquellos que no lo son, es la que deriva del principio de la repartición vertical del Poder en nuestro sistema federal o político-territorial. Así, contratos de interés nacional son los celebrados por las entidades políticas y administrativas nacionales (República, Institutos Autónomos y otros establecimientos públicos estatales nacionales y empresas del Estado nacionales). En consecuencia, no son contratos de interés nacional los celebrados por los Estados o Municipios, sus institutos autónomos estatales o municipales y sus empresas del Estado estatales o municipales.

En consecuencia, sólo los primeros, los contratos de “interés nacional” están sometidos, como principio, al requisito de aprobación por el Congreso que prevé el artículo 126 de la Constitución en su primera parte; y, en cambio, los segundos, es decir, los contratos de interés estatal o municipal, no están sometidos al requisito de aprobación del Congreso para su celebración.

#### B. *La exigencia de aprobación del Congreso en los contratos de interés nacional*

De lo señalado anteriormente puede concluirse como principio general, que todos los contratos de interés nacional, es decir, que sean celebrados por entes públicos o administrativos nacionales (República, Institutos Autónomos Nacionales, otros establecimientos públicos estatales nacionales y empresas del Estado nacionales), estarán sometidos a la aprobación del Congreso que, como requisito, se configura como una formalidad posterior a la conclusión del contrato.

Sin embargo, la Constitución establece en el artículo 126 que, en efecto, todos los contratos de interés nacional para ser celebrados requieren de la aprobación del Congreso “salvo los (contratos de interés nacional) que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permita la ley”. Esa norma plantea varios problemas interpretativos:

1. Ante todo, el artículo 126 de la Constitución distingue dos categorías de contratos de interés nacional: aquellos que no son necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública y aquellos que, en cambio, sí son necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública. Sólo los primeros están sometidos al requisito de aprobación del Congreso.

Sin embargo, necesariamente aquí se nos plantea el problema, de nuevo, de establecer la frontera entre uno y otro contrato: en otras palabras, se plantea el problema de determinar cuándo un contrato de interés nacional es necesario para el normal desarrollo de la Administración Pública y cuándo no.

Ello exige definir criterios, en primer lugar, sobre lo que es o no "necesario" y, en segundo lugar, sobre lo que es o no "normal desarrollo". Estamos aquí, de nuevo, ante conceptos jurídicos imprecisos o indeterminados que sólo el legislador podría definir con precisión, para lo cual podría optar por variados criterios, incluso el de carácter cuantitativo. Mientras ello no se haga, nada autoriza al intérprete a calificar en forma definitiva un contrato de interés nacional como sujeto o no a la aprobación legislativa. Puede, sin duda, haber apreciaciones, pareceres u opiniones, pero no criterios jurídicos definitivos. Como lo indicamos en otro lugar, "para ello se requiere una normativa legal que lo especifique"<sup>48</sup>. De lo contrario, como lo afirma Eloy Lares Martínez, "dentro de esa primera excepción, pueden considerarse incluidos, si no la totalidad, la inmensa mayoría de los contratos que celebra el Ejecutivo Nacional, cualesquiera fuesen su magnitud, importancia y trascendencia en el desarrollo nacional"<sup>49</sup>.

Ahora bien, siendo una excepción a la regla constitucional, es de interpretación estricta, y la aplicación de la misma, en principio, requeriría de una ley que determine cuáles son los contratos de interés nacional necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública y que, por tanto, no estarían sometidos a la aprobación posterior del Congreso. Mientras esto no ocurra, todos los contratos de interés nacional tendrían que someterse a ese requisito de aprobación parlamentaria. Ello, sin duda paralizaría y entrabaría el normal funcionamiento y desarrollo de la Administración del Estado, y para evitar eso, la misma Constitución previó otra excepción que, materialmente, convierte la regla misma en excepción.

2. En efecto, el artículo 126 de la Constitución somete a aprobación legislativa los contratos de interés nacional, "salvo... los que permita la Ley", lo que significa, como lo hemos indicado en otro lugar, "atribuidos por ley a cualquier autoridad pública sin indicación de la intervención del Poder Legislativo. De ello se desprende que, en realidad, en la práctica, la excepción es la regla general, pues la mayoría de los contratos administrativos no requieren la intervención a posteriori del Congreso Nacional, por lo cual el requisito de aprobación legislativa es excepcional"<sup>50</sup>.

Con esta apreciación coincide Eloy Lares Martínez al señalar que "la segunda de las excepciones indicadas exime de la aprobación legislativa los

48. Véase Allan R. Brewer-Carías, "La evolución del concepto de contrato administrativo" en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas 1981, p. 53. La Contraloría General de la República, sin embargo, ha considerado como contratos de interés nacional que no necesitan aprobación por el Congreso, los contratos de obra pública y los destinados a la adquisición de bienes. Véase *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938-1968*, Tomo III, Caracas 1968, p. 49.

49. *Loc. cit.*, p. 139.

50. Véase Allan R. Brewer-Carías, "La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los Contratos Administrativos" en *Revista de la Facultad de Derecho, U.C.V. N° 28*, Caracas 1964, pp. 61 a 112; reproducido en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1975 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol. 2, Caracas 1977, p. 485.

contratos “que permite la Ley”, esto es, aquellos que, en virtud de disposición legal, pueden celebrarse y ejecutarse sin necesidad de la referida aprobación. Esta excepción procede, no sólo cuando los preceptos legales referentes a determinados contratos los provean en todos sus trámites sin señalarles la necesidad de aprobación legislativa (sería un caso de permisión implícita), o cuando los eximan de manera expresa, de la necesidad de dicha aprobación explícita”<sup>51</sup>. En igual sentido, Luis Enrique Farías Mata señala que “también están exceptuados de la regla general de la aprobación legislativa, los contratos cuya celebración sin la aprobación del Congreso permita la ley. Esta nueva excepción a la regla general resulta lógica, porque la permisión de la ley haría redundante una nueva intervención del Parlamento por vía de aprobación”<sup>52</sup>.

En consecuencia, en realidad, conforme a lo previsto en el artículo 126 de la Constitución, los contratos de interés nacional que en la actualidad deben someterse a la aprobación del Congreso, en ausencia de una ley que determine cuáles son los necesarios para el normal desarrollo de la Administración, son aquellos que no están regulados en modo alguno en leyes. Al contrario, si una ley establece la posibilidad de celebración del contrato y no prevé la aprobación parlamentaria, significa que ha sido el mismo legislador quien ha “permitido”, por ley, la celebración del contrato sin aquella aprobación<sup>53</sup>. A esta situación conduce la redacción del artículo 126 de la Constitución, en cuanto a las excepciones a la aprobación parlamentaria en los contratos de interés nacional.

Por tanto, la aprobación del Congreso respecto de contratos de interés nacional, en la realidad, es absolutamente excepcional, pues el legislador, con base en lo establecido en la Constitución, ha permitido ampliamente la celebración de dichos contratos, sin prever ni regular la intervención legislativa. En consecuencia, puede afirmarse que cuando en una ley se prevé que un ente público nacional puede realizar determinadas actividades u operaciones, que pueden resultar en la celebración de contratos, y no prevé la aprobación parlamentaria, ésta no procede, ni podría, en forma alguna, invocarse una supuesta ineficacia del contrato por su omisión (nunca se trataría de invalidez, pues la aprobación del Congreso prevista en el artículo 126 de la Constitución es posterior a la conclusión del contrato).

51. *Loc. cit.*, p. 139.

52. Luis Enrique Farías Mata, *La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas*. Caracas, 1968, p. 50.

53. La Contraloría General de la República, sin embargo, ha interpretado la expresión que “permita la ley” en el sentido de exceptuados expresamente por la ley de aprobación legislativa, a cuyo efecto cita el supuesto de contratos de asociación para construir empresas exceptuadas de aprobación legislativa por la Ley Anual de Presupuesto. Véase *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969-1976*, Tomo IV, Caracas 1978, pp. 243 y 253; y Tomo V, pp. 830 y 836. Al contrario, la opinión de la Procuraduría es que “cada vez que un texto legal autoriza a la administración pública a celebrar el contrato sin aprobación legislativa, será un contrato de interés nacional que no requiere ley aprobatoria”. Véase *Doctrina PGR 1972*, Caracas 1973, p. 314.

### III

## EL SENTIDO ACTUAL DE LA DISTINCION ENTRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION



Del análisis anterior que hemos realizado de las diversas formas contractuales del actuar administrativo resulta que la Administración realiza con normalidad, una actividad administrativa cuya naturaleza corresponde a verdaderos contratos, aun en los casos en que se trate de contratos interadministrativos. En todos esos contratos, por supuesto, en mayor o menor intensidad, resultan aplicables las normas de derecho público.

Ahora bien, frente a esas figuras contractuales extremadamente variadas, la carga dogmática del derecho administrativo ha conducido a la discusión respecto de la naturaleza jurídica de dichos contratos originada por la pregunta: ¿se trata, siempre, de contratos administrativos o algunos de ellos son “contratos de derecho privado” suscritos por la Administración?

## 1. EL ORIGEN DE LA DISTINCION

La idea misma del contrato administrativo, como categoría propia del derecho administrativo erigida frente a la figura del contrato de derecho privado, aun el suscrito por la propia Administración, proviene de la doctrina francesa, tan influyente en el derecho público contemporáneo <sup>1</sup>. En el nacimiento de esa noción y en la justificación original de la distinción, está la partición de competencias entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial. Por ello se ha dicho, con razón, que la única justificación de la noción del contrato administrativo estuvo en la atribución de competencias al órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, o en otras palabras, en esa época, la única singularidad de los contratos administrativos era una singularidad de régimen jurisdiccional, que no afectaba, en ningún caso, ni a su naturaleza ni a su regulación de fondo, que seguirían siendo las propias de toda cuestión civil <sup>2</sup>.

1. Véase A. De Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 3 Vol. Paris 1956. La reedición actualizada de esta obra con el título *Traité des Contrats Administratifs*, en 2 Vols. ha estado a cargo de F. Modene y P. Delvolvé, Paris 1984.
2. Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid 1974, Tomo I, p. 492.



Pero, por supuesto, esta es una distinción que surge durante la primera década de este siglo. Durante el siglo pasado, a pesar de la dualidad de jurisdicciones, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado suscritos por la Administración no existía, ni hubiera tenido razón de ser, en virtud de la unidad de jurisdicción que había en favor de la Administración.

En efecto, en su origen, la repartición de competencias entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial en Francia, estaba basada en un criterio orgánico: la jurisdicción administrativa era competente en todas las relaciones jurídicas en las que interviniera la Administración, por lo que todos los contratos en los cuales ella fuera parte caían bajo su jurisdicción <sup>3</sup>. La jurisdicción judicial, por su parte, sólo era competente para conocer de los actos entre particulares. Aun en la época del predominio de la tesis de los actos de autoridad y actos de gestión como criterio del derecho administrativo, es de destacar que a pesar de considerarse a la actividad contractual como de gestión, su conocimiento continuaba correspondiendo a la jurisdicción administrativa en virtud del criterio orgánico. Por ello, durante todo el siglo pasado, en Francia no había distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, pues no sólo no había necesidad de distinguirlos por su régimen jurídico, sino que tampoco había un motivo jurisdiccional para ello.

Es a comienzos del presente siglo, con la aparición del criterio de servicio público, cuando comienza a formularse la idea de un *contrato administrativo, sometido a un régimen de derecho administrativo, como contrapuesto al contrato de derecho privado, sometido a las regulaciones del derecho civil*, con sus razones jurisdiccionales: los primeros quedaban sometidos a la jurisdicción administrativa, en cambio que los últimos caían bajo la competencia de la jurisdicción judicial. En el inicio de esta distinción jurisdiccional está la célebre decisión contenida en el *arrêt Terrier*, de 1903, en el cual el Consejo de Estado francés señaló que todo lo que concernía a la organización y funcionamiento de los servicios públicos, fuera que la Administración actuase por vía de contrato o de autoridad, constituía una operación administrativa, que por su naturaleza, era del dominio de la jurisdicción administrativa <sup>4</sup>.

La noción del servicio público, por tanto, fue la que dio origen a la distinción y correspondió a Jéze, como ductor de la escuela de Burdeos o del servicio público, desarrollar la teoría de los contratos administrativos <sup>5</sup>.

---

3. Véase José Ramón Parada Vázquez: *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla, 1963, pp. 32 y ss.

4. Véase la decisión del Consejo de Estado Francés, de 6-2-1903, conocida como *Arrêt Terrier*, en M. Long, P. Weil y G. Braibant: "*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*". París, 1978, pp. 53 y ss.

5. En la obra de Gastón Jéze: *Principios generales del Derecho Administrativo*, 6 tomos. Buenos Aires, 1949-1950, los tres últimos están destinados a la "Teoría general de los contratos administrativos".

La justificación posterior de estos contratos administrativos, sometidos, como los servicios públicos, a un régimen jurídico especial, estuvo en la noción de las cláusulas exorbitantes del derecho común, que les daban una sustantividad propia. Por ello, el derrumbamiento del criterio del Servicio Público, como noción clave del derecho administrativo francés y de la partición de competencias entre las jurisdicciones administrativa y judicial, no produjo consigo el derrumbamiento de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado suscritos por la Administración. La distinción ya había adquirido sustantividad y perdido su base adjetiva, con base en la idea clave de las cláusulas exorbitantes del derecho común, las cuales siempre estaban presentes en los primeros y no se encuentran en los segundos <sup>6</sup>.

Por supuesto, paralelamente a la idea de las cláusulas exorbitantes del derecho común, que más que la causa de la distinción era su consecuencia, la doctrina del derecho administrativo, en las últimas décadas, ha venido elaborando los más variados criterios de distinción entre las dos categorías de distinción entre las dos categorías de contratos <sup>7</sup>. La imposibilidad real de lograr una neta distinción entre ambas figuras contractuales es lo que ha provocado el desespere de los autores y que la propia teoría de los contratos administrativos siga siendo, como lo dice, E. García de Enterría: "notoriamente insatisfactoria" <sup>8</sup>.

## 2. EL CONCEPTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LA AUTONOMIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como se dijo anteriormente, la autonomía del derecho administrativo, incuestionable, por supuesto, se ha pretendido vincular, inconscientemente, a la sustantividad propia de todas las instituciones de esta rama del derecho, particularmente respecto de las que provienen del tronco común del derecho privado, y a la aplicabilidad, a la Administración, de un régimen jurídico especial y propio, distinto del derecho civil. Allí está el origen de la insatisfacción, del desespere y de las posiciones polémicas que caracterizan a la teoría del contrato administrativo.

Ante todo, como lo ha puntualizado Dromi <sup>9</sup>, debe quedar claro que la mayoría de las figuras jurídicas son comunes a las distintas ramas del dere-

---

6. Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", en *Revista de Administración Pública*, Nº 41, Madrid 1963, pp. 106-108.

7. Véase, por ejemplo, Miguel Angel Bercaitz: *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, 1952, pp. 169 y ss.

8. Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 110.

9. Véase José Roberto Dromi: "Contratos de la Administración: Régimen Jurídico Unitario", *Rassegna dei Lavori Pubblici*, Estratto dal Nº 11. Noviembre, 1977, pp. 4 y 5.

cho. Por ello, el contrato, tal como lo afirma E. García de Enterría<sup>10</sup>, es una *institución general a todo el Derecho*, por lo que no es una figura propia de una rama jurídica específica; es común al derecho civil, al derecho mercantil, al derecho laboral y al derecho administrativo; y se lo califica de civil, mercantil, del trabajo o administrativo, cuando se le suman, a sus características básicas y genéricas, las notas peculiares y específicas del régimen regulado en esas ramas del derecho.

El hecho histórico de que el contrato, como institución, haya tenido su origen sustantivo en el derecho privado, y que allí haya encontrado su aplicación y regulación más depurada, no puede conducir a la conclusión de que sea una figura exclusiva del derecho civil, y de que a las instituciones contractuales similares que tienen vida en otros ámbitos jurídicos, haya que construirles, a toda costa, una sustantividad propia. El derecho administrativo, para justificar su autonomía, no necesita ya del esfuerzo encomiable y quizás fundamental, por sustantivar sus propias instituciones. Por otra parte, si bien el derecho administrativo es el que regula la Administración Pública, la ecuación Administración-Derecho Administrativo no es válida en la actualidad, por la evidente interaplicación del derecho público y del derecho privado, tanto a los sujetos del derecho administrativo como a los particulares<sup>11</sup>.

La Administración, por tanto, si bien preponderantemente regulada por el derecho administrativo, en la actualidad está sometida tanto al derecho público como al derecho privado, y su actividad, regida por ambas ramas del derecho, será siempre una actividad administrativa<sup>12</sup>. No hay, en realidad, actividad privada de la Administración: así como no existen actos privados de la Administración<sup>13</sup>. La actividad de la Administración y, en general, de todos los sujetos de derecho administrativo, está sometida a un régimen preponderante de derecho administrativo o preponderante de derecho privado, pero ello no autoriza a concluir que, en el primer supuesto, la actividad sea administrativa y, en segundo, sea privada.

En materia de contratos de la Administración, entonces, habrá contratos con un régimen preponderante de derecho administrativo o preponderante

---

10. Véase Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 115.

11. Véase Allan R. Brewer Carías: "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho", *Revista de la Facultad de Derecho*, U.C.V., N<sup>o</sup> 57, Caracas 1976, pp. 115-135.

12. Aun en los supuestos de la denominada "administración del derecho privado", ésta está regida por el derecho público. Véase Allan R. Brewer-Carías: "La impugnación de los Actos Administrativos de Registro ante la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, 1975, p. 460.

13. Cfr., José Roberto Dromi, *loc. cit.*, p. 10.

de derecho civil <sup>14</sup>, o si se quiere, habrá contratos en los cuales la modulación administrativa de los mismos alcanza una mayor o menor intensidad <sup>15</sup>.

Por tanto, en nuestro criterio, y en países como Venezuela, en los cuales la jurisdicción contencioso-administrativa había sido tradicionalmente competente para conocer de todos los litigios concernientes a los contratos de cualquier naturaleza en que fuera parte la Administración, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, no tendría el interés jurídico que ha tenido en otros países, derivado del interés en sustantivar nuestro propio derecho administrativo.

En todo caso, hay unos contratos de la Administración —esto ya no parece necesario reafirmarlo— que tienen siempre, como lo señala J. R. Parada Vázquez, un régimen mixto <sup>16</sup>, el cual según su finalidad, será un *régimen preponderante de derecho público o preponderante de derecho privado*, de acuerdo al interés público envuelto en el vínculo jurídico que se establezca. Por ello, puede decirse que no sólo la presencia de una Administración Pública en la relación contractual, sino la finalidad perseguida por esa Administración, más o menos vinculada al servicio público, como noción genérica, es lo que provocará la preponderancia y las modalidades específicas de dicha relación.

Esto, sin embargo, no excluye el hecho de que todos los contratos de la Administración estén sometidos a un conjunto de regulaciones comunes de derecho público, y la posible preponderancia del derecho público o del derecho privado a que hemos hecho referencia, se reduzca, en realidad, a las modalidades de ejecución y cumplimiento del contrato. Aquí es donde adquieren sentido las denominadas cláusulas exorbitantes del derecho común, las cuales, en realidad y, en general, no son tales cláusulas contractuales, sino que resultan de los propios poderes de acción unilateral de la Administración, como gestora del interés público <sup>17</sup>. Su utilización *no está proscrita* en ninguna de las relaciones contractuales de la Administración, ni siquiera en aquellas tradicionalmente calificadas como de derecho privado, por lo que en ellas podrán ser usadas, según la apreciación del interés general envuelto en la relación contractual que haga la propia Administración.

Por otra parte, y aun en aquellos contratos tradicionalmente calificados como administrativos, debe recordarse que respecto de ellos, a pesar de que

---

14. *Idem*, p. 11.

15. Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: "*Curso...*", *cit.*, p. 497.

16. Véase José Ramón Parada Vázquez, *op. cit.*, p. 11.

17. En este sentido, la Procuraduría General de la República, al referirse a estas cláusulas que consagran poderes de la administración "observa que no se trata de facultades contractuales, sino de simples manifestaciones autoritarias de la administración, que posee fuera de toda relación contractual. Dichos poderes no aparecen reconocidos en el texto del contrato, ni conferidos en ningún texto legal, sino que se trata de principios aceptados universalmente y que forman parte de ese poder amplio de autotutela de que está dotada la administración". Véase *Doctrina PGR 1971*, p. 175.

predomine el régimen de derecho público, no ha existido nunca un régimen jurídico uniforme sino que, en general, se han admitido tantos regímenes como relaciones contractuales celebra la Administración para el cumplimiento de sus fines públicos.

Estas son las cuestiones básicas que tenemos que analizar a continuación.

### 3. EL REGIMEN COMUN DE DERECHO PUBLICO DE TODOS LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

En efecto, señalamos, en primer lugar, que todos los contratos de la Administración, es decir, toda la actividad contractual de la Administración, cualquiera sea su forma, está siempre sometida a un régimen común y uniforme de derecho público. Bajo ese ángulo, no tiene interés jurídico sustantivo, plantear distinción alguna entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración. Este régimen unitario y común a todos los contratos de la Administración, se refiere al proceso de formación de la voluntad administrativa en la actividad contractual<sup>18</sup>. En este campo, donde la aplicación del derecho público es evidente, no hay duda de que estamos en presencia de un régimen común a los denominados contratos administrativos y a los contratos de derecho privado. Veamos.

En primer lugar, las reglas de competencia. Estas se aplican y son de orden público, sea cual sea la Administración que actúe y sea cual sea la finalidad que la Administración persiga al actuar. No hay aquí distinguos: siempre, la Administración contratante debe ser la competente en los términos prescritos por el derecho administrativo, sin que quepa hablar de que tratándose de contratos de derecho privado se aplicarían las reglas civiles de la capacidad<sup>19</sup>.

En segundo lugar, las reglas del procedimiento administrativo. En todos aquellos supuestos en que exista formalmente prescrito un procedimiento para contratar, la Administración debe sujetarse al mismo, sea cual sea la posible naturaleza de la relación contractual. Como ejemplo de ello deben citarse, en Venezuela, las normas sobre formalidades en la tramitación de contratos establecidos uniformemente para todos los contratos de la Administración Ministerial en el viejo Reglamento del Estatuto Orgánico de Ministerios de 1971<sup>20</sup>.

En tercer lugar, las reglas relativas a las formalidades previas previstas en ciertas relaciones contractuales: opinión previa del Senado o de la Con-

- 
18. Cfr., Eduardo García de Enterria: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 113; José Roberto Dromi: *loc. cit.*, p. 11; José Ramón Parada Vásquez: *op. cit.*, pp. 12 y 13. Véase además, *Doctrina PGR 1971*, Caracas 1972, 173.
  19. Véase Allan R. Brewer-Carías: *Introducción al Estudio de la Organización Administrativa Venezolana*, Caracas, 1978, pp. 62 y ss.
  20. Véase Decreto N° 539, de 10-2-71, en *Gaceta Oficial* N° 29.438, de 11-2-71.

traloría General de la República en las relaciones contractuales en las cuales se enajenen bienes inmuebles o muebles, respectivamente, por ejemplo <sup>21</sup>; opinión previa del Consejo de Ministros o de la Contraloría en los contratos que impliquen transacciones <sup>22</sup>.

En cuarto lugar, las reglas relativas a las previsiones presupuestarias y al control fiscal externo. Todos los contratos celebrados por la Administración, cuando implican compromisos financieros y, por tanto, gastos, para poder ser celebrados, debe haberse previsto dichos gastos en el presupuesto anual. La previsión constitucional venezolana de que no se hará del Tesoro gasto alguno no previsto en la Ley de Presupuesto <sup>23</sup>, se aplica a cualquier gasto originado en cualquier actividad administrativa, incluso su actividad contractual.

Por otra parte, todos los contratos de la Administración, sea cual fuere la finalidad perseguida y su naturaleza, y salvo las excepciones de base cuantitativa o de urgencia prevista en la ley, están sometidos a las modalidades de control fiscal previo por parte de la Contraloría General de la República <sup>24</sup>. Este organismo, respecto de cada contrato que implique compromiso financiero, deberá verificar la correcta imputación del gasto programado al crédito presupuestario establecido; la disponibilidad de las respectivas partidas presupuestarias; la previsión de precios justos y razonables; y la existencia de las debidas garantías constituidas por el co-contratante a favor de la Administración <sup>25</sup>. Este régimen de derecho público, es común a todos los contratos celebrados por la Administración.

En quinto lugar, están las reglas de selección de contratistas. Cuando están legal o reglamentariamente prescritas, las mismas se aplican a todos los contratos de la Administración, estableciéndose, en general, excepciones, con base en la cuantía y no con base en la naturaleza de la relación que se establece entre la Administración y el Administrado. Por tanto, la licitación, el concurso y todas las formas de selección se aplican, indistintamente, en todos los contratos de la Administración <sup>26</sup>.

---

21. Véase el artículo 150, ordinal 2º, de la Constitución y artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

22. Véase artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

23. Artículo 227.

24. Artículos 18 y ss., de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (G.O. Nº 1.756 Extraordinario, de 30-6-75).

25. Idem.

26. Véase artículos 427 y ss. de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y la Ley de Licitaciones, G.O. Nº 34.528 de 10-8-90.

#### 4. EL REGIMEN PREPONDERANTE DE DERECHO PUBLICO EN LA EJECUCION DE CIERTOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

##### A. *Algunos contratos con régimen preponderante de derecho público y sus consecuencias*

Hemos señalado que aparte del régimen común y uniforme de derecho público de todos los contratos de la Administración, sin duda, ciertos contratos que ésta celebra, por su vinculación al interés general o por su finalidad de servicio público, tienen un régimen preponderante de derecho público aplicable a las modalidades de ejecución, cumplimiento y extinción del contrato.

Ciertamente, por su carácter reiterativo y de utilización permanente, a ciertos contratos se los ubica, en forma fija, dentro de esta categoría con régimen de preponderancia de derecho público, por ejemplo, los contratos de obra pública o las concesiones de servicio público. Sin embargo, ello no implica que en un momento determinado, no pueda la Administración juzgar que, en una relación contractual cualquiera, aparentemente similar a las de derecho privado, no se haga presente un interés general que exija aplicar las modalidades propias del derecho público.

Ese carácter normal y reiterativo de aquellos contratos, por otra parte, ha llevado, por ejemplo, a la Administración, a la elaboración unilateral de cláusulas de condiciones generales y específicas, como las previstas en los contratos de obra pública, y a la elaboración, inclusive, del texto de los contratos por la sola Administración, configurándose, para los co-contratantes, en cabales contratos de adhesión<sup>27</sup>. Además, esas cláusulas de condiciones generales, por el interés público envuelto en la ejecución del contrato, inclusive llegan a regular situaciones jurídicas no previstas normalmente en contratos suscritos entre particulares, por ejemplo, en el campo de variación, y revisión de precios y tarifas, que resultan ser más favorables a éstos<sup>28</sup>.

Sin embargo, insistimos, este régimen preponderante de derecho público, manifestado en los aspectos señalados, si bien es normal en ciertos contratos tradicionalmente calificados como administrativos, ello no implica que haya otros contratos de la Administración, con pretendido régimen de derecho privado, en los cuales estén proscritas las modulaciones de derecho público. Esto resulta evidente en lo que concierne a las reglas de derecho público que afectan la ejecución, el cumplimiento y la extinción de los contratos llamados administrativos, y que dan origen a las denominadas cláusulas exorbitantes del derecho común.

---

27. Véase el Decreto N 1.821 de 30-8-91 sobre Condiciones Generales de Contratación de Obras. G.O. 34.797 de 12-9-91.

28. Por ejemplo, los artículos 61 y ss., en idem.

## B. *Las llamadas cláusulas exorbitantes*

Dos cuestiones deben quedar claras en torno a estas llamadas cláusulas exorbitantes: en primer lugar, como se dijo, en general no son cláusulas en el sentido de que no son estipulaciones contractuales, sino que, en realidad, son manifestaciones del poder de acción unilateral propio de la Administración Pública; y en segundo lugar, no son exorbitantes del derecho común, pues la Administración, por lo señalado anteriormente, puede utilizarlas aun en aquellas relaciones contractuales en las cuales exista una preponderancia de régimen de derecho privado. Además, como lo ha dicho G. Vedel, la tal exorbitancia, en realidad no implica que las mismas pudieran ser ilícitas en contratos privados, sino que son desacostumbradas y poco verosímiles<sup>29</sup>. De allí que no sirvan como criterio para fundamentar una distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración.

Pero ¿cuáles son, en realidad, estas famosas cláusulas exorbitantes que sólo podrían darse en el campo del contrato administrativo? Eduardo García de Enterría ha hecho un magistral análisis de las mismas<sup>30</sup>, que conviene repasar.

### a. *Las decisiones unilaterales de la Administración en la ejecución de los contratos*

En primer lugar, están todas aquellas decisiones unilaterales de la Administración Pública en materia contractual, y que se refieren, como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, a la dirección, interpretación, incumplimiento, sanción, y extinción de la relación contractual<sup>31</sup>. Sin embargo, como lo señala E. García de Enterría, estas cláusulas, en realidad son extracontractuales, y provienen de los poderes propios de acción unilateral de la Administración como gestora del interés público. Por ello, con razón, la jurisprudencia venezolana ha establecido que estas cláusulas no necesitan estar previstas en el texto contractual<sup>32</sup>; por supuesto que no, pues como se dijo, no son realmente estipulaciones contractuales, ni podrían serlo. En todo caso, conforme a ello, la Administración, unilateralmente, puede decidir sobre la dirección en la ejecución del contrato, sobre la interpretación de sus cláusulas, sobre las situaciones que originan incumplimiento del contrato, sobre la aplicación de las sanciones legalmente previstas y sobre las situaciones que permiten decidir la rescisión unilateral. Estas decisiones son actos administrativos unilaterales, que gozan tanto de ejecutividad como de ejecu-

29. Véase Georges Vedel: "Remarques sur la notion de clause exorbitante", en *Etudes en l'honneur d' A. Mestre*. París, 1956, pp. 545 y ss., cit. por Eduardo García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", *loc. cit.*, p. 122. Cfr. André de Laubadère: *Traité des Contrats Administratifs*. París, 1956, p. 99.
30. Véase Eduardo García de Enterría: "La figura . . .", *loc. cit.*, pp. 122 y ss.
31. Véase Allen R. Brewer-Carías: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, pp. 196 y ss.
32. *Idem*, p. 196.



toriedad, y que deben ser impugnados previamente, como tales actos administrativos, antes de procederse a acudir a la vía contencioso-administrativa de las demandas contra los entes públicos en materia contractual, salvo que las pretensiones de condena vayan acompañadas de las respectivas pretensiones de anulación.

Estas decisiones unilaterales de la Administración, como se dijo, en general, no son cláusulas contractuales y resultan del propio poder de acción unilateral de la Administración previsto en el ordenamiento jurídico. Por supuesto, esta decisión unilateral no puede afectar elementos que sean de la esencia del vínculo jurídico contractual<sup>33</sup>: por ejemplo, los daños y perjuicios por incumplimiento, si no existe cláusula penal expresa, no pueden estimarse unilateralmente, y la Administración tendrá que probarlos en vía judicial<sup>34</sup>.

En todo caso, estos poderes de decisión unilateral se pueden utilizar frente a cualquier relación contractual de la Administración, sea de las que tienen un régimen preponderante de derecho público o de derecho privado; dependerá su utilización de la apreciación del interés general envuelto en la relación contractual que haga la Administración. Por ello, al no ser cláusulas contractuales, no pueden servir para distinguir unos contratos de otros.

#### b. *Los poderes de modificación unilateral de los contratos*

En segundo lugar, están todos los poderes o prerrogativas de la Administración que pueden conducir a la modificación de las cláusulas contractuales. Esto sucede, no sólo cuando es la propia Administración contratante la que modifica el contrato unilateralmente, sino cuando lo hace otra autoridad pública, mediante el denominado "hecho del príncipe". De nuevo, aquí nos encontramos con el poder de acción unilateral de la Administración, que no tiene su fuente en el contrato, y que no afecta la esencia de la relación contractual.

En efecto, en caso de modificación e incluso, de rescisión unilateral del contrato por la Administración co-contratante por razón de interés público, la Administración debe indemnizar al co-contratante, por lo que la equivalencia de prestaciones, cuyo equilibrio puede ser roto por la decisión unilateral, se restablece con el derecho de indemnización<sup>35</sup>. La rescisión o modificación unilateral no afectan, realmente, la esencia del contrato, y lo que no puede el co-contratante, es alegar ilicitud en el poder de modificación unilateral y demandar a la Administración el cumplimiento. El incumplimiento siempre es posible en las obligaciones de hacer, y la incoercibilidad del cumplimiento específico de éstas se sustituye con la equivalencia indemnizatoria<sup>36</sup>. La legalidad de la decisión unilateral que modifique o extinga

33. Cfr., Eduardo García de Enterría: "La figura...", *loc. cit.*, pp. 123 y 124.

34. Véase Allan R. Brewer Carías: "Las Instituciones Fundamentales..." *cit.*, p. 199.

35. Véase Eduardo García de Enterría: "La figura...", *loc. cit.*, p. 126.

36. Véase José Ramón Parada Vázquez: *op. cit.*, pp. 216 y ss.

un contrato, está vinculada al interés público envuelto y sus límites son los límites de la discrecionalidad, por lo que no puede ser arbitraria <sup>37</sup>.

Por otra parte, las modificaciones contractuales derivadas del hecho del príncipe, y que también dan derecho a indemnización, de nuevo derivan de los propios poderes de acción unilateral del Estado y la Administración, con los cuales no sólo se pueden afectar contratos suscritos entre la Administración y un particular, sino contratos suscritos entre particulares: piénsese sólo, por vía de ejemplo, en los efectos de la expropiación sobre contratos interpartes.

En todo caso, la modificación unilateral de los contratos de la Administración y que proviene de decisiones unilaterales de ésta, es una facultad que ella tiene respecto de todos los contratos que suscriba, sean de régimen preponderante de derecho público o de derecho privado, es decir, sean contratos administrativos o de derecho privado. Su aplicación a las relaciones contractuales siempre será posible y dependerá de la apreciación del interés general envuelto en la situación jurídica concreta. No debe dejar de mencionarse, por ejemplo, que la decisión más importante de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en materia de contratos administrativos, dictada en 1954 <sup>38</sup>, fue producida con motivo de un contrato suscrito entre la República y un particular para el suministro de conejos con fines de investigación y experimentación por parte del Ministerio de Agricultura y Cría. Un contrato de suministros de conejos con esos fines, realmente, no parecía, a primera vista, como un contrato de los denominados administrativos, sin embargo, por una epidemia observada en los conejos, la Administración decidió rescindirlo unilateralmente, y con ello "descubrió" que su régimen era uno preponderante de derecho público, dada la apreciación que del interés general envuelto realizó la Administración.

### c. *Los efectos de los contratos respecto de terceros*

En tercer lugar, como parte de las llamadas cláusulas exorbitantes, están todos aquellos efectos de los contratos respecto de terceros extraños a la relación contractual Administración-Administrado. En efecto, como consecuencia de ciertos contratos administrativos, particularmente de las concesiones, resulta que los terceros pueden quedar afectados por cargas específicas <sup>39</sup>. Por ejemplo, en las concesiones mineras y en las antiguas concesiones de hidrocarburos, el concesionario podía, por subrogación de la potestad estatal, ejercer la potestad expropiatoria respecto de inmuebles de propiedad

---

37. Véase Allan R. Brewer-Carías: "Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas", en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCAB, Nº 2º, Caracas, 1965-1966, pp. 9 y ss.

38. Véase en Allan R. Brewer-Carías: *Jurisprudencia de la Corte Suprema, 1930-1974*, y *Estudios de Derecho Administrativo*, tomo III, Vol. 2, Caracas, 1977, pp. 661, 729, 732, 767, 804, 828 y 893.

39. Véase Eduardo García de Enterría: "La figura...", *loc. cit.*, pp. 126 y 127.

particular necesarios para la explotación y exploración del objeto de la concesión <sup>40</sup>; en los contratos de obra pública, el co-contratante de la Administración puede ocupar temporalmente propiedades ajenas a los efectos de la construcción contratada <sup>41</sup>; en las concesiones ferrocarrileras, el concesionario tiene derecho a extraer materiales de propiedades privadas cercanas a la línea del ferrocarril, a los efectos de la construcción de la misma <sup>42</sup>; en fin, en las concesiones de servicio público, los concesionarios tienen derecho a percibir las tasas por la prestación del servicio, y a ejercer potestades de policía del servicio público <sup>43</sup>. En ellas mismas, además, los bienes del concesionario afectados al servicio público, no son embargables de inmediato por vía judicial <sup>44</sup>.

La doctrina francesa ha visto en estas cargas o efectos respecto de terceros, una ruptura del principio de la relatividad de los efectos de los contratos, limitados a las partes. Sin embargo, es necesario destacar, como lo ha hecho André de Laubadère, que lo que se califica como efectos respecto de terceros no proviene, en realidad, del contrato Administración-Administrado, sino directamente de la ley <sup>45</sup>. En Venezuela, por ejemplo, son las Leyes de Minas, de Hidrocarburos, de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, de Ferrocarriles, de la Procuraduría General de la República y los cuerpos normativos locales de servicios públicos, los que prevén estos efectos respecto de terceros. Por tanto, no son los contratos los que tienen efectos respecto de terceros, sino las previsiones legales respectivas, actualizadas y concretizadas mediante una relación contractual.

Estas "cláusulas exorbitantes", en todo caso, además de no ser, exclusivamente, tales cláusulas, su posibilidad está regulada por ley, y es ésta la que establece, al preverlas, en definitiva, una preponderancia de régimen de derecho público, al que hemos hecho referencia.

### C. *La ausencia de un régimen jurídico unitario para los contratos de la Administración con régimen preponderante de derecho público*

Tal como hemos señalado, en el universo de las figuras contractuales del actuar administrativo, pueden identificarse algunos contratos que, por su

40. Véase el artículo 9 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, y artículo 52 de la Ley de Hidrocarburos.
41. Artículos 47 y ss. de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.
42. Artículo 17 de la Ley de Ferrocarriles, del 25-7-57 (G.O. N° 25.425 de 7-8-57).
43. Por ejemplo, los artículos 32 y ss. de la vieja Ley de Concesiones Ferrocarrileras de 1918, derogada por la ley de 1957.
44. Véase artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 29-12-65 (G.O. N° 27.921, de 22-12-65).
45. Véase André de Laubadère: *Traité des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, pp. 86 y ss.

utilización frecuente para fines públicos o por la finalidad concreta de servicio público perseguida, están sometidos a un régimen mixto público y privado, pero preponderantemente público en cuanto a la ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos. A estos contratos, normalmente, se les denomina administrativos.

Ahora bien, en esta categoría de contratos, es necesario puntualizar que los mismos no tienen, en absoluto, un régimen uniforme de preponderancia de derecho público. No encontramos en todos ellos las mismas cláusulas exorbitantes ni las mismas normas de derecho público. Basta recordar, de nuevo, los ejemplos citados anteriormente respecto de los efectos de los contratos con relación a terceros. Las normas de derecho público variarán, según la mayor o menor regulación legal positiva de que haya sido objeto la figura contractual. Por tanto, frente a los contratos administrativos, ni siquiera podemos hablar de un régimen unitario preponderante de derecho público.

## 5. EL SENTIDO DE LA DISTINCION ENTRE CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION

### A. *Algunas conclusiones*

De lo dicho anteriormente podemos extraer las siguientes conclusiones generales, que nos servirán para entender el sentido actual de la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración.

Debemos convenir ante todo que en Francia, durante el siglo pasado, no se planteaba la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración: los contratos de la Administración tenían un sólo régimen jurídico y su conocimiento correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de su competencia con fundamento orgánico. Cuando se formula el criterio diferenciador de actos de autoridad y actos de gestión, a pesar de que a los contratos se los ubica en esta última categoría, su control jurisdiccional, por vía de excepción, continuaba bajo la competencia de la jurisdicción administrativa.

Sin embargo, con la aparición del criterio de servicio público, a principios del presente siglo, como criterio del derecho administrativo, no sólo se consolida la autonomía de esta disciplina, sino que se comienzan a sustantivar las diversas instituciones utilizadas en el actuar administrativo. Los contratos administrativos quedaron vinculados a la noción de servicio público, y los mismos caían bajo la competencia de la jurisdicción administrativa. Los otros contratos que celebraba la Administración, caían bajo la competencia de la jurisdicción judicial, con lo que rompió la unidad adjetiva y jurisdiccional en materia contractual. Se diferenció, entonces, al contrato adminis-

trativo del contrato de derecho privado de la Administración, y se sustantivó el primero, como un contrato típico del derecho administrativo, por oposición al de derecho civil, identificable jurídicamente por la presencia en ellos de cláusulas exorbitantes del derecho común.

A pesar del posterior abandono del criterio del servicio público, la teoría del contrato administrativo montada inicialmente en esa concepción, ya había desarrollado una sustantividad propia, básicamente, fundamentada en la presencia de las cláusulas exorbitantes. Ello era suficiente para seguir sosteniendo la distinción, a los solos efectos jurisdiccionales, como criterio de repartición de competencias.

Esta teoría del contrato administrativo, materialmente, fue la que se recibió en los países como los nuestros, cuyos sistemas jurídicos han sido tributarios del derecho francés. Importamos, en general, la distinción teórica, pero sin la justificación jurisdiccional práctica. Por ello, la doctrina universal trató de justificar la distinción, formulando los más variados y diversos criterios.

En la actualidad, consolidada y madurada la doctrina administrativa en los países latinoamericanos, se comienza a observar, al igual que en la doctrina española, un proceso de revisión y crítica a la distinción importada y trabajada. No existiendo, en general, una repartición de jurisdicciones a la usanza francesa, y no necesitando actualmente el derecho administrativo de sustantivar sus instituciones por oposición al derecho civil, de donde proviene la mayoría, el problema de los contratos administrados se debería plantear en otros términos.

En realidad, toda la actividad contractual de la Administración es de carácter administrativo. No hay contratos privados de la Administración <sup>46</sup>. Todos los contratos de la Administración tienen un régimen mixto de derecho público y de derecho privado. Una parte sustancial de dicho régimen es común a todos los contratos, y es de derecho público. Se trata de las normas relativas a la formación del contrato. En materia de ejecución, cumplimiento y extinción del contrato, el régimen será preponderantemente de derecho privado, según la finalidad de servicio público perseguida por la Administración. Pero ello no autoriza a plantear una distinción y régimen estático. La gestión del interés general puede hacer variar las condiciones de ejecución, según la apreciación de la Administración y, por tanto, la preponderancia del régimen.

En todo caso, esta preponderancia de régimen de derecho público proviene, en general, de poderes propios de acción unilateral de la Administración y no tienen su fuente en el contrato. Por otra parte, no se presenta este

---

46. Por ello, con razón, la Procuraduría General de la República señala que los contratos de derecho privado en el sentido estricto que puede celebrar la Administración, son verdaderamente escasos o difíciles de encontrar. Véase *Doctrina PGR 1971*, p. 174. En todo caso, también ha señalado la Procuraduría que aun los contratos de derecho privado deben someterse a normas de derecho público. *Doctrina PGR 1963*, Caracas, 1964, pp. 69-71.

régimen como uniforme en los llamados contratos administrativos, pues varía según los cuerpos normativos que regulan cada figura contractual.

En definitiva, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración puede decirse que estaría en la actualidad superada, careciendo de interés jurídico. Insistimos, toda la actividad contractual de la Administración es administrativa, y habrá, en ciertos contratos, según la finalidad de servicio público perseguida, una preponderancia de régimen de derecho público. Si a estos contratos los queremos llamar contratos administrativos, ello debía ser por puro convencionalismo y tradición terminológica legítima, pero no porque sean opuestos a los contratos de derecho privado que celebre la Administración.

#### B. *La distinción establecida en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para la atribución de competencias jurisdiccionales*

Pero a pesar de lo antes dicho, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, acogió la distinción que criticamos.

En efecto, puede decirse que en materia de demandas contra los entes públicos, el sistema de atribución de competencias en materia contencioso-administrativa adoptado por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es básicamente un sistema *ratione personae*, como un privilegio jurisdiccional sólo para *la República, los Institutos autónomos nacionales y las empresas del Estado nacionales*. Sin embargo, ello no es general, pues la Ley Orgánica de 1976 también utiliza un criterio *ratione materiae*, precisamente en el campo de los contratos administrativos<sup>47</sup>.

En efecto, las demandas contra la República, los institutos autónomos nacionales y las empresas del Estado, ante todo, pueden tener su origen en cuestiones que resulten de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de *cualquier tipo de contratos* en los cuales esas personas sean parte. Por tanto, las referidas demandas pueden ser intentadas por el co-contratante de la Administración para lograr la condena de ésta al pago de una suma de dinero o de daños y perjuicios, o para restablecer una situación jurídica subjetiva y contractual lesionada por la actividad ilegítima de la Administración, es decir, por una actividad administrativa contraria al título jurídico que origina la relación jurídico-administrativa: el contrato.

Por tanto, todo lo referente a los contratos en los cuales sea parte la República, un instituto autónomo nacional o una empresa del Estado nacional, cualquiera que sea su naturaleza (administrativo o derecho privado) es de la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-adminis-

47. Artículo 42, ordinal 14. La novedad de esta previsión legislativa la destaca Jesús Caballero Ortiz, *Contencioso de Plena Jurisdicción y demandas contra los entes públicos*. Caracas, 1989, pp. 83 y ss.

trativa en materia contractual, particularmente en relación a los contratos celebrados por la República, puede decirse que ha sido tradicional en Venezuela. Así, por ejemplo, la derogada Ley Orgánica de la Corte Federal de 1953, atribuía a la antigua Corte Federal, competencia para “conocer en juicio contencioso de todas las cuestiones por nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquiera otras que se susciten entre la nación y los particulares, a consecuencia de los *contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional* o de concesiones mineras, de hidrocarburos o de tierras baldías que hubiere otorgado, así como de las controversias que resulten por su negativa a expedir títulos de concesiones a que los demandantes aleguen tener derecho; salvo los puntos que la ley vigente, al tiempo de la celebración del contrato, del otorgamiento de la concesión o de la negativa a concederla, según el caso, dejaren a la decisión del Ejecutivo Nacional sin recurso judicial”<sup>48</sup>.

Sin embargo, la innovación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de 1976 fue extender la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos respecto de las cuestiones que surjan con motivo de contratos no sólo suscritos por la República, sino por los institutos autónomos nacionales y las empresas del Estado nacionales. Por tanto, quedan fuera de la competencia de los tribunales contencioso-administrativos, en principio las cuestiones que se susciten con motivo de contratos en los que sean parte los Estados y los Municipios, y sus institutos autónomos y empresas, las que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

La Ley Orgánica de la Corte Suprema, sin embargo, introdujo una excepción a este principio de exclusión de competencia, al darle rango legislativo por primera vez en nuestro ordenamiento, a la noción de *contrato administrativo*, y asignar exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa para “conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los *contratos administrativos* en los cuales sea parte la República, los Estados y Municipios”<sup>49</sup>.

En esta forma, y aun cuando consideramos que la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración

---

48. Artículo 7, ordinal 28, LOCF. Debe señalarse además que el Parágrafo Único del artículo 7, ordinal 28 de la Ley Orgánica de la Corte Federal establecía que “la Corte Federal conocerá también en juicio contencioso de la controversia entre particulares sobre nulidad de las concesiones mineras, de hidrocarburos y de tierras baldías por falta de formalidades o violación de la ley en su otorgamiento”. Esta competencia de la Corte se justificaba porque, en definitiva, en esas controversias entre particulares se discutía la validez del acto administrativo de otorgamiento de la concesión, lo que atraía lógicamente la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa y la necesaria intervención, por otra parte, de la Administración concedente para la defensa, si era el caso, del acto de concesión cuestionado.

49. Artículo 42, ordinal 14, LOCSJ.

no tiene relevancia intrínseca <sup>50</sup>, es indudable que la misma ha adquirido importancia práctica jurisdiccional en materia contencioso-administrativa, como excepción a la exclusión de la competencia en materia de demandas contra los Estados y Municipios, y en materia de demandas interpuestas por la República, los Estados y Municipios contra particulares o como excepción a la distribución por la cuantía de la competencia contencioso-administrativa.

Es decir, conforme a ese artículo 42, ordinal 14, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema, toda cuestión que se suscite en materia de *contratos administrativos* en los cuales sea parte la República, los Estados y los Municipios, sea que se demande a esos entes, sea que ellos demanden a un particular, su conocimiento corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Como consecuencia, la noción de *contrato administrativo* ha adquirido significación jurídica en materia de asignación y distribución de competencias judiciales, a partir de la ley de 1976, en los siguientes casos:

Primero, en los casos de demandas contra los Estados y Municipios basadas en contratos administrativos, cuyo conocimiento corresponde a la Corte Suprema de Justicia, como *excepción* al principio de la exclusión de competencia contencioso-administrativa en las demandas contra los Estados y Municipios, y su atribución a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria <sup>51</sup>.

Segundo, en los casos de demandas intentadas por la República, los Estados y Municipios contra los particulares basadas en contratos administrativos, cuyo conocimiento corresponde a la Corte Suprema de Justicia, como *excepción* también al principio de la exclusión de la competencia contencioso-administrativa en estos casos en los cuales la República, los Estados y Municipios aparezcan como demandantes de particulares, y su atribución a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria <sup>52</sup> y,

Tercero, los casos de demandas contra la República, los institutos autónomos nacionales y las empresas del Estado nacionales, con motivo de contratos administrativos, cuyo conocimiento corresponde a la Corte Suprema de Justicia, como *excepción* al principio de distribución de la competencia por la cuantía entre los diversos Tribunales contencioso-administrativos <sup>53</sup>.

En cambio, en esos casos, si el contrato que origina el conflicto no se considera contrato administrativo, sino *contrato de derecho privado de la Administración*, sucede lo siguiente: primero, si se trata de un contrato suscrito por un Estado o un Municipio, la acción corresponde al conocimiento de la jurisdicción ordinaria; segundo, si se trata de acciones intentadas por la República, los Estados o los Municipios contra particulares, el conocimiento de las mismas corresponde a la jurisdicción ordinaria; y si se trata de contratos suscritos por la República, los institutos autónomos nacionales y las

50. Véase Allan R. Brewer-Carías: "La evolución de la noción de contrato administrativo" en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, U.C.V., Caracas, 1981, tomo I, p. 41-69.

51. Artículo 183, ordinal 1, LOCSJ.

52. Artículo 183, ordinal 2, LOCSJ.

53. Artículos 42, ordinal 15; 182, ord. 2º y 185, ord. 6º, LOCSJ.



empresas del Estado nacionales, la competencia corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, según la cuantía, y no sólo a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema.

Por tanto, introducido el concepto de contrato administrativo en la legislación como "criterio" para la distribución de competencias judiciales, resulta indispensable establecer un "criterio" de distinción entre contrato administrativo y contrato de derecho privado de la Administración, respecto de lo cual, en toda la historia del derecho administrativo nunca ha habido acuerdo<sup>54</sup>. El problema, por supuesto, se ha planteado a nivel de los Tribunales contencioso-administrativos y, particularmente, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha optado por los clásicos criterios de la cláusula exorbitante o de la finalidad de servicio público<sup>55</sup>. En tal sentido, la Corte Suprema estimó en sentencia de 11 de agosto de 1983, que

"la presencia de «cláusulas exorbitantes» en un contrato celebrado por la Administración Pública constituye índice evidente de la existencia de un contrato administrativo, pero ellas no hacen otra cosa que revelar la noción de interés general o colectivo que el servicio público entraña. En otras palabras, si bien las «cláusulas exorbitantes» son importantes para identificar un contrato administrativo, no obstante ante la ausencia de éstas en una negociación pública, la noción de servicio público, que lleva implícita la de interés general o colectivo, recobra su plena y absoluta vigencia. Si se trata de una negociación de este tipo, es decir, en la cual se evidencia la presencia de cláusulas que desborden el ámbito del derecho común (cláusulas exorbitantes) o en las que prive el interés del servicio público en su realización, la competencia corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. En cambio, cuando la Administración celebra convenios con los particulares en un plano de igualdad frente a éstos o que no sean determinantes para la realización del servicio público, el conocimiento de los litigios que puedan derivar de ellos compete a los órganos jurisdiccionales ordinarios"<sup>56</sup>.

Estos criterios, manejados tradicionalmente por la doctrina de la Procuraduría General de la República<sup>57</sup> y por la jurisprudencia de la Corte Supre-

54. Véase Allan R. Brewer-Carías: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 157-159.

55. Véase CSJ-SPA de 11-7-83 (Ponente Luis H. Farías Mata), cit. en sentencia CSJ-SPA de 11-8-83, *Revista de Derecho Público*, N° 16, EJV, Caracas, 1983, pp. 162-164. Cfr. Luis H. Farías Mata, *La Teoría del Contrato Administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas*. Caracas, 1968, pp. 21-34.

56. Sentencia CSJ-SPA, 11-8-83 (Ponente: Magistrado J. Calcaño de Temeltas) en *Revista de Derecho Público* N° 16, EJV, Caracas, 1983, pp.163-164. En igual sentido, sentencia de la Sala Político-Administrativa de 19-11-87 en *Revista de Derecho Público*, N° 32, Caracas, 1987, pp. 82 y 83.

57. La Procuraduría General de la República ha utilizado para distinguir los contratos administrativos, indistintamente, tanto el criterio de la finalidad, vincula-

ma desde los años cincuenta <sup>55</sup>, han servido a los Tribunales contencioso-administrativos para resolver casos extremos particularmente en materia de contratos municipales <sup>56</sup>, pero también han demostrado la carga de subjetividad que puede haber en su aplicación, particularmente por el amplio margen de apreciación que queda en manos del juez y, por supuesto, de la propia Administración contratante, para determinar si en una relación contractual hay o no un interés público envuelto o una cláusula que pueda considerarse como exorbitante del derecho común <sup>60</sup>.

da al servicio público, al interés colectivo, o a un objeto de utilidad o interés público. (Véase *PN Informe 1959*, Caracas, 1960, p. 615; *Doctrina PGR 1963*, Caracas, 1964, pp. 89-92; *Doctrina PGR 1964*, Caracas, 1965, pp. 71-74; *Doctrina PGR 1964*, Caracas, 1965, pp. 226-229), como el criterio de la cláusula exorbitante (Véase *Doctrina PGR 1962*, Caracas, 1963, p. 137 y *Doctrina PGR 1963*, Caracas, 1964, p. 89). En cambio, otros organismos han utilizado solamente el criterio de la finalidad. Véase la Doctrina Administrativa de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia en *Revista del Ministerio de Justicia* N° 48, Caracas, 1964, pp. 27-30 y el criterio de la Contraloría General de la República en *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938-1968*, tomo III, Caracas, 1968, pp. 51 y 52.

58. Véase Allan R. Brewer-Carías: "Los contratos de la Administración en la jurisprudencia venezolana", *Revista de la Facultad de Derecho*, U.C.V., N° 26, Caracas, 1963, pp. 127-154. Véase en particular las sentencias de la Corte Federal de 3-12-59, *G.F.*, N° 26, Caracas, 1959, pp. 143-144 y de 12-11-54, *G.F.* N° 6, Caracas, 1954, pp. 190-192; y de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 14-12-61, *G.F.* N° 34, Caracas, 1961, p. 188 y de 13-8-64, *G.F.* N° 45, Caracas, 1964, pp. 259 y 260. Véase los textos en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974* y *Estudios de derecho administrativo*, tomo III, Vol. II, Caracas 1977, pp. 727-731.
59. Por ejemplo, para considerar un contrato de compra-venta o de arrendamiento como contrato de derecho privado, y no como contrato administrativo. Véase CSJ-SPA, 26-6-80, en *Revista de Derecho Público*, N° 4, EJV, Caracas, 1980, p. 146; y CPCA, 9-8-84, en *Revista de Derecho Público* N° 20, EJV, Caracas, 1984, p. 140-142.
60. Por ejemplo, para considerar un contrato de compra-venta como contrato administrativo y no como contrato de derecho privado de la Administración. Véase CSJ-SPA 11-8-83, en *Revista de Derecho Público*, N° 16, EJV, Caracas, 1983, p. 164; y CSJ-SPA 24-1-85 en *Revista de Derecho Público*, N° 21, EJV, Caracas, 1985, p. 137, CSJ-SPA 20-7-89 y 14-8-89, *Revista de Derecho Público*, N° 39, EJV, Caracas, 1989, pp. 126 y 127. La Contraloría General de la República, por su parte, ha expresado el criterio de que serían contratos de derecho privado aquellos celebrados por los entes públicos en materia que no sean de la competencia sustantiva de los Ministerios. Véase *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1963-1968*, tomo III, Caracas, 1968, pp. 64-67.



## IV

# LAS CARACTERISTICAS FUNDAMENTALES DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION



Todos los contratos de la Administración, sean los denominados contratos administrativos o los contratos de derecho privado, por el hecho de ser suscritos por una Administración Pública, responden a ciertos caracteres fundamentales. Podemos estudiar éstos analizando sucesivamente el elemento subjetivo, las condiciones de validez del contrato, el elemento de subordinación y el régimen de derecho público.

## 1. EL ELEMENTO SUBJETIVO

Elemento esencial del contrato de la Administración es la participación, en la relación jurídica, de una persona jurídica estatal como parte y como lo ha dicho la jurisprudencia, actuando como tal <sup>1</sup>.

En este sentido, todas las personas jurídicas estatales de derecho público y de derecho privado, nacionales, estatales o municipales, pueden celebrar contratos de la Administración. No existen, por tanto, contratos sin la presencia, como parte contratante en la relación jurídica, de una persona jurídica estatal a la que calificaremos simplemente como la Administración.

## 2. LAS CONDICIONES DE VALIDEZ

Como todo contrato, los contratos de la Administración están sometidos a ciertas condiciones de validez que se refieren a la capacidad y competencia de los contratantes, al consentimiento, al objeto y a la causa del contrato. Examinemos estas condiciones separadamente.

### A. *La capacidad y competencia de los contratantes*

El concepto de competencia en derecho público y de capacidad en derecho privado tiene idéntico significado, es decir, denota siempre el poder legal o

---

1. C.F. 12-11-54, G.F. N° 6, 1954, pp. 185 y ss. En igual sentido, véase "Doctrina de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia", en Allan Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, tomo III, Vol. II, Caracas, 1977, pp. 114 y ss.

aptitud de obrar o de ejecutar determinados actos, sea de una persona estatal o sea de una persona privada. Sin embargo, ambos conceptos no tienen el mismo alcance: en el derecho privado, la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción; en derecho público y, concretamente, en derecho administrativo, impera el principio inverso: la competencia requiere siempre de un texto expreso de ley para que exista. Es decir, la competencia debe justificarse siempre expresamente, y el órgano que la tiene asignada debe limitarse a su ejercicio en los términos establecidos por la ley <sup>2</sup>.

#### a. *La competencia*

La autoridad pública contratante debe tener competencia legal para ello, por razón de la materia, del territorio, del tiempo, del grado jerárquico y según los poderes legales que le son atribuidos para concluir el contrato <sup>3</sup>. Por ello, dice la Constitución, el Estado no reconoce otras obligaciones que las contraídas por órganos legítimos del Poder Público, de acuerdo con las leyes <sup>4</sup>. Debe señalarse, como ejemplo, en el ámbito nacional, que conforme a la Constitución, el Presidente de la República directamente, o sus órganos directos los Ministros <sup>5</sup>, son competentes para “celebrar los contratos de interés nacional” permitidos por la Constitución y las leyes <sup>6</sup>.

#### b. *La capacidad*

La capacidad del particular co-contratante de la Administración está regida por el derecho común y, por tanto, pueden contratar todas las personas que no estuvieren declaradas incapaces por la ley. A tal efecto, la Constitución señala dos incapacidades especiales que deben destacarse:

El artículo 126 de la Constitución, en efecto señala:

“Nadie que esté al servicio de la República, de los Estados, de los Municipios y demás personas jurídicas de derecho público podrá celebrar

- 
2. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Introducción al Estudio de la Organización Administrativa Venezolana*, Caracas, 1984, pp. 61 y ss.
  3. Debe señalarse, sobre el tema de la competencia, que la Procuraduría General de la República ha sostenido que el contrato viciado por incompetencia del funcionario que intervino en su celebración puede ser convalidado. Véase *Doctrina PGR 1964*, Caracas, 1965, pp. 77-79.
  4. Artículo 232, Constitución. Véase la doctrina de la Procuraduría General de la República, en *PN Informe 1956*, Caracas, 1957, p. 96; *PN Informe 1957-1958*, Caracas, 1959, p. 550; *PN Informe 1960*, Caracas, 1961, p. 495.
  5. Artículo 192, Constitución. En relación a la competencia de los Ministros para celebrar contratos, véase la doctrina de la Procuraduría General de la República, en *PN Informe 1956*, Caracas, 1957, p. 96; *PN Informe 1959*, Caracas, 1960, p. 547; *PN Informe 1960*, Caracas, 1961, p. 306. Asimismo, véase la doctrina del Ministerio de Justicia, en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, tomo III, Vol. II, Caracas, 1977, pp. 632-636 v 641. Véase, *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969-1976*, tomo IV, Caracas, 1978, pp. 118, 232 y ss.
  6. Artículo 190, ordinal 15, Constitución.

contrato alguno con ellos, ni por sí ni por interpuesta persona ni en representación de otro, salvo las excepciones que establezcan las leyes”.

La disposición es de sana administración y consagra una incapacidad absoluta <sup>7</sup>. Es necesario, sin embargo, precisar algunos aspectos esenciales: en primer lugar, debe observarse que la incapacidad, además de absoluta, es global, en el sentido de que no sólo impide la contratación entre una persona de derecho público y los funcionarios a su servicio, sino que impide a éstos contratar con cualquiera persona de derecho público, así no sea aquella a cuyo servicio esté. En consecuencia, por ejemplo, un diputado de una Asamblea Legislativa de un Estado no sólo no podía contratar con dicho Estado y sus órganos sino que tampoco podía contratar ni con la República, ni con los otros Estados de la República, ni con los Municipios, ni con los institutos autónomos nacionales, estatales o municipales.

En segundo lugar, debe señalarse que la incapacidad sólo se refiere a la República, los Estados y Municipios (personas de derecho público territoriales) “y demás personas jurídicas de derecho público”, se entiende, *estatales*, que comprenden los establecimientos públicos institucionales (institutos autónomos), los establecimientos públicos corporativos (las Universidades Nacionales, por ejemplo) y los establecimientos públicos asociativos (el Banco Central de Venezuela y el Banco Industrial de Venezuela, por ejemplo); incluyendo los institutos autónomos estatales y municipales.

Esta norma ha sido desarrollada parcialmente en la Ley Orgánica de la Administración Central <sup>8</sup> cuyo artículo 63 establece:

“Artículo 63. Nadie que esté al servicio de la República podrá negociar o celebrar contrato alguno con ella, ni por sí ni por interpuesta persona ni en representación de otra, salvo las excepciones que establezcan las leyes”.

“La prohibición establecida en este artículo alcanza a quienes hubieren estado al servicio de la República hasta un año antes de la fecha en que se pretenda negociar o celebrar el contrato”.

“Se exceptúan de la prohibición contemplada en este artículo, los contratos que tuvieren por objeto la compra, construcción, refacción o arrendamiento de vivienda para uso de las personas mencionadas o de su familia; los convenios relativos a la enajenación de bienes por causa de utilidad pública; los contratos para la utilización de servicios públicos; los contratos de adhesión y cualquier otro contrato en el que

---

7. Sobre esta incapacidad, véase la doctrina de la Consultoría Jurídica de la Contraloría General de la República en *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938-1963*, tomo I, Caracas, 1963, p. 258 y *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969-1976*, tomo IV, Caracas, 1965, pp. 235 y 266. Además, véase la doctrina de la Procuraduría en *PN Informe 1960*, p. 492 *Doctrina PGR 1969*, Caracas, 1970, pp. 190 y ss. y *Doctrina PGR 1973*, Caracas, 1974, pp. 214 y ss.

8. Véase en *Gaceta Oficial* N° 3.599 Extra de 7-8-85.



la persona del negociador o contratante no pueda influir en el otorgamiento y condiciones de la contratación”.

En cuanto a la noción de interpuesta persona, la Ley Orgánica agrega:

“Artículo 64. Sin perjuicio de que se demuestre la interposición de personas en otros casos, se considerarán personas interpuestas el padre, la madre, los descendientes y el cónyuge de la persona respecto de la cual obre la prohibición. Se considerarán igualmente personas interpuestas, las sociedades civiles, mercantiles o de hecho y las comunidades, en las cuales quien esté al servicio de la República, haya tenido hasta un año antes de la negociación o celebración del contrato, o haya adquirido dentro del año siguiente a las mismas, el treinta por ciento (30%), por lo menos, de los intereses, acciones o cuotas de participación, según el caso, salvo que las hubieren por herencia”.

Por último, la sanción a la violación de esta incapacidad, además de lo previsto en el artículo 1.144 del Código Civil, la consagra el artículo 65 de la Ley Orgánica, así:

“Artículo 65. Los contratos celebrados en contravención de lo dispuesto en los artículos anteriores serán nulos, de nulidad absoluta, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurran los infractores y las indemnizaciones a que pudiere haber lugar conforme a la Ley”.

Debe señalarse, en cuanto a las incompatibilidades, que el artículo 126 de la Constitución también establece que tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeros; ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación del Congreso<sup>9</sup>. Además, señala la Constitución, la Ley podrá exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías en los contratos de interés público.

## B. *El consentimiento y sus vicios*

### a. *El consentimiento legítimamente manifestado*

Como todo contrato, los contratos de la Administración son acuerdos de voluntades, es decir, convenciones entre dos o más personas jurídicas y, por tanto, la necesidad del consentimiento entre las partes es una condición requerida para la existencia del contrato mismo<sup>10</sup>, más que para su validez.

9. Véase la doctrina de la Procuraduría al respecto en *PN Informe 1957-58*, p. 643 y *PN Informe 1959*, p. 618.

10. Artículo 1.141, ordinal 1<sup>o</sup> CC.

La ausencia de consentimiento conlleva la inexistencia del contrato. Pero en materia administrativa, y al hablar de contratos de la Administración y su consentimiento, es necesario examinar en primer lugar, cómo se forma el consentimiento de la Administración y, en segundo lugar, la manifestación de la voluntad administrativa relativa a dicho consentimiento.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa ha establecido que, mediando en un asunto la intervención del Estado, "su declaración de voluntad y el consentimiento que de ella emana, se expresan dentro de un proceso formativo que se desarrolla de acuerdo con la ley y con fundamento en la observancia de ciertas formalidades por parte de quien pueda cumplirlas en ejercicio de la función pública, porque tenga capacidad para obrar e intervenir en el acuerdo o convenio como sujeto de derecho. Según este principio, no podrá haber efecto consensual por manifestación legítima cuando dejan de cumplirse las formas requeridas para aceptar o imponer condiciones dentro del contrato o cuando se han cumplido de manera irregular o distinta, porque el consentimiento así prestado no responde a la verdadera voluntad de los contratantes, que es su fuente jurídica más importante"<sup>11</sup>.

Por tanto, en la conclusión del contrato administrativo la formación de la voluntad de la Administración debe pasar, antes de su expresión, por una serie de procedimientos administrativos cumplidos dentro de los órganos públicos del Estado. Al estudio de este proceso de formación de los contratos de la Administración dedicaremos la parte siguiente. Aquí, sin embargo, queremos referirnos a los posibles vicios de consentimiento en los contratos de la Administración<sup>12</sup>.

#### b. *Los vicios del consentimiento*

En efecto, en los contratos de la Administración como en cualquier contrato, el consentimiento de las partes para que sea válido debe carecer de vicios. Por ello, otra de las condiciones de validez de los contratos de la Administración es la ausencia de vicios del consentimiento.

En esta materia, los principios generales del derecho elaborados por la doctrina civilista son aplicables a los contratos de la Administración. Veamos someramente, el contenido de los artículos 1.146 y siguientes del Código Civil y su aplicación a los mismos.

##### a'. *El error*

Ante todo, para que el error pueda viciar el consentimiento de algunas de las partes contratantes, debe tratarse de un error excusable<sup>13</sup>. Entonces el

11. CSJ-SPA 14-12-61, G.F.; N° 34, 1961, p. 188.

12. Véase en general sobre los vicios del consentimiento la doctrina de la Procuraduría en *PN Informe 1959*, Caracas, 1960, p. 613.

13. Art. 1.146 CC.

error cometido por una parte contratante no puede ser invocado por ella cuando procede de una falta inexcusable de su parte. Esta es una aplicación del principio *nemo auditus propter turpitudinem allegans*. Consecuencia de ello es la disposición del artículo 1.149 del Código Civil, según el cual

“la parte que invoca su error para solicitar la anulación de un contrato está obligada a reparar a la otra parte los perjuicios que le ocasione la invalidez de la convención, si el error proviene de su propia falta y la otra parte no lo ha conocido o no ha podido conocerlo”.

El principio es perfectamente aplicable a los contratos de la Administración.

Ahora bien, para que sea posible alegar el error de derecho como vicio del consentimiento en un contrato de la Administración, además de ser excusable debe ser determinante, es decir, debe ser la causa única y principal de la conclusión del contrato<sup>14</sup>. Pero tratándose de un error de derecho, la misma dificultad que se presenta en el derecho privado para probarlo, pues la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento<sup>15</sup>, se presentará en el campo de los contratos de la Administración.

En cuanto a los errores de hecho, el Código Civil distingue dos tipos: el error sobre la cosa y el error sobre la persona. En esta forma el error de hecho produce la anulabilidad del contrato cuando recae sobre una cualidad de la cosa<sup>16</sup> objeto del contrato. Aunque el Código Civil no exige que esa cualidad de la cosa sea determinante, parece lo más lógico sostener ese requisito. Pero, además, el error de hecho produce también la anulabilidad del contrato cuando recae sobre una circunstancia que las partes han considerado como esenciales o que deben considerarse como tales, en atención a la buena fe y a las condiciones bajo las cuales ha sido concluido el contrato<sup>17</sup>.

También es causa de anulabilidad del contrato el error sobre la identidad o las cualidades de la persona con quien se ha contratado, cuando esa identidad o esas cualidades han sido causa única o principal del contrato<sup>18</sup>. En este caso el error también debe ser determinante y, en principio, es en los contratos de la Administración *intuitu personae* donde el error sobre la persona del co-contratante puede ser considerado como determinante.

---

14. Art. 1.147 CC.

15. Art. 2 CC. Hasta tal punto, que el Código Civil excluye expresamente la posibilidad de pedir la nulidad por error de ciertos contratos. Por ejemplo, en el contrato de transacción, artículo 1.719 CC.

16. Artículo 1.148 CC. En este sentido, la Procuraduría ha sostenido que “el error de hecho produce también la anulabilidad del contrato cuando recae sobre circunstancias que las partes han considerado como esenciales o que deben considerarse como tales, en atención a la buena fe y a las condiciones bajo las cuales ha sido concluido el contrato”. Véase PGR *Doctrina* 1960, p. 111.

17. Artículo 1.148 del Código Civil.

18. Artículo 1.148, aparte segundo del Código Civil. Véase sobre esto, lo afirmado por la Procuraduría en *Doctrina* PGR 1967, Caracas, 1968, pp. 53 y 54.

Respecto a los contratos de la Administración, el error en la persona del co-contratante de la Administración es quizás el que tiene más relevancia por el carácter *intuitu personae* con que son concluidos por lo general.

#### b'. *La violencia*

La violencia empleada contra el co-contratante que ha contraído la obligación es causa de anulabilidad del contrato; aun cuando haya sido ejercida por una persona distinta de aquella en cuyo provecho se ha celebrado la convención<sup>19</sup>. Por tanto, la violencia es causa de anulabilidad del contrato cuando es ejercida por el co-contratante o por terceras personas, y cuando reviste carácter de gravedad suficiente para que haga impresión sobre una persona<sup>20</sup>.

Sin embargo, en los casos de violencia ejercida sobre la Administración y sus órganos, la Constitución declara nulos los actos acordados bajo esa presión. En efecto, el artículo 120 declara que es nula toda decisión acordada por requisición directa o indirecta de la fuerza o por reunión de individuos en actitud subversiva<sup>21</sup>.

#### c'. *El dolo*

El dolo es causa de anulabilidad del contrato cuando las maquinaciones practicadas por uno de los co-contratantes o por un tercero, con su conocimiento, han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado<sup>22</sup>.

El dolo, en primer lugar, puede haber emanado de un tercero, con el conocimiento de uno de los contratantes. Esa es una nueva causal de la teoría de los vicios del consentimiento introducida por la Comisión Codificadora Nacional en 1942<sup>23</sup>. Por otra parte, el dolo debe ser determinante para la conclusión del contrato.

Respecto a este vicio, como a los demás examinados, nada parece indicar su inaplicabilidad a los contratos de la Administración, teniéndose en cuenta para ello, sin embargo, la peculiar condición de los entes públicos<sup>24</sup>.

---

19. Artículo 1.150 del Código Civil.

20. Artículos 1.151 y 1.152 del Código Civil. Un ejemplo de violencia ejercida por la Administración es el abuso de poder del funcionario. Este acarrea responsabilidad individual del mismo. Al efecto, véase el artículo 121 de la Constitución.

21. Desde la Constitución de 1864, artículo 104, encontramos esta disposición en nuestra evolución constitucional.

22. Artículo 1.154 del Código Civil.

23. *Código Civil de Venezuela*. Ed. Andrés Bello, Caracas, p. 181, nota al artículo 1.154, comentario de A. Pulido Villafañe.

24. Sobre el dolo como vicio de consentimiento en los contratos administrativos, véase *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969-1976*, tomo IV, pp. 271 y ss. y 281 y ss.

### C. El objeto

Ciertamente, como en todo contrato, el objeto de los contratos de la Administración debe ser posible, lícito, determinado o determinable<sup>25</sup>, lo cual, por otra parte, es una de las condiciones de existencia y, por tanto, de validez del contrato<sup>26</sup>. Los principios de la teoría privatista sobre los requisitos del objeto del contrato son aplicables en su esencia a los contratos de la Administración. Por ello no insistiremos mucho en este respecto.

Sin embargo, es necesario hacer algunas observaciones peculiares de los denominados contratos administrativos.

Ante todo, y por la finalidad de servicio público que persigue la Administración al celebrar los contratos administrativos, el objeto de los mismos debe ser una prestación de utilidad pública o de interés general<sup>27</sup>. Esta prestación puede ser de dar, de hacer o de no hacer.

No consideramos que la prestación objeto del contrato administrativo debe estar siempre relacionada con un determinado servicio público, como expresaba Jèze en los albores de la Teoría de los Contratos Administrativos<sup>28</sup>; de lo contrario quedarían excluidos de la calificación de contratos administrativos, contratos tales como el de ocupación del dominio público o el de empréstito público. Estos contratos, a pesar de no estar relacionados directamente en muchos casos con el funcionamiento de un servicio público determinado, son contratos administrativos pues son celebrados por los entes estatales con finalidad de servicio público: la salvaguarda del derecho de uso público del dominio público del Estado<sup>29</sup> que muchas veces es la condición indispensable para el libre tránsito de los ciudadanos en el territorio nacional; y la procuración de fondos para obras reproductivas o en caso de evidente necesidad o conveniencia nacional<sup>30</sup>.

Por otra parte, y como veremos más adelante, la Administración puede introducir modificaciones unilateralmente, dentro de ciertos límites, en el objeto del contrato administrativo. En derecho privado, al contrario, rige el principio de la inmutabilidad unilateral del objeto del contrato.

Respecto a la licitud del objeto, los contratos de la Administración no pueden perseguir la derogación de leyes en cuya observancia esté interesado el orden público y las buenas costumbres, de lo contrario serían inválidos por ilicitud del objeto. Es la aplicación del principio general consagrado en el artículo 6 del Código Civil. Esto, como lo analizaremos más adelante,

---

25. Artículo 1.157 del Código Civil.

26. Artículo 1.141 del Código Civil.

27. CF. 12-11-54, G.F. Nº 6 (2ª etapa) 1954, pp. 191-192.

28. Gastón Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1950, tomo IV, p. 5.

29. Artículos 539 y 540 del Código Civil.

30. Artículo 231 de la Constitución.

tiene mucha importancia en relación a la imposibilidad de contratar aspectos de la potestad y competencia tributarias <sup>31</sup>.

También, tal como sucede en los contratos de derecho privado, en materia de contratos de la Administración existen ciertas materias que no pueden ser objeto de negocios contractuales en razón de su naturaleza. Tal es el caso del estado y capacidad de las personas y los bienes del dominio público en lo que se refiere a su inalineabilidad. Pero, además, en derecho administrativo existen otras materias que por su naturaleza legal o reglamentaria no pueden ser objeto, tampoco, de relaciones contractuales. En efecto, cuando una situación jurídica determinada es de carácter legal o reglamentaria, es decir, fijada unilateralmente por el Estado, sea por medio de actos reglamentarios, o sea por medio de actos legislativos, esa situación jurídica no puede ser objeto de convenciones entre la Administración y los particulares. En este sentido sería nulo, por ilicitud del objeto, un contrato que tuviere por objeto derogar la situación jurídica reglamentaria o legal de un funcionario público.

Por último, es conveniente observar que también estaría viciado un contrato administrativo por ilicitud del objeto, cuando en él se compromete el ejercicio de la competencia. En derecho privado los contratantes pueden fijar ciertos límites a su capacidad de obrar. Sin embargo, en derecho administrativo, la competencia de los funcionarios u órganos de la Administración, no puede renunciarse ni ser objeto de contratos que comprometan su ejercicio.

#### D. *La causa*

En la misma forma que en el derecho privado, en los contratos de la Administración la obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto <sup>32</sup>. La causa lícita en los contratos de la Administración también es una de las condiciones requeridas para la existencia del contrato <sup>33</sup>; por tanto, cuando la causa es ilícita, contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público <sup>34</sup>, el contrato es inexistente <sup>35</sup> y las obligaciones que contiene no producen ningún efecto <sup>36</sup>.

En la teoría civilista, y más generalmente en la Teoría General del Derecho, la palabra causa, sobre todo en lo que respecta a los contratos sinalagmáticos, ha producido innumerables discusiones y principalmente dos concepciones: por una parte la teoría de la causa objetiva, donde la causa de las obligaciones de cada contratante es la contraprestación que el otro se

31. Véase la doctrina de la Procuraduría en *PN Informe 1957-1958*, Caracas, 1958, pp. 645-647.

32. Artículo 1.157 del Código Civil.

33. Artículo 1.141 del Código Civil.

34. Artículo 1.157, aparte segundo del Código Civil.

35. Artículo 1.141 del Código Civil.

36. Artículo 1.157, aparte primero del Código Civil.

obliga a realizar; por otra parte, la teoría de la causa subjetiva, donde la causa está definida por el fin que las partes buscan en el contrato o por el motivo que las indujo a contratar.

Ambos conceptos y teorías son perfectamente aplicables a las condiciones de validez de los contratos en general: la ausencia de causa en el sentido de la contraprestación del otro contratante, o la ilicitud de dichas contraprestaciones, produce la inexistencia del contrato; y la ilicitud o inmoralidad de la causa en el sentido del fin o motivo perseguido por los contratantes produce el mismo efecto.

En el campo del derecho administrativo y, en particular, en relación a los denominados contratos administrativos también son aplicables ambos conceptos. Así lo ha expresado la jurisprudencia administrativa. En efecto, la antigua Corte Federal ha señalado que en los contratos de la Administración "la causa inmediata de las prestaciones de la Administración la constituyen las contraprestaciones del particular y la causa o motivo determinante es el interés que con esas prestaciones se persigue"<sup>37</sup>.

Una vez más observamos cómo la jurisprudencia administrativa requiere el interés público o lo que hemos llamado la finalidad de servicio público para que exista contrato administrativo.

Es interesante observar, por otra parte, el juego del vicio de desviación de poder en el problema de la causa ilícita cuando la Administración, con ocasión de la conclusión de un contrato administrativo, persigue fines ilícitos. Aunque no podría atacarse el contrato por causa ilícita, pues no se ha contratado buscando expresamente ese fin ilícito, podría conseguirse la anulación del contrato, impugnándolo mediante el ejercicio de un recurso contencioso-administrativo de anulación, alegando vicio de desviación de poder en dicho acto<sup>38</sup>. La declaración de nulidad del acto producirá, como consecuencia, la nulidad del contrato.

### 3 EL ELEMENTO DE SUBORDINACION

Además del elemento subjetivo y de las condiciones de validez del contrato, en cuanto a los denominados contratos administrativos, la tercera característica fundamental de los mismos está constituida por la relación de subordinación del contratante de la Administración respecto a ésta. Así lo ha establecido la antigua Corte Federal<sup>39</sup>.

El particular, el co-contratante de la Administración, por un acto de propia voluntad contrata con ella y se sitúa en la relación jurídica en un plano de subordinación. Esta subordinación o desigualdad jurídica no es arbitraria, ni deriva del Poder o de la autoridad que tiene la Administración; tiene

37. CF. 12-11-54, G.F. N° 6, p. 1.954, pp. 191-192.

38. Artículo 206 de la Constitución y artículo 111, LOCSJ.

39. CF. 12-11-54, G.F., N° 6, 1954, pp. 191-194.

su origen en la desigualdad de fines de los contratantes. El co-contratante de la Administración persigue, evidentemente, un fin económico privado. La Administración, en cambio, vela por el interés público, por las necesidades colectivas y persigue una finalidad de servicio público. El fundamento, pues, de esta desigualdad jurídica, de esta subordinación del particular frente a la Administración, es el fin público o la finalidad de servicio público con miras a la cual contrata la Administración <sup>40</sup>.

En este sentido, ha expresado la antigua Corte Federal que esa desigualdad se explica por el propio interés de los administrados y porque es obligación de los administradores el velar porque la prestación objeto del contrato se efectúe en forma ordenada y continua si tal fuere el caso y, en resumen, conforme a las normas reguladoras del contrato; de no ser así, se llegaría a la conclusión de que por tales actos "la Administración pierde, renuncia o enajena uno de sus grandes atributos cual es el de tuteladora del bien del interés público" <sup>41</sup>.

La consecuencia fundamental de esta situación de subordinación es, como lo ha indicado la Corte <sup>42</sup>, la facultad de la Administración de adoptar decisiones ejecutivas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos del contrato, lo cual examinaremos detenidamente más adelante.

#### 4. EL REGIMEN JURIDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

Los contratos de la Administración, como en general buena parte de la actividad administrativa, están sometidos a un régimen jurídico mixto, de derecho administrativo y de derecho privado. Por tanto, siempre, los contratos de la Administración se rigen tanto por normas de derecho público como por normas de derecho privado. Lo que puede haber en ese régimen, es una preponderancia de aplicabilidad de una u otra rama del derecho; así, serán contratos administrativos, aquellos con una preponderancia en el régimen jurídico que les es aplicable, del derecho administrativo, y serán contratos de derecho privado de la Administración, aquellos con una preponderancia en el régimen que les es aplicable de normas de derecho privado. Esto significa, por tanto, que no sea admisible establecer la distinción entre dichas categorías de contratos con base en el régimen jurídico aplicable, pues no es cierto que los llamados contratos administrativos estén sometidos a un régimen exclusivamente de derecho público, ni que los llamados contratos de derecho privado de la Administración estén sometidos a un régimen exclusivamente de derecho privado.

---

40. Véase en tal sentido, la doctrina de la Procuraduría en *Doctrina PGR 1980*, pp. 54 y ss.

41. CF. 12-11-54, G.F. Nº 6, 1954, pp. 191-194.

42. Idem.



Ahora bien, en cuanto a los denominados contratos administrativos, es evidente que su régimen jurídico será uno en el cual preponderantemente se aplique el derecho administrativo.

Y ello no podría ser de otro modo. El contrato administrativo no puede regirse intrínsecamente por el derecho privado, regulador de relaciones entre particulares y de intereses privados. Necesita con preponderancia, en vista de la finalidad de servicio público que se tiene en cuenta al concluirlo, un régimen jurídico exorbitante o derogatorio de derecho común, y ese es el régimen de derecho público <sup>43</sup>.

No compartimos el criterio, por otra parte, de que la presencia en un contrato de cláusulas exorbitantes del derecho común sea la causa de que ese contrato sea administrativo <sup>44</sup>: un contrato no es administrativo porque tenga cláusulas exorbitantes del derecho común, sino que contiene cláusulas de ese tipo por ser administrativo. Por tanto, la aplicación del régimen preponderantemente de derecho público a un contrato es consecuencia, es un efecto del carácter administrativo del contrato y no la causa de él. El contrato puede considerarse administrativo por su naturaleza, es decir, porque fue concluido con finalidad de servicio público y, por tanto y como consecuencia, necesita de un régimen jurídico propio, lo que conlleva la presencia en él, en forma preponderante, expresa o tácita, de cláusulas derogatorias del derecho común.

La necesidad de que los contratos administrativos se rijan por un régimen preponderantemente de derecho público no implica, sin embargo, la inaplicabilidad absoluta a dichos contratos de normas consagradas en el derecho civil. Al contrario, y como hemos visto, la elaboración de la teoría civilista de los contratos es perfectamente aplicable a los contratos administrativos. Sin embargo, hay fundamentales excepciones que veremos al estudiar la formación del contrato administrativo y los efectos del mismo. Fundamentalmente, en este último campo es donde más se manifiesta el imperio del derecho público y la presencia expresa o tácita en todo contrato administrativo de cláusulas exorbitantes del derecho común, es decir, de cláusulas que no podrían encontrarse en un contrato de derecho privado, y que las más de las veces derogan principios tradicionales de la contratación civil. Tal es el caso, por ejemplo, de cláusulas en las cuales la Administración se atribuye sobre su co-contratante derechos que un particular normalmente no se atribuye en ningún contrato de derecho privado <sup>45</sup>; o de cláusulas por medio de las cuales la Administración otorga a su co-contratante poderes respecto a terceros que un particular no podría atribuirse en ningún contrato <sup>46</sup>.

---

43. Véase la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 5-12-44, en *Memoria 1945*, pp. 283 y 285.

44. G. Vedel, *Droit Administratif*, tomo II, París 1959, p. 592.

45. Por ejemplo, el derecho de rescindir o modificar unilateralmente el contrato administrativo.

46. Por ejemplo, la potestad expropiatoria en los casos de concesiones administrativas.

V

LA FORMACION DE LA  
VOLUNTAD ADMINISTRATIVA EN  
LOS CONTRATOS DE LA  
ADMINISTRACION



El proceso de formación de la voluntad administrativa en la celebración de los contratos comprende la realización de una serie de formalidades previas y posteriores al acto de conclusión del contrato, que configuran actos complejos. Cada una de dichas formas tiene, por supuesto, diferente valor en cuanto a sus efectos sobre los contratos. En todo caso, las mismas pueden clasificarse así: en primer lugar, formalidades previas a la conclusión del contrato; en segundo lugar, la conclusión misma del acto contractual; y en tercer lugar, formalidades posteriores a la conclusión del contrato y que forman también en ciertos casos, la voluntad de la Administración en la celebración de dichos actos.

A continuación estudiaremos estas diversas formalidades, con especial referencia al régimen de la Administración Nacional, sin que ello signifique que a nivel estatal y a nivel municipal no haya normas que rijan la materia, en una orientación similar, *mutatis mutandi* a la que describiremos <sup>1</sup>.

Por otra parte, debe advertirse que las formalidades que estudiaremos, en general se exigen para todo tipo de contratos que celebre la Administración, con algunas excepciones expresas que analizaremos y, además, que dichas formalidades no necesitan obligatoriamente ser observadas en todos los contratos de la Administración.

## 1. FORMALIDADES PREVIAS A LA CONCLUSION DEL CONTRATO

En múltiples oportunidades la Constitución o las leyes exigen el cumplimiento de determinadas formalidades en el proceso de formación de la voluntad administrativa, previas al acto de conclusión del contrato propiamente dicho. Esto demuestra la complejidad que reviste la manifestación de la voluntad de la Administración en los contratos de la Administración en

---

1. Véase Allan R. Brewer-Carías, "La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos", *Revista de la Facultad de Derecho*, U.C.V. N° 28, Caracas, 1964, pp. 61-112. Publicado también en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, tomo III, Vol. 2, Caracas, 1977, pp. 443-498.

contraposición con las reglas que resultan de la contratación de derecho privado entre particulares.

Esas formalidades previas a la conclusión del contrato consisten en la intervención, en el proceso formativo de la voluntad administrativa, de diversos órganos de la Administración central, consultiva o contralora, o de órganos del Poder Legislativo, distintos del órgano administrativo a quien corresponda la conclusión del contrato.

Analizaremos entonces estas diversas intervenciones de órganos del Estado en el proceso de formación de la voluntad administrativa estudiando sucesivamente, la intervención de órganos consultivos, la intervención de órganos contralores fiscales, la intervención de las Cámaras Legislativas y la intervención de ciertas autoridades de la Administración distintas de la que ha de concluir el contrato.

#### A. *La intervención de órganos consultivos*

Cierta categoría de contratos de la Administración exige la obligación, para la autoridad llamada a concluir el contrato, solicitar la opinión previa de determinados órganos consultivos de la Administración Nacional.

Debemos distinguir, sin embargo, los casos en que el dictamen de la autoridad consultada, sea o no vinculante para la Administración.

##### a) *La consulta vinculante*

En diversas oportunidades la Administración no sólo está obligada a consultar la celebración de determinados contratos a ciertos órganos consultivos, sino que también está obligada a acatar la opinión que de ellos emane. Por ello, en múltiples oportunidades es requisito indispensable para la conclusión del contrato que la Administración haya obtenido la opinión favorable de ciertos órganos consultivos.

Ello sucede, entre otros casos, en los contratos de enajenación de bienes muebles de la República y en los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles por la misma.

En efecto, tal como lo indica el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, para la conclusión de contratos que tengan por objeto la enajenación de bienes muebles de la República que a juicio de la Administración no sean necesarios para el servicio público, es necesario que el Despacho Ministerial respectivo obtenga la previa opinión favorable de la Contraloría General de la República.

Asimismo, tal como lo señala el artículo 25 de la misma Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, la Administración, para celebrar contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes muebles o inmuebles que sean necesarios para el uso público o el servicio oficial de la República, está

obligada a obtener el previo informe favorable de la Contraloría General de la República.

Estas formalidades son esenciales para la formación de la voluntad administrativa, por lo que los contratos concluidos por órganos de la Administración sin haber solicitado la opinión previa de un órgano consultivo-contralor cuando estaba obligado a hacerlo, o sin haber acatado la opinión desfavorable a su celebración cuando estaba obligada a obtener opinión favorable para contratar, no obligan al Estado <sup>2</sup>. Y ello porque éste sólo reconoce las obligaciones contraídas por órganos legítimos del Poder Público de acuerdo con las leyes conforme se establece en el artículo 232 de la Constitución

Por tanto, los contratos celebrados por autoridades administrativas en estas condiciones no producen ningún efecto contra la Administración y, por tanto, son nulos, aunque en todo caso producen responsabilidad individual del funcionario público que concluyó el contrato viciadamente, por violación de la ley <sup>3</sup>.

En todo caso debe observarse que, si con motivo de la conclusión del contrato viciado por falta de consulta vinculante, el co-contratante ha ejecutado prestaciones que produzcan un enriquecimiento sin causa en manos de la Administración, ésta por justicia y equidad debe pagar al contratante en la medida de su enriquecimiento y del empobrecimiento de aquél.

#### b) *La consulta no vinculante*

En otras oportunidades la Administración, si bien está obligada a obtener el voto consultivo de ciertos órganos administrativos para la celebración de un contrato, no está obligada a seguir la opinión que éstos indiquen, sino que su aceptación o no, es facultativa para ella.

Así sucede, por ejemplo, en los contratos que puede celebrar la Administración con los deudores de "deudas atrasadas, provenientes de cualquier renta, que hayan pasado a figurar como saldo de años anteriores" para la

---

2. En este sentido ha sido criterio de la Procuraduría que "cuando la ley requiere la intervención de órganos consultivos en forma previa a la conclusión del contrato y con carácter vinculante, no podrá haber consentimiento legítimamente manifestado sino una vez que se dé cumplimiento a esa formalidad". Véase *PN Informe 1959*, p. 504.

3. Tal como lo establece el artículo 121 de la Constitución. Por otra parte, la no intervención de los órganos consultivos vicia al proceso de formación de la voluntad administrativa y, por tanto, la conclusión de un contrato con ese vicio no es válido pues no responde a un verdadero consentimiento. En este sentido la Procuraduría de la Nación ha expresado: "En nuestro Derecho Positivo, los requisitos legales de previo informe favorable a la Contraloría para la adquisición de bienes para el patrimonio de la Nación venezolana, no son simples formalidades de mero trámite. Al contrario, estima la Procuraduría que tales requisitos no tienen como única y exclusiva finalidad verificar, por parte del Organismo Contralor, la sinceridad y legalidad del gasto público, sino, conjuntamente con ella, la de ser verdaderos elementos constitutivos, entre otros, del consentimiento legítimamente manifestado cuando la Administración Nacional es parte en contratos". Véase el *Informe de la Procuraduría General de la República al Congreso Nacional*, 1960, Caracas, 1961, p. 386.

remisión, rebaja o bonificación de las mismas o de sus intereses o para la concesión de plazos para su pago, en los cuales, tal como lo señala el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, la Administración debe consultar previamente al Contralor General de la República, y al Procurador General de la República.

En todo caso, los contratos "no podrán llevarse a efecto" y, por tanto, no tendrán ningún efecto, si no se cumplen esas formalidades previas.

En el mismo caso se encuentran los contratos que tengan por objeto operaciones de Crédito Público. En efecto, el artículo 27 de la Ley Orgánica de Crédito Público, establece que "las operaciones de Crédito Público, cualquiera sea su cuantía, que proyecte celebrar la Nación, deberán ser consultadas previamente por el Ejecutivo Nacional con el Banco Central de Venezuela y deberán ser enviadas al Congreso Nacional por el Ejecutivo Nacional al solicitar la correspondiente autorización para la operación proyectada".

#### B. *La verificación presupuestaria: el control previo de compromisos*

De acuerdo a lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, reformada en 1984 <sup>4</sup>, todos los contratos que celebren los Despachos del Ejecutivo Nacional que impliquen compromisos financieros para la República, deben someterse a la aprobación previa de la Contraloría General de la República.

Esta norma, en efecto, establece lo siguiente:

"Artículo 18. Los Despachos del Ejecutivo, antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la celebración de otros contratos que impliquen compromisos financieros para la República, deberán someter éstos a la aprobación de la Contraloría.

Según la naturaleza y modalidades del compromiso, la Contraloría verificará:

- 1º Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados;
- 2º Que exista disponibilidad presupuestaria;
- 3º Que los precios sean justos y razonables;
- 4º Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder de las obligaciones que ha de asumir el contratista.

No se podrá iniciar la ejecución de los contratos a que se refiere el encabezamiento de este artículo, mientras las estipulaciones que contengan los respectivos compromisos financieros no hayan sido previamente aprobadas".

---

4. Véase en G.O. N° 1.712 Extra de 6-1-75 y en G.O. N° 3.482 de 14-12-84.

Se trata, por tanto, de una formalidad previa a la ejecución de los contratos mediante la cual la Contraloría General de la República ejerce su función contralora, de inspección y de fiscalización de bienes, ingresos y egresos de la República, así como de las operaciones relativas a los mismos <sup>5</sup>.

El control previo de compromisos, por tanto, no se aplica directamente a la Administración descentralizada (institutos autónomos y empresas del Estado), pero conforme al artículo 58 de la Ley Orgánica se puede disponer respecto de los institutos autónomos, cuando no atiendan las observaciones de la Contraloría.

#### a. *El control sobre el compromiso*

En este caso, el control se refiere a cuatro aspectos: la legalidad del compromiso; la disponibilidad presupuestaria; los precios y la constitución de garantías y como consecuencia de ello, la Contraloría aprueba u objeta el contrato, mediante resolución motivada <sup>6</sup>.

#### a'. *Control sobre la legalidad del compromiso*

El control sobre la legalidad del compromiso o gasto proyectado se realiza al examinar la Contraloría, la correcta imputación de mismo al crédito presupuestario correspondiente, pues como lo establece la Constitución, "no se hará del Tesoro Nacional gasto alguno que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto", o cubierto por créditos adicionales <sup>7</sup>.

5. Artículo 234. El hecho de que se prevea el control previo de compromisos no excluye el ejercicio por parte de la Contraloría del control posterior y a través del examen de la cuenta de gastos en el cual se puede verificar, entre otros aspectos, que el monto de las órdenes de pago correspondan al precio establecido, que la entrega de la obra se haya efectuado en la fecha convenida; que la obra haya sido completamente ejecutada, etc. Véase CGR *Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969-1976*, tomo IV, pp. 478 y ss; y tomo V, pp. 567, y ss. En todo caso, el control posterior no puede referirse a los precios contratados. En tal sentido véase CGR *Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969-1976*, tomo IV, p. 12 y sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 10-11-71, en G.O. N° 29.678 de 4-12-71.
6. Artículo 28, LOGR. Sobre el contenido del control previo, véase CGR *Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938-1968*, tomo III, Caracas, 1968, pp. 80 y siguientes.
7. En este sentido, el artículo 227 de la Constitución indica que "No se hará del Tesoro Nacional gasto alguno que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto. Sólo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto, para gastos necesarios no previstos o cuyas partidas resulten insuficientes y siempre que el Tesoro cuente con recursos para atender a la respectiva erogación. A este efecto se requerirá previamente el voto favorable del Consejo de Ministros y la autorización de las Cámaras en sesión conjunta, o, en su defecto, de la Comisión Delegada". Sobre los créditos adicionales también establece el artículo 179, ordinal 6°, que es atribución de la Comisión Delegada del Congreso, "autorizar el Ejecutivo Nacional para decretar créditos adicionales al presupuesto". Asimismo, el artículo 190, ordinal 14, dispone que es atribución y deber del Presidente de la República, "Decretar créditos adicionales al Presupuesto, previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta, o de la Comisión Delegada". Véase también el artículo 200 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional.



Por ello, lo primero que verifica la Contraloría es “que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados”; en otras palabras, lo que verifica es la legalidad del compromiso financiero, es decir, que exista un crédito presupuestario al cual sean imputables los gastos proyectados.

En cuanto a los otros aspectos de la legalidad del compromiso financiero, la Contraloría puede formular observaciones, pero no por ello puede objetar el contrato. Esto está expresamente previsto en el parágrafo primero del artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en la siguiente forma:

“La Contraloría verificará los demás aspectos de la legalidad del contrato y advertirá al ente contratante las violaciones que observare en las estipulaciones proyectadas, con señalamiento expreso de las responsabilidades que podrían surgir si el contrato fuese celebrado sin subsanar tales irregularidades. Si la entidad contratante disintiere del criterio de la Contraloría, deberá exponer dentro de los treinta (30) días siguientes, en forma razonada, los motivos por los cuales procedió a celebrar el contrato”.

#### *b'. Control sobre la disponibilidad del crédito*

Complemento necesario del control sobre la legalidad del compromiso donde se ha verificado la correcta imputación del gasto proyectado sobre una determinada partida presupuestaria, es el control sobre la disponibilidad para verificar si el crédito puede ser afectado con el gasto proyectado.

Ello tiende a evitar que la Administración pueda celebrar contratos con cargo a una partida presupuestaria sin disponibilidad.

#### *c'. El control sobre los precios*

Pero el control previo realizado por la Contraloría General de la República no solamente busca controlar la legalidad de compromiso y la disponibilidad de la partida a la cual se imputa el gasto proyectado, sino que implica también el control sobre los precios que se proyectan contratar para evitar que en la inversión no se malversen o defrauden los dineros públicos.

Por ello dispone el artículo 18 que la Contraloría verificará porque se estipulen en los contratos administrativos precios justos y razonables. A tal efecto, deberá llevar el control de los precios corrientes y actualizados de los efectos, materiales y demás bienes y servicios regularmente suministrados a la Administración.

#### *d'. El control de las garantías*

Por último, la Contraloría también debe verificar respecto de los contratos sometidos a su control, que se hubieran previsto las garantías necesarias y suficientes para responder de las obligaciones que ha de asumir el contratista.

En relación a ello, el artículo 18, párrafo segundo de la Ley, también autoriza a la Contraloría a examinar la capacidad financiera y la experiencia de la persona natural o jurídica que contrate con la República, cuando lo considere conveniente para la salvaguarda de los intereses fiscales y, en especial, en el caso de las cesiones de contratos o subcontratos”.

b. *El ámbito del control previo de compromisos y sus excepciones*

El control previo de compromisos abarca todos los contratos para la adquisición de bienes o servicios y, en general, todos los que impliquen compromisos financieros para la República. Por tanto, respecto de esta formalidad, no cabría hacer distinción alguna entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración <sup>8</sup>.

En consecuencia, todos los contratos que celebre la República que signifiquen compromisos financieros <sup>9</sup>, deben someterse al control previo de compromisos. Quedan a salvo, sin embargo, los que se excluyan por ley especial o los que la propia Ley Orgánica establece.

En efecto, en general, de acuerdo al artículo 19 de la Ley Orgánica:

“Mediante ley especial se podrá excluir del control previo a los contratos que sean requeridos para el desarrollo de determinados programas, por el lapso que la mismá ley fije”.

Pero aparte de este supuesto, la propia Ley Orgánica establece una serie de excepciones según que estén sometidos a otros controles, según la cuantía de los contratos, según que existan situaciones extraordinarias, o que se trate de contratos para actividades de defensa y seguridad del Estado.

a'. *La excepción respecto de contratos sometidos a otros controles*

De acuerdo al artículo 22 de la Ley Orgánica, cuando los contratos que celebre el Ejecutivo deban ser autorizados o aprobados por el Congreso, o por una de las Cámaras, no se requerirá la aprobación del respectivo compromiso financiero por la Contraloría <sup>10</sup>. Tampoco se requerirá tal aproba-

8. Véase en el tal sentido, *Doctrina PGR 1980*, pp. 62-64.

9. Por ello, la Contraloría General de la República ha sostenido que no es necesaria la aprobación previa en los contratos que originan una renta para la República, siendo necesarias sólo en las que originan gastos. Véase en *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1936-1963*, tomo I, Caracas, 1963, p. 234. En este sentido, la Procuraduría General de la República ha sostenido que también están sometidos al control previo los contratos colectivos de trabajo que los diversos despachos del Ejecutivo Nacional celebren con los obreros al servicio del Estado. Véase *Doctrina PGR 1969*, Caracas, 1970, pp. 54-56.

10. Véase en tal sentido la doctrina de la Contraloría General de la República en *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938-1968*, tomo III, Caracas, 1968, p. 57 y tomo IV, pp. 306 y 307.

ción en los casos de adquisición de bienes por vía de expropiación por causa de utilidad pública o social, cuyo precio se haya determinado de acuerdo con las reglas establecidas en la ley de la materia.

b'. *La excepción por razones de emergencia*

La Ley Orgánica establece en su artículo 21, que en situaciones de emergencia, como en caso de calamidades públicas o de conflicto interior o exterior, y en otros análogos, cuando sea de urgente necesidad la ejecución de determinadas obras o la adquisición de bienes, no se exigirá el cumplimiento de la formalidad del control previo. Sin embargo, la ejecución de las mencionadas obras deben realizarse "previa consulta al Contralor", la cual puede incluso ser verbal o telefónica; y los Despachos Ejecutivos en todo caso quedan obligados a participar de inmediato a la Contraloría las circunstancias que hayan dado lugar al gasto, con el fin de que ésta proceda a tomar las medidas de control que considere convenientes dentro de los límites de la ley.

c'. *La excepción por la cuantía*

Por autorización expresa del artículo 20 de la Ley Orgánica, el Contralor General de la República podrá exceptuar del control previo los compromisos que no exceden de 400.000 bolívares. "A tales efectos, por Resolución que publicará en la *Gaceta Oficial*, establecerá los casos y condiciones en que proceda esta excepción y los requisitos que se deberán cumplir, sin perjuicio del control posterior que ejercerá oportunamente sobre tales operaciones".

En la reforma a la Ley Orgánica de la Contraloría de 1984 <sup>11</sup>, que aumentó de 100.000 a 400.000 la cifra de la excepción, se agregó, además, al artículo 20 un párrafo con el siguiente texto:

"El Contralor podrá ajustar anualmente la cifra mencionada anteriormente, con sujeción al monto del presupuesto de gastos de la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal de cada año. En todo caso, la cifra en referencia no será menor de cuatro ni mayor de cinco bolívares por cada millón de bolívares del monto del correspondiente presupuesto de gastos".

d'. *La excepción en los casos de contratos relativos a actividades de seguridad y defensa*

Por último, el artículo 28 de la Ley Orgánica, en general, excluye "de las disposiciones de control establecidas en la ley", los gastos destinados a la defensa y seguridad del Estado, calificadas como tales en el Reglamento de la Ley Orgánica dictado por Decreto N° 1.698 de 1991 <sup>12</sup>.

11. Véase en G.O. N° 3.482 Extra de 14-12-84.

12. Véase en G.O. N° 34.749 de 4-7-91.

### c. Efectos del control previo de compromisos

#### a'. Efectos tradicionales del crédito presupuestario

De acuerdo con un principio constitucional (artículo 227) no se puede hacer del Tesoro Nacional gasto alguno que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto, lo que implica que todos los contratos susceptibles de implicar un egreso del Tesoro Nacional deben estar cubiertos por los créditos presupuestarios regularmente previstos en la Ley de Presupuesto o en créditos adicionales<sup>13</sup>. Por ello, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, tipifica incluso como delito de malversación específica el efectuar gastos o contraer compromisos que excedan de las previsiones presupuestarias (artículo 61).

Tradicionalmente se ha considerado que las autorizaciones de gastos presupuestarios tienen efecto solamente respecto del derecho financiero y presupuestario y, por tanto, que las reglas de derecho presupuestario tienen sus propias consecuencias y sanciones desligadas totalmente del derecho administrativo<sup>14</sup>.

Esto conlleva una consecuencia lógica: el contrato concluido por la Administración sin crédito presupuestario o excediendo el crédito aprobado por la Ley de Presupuesto, es jurídicamente válido<sup>15</sup>, aun cuando como lo dice la ley, no pueda iniciarse su ejecución, es decir, sea ineficaz<sup>16</sup>. Por tanto, la formalidad de control previo si bien ya no puede considerarse un requisito de validez del contrato, es una condición para su eficacia.

#### b'. Efectos sobre el contrato

Por supuesto, aun siendo un requisito de eficacia del contrato, ello no puede significar que ese requisito perfeccione el contrato.

El control previo de compromisos consiste únicamente en una verificación de la legalidad y posibilidad del gasto proyectado, pero no implica obligatoriedad para la Administración de concluir el proyecto del contrato. La Administración puede perfectamente desistir de celebrar el contrato controlado previamente por la Contraloría General de la República. Sin embargo, un sano sistema contable aconseja que, una vez que se produzca este desisti-

13. Artículos 227, 190, ordinal 14 y 179, ordinal 6º de la Constitución.

14. André de Laubadère: *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence*, París, 1956, tomo I, p. 144.

15. En tal sentido véase: André de Laubadère, *ob. cit.*, tomo I, p. 144; Gastón Jèze, *Principios Generales de Derecho Administrativo*. De Palm Editor, Buenos Aires, 1947, tomo IV, p. 18; Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1963, p. 202.

16. Nos apartamos así de la opinión que sostuvimos en 1964 bajo la vigencia de la vieja Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, cuyas normas fueron derogadas a partir de 1975 por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Véase Allan R. Brewer-Carías, "La formación de la voluntad...". *loc. cit.*, p. 454 y 455.

miento, la Administración notifique de ello a la propia Contraloría para que desafecte el gasto anteriormente proyectado del crédito presupuestario correspondiente <sup>17</sup>. Ello se exige, además, en la Ley Orgánica de la Contraloría en forma expresa, al prescribir su artículo 23 que en caso de terminación anticipada de los contratos sometidos a control previo, el Despacho respectivo debe participar inmediatamente a la Contraloría las causas que motivaron la decisión y acompañar los datos y documentos pertinentes.

Pero al hablar de los efectos del control previo debemos destacar otro supuesto. ¿Qué efectos tiene sobre el contrato la ausencia de crédito presupuestario a pesar del cumplimiento de la formalidad del control previo? Debemos concluir tal como anteriormente señalamos que el contrato no puede tener ningún efecto, pero sin embargo el posible error del órgano Contralor acarreará además de la responsabilidad individual del funcionario, la responsabilidad de la Administración por el mal funcionamiento del servicio y ello, porque si corresponde a la Contraloría General de la República el control de la legalidad y posibilidad de los gastos proyectados contractualmente, la equivocación de ella en sus operaciones específicas, se traduce en una falta o mal funcionamiento del servicio que acarreará responsabilidad administrativa.

#### *c'. Efectos de la ausencia de control previo*

Tal como se ha señalado, sin el requisito del control previo de compromisos por parte de la Contraloría, el Ejecutivo no puede iniciar la ejecución de los contratos, razón por la cual se trata de un requisito para la eficacia de los mismos <sup>18</sup>. Por tanto, si aun sin el cumplimiento de tal formalidad,

17. A tal efecto, la Procuraduría General de la República ha sostenido respecto de una orden provisional que "el hecho de que la misma haya sido aprobada por la Contraloría General de la Nación, no implica ninguna obligación para el Ejecutivo, el cual puede perfectamente desistir de la negociación contenida en la orden provisional a pesar de la aprobación impartida por la Contraloría de la Nación". Criterio sustentado por la Procuraduría de la Nación en escrito dirigido a la Corte Federal, con fecha 3 de agosto de 1960, *Informe de la Fiscalía General de la República al Congreso Nacional*, 1960, Caracas, marzo de 1961, p. 313.
18. Bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública (artículo 172, ordinal 11) hasta 1975, el requisito de aprobación previa de Contratos por la Contraloría se había considerado un requisito de validez de los contratos. Así, por ejemplo, era el criterio de la Procuraduría General de la República, al expresar que los trámites de Control Previo de la Contraloría "no son simples formalidades de mero trámite, sin relevancia alguna de la vida jurídica de los contratos que celebre la Administración con violación de tales requisitos, bien porque se considere que han de cumplirse exclusivamente en la esfera interna de la Administración, en la cual no tiene, por tanto, participación alguna el contratante de la Administración, o bien, porque se les estime como preceptos del Derecho Presupuestario que sólo obligan a la Administración. Al contrario, estima la Procuraduría que tales requisitos no tienen como única y exclusiva finalidad verificar, por parte del organismo contralor, la sinceridad y legalidad del gasto público, sino conjuntamente con ella, la de ser verdaderos elementos constitutivos, entre otros, del consentimiento legítimamente manifestado" cuando la Administración Nacional es parte en contratos u otros actos jurídicos. La "apro-

el contratante de la Administración ejecuta el contrato, éste no podría reclamar la contraprestación del precio contractual, pero sí podría reclamar indemnización por el enriquecimiento sin causa que podría producirse a favor de la Administración, en la medida de dicho enriquecimiento y de su empobrecimiento <sup>19</sup>.

### C. La autorización legislativa

#### a. La intervención del órgano legislativo en la contratación administrativa

Nuestro derecho positivo, debido a la importancia de determinados contratos suscritos por órganos del Estado requiere, como *conditio sine qua non* para que ciertos de ellos produzcan efectos, la intervención de los órganos legislativos en la formación de la voluntad administrativa.

Esta intervención puede ser previa, mediante autorización, o posterior, mediante aprobación.

Si se analiza el artículo 126 de la Constitución podría pensarse que hay una incongruencia al decir textualmente que "sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional", pues esta frase parece decir que el acto de celebración es posterior a la aprobación por el Congreso y, por tanto, que la aprobación debe entenderse siempre como autorización. Sin embargo, esto no es más que una aparente incongruencia <sup>20</sup> pues en la Constitución se distingue, en materia de formación de la voluntad

---

bación" previa de los mismos, por parte de la Contraloría, no es pues, en criterio del Despacho, la simple autorización de un gasto; es más, es también la autorización del contrato o acto que lo otorga... Tales consideraciones permiten, pues, a la Procuraduría afirmar, con el mayor énfasis, que el requisito de la aprobación previa de la Contraloría a los contratos que pretenda celebrar la Administración Nacional, no constituye sólo la aprobación del gasto correspondiente, sino la autorización del contrato; y que, en consecuencia, los contratos celebrados con omisión de tal requisito están afectados de nulidad absoluta". Véase al efecto el *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso Nacional 1959*, Caracas, 1960, pp. 629, 630, 935 y 944. Véase, además, el criterio de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia, en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Desarrollo Administrativo*, tomo III, Vol. 2, Caracas 1977, pp. 624 y 625.

19. En tal sentido la Procuraduría General de la República ha sostenido que "es evidente, en criterio de este Despacho, que el contrato de venta —que toda adquisición de efectos y materiales configura—, no ha podido perfeccionarse legalmente. Pero, habiendo constancia auténtica de que los bienes, cuyo precio se reclama, fueron efectivamente suministrados a la Administración, sería injusto que éste se negase a pagarlos: al contrario, ella resulta obligada a su pago, más la fuente de su obligación no está en contrato alguno, sino en el enriquecimiento sin causa. Dada la cuantía del valor de tales bienes, no considera arbitraria la Procuraduría que se le pague a la reclamante, a ese título, la suma reclamada por ella y convenida, en principio, con la Administración". Véase al respecto el *Informe de la Fiscalía General de la República al Congreso 1960*, Caracas, marzo 1961, p. 386.
20. Eloy Lares Martínez, *ob. cit.*, p. 205, donde señala que "si la Constitución impone el requisito de la aprobación legislativa... , debe entenderse que se trata de una formalidad ulterior a la celebración del contrato, y no anterior a la misma".

contractual de la Administración, la intervención legislativa previa o autorización, de la intervención legislativa posterior o aprobación. Y ello, porque la Constitución si bien es la norma suprema del Estado, no puede ser interpretada aisladamente. En efecto, la interpretación de las normas constitucionales como de toda norma jurídico-positiva, debe ser hecha atribuyéndole a la disposición el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del Constituyente en concordancia con todo el orden jurídico-positivo. Y en este sentido, ha sido el propio Constituyente quien ha distinguido en el texto constitucional los procedimientos de aprobación posterior y autorización previa de contratos. En efecto, es la propia Constitución quien distingue: en su artículo 126, primera parte, habla de "aprobación del Congreso"; en el mismo artículo 126, aparte segundo, habla de autorización; y también habla de autorización en su artículo 213 <sup>21</sup>.

Por tanto, estimamos que la Constitución sí distingue entre aprobación y autorización por el Congreso, a pesar de la aparente incongruencia; distinción, que por otra parte, ha estado consagrada tradicionalmente en nuestra legislación, y se destaca, incluso, de la Exposición de Motivos de la Constitución <sup>22</sup>.

Nos referimos en este lugar a la intervención legislativa previa a la conclusión del contrato administrativo llamada autorización legislativa, dejando el análisis de la intervención legislativa posterior llamada aprobación, para cuando estudiemos las formalidades posteriores a la conclusión del contrato.

#### b. *La autorización*

La autorización legislativa para contratar cuando está establecida, tiene una fundamental explicación: evitar que el Poder Ejecutivo tome medidas de

21. El artículo 231 de la Constitución establece al efecto: "No se contratarán empréstitos sino para obras reproductivas, excepto en caso de evidente necesidad o conveniencia nacional. Las operaciones de crédito público requerirán, para su validez una ley especial que las autorice, salvo las excepciones que establezca la Ley Orgánica".
22. En efecto, en el Título IV del Poder Público, la Exposición de Motivos expresa: "De gran importancia es el artículo referente a los contratos de interés nacional. El principio de que debe aprobarlos el Congreso es tradicional, pero se ha modificado el sistema según el cual se eximía de este requisito, en el propio texto constitucional, el otorgamiento de las concesiones de hidrocarburos y minerales en general, o de tierras baldías. En cuanto a las tierras baldías, la Ley Agraria ha modificado radicalmente el anterior régimen: en cuanto a las condiciones se han exceptuado del requisito, sólo aquellas que permita la Ley. Para aclarar mejor la intención del Constituyente en asunto de tanta importancia se dispone que el Ejecutivo Nacional no podrá proceder al otorgamiento de nuevas concesiones sin previa autorización del Congreso, debidamente informado de todas las circunstancias pertinentes y dentro de las condiciones que el mismo fije. Se hace clara mención de que esta autorización no dispensa del cumplimiento de las formalidades legales. La mente del Proyecto, en este aspecto, debe quedar claramente entendida; ella es la de que antes de proceder al otorgamiento de dichas concesiones, el Gobierno debe solicitar del Congreso una especie de autorización general.

interés general y vital para el Estado, sea financiero o económico-social, sin la intervención del Poder Legislativo.

Esta autorización puede ser concedida por ley formal, por acuerdo del Congreso, o decisión de algunas de las Comisiones de las Cámaras.

#### a'. *Formas de la autorización legislativa*

Ciertos contratos de la Administración requieren para su validez una autorización legislativa previa a su conclusión, dada por ley especial.

Tal es el caso, por ejemplo, de la contratación de empréstitos y operaciones de crédito público que, conforme al artículo 231 de la Constitución, requieren "para su validez, una ley especial que las autorice". Así lo dispone, por ejemplo, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Crédito Público al señalar que "salvo las excepciones establecidas en esta Ley, el Ejecutivo Nacional no podrá contratar ninguna operación de Crédito Público sino en virtud de Ley Especial".

Pero no en todos los casos es necesaria una ley formal que autorice la celebración del contrato, sino que en algunas oportunidades basta un Acuerdo del Congreso, es decir, un acto emanado de las Cámaras Legislativas actuando en sesión conjunta <sup>23</sup>.

Tal es el caso, por ejemplo, del otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos y recursos naturales. A tal efecto, el artículo 126 de la Constitución establece que:

"No podrá en ningún caso procederse al otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos ni de otros recursos naturales que determine la ley, sin que las Cámaras en sesión conjunta, debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes, lo autoricen, dentro de las condiciones que fijen y sin que ello dispense el cumplimiento de las formalidades legales".

"En esa autorización que equivaldría a una definición de la política a seguir en la materia, el Congreso puede limitar concretamente las formas de las concesiones, el precio y condiciones de las mismas y las demás condiciones que juzgue necesarias. Tratándose de una autorización no sería menester una ley especial, sino un simple acuerdo adoptado por las Cámaras en sesión conjunta y, es por ello, por lo que se dice que después de dada la autorización, el Ejecutivo se someterá, en cada uno de los actos respectivos a las formalidades que la ley establece".

"También se hace mención expresa de que ningún contrato de interés público podrá celebrarse con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela (ni traspasarse a las referidas personas) sin la aprobación del Congreso: esa disposición rige cualquiera que sea el sujeto de Derecho Público Venezolano que realice el acto".

"Los contratos normalmente necesarios para el desarrollo de la Administración Pública quedan exentos de los requisitos de la aprobación por el Poder Legislativo".

23. Disposición Transitoria 13ª de la Constitución. Véase además la doctrina del Ministerio de Justicia en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-74* v *Estudios de Derecho Administrativo*, tomo III, Vol. II, Caracas, 1977, pp. 618 y 619.



Otro caso en que es necesaria la autorización del Congreso Nacional es en la enajenación de bienes inmuebles patrimoniales de la República. A tal efecto, la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional dispone en su artículo 23 que “los bienes inmuebles pertenecientes a la Nación no pueden ser enajenados sin previa y expresa autorización del Congreso Nacional, dada con conocimiento de causa”, aunque la Constitución actual en su artículo 150, ordinal 2º, ha atribuido al Senado la facultad de conceder estas autorizaciones.

En otros supuestos, la legislación ha establecido la necesaria autorización previa de algunas de las Comisiones de las Cámaras Legislativas, para la celebración de algunos contratos de la Administración, como los contratos de sociedad. Así, las leyes de Presupuesto anual, durante la última década han venido estableciendo que para la constitución de sociedades por parte de los organismos de la Administración Pública central o descentralizada, se requerirá la autorización de la Comisión Permanente de Finanzas de la Cámara de Diputados <sup>24</sup>.

#### *b'. Naturaleza de la autorización legislativa*

La autorización legislativa, sea dada por ley o por acuerdo, es un acto legislativo dictado en ejercicio de la función administrativa que habilita a la Administración para ejercer el poder jurídico de contratar.

Este acto de autorización legislativa, como todo acto legislativo, es unilateral, pero se dicta a instancias de la Administración. Por ello la ley habla de la autorización “dada con conocimiento de causa” o dada por las Cámaras Legislativas “debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes” <sup>25</sup>.

Las Cámaras Legislativas, en virtud de este poder de autorizar la celebración de contratos, pueden apreciar la legalidad y discrecionalmente la oportunidad o conveniencia del contrato. Con este fin es que la ley o la Constitución exigen la intervención previa de las Cámaras Legislativas. Por otra parte, la autorización legislativa puede contener “las especificaciones relativas a la operación o una autorización general” <sup>26</sup>, para que la Administración contrate. Además, el Congreso puede autorizar al Ejecutivo a contratar, “dentro de un plazo determinado . . . en las oportunidades, formas y condiciones que considere más convenientes a los intereses de la Nación dentro de los límites fijados por el Congreso de la República” <sup>27</sup> como sucede en materia de crédito público.

---

24. Por ejemplo, artículo 21 de la Ley de Presupuesto 1986 en *Gaceta Oficial* Nº 3.677 Extra de 23-12-85. Véase sobre esto, *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938-1968*, tomo III, pp. 58-59; tomo IV (69-76), pp. 300 y ss. y tomo V (69-76), pp. 840 y ss.

25. Artículo 23, LOHPN y 126 Constitución.

26. Artículo 15 LOCP.

27. Artículo 21 LOCP.

### c'. Efectos de la autorización

La autorización legislativa, al igual que el cumplimiento de la formalidad de control fiscal previo, no perfecciona, ni mucho menos, al contrato.

La autorización legislativa para contratar ni siquiera obliga a la Administración a hacerlo, sino que es sólo la condición habilitante indispensable para que pueda hacerlo.

Por tanto, una vez concedida la autorización, la Administración en ejercicio del derecho de apreciar la oportunidad y conveniencia de sus actos, queda en libertad de decidir si contrata o no <sup>28</sup>. Esto diferencia la autorización legislativa de la decisión de contratar que ciertos órganos administrativos adoptan y a la cual están sometidos los órganos encargados de otorgar el contrato.

La sola autorización legislativa, por tanto, no obliga contractualmente a la Administración, pero su ausencia, cuando está legalmente establecida, vicia el consentimiento <sup>29</sup>.

### D. La decisión administrativa de contratar

Ciertos contratos de la Administración requieren para su conclusión, una decisión previa de una autoridad administrativa, que los autorice y ordene.

Estas decisiones administrativas de contratar, tienen la característica de que obligan a la autoridad administrativa competente a contratar y no solamente la faculta para hacerlo <sup>30</sup>.

En la Administración Pública Nacional estas decisiones se producen respecto de cierto tipo de contratos, por ejemplo, por el Consejo de Ministros, debido a la importancia de las operaciones implícitas en el contrato.

Veamos, entonces, la intervención del Consejo de Ministros en la formación de la voluntad administrativa en los contratos de la Administración.

---

28. Cfr. André de Laubadère, *op. cit.*, p. 147; Eloy Lares Martínez, *op. cit.*, p. 202; Georges Vedel, *Droit Administratif*, Press Universitaires de France, París, tomo II, 1959, p. 596.

29. Cfr. André de Laubadère, *op. cit.*, p. 147; Eloy Lares Martínez, *op. cit.* p. 202; Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, tomo I, 1953, p. 416. A tal efecto la Procuraduría de la Nación sostuvo: "Obsérvese, en efecto, cómo es la doctrina administrativa unánime que las «autorizaciones» que de acuerdo con la Constitución o las leyes, los funcionarios o agentes de la Administración requieren para otorgar o producir determinados actos jurídicos, constituyen un elemento constitutivo y necesario del «consentimiento»; por tanto, la omisión de la autorización no es que vicie el consentimiento, sino que lo impide, obsta para su manifestación legítima; y siendo el consentimiento elemento esencial a la existencia del acto, omitido aquél, éste tampoco existe jurídicamente hablando". Véase esta opinión en el *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso Nacional 1959*, Caracas, 1960, p. 624.

30. Véase, por ejemplo, la doctrina de la Procuraduría en relación a la autorización ministerial que debe darse a algunos Institutos Autónomos para contratar, en *Doctrina PGR 1963*, pp. 71-73.

a. *La intervención del Consejo de Ministros en la celebración de contratos de la Administración*

Establece el artículo 190, ordinal 15, de la Constitución, que es atribución del Presidente de la República en Consejo de Ministros “celebrar los contratos de interés nacional permitidos por la Constitución y las leyes”.

Es decir, que, de acuerdo con esta norma, el Consejo de Ministros debe decidir la conclusión de un contrato de la Administración Nacional <sup>31</sup> cuando una norma constitucional o una ley se lo atribuya expresamente. Ante todo es necesario aclarar que la palabra “permitir” utilizada en esta disposición equivale en Derecho Público a tener una facultad o una competencia que, necesariamente, debe ser atribuida a alguien. Esta permisión debe entenderse en el sentido de atribución de competencia al Presidente de la República en Consejo de Ministros por parte de la Constitución o la ley.

Por tanto, la interpretación lógica y racional de este dispositivo no es la de que siempre y, en todo caso, el Presidente de la República en Consejo de Ministros debe celebrar todos los contratos de interés nacional que consagre la Constitución o cualquier ley, sino solamente con carácter obligatorio aquellos contratos que la Constitución o una ley le atribuya expresamente al Presidente de la República en Consejo de Ministros. Por tanto, sólo requieren la decisión previa de concluirse por el Consejo de Ministros, los contratos de interés nacional que la Constitución y la ley le atribuyan expresamente.

En este sentido la Constitución atribuye expresamente ciertos contratos, en cuanto a su decisión previa para concluirse, al Consejo de Ministros. Tal es el caso de los empréstitos públicos, cuya decisión debe ser adoptada por el Presidente de la República en Consejo de Ministros <sup>32</sup>.

Una posible atribución de orden constitucional es también la consagrada en los artículos 97 y 231 de la Constitución. Estas disposiciones remiten a la ley, y ésta podría establecer la atribución expresa al Presidente de la República en Consejo de Ministros para celebrar o decidir la conclusión del contrato <sup>33</sup>.

Un ejemplo de contratos de la Administración atribuidos expresamente en lo que respecta a su decisión previa para concluirse, al Consejo de Ministros, era el contemplado en el Decreto-Ley N° 76 del 8 de marzo de 1958 de la Junta de Gobierno de la República de Venezuela. El artículo 1º de dicho Decreto-Ley estableció que “los contratos de la Nación cuyo monto exceda de las previsiones presupuestarias, así como aquellos cuyo pago se haya previsto en partes, en el transcurso de más de un ejercicio fiscal, y las obligaciones

31. Cfr. Eloy Lares Martínez, *op. cit.*, p. 203.

32. A tal efecto, el artículo 190, ordinal 13º de la Constitución establece que es atribución del Presidente de la República en Consejo de Ministros, “negociar los empréstitos nacionales”.

33. El artículo 97 de la Constitución establece que “no se permitirán monopolios. Sólo podrán otorgarse, en conformidad con la ley, concesiones con carácter de exclusividad, y por tiempo limitado, para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público...”.

de los Institutos Autónomos y demás personas jurídicas que hayan de ser garantizadas por la Nación, deberán ser sometidos, antes de su otorgamiento, a la aprobación del Consejo de Ministros, sin perjuicio de cualquier otro requisito establecido en la Constitución y leyes de la República”<sup>34</sup>.

Por tanto, este tipo de contratos de la Administración, por previsión legal, deberían ser llevados “antes de su otorgamiento, a la aprobación (*sic*) del Consejo de Ministros”. A pesar del mal uso de la palabra “aprobación” claramente se deduce que la intervención del Consejo de Ministros era previa a la conclusión del contrato y consistía, en puridad, en la decisión de contratar.

La Ley Orgánica de Crédito Público, además, establece la necesaria intervención previa del Consejo de Ministros, en la autorización de las operaciones de crédito público a ser realizadas por los Institutos Autónomos y las empresas del Estado<sup>35</sup>.

Aparte de los contratos anteriormente analizados que deben necesariamente ser decididos por el Consejo de Ministros, todos los contratos de la Administración pueden ser llevados a dicho organismo, para su decisión, en virtud de la facultad que tiene el Presidente de la República de acuerdo a la Ley Orgánica de la Administración Central, de llevar al Consejo de Ministros asuntos “cuando lo juzgue conveniente”<sup>36</sup>. Sin embargo, esta es una atribución o facultad del Presidente y no una obligación jurídica.

#### b. *Efectos de la decisión del Consejo de Ministros*

Al igual que las formalidades previas a la conclusión del contrato antes estudiadas, la decisión de contratar del Consejo de Ministros tampoco perfecciona el contrato. El contrato no puede considerarse concluido por la sola decisión de contratar<sup>37</sup>.

Sin embargo, contrariamente a lo que sucede respecto a la autorización legislativa, la decisión administrativa del Consejo de Ministros, de contratar, obliga al órgano competente para concluirlo, a otorgar el contrato, y no solamente para otorgarlo pura y simplemente, sino de acuerdo a las condiciones señaladas por la autoridad decisoria<sup>38</sup>.

En todo caso, la decisión de contratar no obliga a la Administración si no se ha otorgado el contrato y, en caso de negativa a contratar, sin que se revoque la decisión por el propio Consejo de Ministros, ello acarreará responsabilidad del funcionario que se negó a obedecer la decisión<sup>39</sup>.

---

34. Véase en *Gaceta Oficial* conforme al artículo 4, literal c de la LOCP, que estos contratos configuran operaciones de crédito público, por lo cual la misma decisión del Consejo de Ministros se ha regulado detalladamente en el artículo 6, ordinal 1º, letra b, LOCP.

35. Artículos 43 y 49, LOCP.

36. Artículo 11.

37. Cfr. André de Laubadère, *op. cit.*, tomo I, p. 159.

38. Cfr. Eloy Lares Martínez, *op. cit.*, p. 203.

39. Artículos 47 y 121 de la Constitución. Cfr. André de Laubadère, *op. cit.*, tomo I, p. 160.

La decisión de contratar por el Consejo de Ministros constituye también una etapa en la formación de la voluntad administrativa y, por tanto, la ausencia de decisión de contratar en los casos en que la Constitución y la ley la exijan, produce la invalidez del contrato y su consecuente nulidad <sup>40</sup>.

Por otra parte, el funcionario público que celebró el contrato sin que su conclusión hubiera sido autorizada y decidida por el Consejo de Ministros, incurre en responsabilidad individual por abuso de poder y violación de la ley de acuerdo a lo establecido en el artículo 121 de la Constitución.

## 2. FORMALIDADES POSTERIORES A LA CONCLUSION DEL CONTRATO: LA APROBACION DEL CONTRATO

Ciertos contratos no producen enteros efectos después del acto de conclusión, sino una vez que cumplan una formalidad posterior, que consiste en la aprobación del contrato por parte de los órganos legislativos.

Por ello, establece el artículo 126 de la Constitución que “sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional, salvo los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública, o los permitidos por la ley”.

A pesar de una aparente incongruencia de este artículo y de otros de la Constitución se desprende que la aprobación legislativa es posterior a la conclusión del contrato. Y también se desprende, dada la peculiar redacción del dispositivo constitucional, que la regla general teórica en nuestro régimen de contratación administrativa es que todos los contratos de interés nacional requerirían aprobación legislativa. Establece, sin embargo, el dispositivo constitucional dos excepciones a esta regla general: no requieren aprobación legislativa primero, los contratos necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública; y segundo, los contratos “permitidos por la ley” o atribuidos por la ley a cualquier autoridad pública sin indicación de la intervención del Poder Legislativo. De ello se desprende que en realidad, en la práctica, la excepción es la regla general, pues la gran mayoría de contratos de la Administración Nacional no requieren la intervención *a posteriori* del Congreso Nacional, por lo cual el requisito de aprobación legislativa es excepcional. <sup>40 bis</sup>.

Conviene, al hablar de la aprobación legislativa como una formalidad posterior a la conclusión del contrato, estudiar en primer lugar, la naturaleza del acto de aprobación y, en segundo lugar, los efectos jurídicos de la aprobación legislativa de los contratos.

---

40. Cfr. Gastón Jèze, *op. cit.*, tomo IV, p. 58.

40 bis. Véase lo expuesto en el N<sup>o</sup> 3 de la Segunda Parte.

### A. *Naturaleza jurídica de la aprobación legislativa*

Desde el punto de vista material o de contenido, el acto de aprobación legislativa es un acto legislativo realizado en función administrativa.

Este ha sido criterio tradicional de nuestra jurisprudencia. Así la antigua Corte Federal y de Casación en sentencia de 5 de mayo de 1937, estableció:

“Las normas jurídicas integradas en parte por las leyes, implican un mandato general y abstracto que impone reglas de conducta válidas para todos y para casos abstractamente determinados, por lo cual, el Poder Legislativo, en su función normativa, procede generalizando. Cuando ejerce esa función elabora leyes en sentido material, que tienen todas las características de la ley propiamente dicha; mientras que cuando colabora con el Poder Ejecutivo en la Administración Pública ejecuta actos administrativos aun cuando ellos estén revestidos de la forma extrínseca de la ley, y son estos actos los que la doctrina del derecho constitucional denomina leyes formales. Estas no tienen el contenido de la ley propiamente dicha, porque no establecen reglas de conducta para todos, no contienen un mandato general y abstracto, sino que se refieren a relaciones concretas, a casos particulares: son providencias administrativas o actos de administración pública en forma de ley. Tal lo que sucede en la llamada ley que aprueba un contrato o un convenio de interés nacional”<sup>41</sup>.

Aparte de que no compartimos el criterio de la distinción entre ley formal y ley material que se hace, es importante destacar de esta decisión la doctrina de que los actos de aprobación legislativa son en su contenido y desde el punto de vista material, actos realizados en ejercicio de la función administrativa, aunque en su forma sean leyes<sup>42</sup>.

41. *Memoria* 1938, tomo I, p. 226.

42. Cfr. E. Sayagues Laso, *op. cit.*, tomo I, p. 551. Véase también el voto salvado a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena de 15 de marzo de 1962 que expresa: “La aprobación legislativa recaída en los contratos de interés nacional, celebrados por el Presidente de la República por órgano del Ministro respectivo, perfecciona y completa la voluntad administrativa que interviene en la creación del vínculo contractual. La voluntad del otro contratante, que es generalmente un particular o empresa privada, se forma y manifiesta según las reglas del derecho privado. El proceso de formación de la voluntad administrativa comprende varias etapas, más de las cuales es la aprobación impartida por el órgano legislativo”.

“Siempre que un contrato requiera la aprobación del Congreso, el acto aprobatorio emanado de este último constituye una de las manifestaciones de voluntad del Estado, complementaria de la manifestación anterior, hecha por el órgano ejecutivo. La decisión aprobatoria de las Cámaras, es por su contenido, un acto administrativo de aprobación, esto es, una declaración de un órgano del Estado, en ejercicio de la función administrativa, que expresa su conformidad con una declaración anterior de otro órgano estatal. Las Cámaras, en efecto, actúan en esa ocasión en ejercicio de la función administrativa. Ambas declaraciones configuran lo que la doctrina moderna denomina “acto complejo”, o sea,

Ahora bien, pero si es cierto que en su contenido el acto de aprobación legislativa es un acto realizado en ejercicio de la función administrativa, por su forma es un acto legislativo, y más propiamente una ley. Y ley en nuestro sistema constitucional es la llamada ley en sentido formal, o sea, "actos que sancionan las Cámaras Legislativas como Cuerpos Colegisladores", como lo destaca el artículo 162 de la Constitución.

En este sentido ha señalado la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de 15 de marzo de 1962, que:

"la orientación constitucional venezolana se ha apartado, en este punto, de toda doctrina que consagre otros requisitos como los de generalidad y carácter abstracto, para determinar el concepto de ley. Acoge sólo la Constitución esa forma simple pero precisa para tipificar dicho concepto, lo que significa que la mera circunstancia de una norma sea sancionada por las Cámaras como Cuerpos Colegisladores, basta para que figure como ley de nuestro ordenamiento jurídico. Este concepto claro y preciso de lo que la Constitución concibe como ley, no admite ni puede admitir interpretaciones contrarias a su texto, ni menos aún la asignación de otros requisitos o condiciones que, si bien pueden ser atribuibles o procedentes en otras legislaciones donde el concepto de ley obedece a otros criterios doctrinales, en manera alguna son adecuados al que terminantemente se fija en la Constitución venezolana. En este sentido no había lugar a planteamiento doctrinario de distinción entre ley material y ley formal. . . porque para calificar de ley una norma de derecho, basta únicamente determinar si es o no un acto sancionado por las Cámaras Legislativas como Cuerpos Colegisladores" <sup>43</sup>.

Por tanto, el acto de aprobación legislativa de un contrato de interés nacional, en su forma es una ley con todas las implicaciones que este concepto supone.

#### B. *Contratos que requieren la aprobación legislativa*

Diversos contratos de interés nacional requieren en Venezuela la aprobación legislativa. En efecto, el artículo 90 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, establece que "el servicio para recibir ingresos y hacer pagos por cuenta del Tesoro Nacional, y cualesquiera otros relacionados con dicho

---

aquel en que la voluntad administrativa se forma mediante la intervención de dos o más órganos cuyas respectivas manifestaciones pasan a integrarla". G.O. Nº 760 Extra de 22-3-62. Véase, además, la doctrina administrativa de la Procuraduría en *Doctrina PGR 1965*, Caracas, 1966, pp. 54-57 y del Ministerio de Justicia en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, tomo III, Vol. II, Caracas, 1977, p. 625.

43. G.O. Nº 760 Extra de 22-3-62.

servicio, podrán ser contratados por el Gobierno con un instituto bancario que, indispensablemente, habrá de ser nacional, responsable y de recursos suficientes para garantizar el Gobierno un crédito destinado a satisfacer las necesidades del Tesoro. El contrato deberá someterse a la aprobación del Congreso Nacional”.

En materia de concesión para aprovechamiento de aguas del dominio público, la Ley Forestal, de Suelos y Aguas establece en su artículo 35 que “serán temporales y se regularán por contratos especiales sujetos, para su validez, a la aprobación posterior del Congreso Nacional”.

Hemos escogido estos dos casos de contratos de la Administración Nacional que requieren la aprobación posterior del Congreso Nacional, por la distinta redacción que presenta la ley; en el segundo caso se requiere la aprobación como requisito de validez del contrato, en tanto que en el primer caso no se indica esta circunstancia ni tampoco en el dispositivo constitucional 126, que consagra la aprobación de los contratos de interés nacional como regla general.

Esta observación nos será útil para entrar a analizar los efectos de la aprobación legislativa en los contratos de la Administración.

### C. *Efectos de la aprobación legislativa*

Debemos analizar, al hablar de los efectos de la aprobación legislativa, no sólo de éstos respecto al contrato en sí, sino también respecto a los terceros extraños a la relación contractual, a los poderes del Congreso y, por último, los efectos de la ausencia de aprobación legislativa.

#### a. *Efectos sobre el contrato*

El acto de aprobación, en principio, no influye en la validez del contrato, sino en su eficacia <sup>44</sup>. Por ello, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que es en virtud de la aprobación legislativa, en virtud de que ha tomado forma de ley el acto aprobatorio, “que el contrato ha producido la plenitud de efectos jurídicos que no hubieran llegado a originarse sin la intervención de las Cámaras Legislativas” <sup>45</sup>.

Esta es la regla general en materia de aprobación legislativa de acuerdo con el artículo 126 de la Constitución: no constituye un requisito de validez del contrato sino un requisito para que produzca efectos y pueda ejecutarse <sup>46</sup>. El contrato, por tanto, queda perfeccionado con la conclusión.

44. Cfr. Guido Zanobini, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Editorial Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 336.

45. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 15 de marzo de 1962, cit.

46. Cfr. Onorato Sepe: *Contratto della Pubblica Amministrazione*, *Enciclopedia del Diritto, Edizione Speciale per gli Studenti dell'Università di Roma*, Giuffrè Editore, Milán, 1990, p. 164; Massimo Severo Giannini, *L'Attività Amministrativa (l'attività Negoziale)*. Lezione tenute durante l'anno accademico 1961-1962,



Sin embargo, hemos observado que algunas disposiciones legislativas que consagran el requisito de la aprobación legislativa, lo establecen como condición de "validez" del contrato. En este caso, que es la excepción de nuestro régimen jurídico, el contrato sólo se perfecciona cuando se ha producido la aprobación legislativa <sup>47</sup>.

b. *Efectos respecto a los poderes del Congreso*

El principal efecto de la aprobación legislativa es que a pesar de su forma de ley, ella no puede ser derogada ni modificada posteriormente por el Congreso.

Y ello porque, sea la aprobación un acto necesario para la ejecución del contrato o sea necesario para su validez, ella, a pesar de que es dada libre y discrecionalmente por el Congreso, forma parte de un acto complejo y mixto, donde entran en juego actos emanados por el Poder Ejecutivo y Legislativo, que no puede ser modificada entonces por la sola voluntad de uno de los Poderes Públicos intervinientes <sup>48</sup>.

c. *Efectos respecto a los terceros*

Pero esta aprobación legislativa también produce ciertos efectos respecto a los terceros extraños a la relación contractual, y éstos están constituidos por el derecho que tiene todo administrado interesado de solicitar jurisdiccionalmente, el control de la constitucionalidad de las leyes.

En efecto, la forma de ley que reviste el acto estatal de aprobación tiene como consecuencia que cualquier tercero interesado extraño a la relación contractual pueda solicitar ante el órgano jurisdiccional contralor de la constitucionalidad de las leyes, la conformidad con la Constitución de las cláusulas del contrato.

La jurisprudencia de la antigua Corte Federal y de Casación en algunas decisiones sostuvo erradamente, en nuestro concepto, la improcedencia del recurso de inconstitucionalidad contra las llamadas leyes formales o actos legislativos singulares con forma de ley, admitiéndolo únicamente contra las llamadas leyes materiales, de contenido general y abstracto <sup>49</sup>.

---

Jandi Sapi Editore, Roma, 1962, pp. 78 y 79; Eloy Lares Martínez, *op. cit.*, p. 204; Georges Vedel, *op. cit.*, tomo II, p. 596; André de Laubadère, *op. cit.*, tomo I, pp. 88 y ss.

47. Cfr. Rafael Bielsa: *Compendio de Derecho Administrativo*, De Palma, Buenos Aires, 1960, p. 86; Enrique Sayagues Laso, *op. cit.*, tomo I, p. 551.

48. A este respecto, en el voto salvado a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de 15 de marzo de 1962, se señala: "La misión de las Cámaras consiste en aprobar o negar, esto es, a aquéllas sólo incumbe impartir o negar su aprobación; pero en ningún caso, modificar el contrato. Como consecuencia, la ley aprobatoria de un contrato de interés nacional no es susceptible de derogatoria, ni de reforma total o parcial" (CSJ-CP-27-2, según la sigla del Instituto de Codificación y Jurisprudencia). Cfr. Enrique Sayagues Laso, *op. cit.*, tomo I, p. 551.

49. Sentencia de la Corte Federal y de Casación de 5 de mayo de 1937. *Memoria* 1938, tomo I, p. 226.

Este criterio errado no fue tradicional en la jurisprudencia de la antigua Corte, y en algunas ocasiones admitió el recurso de inconstitucionalidad contra actos legislativos singulares con forma de ley <sup>50</sup>.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de 15 de marzo de 1962, se confirma en forma clara el criterio de que el recurso de inconstitucionalidad procede contra los actos singulares con forma de ley, y más aún, cuando el artículo 215, ordinal 3º, de la Constitución atribuye a la Corte Plena la facultad de declarar la nulidad total o parcial no sólo de las leyes nacionales, sino también de los demás actos de los cuerpos legislativos que colidan con la Constitución <sup>51</sup>.

Por tanto, en nuestro actual sistema jurídico procede el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes aprobatorias de contratos. Y ello es lógico: dado el interés nacional y estatal que presentan esos contratos administrativos que requieren aprobación legislativa, es necesario que todo ciudadano interesado pueda obtener el control de la constitucionalidad de esas leyes aprobatorias <sup>52</sup>. Ello, en todo caso, se ha consagrado expresamente en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se legitima a "personas extrañas a la relación contractual" para demandar la nulidad, por ilegalidad e inconstitucionalidad, de contratos o convenciones celebradas por la Administración Pública <sup>53</sup>.

#### d. *Efectos de la ausencia de aprobación legislativa*

Cuando se trata de una aprobación legislativa necesaria para la validez del contrato, mientras ella no sea dada el contrato no se perfecciona y, por lo tanto, no tiene ningún efecto.

Cuando se trata, como es la regla general, de una aprobación legislativa necesaria para que el contrato produzca plenos efectos, mientras ella no sea dada, el contrato no puede ser ejecutado.

En todo caso, el contrato que requiere aprobación legislativa, y no es aprobado, no produce ningún efecto.

Si se han ejecutado prestaciones a favor de la Administración y ésta se ha enriquecido estará obligada a indemnizar a su co-contratante en la medida de su enriquecimiento y del empobrecimiento de éste.

---

50. Sentencia de la Corte Federal y de Casación de 16 de noviembre de 1937 (*Memoria 1938*, tomo I, p. 339); de 26 de noviembre de 1937 (*Memoria 1938*, tomo I, p. 350), y de 22 de diciembre de 1937 (*Memoria 1938*, tomo I, p. 381).

51. CSJ-CP, 15-3-62, cit.

52. Así, por ejemplo, la Municipalidad del Distrito Federal, con el carácter de tercero extraño en el contrato celebrado entre el Ejecutivo Nacional y el Banco de Venezuela, solicitó ante la Corte Suprema de Justicia en Pleno y obtuvo la nulidad, por inconstitucionalidad de la Cláusula 29 de dicho contrato. CSJ-CP 15-3-62, cit.

53. Artículo 111, también se legitima al Fiscal General de la República en los casos en que dichos contratos afecten un interés general.



## VI

# EL PROCESO DE FORMACION DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION



Una vez examinadas las formalidades relativas a la formación de la voluntad de la Administración en los contratos que suscriba, corresponde ahora examinar la formación propiamente dicha del contrato, es decir, los problemas que se presentan en el acuerdo de las voluntades o conclusión del contrato, los cuales se evidencian en la contratación administrativa, tanto como limitaciones a la igualdad de los contratantes como a la libertad contractual.

## 1. LIMITACIONES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL: LA SELECCION DE CONTRATISTAS

Las limitaciones a la libertad contractual se presentan principalmente en la escogencia del co-contratante de la Administración.

La Administración no siempre es libre de escoger su co-contratante, por lo que en materia de contratación administrativa, ha sido tradicional el establecimiento de limitaciones a la libertad de selección del contratista de manera que el proceso de selección se encuentra sometido a reglas más o menos precisas.

### A. *Antecedentes del régimen*

La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional tradicionalmente ha establecido dentro de sus normas, una tímida recomendación para que "en cuanto sea posible", los contratos para la construcción de obras y los de suministros y servicios, sean objeto de licitación <sup>1</sup>.

Esta disposición legal había sido desarrollada en cuanto a los contratos de obra pública por la Resolución N<sup>o</sup> 8 del Ministerio de Obras Públicas de 8 de marzo de 1947 <sup>2</sup>. Y era ciertamente en las dependencias de este Despa-

1. Artículo 427. De esta recomendación, en todo caso, la Ley Orgánica exceptúa directamente los contratos en que esté interesada la defensa nacional, los relativos a servicios técnicos y aquellos cuyo monto no exceda de Bs. 10.000,00. Véase *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938-1963*, Caracas 1963, tomo II, p. 103.
2. *Compilación Legislativa*, tomo III, p. 914. Además el Decreto Reglamentario de las Obras Públicas de 14 de abril de 1909, artículos 7 al 12, *Compilación Legislativa*, tomo II, p. 894.

cho ministerial y de los Institutos Autónomos a él adscritos que se llevaba a cabo regularmente el procedimiento de licitación. Así, todos los contratos de obras públicas celebrados directamente por el antiguo Ministerio de Obras Públicas, por el antiguo Banco Obrero o por el Instituto Nacional de Obras Sanitarias, seguían normalmente el procedimiento de licitación.

Respecto a los contratos de suministros, se podía identificar la existencia de un Reglamento de Compras del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, quizás el único Despacho Ejecutivo que había reglamentado el procedimiento respectivo y establecido la obligatoriedad de la licitación <sup>3</sup>.

Por tanto, fuera de los contratos de obra pública y de suministros, los otros contratos de la Administración no tenían previsto por la Ley la necesidad ineludible de su contratación por licitación pública.

Ahora bien, el Presidente de la República dictó a comienzos de 1976 un *Instructivo Presidencial*, el N<sup>o</sup> 24, sobre "Normas de Licitación para la contratación de obras y adquisición de bienes muebles" <sup>4</sup>, en el cual por primera vez se establecieron normas para la selección de contratistas en los contratos de obra pública y suministros, destinadas a ser aplicadas "a los organismos de la Administración Pública Nacional" <sup>5</sup>. Dicho Instructivo se dictó de conformidad con el mencionado artículo 427 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

El Instructivo N<sup>o</sup> 24 fue posteriormente modificado con fecha 26-1-77 <sup>6</sup> y luego derogado y sustituido por el *Reglamento sobre Licitaciones Públicas, Concursos Privados y Adjudicaciones Directas para la Construcción de Obras y Adquisición de Bienes Inmuebles por la Administración Central* dictado por Decreto N<sup>o</sup> 1.980 de 29-4-83 <sup>7</sup>. Este Decreto fue modificado tres veces: primero, por Decreto N<sup>o</sup> 337 de 14-11-84; luego por Decreto N<sup>o</sup> 534 de 15-3-85 y, por último, por Decreto N<sup>o</sup> 133 de 12-4-89 <sup>8</sup>, texto este último, que fue el cuerpo normativo que rigió hasta 1990, cuando se promulgó la Ley de Licitaciones de 10 de agosto de 1990 <sup>9</sup>, texto que regula la materia y el cual derogó todas las disposiciones que colidieran con la Ley (artículo 80).

El Decreto N<sup>o</sup> 133 de 1989, como su nombre lo indicaba, contenía un *Reglamento* cuyo contenido era directamente aplicable a contrataciones realizadas por la Administración Central. Por tanto, el sujeto de derecho pú-

---

3. Resolución N<sup>o</sup> 1.400 del Ministerio de Minas e Hidrocarburos de 8 de octubre de 1958, artículo 3, *Gaceta Oficial* N<sup>o</sup> 25.780 de 8-5-58.

4. G.O. N<sup>o</sup> 30.905 de 27-1-76.

5. También se destinó el Instructivo a ser aplicado a los Institutos Autónomos y en cuanto a las empresas del Estado, se prescribió que éstas debían adoptar normas, adaptadas al Instructivo, aun cuando con la posibilidad de que se previeran modalidades especiales (artículo 1).

6. G.O. N<sup>o</sup> 31.161 de 26-1-77.

7. G.O. N<sup>o</sup> 32.317 de 3-5-83.

8. G.O. N<sup>o</sup> 33.105 de 15-11-84, G.O. N<sup>o</sup> 33.188 de 20-3-85 y G.O. N<sup>o</sup> 34.200 de 17-4-89, respectivamente.

9. G.O. N<sup>o</sup> 34.528 de 10-8-90.

blico contratante, al cual se aplicaba el Reglamento, era la República, cuando actuaba a través de algunos de los órganos que conforman su Administración Central y que se encuentran reguladas en la Ley Orgánica de la Administración Central (Ministerios, Oficinas Centrales de la Presidencia, Autoridades de Area, por ejemplo).

Por tanto, a diferencia de lo que establecía el Instructivo N° 24, el contenido normativo de dicho Reglamento no tenía aplicación directa respecto de la denominada Administración Descentralizada, es decir, respecto de los Institutos Autónomos y Empresas del Estado, por lo que éstos no estaban regidos directamente por sus normas, aun cuando sí indirectamente, una vez que los ministros adoptasen las medidas necesarias para dicha aplicación.

En efecto, esta inaplicabilidad directa del Reglamento mencionado a los Institutos Autónomos y Empresas del Estado, se confirmaba en el artículo 39 del Decreto, el cual dispuso un mandato para los Ministros, que son los órganos por excelencia que conforman la Administración Central, para que *adoptasen* en un lapso de 30 días “las medidas necesarias para que los Institutos Autónomos adscritos a sus Ministerios y las empresas del Estado bajo su tutela se ajusten a sus disposiciones”<sup>10</sup>. Antes de la reforma de 1989, la norma respectiva exigía que la adopción de dichas medidas se hiciera “con las adaptaciones que fueran indispensables”, lo que se eliminó en el Decreto N° 133.

Con anterioridad a éste, por tanto, existían dos obligaciones: una para los Ministros respectivos de velar porque los Institutos Autónomos y las empresas del Estado, mediante sus propias normas, se ajustasen a las disposiciones del Reglamento, “con las adaptaciones que sean indispensables”, y otra para que dichos entes se ajustaran mediante sus propias normas, a las disposiciones del Decreto, con dichas adaptaciones necesarias, las cuales debían notificar al Ministro respectivo a los efectos de su aprobación para que entraran en vigencia.

Con la reforma de 1989, por tanto, se buscó que una vez que los Ministros adoptasen las decisiones pertinentes, tanto la Administración Central como la Descentralizada quedaban sometidas al mismo régimen de selección de contratistas.

Por último, debe advertirse que si bien todas las contrataciones de obras y de suministros de la Administración Central y Descentralizada debían ajustarse al Reglamento, en el artículo 40 del mismo se estableció la posibilidad expresa de que el Presidente de la República, a solicitud del Ministro respectivo, podía decidir que las normas del mismo no se aplicasen a la selección de contratistas por parte de determinado ente u organismo, en atención a la naturaleza de sus actividades o fines. El artículo 40 del Re-

10. Por ejemplo, la Resolución N° 529 del MARNR en relación a los contratos a celebrarse por el INOS, G.O. N° 32.777 de 28-7-83.



glamento prescribió además, en forma general, que el Presidente de la República podía aprobar también, a solicitud del Ministro correspondiente, normas especiales para la selección de contratistas por parte de determinados Institutos Autónomos o empresas del Estado o ratificar los regímenes o sistemas existentes sobre la materia.

Todo este régimen de rango reglamentario se cambió totalmente en agosto de 1990, al promulgarse la Ley de Licitaciones que tiene por objeto regular los procedimientos de selección de contratistas para la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios (artículo 1) por parte de los sujetos de derecho que se enumeran en el artículo 2 de la Ley <sup>10 bis</sup>.

## B. *Ambito de aplicación de la Ley de Licitaciones*

La Ley de Licitaciones, ni se aplica a todos los contratos que celebra la Administración ni se aplica a todos los entes estatales. Tiene, por tanto, un ámbito de aplicación específico que se define en sus dos primeros artículos.

### a. *Ambito sustantivo de aplicación*

De acuerdo al artículo 1º de la Ley, los contratos a cuyo proceso de formalización se aplica la Ley son solamente los contratos para la ejecución de obras (donde se ubica, por supuesto, a los contratos de obra pública), los contratos para la adquisición de bienes (donde se ubica a los contratos de suministro de bienes muebles) y los contratos para la prestación de servicios (donde están los contratos de obra o de prestación de servicios personales).

La Ley no hace ninguna precisión en esta enumeración, por lo que, por ejemplo, los contratos para la adquisición de bienes inmuebles o para la prestación de servicios públicos también estarían sometidos a sus normas, lo que en algunos casos no tiene sentido por el carácter *intuitu personae* de la contratación.

Debe señalarse, además, que la Ley establece una exclusión expresa respecto de su aplicabilidad en este ámbito sustantivo, al prescribir en su artículo 73 que:

“quedan excluidos de la aplicación de esta Ley aquellos contratos para la ejecución de obras, la adquisición de bienes o para la contratación de servicios, cuyo valor total o parcial hayan de ser pagados con préstamos otorgados por organismos financieros internacionales, que tengan sus normas propias de licitación y que en los respectivos contratos de préstamos se hubiere previsto la obligación de regirse por ellas”.

10 bis. El Reglamento de la Ley se dictó por Decreto Nº 1.400 de fecha 27-12-90 reformado por Decreto 1.906 de 17-10-91 en G.O. Nº 34.980 de 30-10-91. Véase en general: Allan R. Brewer-Carías, “El régimen de selección de contratistas en la Administración Pública y la Ley de Licitaciones”, *Revista de Derecho Público*, Nº 42, Caracas, 1990, pp. 5 a 26.

b. *Ambito subjetivo de aplicación*

En cuanto a los entes estatales a los cuales se aplican los procedimientos de selección de contratistas que regula la Ley, el artículo 2 precisa los sujetos de derecho estatales a los cuales se aplican, y que son los siguientes:

a'. *La República*

En primer lugar, *la República*. Se destaca que el ordinal 1º del artículo 2 de la Ley, impropriamente habla de "los órganos del Poder Nacional", para luego enumerar en los ordinales siguientes otras personas jurídicas, cuando evidentemente dichos "órganos del Poder Nacional" no son sujetos de derecho. Son en realidad, órganos de un solo sujeto de derecho, que no es otro que *la República*, a la que corresponde el ejercicio del Poder Nacional.

En consecuencia, todos los contratos que celebre la República para la ejecución de obras, para la adquisición de bienes y para la prestación de servicios, en cuanto a los procedimientos para la selección de contratistas se rigen por la Ley, lo que implica que están sometidos a las normas de la misma, los contratos mencionados que celebren los órganos que ejercen el Poder Legislativo (Senado y Cámara de Diputados), los órganos que ejercen el Poder Judicial (Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales), los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo (que enumera la Ley Orgánica de la Administración Central: Ministerios, Oficinas Centrales de la Presidencia, servicios autónomos sin personalidad jurídica) y todos los órganos que ejercen el Poder Nacional con autonomía funcional (Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República, Consejo de la Judicatura, Consejo Supremo Electoral).

b'. *Los institutos autónomos nacionales*

En segundo lugar, los Institutos Autónomos, es decir, las personas jurídicas de derecho público estatales que son creadas por ley con patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional. En consecuencia, las otras personas jurídicas estatales de derecho público pero que no son de carácter institucional, no están sometidas a las previsiones de la ley, como sería el caso de los establecimientos públicos asociativos (el Banco Central de Venezuela, por ejemplo) y de los establecimientos públicos corporativos (las Universidades Nacionales, por ejemplo).

c. *Las empresas del Estado y las asociaciones civiles del Estado*

En tercer lugar, las asociaciones civiles de la República y las empresas del Estado de la República. Por tales, el ordinal 3º del artículo 2 se refiere a "las asociaciones civiles y las sociedades en las cuales la República y los

institutos autónomos nacionales tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio o capital social del respectivo ente”.

Debe señalarse que la ley también se aplica a los contratos que celebren las sociedades y empresas filiales de los entes mencionados, al indicar el ordinal 4º del artículo 2, que se rigen por sus normas, los procedimientos de selección de contratistas que lleven a cabo, las asociaciones civiles y sociedades en cuyo patrimonio o capital social tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%), las asociaciones civiles (de la República), los institutos autónomos (nacionales) o las empresas del Estado (de la República o de institutos autónomos nacionales) antes indicados, es decir, en las cuales la República o los institutos autónomos nacionales tengan participación igual o mayor al 50% del capital o del patrimonio social.

De acuerdo a estas normas, por tanto, todas las empresas del Estado en las cuales la República, los institutos autónomos nacionales u otras empresas del Estado tengan una participación igual o superior al 50% de su capital, están sujetas a la ley. Las empresas petroleras nacionalizadas, por tanto, están sujetas a la ley en todas sus contrataciones.

Sin embargo, la Ley de Licitaciones previó un régimen particular para PDVSA y sus empresas filiales al establecer que el Presidente de la República en Consejo de Ministros, dentro de los noventa (90) días siguientes a la publicación de la ley, debía dictar un Reglamento que regulase los procedimientos de selección del contratista que realicen Petróleos de Venezuela, S.A., y sus empresas filiales (artículo 74) <sup>10 ter.</sup>

El artículo 76 de la ley agrega que

“En dicho Reglamento sólo podrán excluirse, por vía de excepción de la aplicación de esta ley, aquellas contrataciones que versen sobre obras, servicios o adquisiciones de significativa complejidad, inherentes a las actividades de exploración, extracción, refinación, procesamiento y comercialización de hidrocarburos y ubicadas en zonas críticas de operación.

Pueden quedar excluidas, también, adquisiciones de bienes, ejecución de obras civiles y prestación de servicios cuando deban ser licitadas en forma integral y conjunta con la obra principal, o tales obras sean accesorias de la principal.

La selección del contratista para las demás obras que contraten Petróleos de Venezuela, S.A., y sus empresas filiales y la adquisición de bienes o prestación de servicios, se realizará conforme a las normas establecidas en esta ley”.

---

10 ter. Dicho Reglamento se dictó por Decreto N° 1.247 de 8-11-90. G.O. N° 34.591 de 9-11-90.

Conforme al artículo 75 de la Ley, el Reglamento antes indicado debió establecer principios que asegurasen:

- 1º La inscripción de los eventuales contratistas en el Registro Auxiliar de Contratistas de Petróleos de Venezuela, S.A., y sus empresas filiales, siempre y cuando cumplan con los trámites y requisitos previstos en esta Ley y en el Reglamento;
- 2º El cumplimiento del principio de la igualdad como base de selección de los licitantes;
- 3º La recepción y apertura de las ofertas en acto público, salvo en aquellos casos que, por razón de interés para la industria, sean exceptuados por el Presidente de la República;
- 4º El establecimiento, como norma, de la selección de los contratistas en un régimen de concurrencia competitiva;
- 5º La preexistencia de disponibilidad presupuestaria antes del inicio de cada proceso de licitación;
- 6º La predeterminación y publicidad de las reglas y condiciones del procedimiento de licitación con anterioridad a cada proceso, y la permanencia de éstas hasta el otorgamiento de la buena pro;
- 7º La existencia de comités multidisciplinarios de evaluación de ofertas;
- 8º La documentación y registro de cada proceso;
- 9º El establecimiento de normas destinadas a impedir conflictos de intereses en todas las fases de los procedimientos de licitación;
- 10º La notificación a todos los interesados de los resultados del procedimiento de licitación;
- 11º La información acerca de la evaluación de sus ofertas a aquellos proponentes que así lo soliciten; y
- 12º El otorgamiento de la buena pro a la oferta que, en su consideración integral, sea la más conveniente.

#### d. *Las fundaciones del Estado*

En cuarto lugar, las fundaciones del Estado, que a los efectos de la Ley de Licitaciones (artículo 2, ordinal 5º) son, las fundaciones *constituidas* por la República, los institutos autónomos, las sociedades civiles (de la República o de los institutos autónomos) y las empresas del Estado (de la República o de los institutos autónomos), y por las sociedades civiles o empresas del Estado que sean filiales de las anteriores o aquellas fundaciones en cuya administración estas entidades estatales tengan *poder decisorio*.

#### e. *Los Estados y Municipios*

Por último, la ley también prevé que sus normas se aplican a los contratos para la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios que celebren *los Estados y Municipios*:

“cuando los precios de los contratos a que se refiere esta ley hayan de ser total o parcialmente pagados con aportes, distintos a los del Situado Constitucional, de alguno de los sujetos señalados en los ordinales 1º al 5º de este artículo”.

En consecuencia, los contratos que celebren los Estados y Municipios para ser pagados con sus ingresos propios (incluyendo los provenientes del Situado Constitucional) no quedan sometidos a las normas de la Ley de Licitaciones, teniendo las entidades territoriales mencionadas entera autonomía para regular la materia.

La ley, sin embargo, establece el principio de que sus normas regirán los procesos de selección del contratista por parte de los Estados y Municipios “en cuanto sea aplicable” (artículo 77).

En cambio, si el precio de los contratos se debe pagar con ingresos extraordinarios provenientes de aportes que reciban de la República, de los institutos autónomos nacionales, de las empresas del Estado (nacionales) y de las sociedades civiles del Estado (nacionales), de las empresas del Estado y de las sociedades civiles del Estado filiales de las anteriores, y de las fundaciones del Estado nacionales, el procedimiento para la selección de contratistas en la conclusión de los contratos queda sometido a las prescripciones de la ley.

### C. *Formas de selección de contratistas*

A pesar de que la ley se denomina Ley de Licitaciones y de que expresa el artículo 3 de la misma prescribe que “todos los procedimientos de selección del contratista, promovidos por los entes a los que se refiere el artículo precedente, se harán a través de licitaciones, las cuales podrán ser generales o selectivas”; en realidad, en la ley se establecen dos procedimientos generales para la celebración por los sujetos de derecho estatales antes indicados, de los contratos para la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios: la adjudicación directa y la licitación.

Estas dos formas generales de selección de contratistas, responden a las formas clásicas de la contratación de los entes estatales: en la primera, el ente estatal *escoge directamente al co-contratante*, sin concurrencia u oposición, de la misma forma que se realiza normalmente en los contratos entre particulares; en cambio, en la segunda, rige el principio de la *concurrencia* competitiva de varios oferentes.

#### a. *La adjudicación directa*

De acuerdo al artículo 33 de la ley, y sin perjuicio de que se pueda recurrir al procedimiento licitatorio, se puede proceder a la contratación por adjudicación directa, en los siguientes casos:

- 1º En el caso de adquisición de bienes o contratación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00);
- 2º En el caso de construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta diez millones de bolívares (Bs. 10.000.000,00); o
- 3º Si la ejecución de la obra, el suministro de los bienes o la prestación del servicio se encomienda a un organismo del sector público.

Los montos en bolívares indicados en esta norma, pueden ser actualizados anualmente por el Presidente de la República mediante decreto dictado en Consejo de Ministros y previa la opinión favorable de las Comisiones Permanentes de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados, en la misma proporción y de acuerdo a los índices anuales de variación de precios del Banco Central de Venezuela (artículo 60).

Además, el artículo 34 de la Ley expresamente permite proceder por adjudicación, siempre y cuando la máxima autoridad del órgano o ente contratante, mediante acto motivado, justifique adecuadamente su procedencia, en los siguientes supuestos:

- 1º Si se trata de suministros requeridos para el debido desarrollo de un determinado proceso productivo o de trabajos indispensables para el buen funcionamiento o la adecuada continuación o conclusión de una obra, imprevisibles en el momento de la celebración del contrato;
- 2º Si se trata de la adquisición de obras artísticas o científicas;
- 3º Si, según la información suministrada por el Registro Nacional de Contratistas, los bienes a adquirir los produce o vende un solo fabricante o proveedor o cuando las condiciones técnicas de determinado bien, servicio u obra excluyen toda posibilidad de competencia;
- 4º En caso de contratos que tengan por objeto la fabricación de equipos, la adquisición de bienes o la contratación de servicios en el extranjero, en los que no fuere posible aplicar los procedimientos licitatorios, dadas las modalidades bajo las cuales los fabricantes y proveedores convienen en producir o suministrar esos bienes, equipos o servicios;
- 5º En caso de calamidades que afecten a la colectividad o de emergencia comprobada dentro del respectivo organismo o ente; o
- 6º Si se trata de obras o bienes regulados por contratos resueltos o rescindidos y del retardo por la apertura de un nuevo proceso licitatorios pudieren resultar perjuicios para el organismo promovente.

Debe señalarse que en la redacción de estas dos normas de la ley (artículos 33 y 34), en realidad, se siguió casi textualmente el contenido de los

artículos 2, ordinal 1º, y 34 del Reglamento de 1989, por lo que en la materia no hubo innovación alguna, salvo la contradicción *in terminis* de regular en una Ley de Licitaciones donde se declara que “todos los procedimientos para la selección de contratistas deberán ser por licitación” (artículo 3), el procedimiento de adjudicación directa.

#### b. *La licitación*

En todos los otros casos en los cuales no proceda la adjudicación directa, la Administración para la selección de su contratista en los contratos de obra o de suministro, debe seguir un procedimiento de licitación. Por tanto, y salvo la excepción mencionada del artículo 34, la licitación siempre es necesaria en los contratos para adquisición de bienes o contratación de servicios con un valor estimado superior de Bs. 1.000.000,00 y en los contratos de obras con valor estimado superior de Bs. 10.000.000,00.

La consecuencia de la falta de cumplimiento del procedimiento licitatorio, conforme a la ley es la nulidad del contrato. Así lo establece el artículo 63 de la Ley de Licitaciones al disponer que:

“Los contratos para cuya celebración esta ley exija licitación general o licitación selectiva serán nulos cuando se celebren sin seguir dichos procedimientos, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones correspondientes a quienes hubieren contratado en tales circunstancias”.

La licitación que, como se indicó, siempre implica la existencia de concurrencia competitiva para seleccionar al contratista, puede ser de dos tipos, general o selectiva, y en la misma “los actos de preselección, recepción de ofertas, apertura de las ofertas económicas y decisión final, tienen carácter público” (artículo 6).

#### a'. *La licitación general*

De acuerdo a la definición del artículo 4 de la Ley, la “licitación general es el procedimiento de selección del contratista en el que puede participar cualquier inscrito en los registros previstos en esta ley, previo el cumplimiento de las condiciones particulares inherentes a cada proceso de licitación”.

Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 29 de la Ley, siempre se debe proceder a la selección del contratista por licitación general, en los siguientes casos:

- 1º En el caso de adquisición de bienes o contratación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado superior a diez millones de bolívares (Bs. 10.000.000,00); y

- 2º En el caso de construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado superior a treinta millones de bolívares (Bs. 30.000.000,00).

Debe señalarse que conforme al artículo 60 de la ley, estos montos en bolívares pueden ser actualizados anualmente por Decreto del Presidente de la República en Consejo de Ministros y previa la opinión favorable de las Comisiones Permanentes de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados, en la misma proporción y de acuerdo a los índices anuales de variación de precios del Banco Central de Venezuela.

b'. *La licitación selectiva*

“La licitación selectiva es el procedimiento de selección del contratista en el que los participantes, inscritos en los registros previstos en esta ley, son escogidos por el ente promovente” (artículo 5).

Ahora bien, de acuerdo al artículo 30 de la ley, puede procederse por licitación selectiva en los siguientes casos:

- 1º En el caso de adquisición de bienes o contratación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00) y hasta diez millones de bolívares (Bs. 10.000.000,00);
- 2º En el caso de construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado superior a diez millones de bolívares (Bs. 10.000.000,00) y hasta treinta millones de bolívares (Bs. 30.000.000,00); o

En cuanto a los montos en bolívares indicados en estos dos primeros casos, conforme se establece en el artículo 60 de la ley, los mismos pueden ser actualizados anualmente por el Presidente de la República mediante Decreto dictado en Consejo de Ministros y previa opinión favorable de las Comisiones Permanentes de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados, en la misma proporción y de acuerdo a los índices anuales de variaciones de precios del Banco Central de Venezuela.

- 3º Cuando conforme a la certificación expedida por el Registro Nacional de Contratistas, no existieren más de diez (10) empresas registradas debidamente calificadas para la respectiva contratación, atendiendo a exigencias de trabajos técnicos, suministros especializados, disponibilidad de equipos, capacidad económico-financiera y cualesquiera otros requerimientos que fundadamente restrinjan el número de empresas que puedan ser llamadas al respectivo proceso, independientemente del monto de la contratación.



Debe señalarse que conforme a la ley también puede procederse por licitación selectiva, siempre y cuando la máxima autoridad del órgano o ente contratante, mediante acto motivado, justifique adecuadamente su procedencia, en los siguientes supuestos que regula el artículo 31 de la Ley:

- 1º Si la ejecución de la obra, el suministro de los bienes o la prestación del servicio tengan necesariamente que contratarse, con empresas internacionales especializadas, que no operen en el país;
- 2º Si se trata de la adquisición de bienes destinados a la experimentación o investigación; o
- 3º Por razones de seguridad del Estado calificadas como tales conforme a lo previsto en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

*c. El fraccionamiento de la contratación y la licitación*

De acuerdo con el artículo 61 de la Ley de Licitaciones, sólo por causas debidamente justificadas, a juicio de la máxima autoridad administrativa o del órgano superior de administración del ente contratante, según el caso, se podrá dividir en varios contratos la contratación de una misma obra o la contratación para la adquisición de bienes o la prestación de servicios.

En todo caso, cuando el monto total de la obra, suministro o servicio, determine que el procedimiento aplicable es el de licitación general o licitación selectiva, se procederá la selección conforme a esos procedimientos, aun cuando el monto de la contratación sea inferior a los exigidos en los artículos 30 y 33 de esta ley para las licitaciones.

*d. Efectos de la licitación respecto del control del contrato*

De acuerdo al artículo 76 de la ley, los contratos que celebren los organismos sujetos a esta ley para la ejecución de obras, la adquisición de bienes o para la prestación de servicios, en los cuales los contratistas se hubieren seleccionado mediante licitación general o licitación, estarán excluidos del control previo de precios por parte de la Contraloría General de la República, tal como se regula en la Ley Orgánica de dicho organismo.

*D. Los sistemas administrativos establecidos para asegurar el procedimiento de selección de contratistas*

La Ley de Licitaciones regula dos sistemas administrativos vinculados al proceso de selección de contratistas. En primer lugar, establece como condición previa para participar en los procedimientos de selección de contratistas, el que éstos estén inscritos en el Registro de Contratistas, a cuyo efecto regula el Sistema Nacional de Registro de Contratistas.

En segundo lugar, la ley regula las funciones de los órganos administrativos a cuyo cargo está el proceso de selección, que son las Comisiones de Licitación, y a las que corresponde el principal papel en el proceso.

a. *El Sistema Nacional de Registros de Contratistas*

De acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la ley, salvo en los casos de las adjudicaciones directas cuyo monto sea inferior a cien mil bolívares (Bs. 100.000,00) y en los procesos de licitación general, licitación selectiva o adjudicación directa promovidos en el exterior del país, para participar en todo procedimiento licitatorio o de adjudicación directa promovido por los organismos o entes sujetos a la Ley de Licitaciones, será necesario estar inscrito en el Sistema Nacional de Registro de Contratistas.

En cuanto al monto en bolívares indicado, el artículo 60 de la ley autoriza al Presidente de la República a que mediante decreto dictado en Consejo de Ministros y previa opinión favorable de las Comisiones Permanentes de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados, lo pueda actualizar anualmente de acuerdo a los índices anuales de variación de precios del Banco Central de Venezuela.

En todo caso, a los efectos de regular este registro de contratistas, la ley regula un Sistema Nacional de Registros de Contratistas y el procedimiento para la inscripción en el mismo.

a'. *Constitución del sistema*

El Sistema Nacional de Registros de Contratistas está constituido por el Registro Nacional, que funciona en Caracas en la Oficina Central de Estadística e Informática de la Presidencia de la República y por los Registros Auxiliares de las personas jurídicas estatales a las cuales se aplica la ley, los cuales serán determinados conforme a lo que establece el Reglamento (artículo 8).

El Sistema Nacional de Registros de Contratistas, actuando como Centro de Información, de acuerdo al artículo 9 de la ley, tiene las siguientes atribuciones:

- 1º Efectuar de manera permanente, conforme a los datos suministrados por los contratistas que se inscriban en los Registros Auxiliares, la sistematización, organización y consolidación de los datos enviados por estos últimos, conforme a lo que determine el Reglamento, y expedir la certificación de la inscripción en el Sistema, actuando como centro de información;
- 2º Suministrar a los entes que se refiere el artículo 2 de esta ley a las autoridades de los organismos descentralizados de los Estados o Municipios, la información correspondiente a los contratistas. Para estos

- finés, deberán requerir los datos necesarios de los Registros Auxiliares;
- 3º Elaborar y publicar periódicamente un directorio contentivo de la calificación y especialidad de los contratistas;
  - 4º Establecer los sistemas de procedimientos aplicables a los Registros Auxiliares y supervisar su cumplimiento; y
  - 5º Coordinar los planes de desarrollo y normalización del Sistema.

#### *b'. Obligaciones de los contratistas*

El artículo 10 de la ley autoriza a los Registros Auxiliares, en cumplimiento de sus funciones, el poder requerir de los contratistas toda la documentación exigida por la ley y sus reglamentos y, aquéllos, están obligados a proporcionarla y deben practicar las auditorías y evaluaciones requeridas para la calificación y la actualización del Registro.

Además, los contratistas deben informar al Registro Auxiliar correspondiente, de todas las reformas de sus actas constitutivas o disposiciones estatutarias; de cambio o sustitución en su junta directiva o de actos de nombramiento de apoderados; de la enajenación o gravamen que recaigan sobre las acciones o cuotas de su capital social; o cualquiera otros datos e informaciones que revistan interés para su debida identificación y calificación técnica, económica y financiera (artículo 11).

El artículo 66 de la ley, en todo caso, establece la sanción de suspensión del Registro Nacional de Contratistas, respecto de los contratistas que hayan dejado de actualizar sus datos en el Registro por un lapso de un (1) año. Sin embargo, el contratista excluido por esta causa podrá participar en el proceso de selección si cumple nuevamente con los requisitos de inscripción.

#### *c'. Obligaciones de los entes públicos*

Los entes a los que se refiere la ley, conforme al artículo 15 de la misma, deben remitir información al Registro Nacional de Contratistas, dentro de los tres (3) meses siguientes a la finalización de los contratos de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, cuando se considere que ha existido incumplimiento por parte del contratista. En todo caso, dentro del mismo plazo, el contratista puede dirigirse al Registro Nacional de Contratistas a objeto de informar sobre la ejecución del contrato.

#### *d'. Organización del sistema*

La organización del Registro Nacional y de los Registros Auxiliares, así como los criterios conforme a los cuales se debe realizar la calificación de la especialidad, capacidad técnica, administrativa y financiera de los contratistas, está establecida en el Reglamento de la Ley (artículo 14).

En todo caso, el Sistema Nacional de Registros de Contratistas debe contar con el personal necesario para el cumplimiento de sus funciones (artículo 12), debiendo el funcionario responsable del Sistema Nacional de Registros de Contratistas ser escogido mediante concurso de credenciales, el cual está sujeto al procedimiento que se establece en el Reglamento de la Ley (artículo 13).

*e'. El procedimiento de inscripción*

Para inscribirse en el Sistema Nacional de Registros de Contratistas se deberá presentar una solicitud a través de un Registro Auxiliar, acompañada de la documentación que al efecto se determine en el Reglamento de la Ley, que conforme al artículo 17 debe comprender, entre otros datos, los siguientes:

- 1º Copia certificada del acta constitutiva y estatutos sociales debidamente actualizados;
- 2º Identificación de los socios que la integran;
- 3º Los estados financieros debidamente auditados correspondientes a los tres (3) últimos ejercicios económicos, salvo que tuviere menor tiempo de constituida;
- 4º Copia de la declaración de impuesto sobre la renta del último ejercicio económico; y
- 5º Información acerca de su especialización, capacidad técnica, administrativa, identificación de equipos y datos sobre su propiedad y, en general, cualquiera otra información que permita realizar una calificación técnica idónea del contratista.

Estos recaudos exigidos en el artículo 17, se deben requerir de las personas naturales, en cuanto sea procedente (parágrafo único, artículo 17).

El cumplimiento por parte del contratista, ante los Registros Auxiliares del Sistema, de las formalidades previstas en la ley y su reglamento debería dar lugar a la respectiva inscripción provisional (artículo 18). Sin embargo, conforme al artículo 19 de la ley, dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, el registro auxiliar en realidad, puede acordar o negar la inscripción. En el caso de que se trate de negativa, ésta debe ser motivada y debe ser notificada al interesado, con indicación de la causa que determinó la decisión. En todo caso, conforme al artículo 19 de la ley, la posibilidad de negativa de la inscripción está reducida sólo en tres casos concretos, al establecerse que:

“Sólo se podrá negar la inscripción por haber sido objeto de una sanción grave, de acuerdo a los términos de esta Ley, por haber suministrado información falsa o por haber sido declarado en quiebra”.

Ahora bien, cuando la inscripción sea negada, el contratista puede recurrir, dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación, por ante la máxima autoridad del ente al que esté adscrito el Registro Auxiliar ante el cual se tramitó la inscripción, la cual debe resolver en un lapso no mayor de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de la presentación del recurso. Esta decisión agota la vía administrativa.

En todo caso, y a los efectos de la ley, en particular en cuanto a la consideración como actos administrativos de los adoptados en el procedimiento de licitación, el artículo 19 establece expresamente que "los funcionarios de los entes de derecho privado, previstos en el artículo 2º, actúan en función administrativa".

Ahora bien, en caso de que no proceda la negativa del registro, en el lapso de los noventa (90) días a los que se refiere el artículo 19, los Registros Auxiliares deben realizar la calificación de los contratistas utilizando la información que señala el artículo 10 y el ordinal 5º del artículo 17 de esta ley (artículo 20).

Una vez acordada la inscripción, y dentro de los cinco (5) días siguientes, los Registros Auxiliares deben remitir al Registro Nacional la información que determine el reglamento de esta ley (artículo 21).

#### b. *Las Comisiones de Licitación*

En todos los casos de licitación, sea de licitación pública o general, sea de licitación privada o selectiva, la conducción del procedimiento está a cargo de Comisiones de Licitación que todos los organismos públicos sujetos a la Ley de Licitaciones deben constituir, las cuales tienen carácter permanente y deben asesorar al ente en el seguimiento de los contratos (artículo 22).

Estas Comisiones de Licitación deben estar integradas por un número impar de miembros de calificada competencia profesional y reconocida honestidad y serán designados por la máxima autoridad del ente, preferentemente entre sus funcionarios o empleados, debiendo estar representadas en las Comisiones las áreas jurídicas, técnica y económico-financiera (artículo 23).

De acuerdo a lo previsto en el artículo 24 de la Ley, la Contraloría General de la República podrá designar representantes para que actúen como observadores, sin derecho a voto, en los procesos licitatorios.

Dicha norma, además, remite al Reglamento la determinación de otros entes públicos que pueden enviar observadores a los procesos de licitación. En tal sentido, el Reglamento de 1989 establecía que tanto el Instituto de Comercio Exterior y la Superintendencia de Inversiones Extranjeras en los casos de licitaciones internacionales, como el Colegio de Ingenieros de Venezuela en los casos de construcciones de obras, podían enviar representantes a las Comisiones de Licitación.

De acuerdo al artículo 25 de la ley, los miembros y los representantes que conformen las Comisiones de Licitación, deben inhibirse del conocimiento del asunto cuya competencia les atribuye esta ley, en los siguientes casos:

- 1º Cuando personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tuvieren interés en el procedimiento;
- 2º Cuando tuvieren amistad o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervienen en el procedimiento;
- 3º Cuando hubieren manifestado su opinión en éste, de modo que se pudiera prejuzgar ya la resolución del asunto; y
- 4º Cuando tuvieren relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto.

El procedimiento de inhibición en estos casos debe tramitarse y decidirse conforme a lo dispuesto en el Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Las Comisiones de Licitación se constituyen válidamente con la presencia de la mayoría de sus miembros y sus decisiones se deben tomar con el voto favorable de la mayoría de sus miembros (artículo 26). Los miembros pueden disentir de la decisión en cuyo caso lo deben manifestar en el mismo acto, debiendo, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes, consignar por escrito las razones de su disenso, que se anexará al expediente. En caso contrario se entenderá su conformidad con las decisiones adoptadas (artículo 27).

La ley establece, finalmente, que los miembros de las Comisiones y los observadores llamados a participar en sus deliberaciones, así como aquellas personas que por cualquier motivo intervengan en las actuaciones de las Comisiones, están en el deber de guardar reserva (artículo 28).

#### E. *El procedimiento de la licitación*

##### a. *Régimen común del procedimiento en la licitación general y en la licitación selectiva*

Debe señalarse que a pesar de la distinción que hace la ley, en cuanto al procedimiento licitatorio, tanto en la licitación general como en la licitación selectiva (que en la doctrina se denominan, licitación pública y licitación privada), el procedimiento es un procedimiento básicamente idéntico, que implica la concurrencia competitiva de varios oferentes, y cuya diferencia está, particularmente, en la extensión y alcance del llamado a licitación o invitación a participar o a formular ofertas: en la *licitación general o pública*, el llamado es abierto, pues se dirige indeterminadamente a todos los posibles oferentes; en cambio, en la licitación selectiva o privada, el llama-

do de invitación a participar, se hace a determinadas personas. Como lo ha señalado Adilson A. Dallari: “mientras en la licitación pública la afluencia de proponentes es ilimitada, en la licitación privada dicha afluencia es limitada. Además, en la licitación pública la presentación de oferentes obedece a un “llamado público objetivo” efectuado por la Administración Pública, en tanto que en la licitación privada, dicha presentación o comparecencia responde a una invitación personal directa formulada por la Administración”<sup>11</sup>.

En definitiva, en la licitación pública pueden ser oferentes todas las personas que se ajusten a las condiciones generales establecidas para los contratistas del ente estatal; en cambio, en la licitación privada, los participantes son previamente seleccionados e invitados a participar.

La diferencia entre ambos procedimientos está, por tanto, en la etapa de preselección de los oferentes. Por ello, el parágrafo único del artículo 32 de la ley establece expresamente que “salvo en lo que respecta a la fase de preselección de los contratistas, en la licitación selectiva se aplicará el mismo procedimiento previsto para la licitación general”.

#### b. *Condiciones previas para la iniciación del procedimiento licitatorio*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 57 de la ley, no se podrá iniciar proceso licitatorio alguno, sea general o selectivo, para ejecución de obras, adquisición de bienes, ni contratación de servicios si no estuvieren previstos los recursos necesarios para atender los compromisos correspondientes. Tampoco se podrá iniciar el proceso licitatorio para ejecución de obras si no existiere el respectivo proyecto.

Ahora bien, sólo se puede licitar conjuntamente el proyecto y la construcción de una obra, cuando a ésta se incorporen como parte fundamental equipos especiales altamente tecnificados; o cuando equipos de esa índole deban ser utilizados para ejecutar la construcción, y el organismo promovente considere que puede lograr ventajas confrontando el diseño y la tecnología ofertadas por los distintos a proponentes (artículo 58).

#### c. *Iniciación del procedimiento*

El procedimiento licitatorio, que implica en definitiva el requerimiento a determinados oferentes para que presenten ofertas de contratación a la Administración, por supuesto exige un procedimiento previo de iniciación que conduce a la preselección de los oferentes posibles, y que varía según se trate de licitación general o de licitación selectiva.

---

11. A. A. Dallari, *Aspectos jurídicos de licitação*, São Paulo, 1963, p. 55.

a'. *Iniciación del procedimiento en la licitación general o pública*

a''. *La publicación inicial*

La apertura de la licitación general se debe anunciar mediante la publicación en un diario de los de mayor circulación en el país y en uno de la respectiva localidad, si lo hubiere (artículo 35). En todo caso, prevé la ley que a los fines de las publicaciones en ella previstas, podrá crearse un órgano de publicación oficial de circulación nacional para uso exclusivo de los promoventes de procedimientos de licitación general y licitación selectiva (artículo 36).

De acuerdo al artículo 37 de la ley, en la publicación que inicia el proceso de licitación general debe indicarse lo siguiente:

- 1º El objeto de la licitación;
- 2º Sus condiciones generales;
- 3º La documentación preliminar requerida;
- 4º Las condiciones mínimas de carácter técnico, administrativo y financiero, si fuere el caso, requeridas para la participación en el proceso; y
- 5º El sitio, día y hora, transcurridos los cinco (5) días laborables siguientes al de la publicación, en que en acto público se recibirán las manifestaciones de voluntad de participar en la licitación, así como la documentación preliminar requerida a ese efecto.

El ente promovente de la licitación debe suministrar mayor información a la señalada en esta norma del artículo 38, cuando así sea solicitado por los contratistas interesados en participar en el proceso.

b''. *La preselección en la licitación general*

Consignadas las manifestaciones de voluntad de participar en la licitación, la Comisión de Licitación, mediante comunicación dirigida a cada uno de los contratistas, debe notificar a quienes, conforme a la decisión del ente licitante, resulten preseleccionados, con el fin de que presenten sus ofertas. Asimismo debe notificar, con expresión de las causas que lo motiven, a quienes hubieren sido descalificados (artículo 38).

De acuerdo al artículo 39 de la ley, esta preselección supone la demostración, a satisfacción del organismo o ente licitante, que el contratista preseleccionado ha cumplido los requisitos exigidos en las condiciones de la licitación.

En todo caso, este acto de preselección tiene carácter público (artículo 6).



b'. *Iniciación del procedimiento en la licitación selectiva o privada*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 32 de la ley:

“La licitación selectiva se iniciará mediante la selección e invitación a participar en la misma de al menos cinco (5) contratistas inscritos en el Registro Nacional de Contratistas y se anunciará mediante la publicación en un diario de los de mayor circulación en el país y en uno de la respectiva localidad, si lo hubiere. La invitación estará fundamentada en los requisitos de experiencia, especialización y capacidad técnica y financiera, que se han tomado en consideración para invitar a los contratistas seleccionados; éstos deberán constar por escrito en el acto interno que al efecto se dicte. El ente contratante podrá requerir la asistencia del Registro Nacional de Contratistas.

Para la validez del proceso será necesaria la presentación de por lo menos tres (3) ofertas”<sup>12</sup>.

De lo anterior resulta, por tanto, que hay una similitud sustancial entre los procedimientos de licitación general o de licitación selectiva, lo que provoca que los principios y normas que rigen la licitación pública sean aplicables íntegramente a la licitación privada salvo, por supuesto, lo atinente a las reglas de publicidad del llamado a concursar, pues la publicación por aviso en la prensa, en esta última, se limita sólo al llamado a determinados oferentes (al menos cinco). Sin embargo, en todo el resto del procedimiento, así como en los criterios de adjudicación, rigen las reglas propias de la licitación pública. Este es el principio general en el derecho administrativo<sup>13</sup>, que parte del supuesto general de que en todo procedimiento de concurso o licitación, público o privado, debe respetarse el principio de igualdad entre los oferentes, a cuyos efectos, el procedimiento establece una serie de garantías esenciales.

d. *La invitación a los oferentes*

Una vez seleccionados los posibles oferentes, tanto en las licitaciones generales como selectivas, la Comisión de Licitación, mediante notificación dirigida a cada uno de los contratistas, debe solicitarles la presentación de sus ofertas. En dicha notificación debe indicarse el objeto de la licitación; el plazo y el sitio para la entrega de la documentación completa correspondiente que el ente licitante hará a los contratistas; y el lugar, día y hora del

---

12. No reguló la Ley el supuesto de que en el Registro de Contratistas no haya sino sólo dos posibles oferentes como, en cambio, sí lo normaba el Reglamento de 1989 declarando que el procedimiento en ese caso era válido cualquiera que fuere el número de las ofertas (artículo 32).

13. Cfr. R. J. Dromi, *La Licitación Pública*, Buenos Aires, 1975, p. 99.

acto público de recepción y apertura de los sobres que contengan las ofertas (artículo 40) <sup>14</sup>.

e. *La presentación de las ofertas*

El plazo para la recepción y apertura de las ofertas se debe fijar, en cada caso, teniendo especialmente en cuenta la complejidad de la obra o del suministro, pero no podrá ser en ningún caso menor de cinco (5) días laborables contados a partir del último día de entrega a los preseleccionados de la documentación completa (artículo 41).

Estas ofertas, debidamente firmadas y en sobres sellados, serán entregadas a la Comisión de Licitación en acto público a celebrarse al efecto. En ningún caso se admitirán ofertas después de la hora fijada ni se iniciará la apertura de los sobres antes de esa hora (artículo 42) <sup>15</sup>.

La presentación de las ofertas, conforme al artículo 43 de la ley, tiene por efecto jurídico el que los contratistas quedan obligados a sostener sus ofertas hasta el otorgamiento de la buena pro y presentar junto con ellas caución o garantía suficiente, por el monto fijado por el organismo licitante, para asegurar la celebración del contrato, en caso de otorgamiento de la buena pro (artículo 43).

Este es el principio general establecido en el artículo 427, ordinal 4º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional según el cual “una vez introducida una propuesta, su autor está obligado a sostenerla hasta que se dé la buena pro”.

Sin embargo, la invitación a los oferentes y la presentación de las ofertas no obliga en forma alguna a la Administración a contratar. Como lo dispone el artículo 7 de la ley:

“En todos los procedimientos regulados por esta ley, mientras no se haya firmado el contrato definitivo, el ente promovente podrá decidir suspender o dar por terminado el proceso, cuando a su juicio sea conveniente. En estos casos, se dará una información razonada de la decisión al beneficiario de la buena pro, y se le indemnizará con una suma

---

14. Debe señalarse que el Reglamento de 1989 exigía que esta incitación, además de notificarse, se publicase en la prensa (artículo 10), lo que se eliminó de la ley. Se observa, sin embargo, que el artículo 427, ordinal 2º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional establece que “se avisarán por la prensa todas sus condiciones, especificándose la obra, suministro o servicio, objeto de la licitación; el acto jurídico que deba celebrarse, las obligaciones que contraerá la Nación y aquéllas a que deben someterse el licitador o licitadores. El Ejecutivo fijará un plazo de acuerdo con la importancia de la obra, suministro o servicio en cuestión”.

15. Esta norma responde a la orientación del artículo 427, ordinal 3º de la LOHPN que establece que: “Las propuestas se enviarán en pliegos cerrados. Si entre las condiciones de la licitación se incluyere la de prestar caución, el licitador indicará la que ofrece en el mismo pliego de proposiciones; y si fuere fianza, deberá acompañar la conformidad del fiador propuesto, quien se obligará solidariamente con el proponente”.

equivalente al monto de los gastos en los que incurrió para participar en el proceso de selección, dentro del lapso de noventa (90) días contados a partir de la decisión.

El ente promovente podrá abrir de nuevo el proceso de licitación, cuando hayan cesado las causas que dieron origen a la suspensión y transcurrido el lapso no menor de seis (6) meses, contados a partir de aquélla”.

#### f. *La apertura de las ofertas*

Ahora bien, consignadas las ofertas, la Comisión de Licitación debe abrir en el mismo acto público los sobres contentivos de las ofertas, debe dar lectura a lo esencial de ellas y debe dejar constancia en acta de cualquier exposición que quisiera hacer alguno de los contratistas (artículo 44) <sup>16</sup>.

Dicha acta debe ser firmada por los miembros de la Comisión, por los contratistas asistentes al acto y por los observadores designados, si fuere el caso. Si alguno de los llamados a firmar el acta se negare a hacerlo o por otro motivo no la suscribiere, se dejará en el acta constancia de esa circunstancia y de las causas que la originaron (artículo 45).

#### g. *El rechazo de ofertas*

La Comisión de Licitación, en el proceso posterior de evaluación de las ofertas, conforme se establece en el artículo 46 de la ley, no admitirá aquellas que se encuentren dentro de alguno de los supuestos siguientes:

- 1º Que no cumplan con las disposiciones de esta Ley o con los requisitos exigidos para la respectiva licitación;
- 2º Condicionadas o alternativas, salvo que ello se hubiere permitido en las condiciones de la licitación;
- 3º Diversas que provengan de un mismo proponente; o
- 4º Presentadas por personas distintas, si se comprueba la participación de cualquiera de ellas o de sus socios directivos o gerentes en la integración o dirección de otro participante en la licitación.

#### h. *La selección de ofertas*

De acuerdo al artículo 428 (ordinal 6º) de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, “se dará la buena pro a la propuesta que ofrezca mayores ventajas, expresándose en el acto estas circunstancias. Si se juzgare

---

16. Esta norma sigue la orientación del artículo 427, ordinal 5º, de la LOHPN, que establece que: “Los pliegos se abrirán el día y la hora fijados en el aviso de licitación, en presencia de los licitadores que concurran. Se dará lectura a todas las propuestas y se desecharán de una vez las manifiestamente inadmisibles. Después de leídas las propuestas no podrá el licitador presentar una nueva caución.

que ninguna de las propuestas llena las condiciones exigidas, se declarará desierta la licitación”<sup>17</sup>.

Este principio se ha desarrollado en la Ley de Licitaciones, en la cual se establecen dos pasos: uno de preselección y otro de adjudicación.

#### a'. *La preselección de ofertas*

En cuanto a la preselección, el artículo 47 de la ley establece que para la selección entre ofertas que se encuentran dentro de un rango razonable de condiciones similares, se preferirán aquéllas en las que prevalezcan las siguientes condiciones:

1. Mayor participación de la ingeniería y tecnología nacionales;
2. Mayor incorporación de recursos humanos nacionales en todos sus niveles, inclusive el gerencial;
3. Mayor valor agregado nacional o mayor incorporación de partes o insumos nacionales;
4. Mayor participación nacional en el capital de la empresa;
5. La posesión de la marca NORVEN;
6. Mejores condiciones para la transferencia de tecnología;
7. El fortalecimiento de pequeñas y medianas empresas y cooperativas;
8. Que el oferente opere en el área o región donde se ha promovido la licitación o en el lugar donde habrá de construirse la obra, prestarse el servicio o entregarse el suministro, y que realice en esa zona actividades económicas de manera permanente y continua.

Con base en los criterios anteriores, para hacer la preselección la Comisión debe examinar las ofertas y escogerá las que ofrezcan mayores ventajas. Como resultado debe presentar sus recomendaciones en informe razonado, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de las ofertas, salvo que, consideradas las razones de la Comisión, el organismo o ente licitante acuerde prorrogar el lapso para la presentación del informe de la Comisión (artículo 48).

El mencionado informe de la Comisión debe ser especialmente detallado en sus motivaciones, en cuanto a los aspectos técnicos, económicos y financieros y, en particular, en lo relativo al precio, si éste no fuera el más bajo con el fin de asegurar que las ofertas recomendadas sean, en su consideración integral, las más convenientes para los intereses del organismo promotor de la licitación. En este informe se debe señalar si, a juicio de la Comisión y de acuerdo a sus consideraciones integrales, existieran ofertas que merezcan la segunda y tercera opciones (artículo 49).

---

17. Artículo 428, ordinal 6º, LOHPN. Véase *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938-1963*, tomo II, Caracas, 1963, pp. 104-108.

i. *La adjudicación de la buena pro*

Dentro de los treinta (30) días laborables siguientes a la recepción del informe que presente la Comisión, el ente licitante otorgará la buena pro o declarará desierta la licitación. El ente licitante podrá acordar, por una sola vez, una prórroga para tomar esta decisión hasta por un lapso de 30 días laborables (artículo 54).

El otorgamiento de la buena pro debe ser notificado al contratista beneficiado con la misma y a los demás contratistas participantes en el proceso (artículo 55).

Quien obtenga la buena pro debe presentar, dentro del plazo fijado y a satisfacción del organismo o ente licitante, las garantías exigidas por éste en las condiciones de la licitación para la ejecución del contrato. Sin el cumplimiento de este requisito, el contrato no se otorgará y se procederá a ejecutar la caución o garantía prevista en el artículo 43 de la ley. En tales casos se respetará el derecho de preferencia de quienes hayan obtenido la segunda y tercera opciones en la preselección (artículo 56).

En efecto, conforme al artículo 50 de la ley:

“Los contratistas que hubieren merecido la segunda y tercera opciones tendrán, en este mismo orden, el derecho a que le sea otorgada la buena pro, en caso de que el contratista más ventajoso para el promovente no mantenga su oferta o le sea revocada la buena pro”.

Por otra parte, la ley autoriza expresamente a que en los casos de adquisición de bienes o prestación de servicios, pueda adjudicarse proporcionalmente la buena pro a la totalidad o parte de varias ofertas que presenten, igualmente, las mayores ventajas, si así se ha establecido expresamente en las condiciones de la licitación, tomando en cuenta la naturaleza y las características de la contratación a celebrar (artículo 51).

Debe señalarse, por último, que cuando la buena pro se hubiese otorgado incurriendo en vicios de forma o de procedimiento o cuando la decisión de otorgarla se hubiese tomado partiendo de datos falsos aportados por su beneficiario, el artículo 62 de la Ley de Licitaciones autoriza al ente promovente para declarar la nulidad del acto.

En estos casos, y cuando concurren las circunstancias mencionadas, si la máxima autoridad administrativa del organismo promovente se abstiene injustificadamente de declarar la nulidad del acto, será sancionado con multa que oscilará entre el diez (10) y el veinte (20) por ciento del monto total del contrato a que se refiere la buena pro. Así lo establece expresamente el artículo 65 de la ley.

j. *La declaratoria de la licitación como desierta*

En el informe de la Comisión de Licitación que debe elaborarse una vez analizadas las diversas ofertas, conforme al artículo 52 de la ley, ésta puede recomendar al ente licitante que declare desierta la licitación cuando:

- 1º No concurren al menos tres (3) contratistas;
- 2º Las ofertas resulten inadmisibles por no corresponder a las condiciones generales o particulares de la licitación;
- 3º Que todas las ofertas resulten inconvenientes; o
- 4º Que de continuar el procedimiento podría causarse perjuicio al organismo o ente licitante <sup>18</sup>.

Si la licitación fuere declarada desierta, deberá publicarse en un diario de los de mayor circulación en el país y en uno de la respectiva localidad, si lo hubiere (artículo 55).

Declarada desierta una licitación debe procederse a una nueva, salvo que por causa justificada, a juicio de la máxima autoridad del organismo o ente licitante, oída la Comisión de Licitación, se determine que no es conveniente iniciar otra licitación, en cuyo caso, se podrá proceder por licitación selectiva, pero todos los procedimientos de selección deberán ser convocados bajo las condiciones establecidas inicialmente (artículo 53).

#### F. *Consecuencias jurídicas del proceso de selección*

El procedimiento de selección de contratistas, sin duda, exige precisar las consecuencias jurídicas tanto de la publicación de la licitación como de la presentación de las ofertas por los postulantes.

En cuanto al valor de la publicación de la licitación, el problema a resolver es si se trata de una verdadera oferta o de una simple invitación a tratar <sup>19</sup>. El interés de esta distinción es importante: si existe una verdadera oferta, una aceptación por parte del licitante de ese ofrecimiento perfecciona el contrato, y el autor de la oferta se encuentra obligado a cumplirlo.

Sin embargo, la publicación de licitación por parte de la Administración, no es una oferta, sino simplemente una invitación a tratar o una simple invitación a los particulares para que ofrezcan condiciones de contratar a la Administración. Por tanto, la verdadera oferta en la licitación es la propuesta del particular. La aceptación de la oferta por la Administración se hace concediendo la buena pro por la adjudicación, pudiendo, como hemos visto, sin embargo, declarar desierta la licitación si juzga que las propuestas no llenan los requisitos exigidos. Por tanto, la Administración por el hecho de haber publicado el aviso de licitación no se obliga a aceptar la mejor propuesta, sino que su aceptación es libre.

---

18. Sin embargo, no se puede declarar desierta una licitación por errores de la admisibilidad en las condiciones generales de la licitación; de lo contrario, la Administración tendría que indemnizar los daños y perjuicios en que incurran los proponentes para la elaboración de las ofertas. Véase, *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1935-1936*, tomo II, Caracas, 1963, p. 109.

19. Véase la distinción en Mazeaud: *Lecciones de Derecho Civil*, Editorial Egea, segunda parte, Vol. I, Buenos Aires, p. 153.

Además, debe señalarse que en este campo el hecho de otorgar la buena pro que equivale a aceptar la oferta, no obliga a la Administración a contratar. En efecto, en cuanto a la presentación de las ofertas por los oferentes, la consecuencia fundamental de ello es que conforme al artículo 427, ordinal 4º, de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, “una vez introducida una propuesta, su autor está obligado a sostenerla hasta que se dé la buena pro”; o como lo establece el artículo 43 de la ley:

“Los contratistas deben obligarse a sostener sus ofertas hasta el otorgamiento de la buena pro, y presentar junto con ellas caución o garantía suficiente, por el monto fijado por el organismo licitante, para asegurar la celebración del contrato, en caso de que se le otorgue la buena pro”.

En todo caso, en cuanto a la situación de la Administración, aun después de otorgada la buena pro, y cuando a juicio del ente promovente existiesen razones de interés público que así lo aconsejen, el artículo 59 de la ley establece que se podrá desistir de la celebración del contrato. En este caso, sin embargo, procederá el pago de la indemnización establecida en el artículo 7 de esta ley, relativa a los gastos en los que hubieren incurrido los oferentes para participar en el proceso de selección.

#### G. *El sistema sancionatorio*

La ley establece un sistema sancionatorio totalmente inadecuado e, incluso, inconstitucional, al prescribir que

“quienes infrinjan esta ley, estarán sujetos a multa hasta por un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00)” (artículo 64).

Sobre este tipo de previsión legal de sanciones sin especificación expresa de las respectivas infracciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en sentencia de 9-8-90, que hemos consultado en original, al declarar la nulidad de una norma similar de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, ha establecido la doctrina de que ese tipo de normas viola el principio de legalidad desarrollado por los artículos 60, numeral 2, y 69 de la Constitución, que exige al legislador que, además de la multa, determine, concordantemente, el hecho infractor que da lugar a la aplicación de la multa. Por tanto, el artículo 64 de la Ley de Licitaciones puede decirse que sería también inconstitucional, al no contener la determinación de los tipos de infracción que llevarían a la aplicación de la multa en él consagrada.

En todo caso, la Ley de Licitaciones establece otras normas relativas al régimen sancionatorio, que deben destacarse.

En primer lugar, dispone que cuando el infractor de la ley fuere un contratista se le sancionará, además, con la suspensión en el Sistema Nacional de Registros de Contratistas por un lapso no menor de un (1) año y no mayor de cinco (5) años (artículo 67).

En segundo lugar, el artículo 69 de la ley considera como una circunstancia agravante que el infractor fuere miembro de la Comisión de Licitación, funcionario público, o empleado que preste servicios bajo cualquier modalidad al ente promovente, o que fuere uno de los observadores de los procesos licitatorios, designado conforme lo que prevé el artículo 24 de esta ley.

Por último, en cuanto a la autoridad a quien corresponde imponer las sanciones a que se refiere la ley, el artículo 68 dispone que será el Contralor General de la República, siguiendo el procedimiento previsto en el Título VI, Capítulo III, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la gravedad de las infracciones y faltas y los eventuales perjuicios causados al ente promovente.

#### H. *La interpretación judicial de la ley*

Por último, debe señalarse que el artículo 78 de la Ley de Licitaciones dispone que

“Las dudas que puedan presentarse en casos concretos en cuanto a la inteligencia, alcance y aplicación de esta ley, serán resueltas por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia”.

Se prevé así, un recurso contencioso-administrativo de interpretación por ante la Corte Suprema de Justicia, en sentido similar al que se había consagrado en la Ley de Carrera Administrativa.

## 2. LIMITACIONES A LA IGUALDAD CONTRACTUAL: LAS CLAUSULAS OBLIGATORIAS Y LAS CLAUSULAS DE CONDICIONES GENERALES

En el esquema clásico del contrato de derecho civil, las partes elaboraban de común acuerdo las cláusulas del contrato, en el libre acuerdo y discusión de una oferta y una demanda, formuladas por ambos contratantes, situados en planos idénticos. En la práctica, esta discusión desaparece en muchos casos: la potencialidad económica producida por la acumulación de grandes riquezas en manos de una sola persona jurídica, trajo como consecuencia la elaboración de un tipo especial de contrato cuyas cláusulas redactaba exclusivamente uno de los co-contratantes y aceptaba *in totum* el otro,



sin que fuera posible ninguna discusión o deliberación. De ahí el contrato de adhesión.

Pero este hecho, que es excepción en la teoría civilista, es la regla en el Derecho Administrativo: es la ley en muchos casos, la que establece directamente normas obligatorias para ser incluidas en los contratos de la Administración, o es ésta directamente la que en sus contratos, determina la casi totalidad de las reglas contractuales<sup>20</sup>. El co-contratante así, fuera de la discusión del precio si lo hay, en muchos casos no puede sino aceptar o rechazar en bloque las condiciones que le son propuestas. Nos encontramos, entonces, con cláusulas obligatorias legalmente o con cláusulas de condiciones generales, anexas al acto contractual propiamente dicho e incorporadas al contrato de pleno derecho, en virtud de una previsión reglamentaria.

Las cláusulas obligatorias en Venezuela, no están establecidas en un solo bloque normativo relativo a los contratos de la Administración, como en cambio sucede en Colombia, donde el decreto N° 222 de 2 de febrero de 1983 dictado por el Presidente de Colombia en uso de sus facultades extraordinarias que le confirmó el Congreso, relativo a las "Normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas"<sup>21</sup>, contiene disposiciones expresas sobre las llamadas estipulaciones o cláusulas obligatorias. En efecto, el Título VI del Decreto 222 habla de las "cláusulas obligatorias" de los contratos de la Nación, o como lo precisa el artículo 60, de "las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos". Un dato debe destacarse de la lectura de ese título, y es que regula unas cláusulas obligatorias respecto de todos los contratos de la Nación, y no sólo respecto de los llamados contratos administrativos. Por tanto se trata de cláusulas que son obligatorias para todos los contratos de la Administración, con lo cual, al menos, en esta materia queda desdibujada la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración<sup>22</sup>.

- 
20. Véase Allan R. Brewer-Carías, "Las cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 91-124.
  21. Véase el texto en la edición de la Contraloría General de la República, *Compilación de la normativa sobre contratación administrativa*. Separata Gaceta 1 de 1984, Bogotá.
  22. Debe señalarse que incluso con este ámbito de aplicación, la lectura del artículo 60 del Decreto N° 222 plantea una duda, pues ese artículo comienza diciendo: que "salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestarias; garantías; multas; pena pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. . .". Si tales cláusulas son obligatorias, sin embargo, no está prevista la obligatoriedad total *ex lege* ya que si se pueden establecer disposiciones en contrario, queda la duda sobre el tal carácter obligatorio. De todos modos, tomando como punto de referencia esas cláusulas obligatorias, nuestra intención es construir el sistema de cláusulas obligatorias que puede establecerse en Venezuela, donde no tenemos un cuerno normativo que regule la contratación administrativa, similar al del Decreto N° 222 colombiano.

Ahora bien, aun en ausencia de un cuerpo normativo general que se refiere a todos los contratos del Estado, en el sentido del anterior Decreto 150 y ahora el N° 222 de Colombia, puede decirse que el sistema normativo venezolano resulta ser casi exacto pero establecido por otras vías, particularmente porque las cláusulas obligatorias están establecidas en la Constitución o en leyes dispersas, e incluso, en algunos casos, en las llamadas “condiciones generales de contratación” para ciertos tipos de contratos aprobados por Decreto Presidencial <sup>23</sup>.

En todo caso, debemos insistir en que se trata de cláusulas obligatorias en los “contratos de la Administración” porque se trata de cláusulas que deben contener todos los contratos que ésta celebre, razón por la cual en este aspecto la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado tampoco opera; se trata de cláusulas obligatorias para todos los contratos que celebre el Estado y no sólo para un tipo de contrato. Y así es definitivamente como está regulado el sistema de las cláusulas obligatorias en Venezuela, cuya obligatoriedad se extiende no sólo a la República y sus entes descentralizados, sino a los entes territoriales, los Estados y los Municipios, y en buena medida también, a sus entes descentralizados.

Estas cláusulas, en nuestro país, están establecidas en dos cuerpos normativos de rango distinto. En primer lugar, hay una serie de estas cláusulas establecidas directamente en la Constitución y, en segundo lugar, hay también cláusulas obligatorias establecidas en leyes y decretos ejecutivos.

#### A. *Cláusulas obligatorias en la Constitución*

En cuanto a las cláusulas obligatorias establecidas en el texto constitucional, en él encontramos dos categorías: unas que son obligatorias y generales para todo tipo de contrato de la Administración y otras que se refieren, básicamente, a cierto tipo de contratos, particularmente, las concesiones. En cuanto a las cláusulas obligatorias generales para todo tipo de contrato de la Administración, la Constitución prevé dos, que son tradicionales en América Latina: En primer lugar, la cláusula de inmunidad de jurisdicción y, en segundo lugar, la cláusula llamada “Cláusula Calvo” o de las reclamaciones diplomáticas. En cuanto a las concesiones, en la Constitución encontramos dos tipos de cláusulas obligatorias: en primer lugar, la referida a la reversión, como figura derivada de las concesiones; y en segundo lugar, la cláusula que podríamos llamar de temporalidad, que por vía constitucional se exige respecto a las concesiones. Por tanto, en Venezuela, éstas son las cuatro cláusulas obligatorias previstas en el Texto Fundamental.

---

23. Decreto N° 1.821 de 30-8-91, G.O. N° 34.797 de 12-9-91.

### a. *La inmunidad de jurisdicción*

En cuanto a la cláusula de inmunidad de jurisdicción, el artículo 127 de la Constitución dice:

“En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviera expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes”.

Esta norma constitucional ha planteado, al igual que otras, diversos problemas interpretativos, sobre todo por la expresión que utiliza la Constitución al hablar de “contratos de interés público”, la cual ha originado una larga discusión en torno a qué ha de entenderse por los tales “contratos de interés público”<sup>24</sup>. Como hemos señalado, algunos los identifican con los “contratos administrativos”, buscando establecer la dicotomía tradicional, y otros pretenden identificarlos con ciertos contratos de particular importancia, magnitud o cuantía tratando de encontrarle algún contenido a un concepto jurídico indeterminado como es el “interés público”<sup>25</sup>. Creemos, sin embargo, que el problema es menos complicado jurídicamente. En realidad, aún no se ha definido en la ley alguna, qué ha de entenderse por “interés público” o “contrato de interés público”, por lo que la interpretación de esta expresión es mucho más formal y simple, que la que se ha planteado en la doctrina.

Hemos indicado que en la Constitución, el interés público como el Poder Público, se refiere, en una forma federal del Estado, a lo que concierne a los tres niveles estatales derivados de la distribución vertical del Poder. Por ello, el texto constitucional habla del interés público nacional, de interés público estatal y de interés público municipal, para hacer referencia a un solo interés público que concierne a los tres niveles territoriales. Por tanto, contratos de interés público son los contratos suscritos por la República, cualquiera que sea su contenido, y también todos los contratos suscritos por los Estados y por los Municipios. Esta noción de interés público que engloba los tres niveles territoriales tiene relación con otros aspectos fundamentales del Derecho Público Venezolano, como el concepto de Estado o el de Poder Público<sup>26</sup>. Por ejemplo, la noción de Estado engloba la suma de todas las

24. Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, “Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa” en *Revista de Derecho Público*, N° 11, julio-septiembre, 1982, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 49 y ss.

25. Véanse las diversas opiniones en Isabel Boscán de Ruesta, “La inmunidad de jurisdicción de los contratos de interés público”, *Revista de Derecho Público*, N° 14, abril-junio 1983, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 23 y ss.

26. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Caracas, 1985, tomo I, pp. 353 y ss.

entidades político-territoriales, por lo que cuando la Constitución habla de "Estado" como destinatario de determinadas obligaciones, se entiende que se está refiriendo, no a un ente particularizado, sino englobando a la República, como Estado Nacional, a los Estados Federados y a los Municipios. Lo mismo sucede con el tema del interés público.

En esta forma, estimamos que no hay complicación alguna en señalar que contrato de interés público, en la Constitución, es todo contrato suscrito por los entes públicos territoriales, cualquiera que sea su naturaleza y contenido, es decir, por la República, los Estados y los Municipios, y aún más, también, por los entes descentralizados de derecho público de esos tres niveles. Por tanto, un contrato suscrito por un instituto autónomo nacional, estatal o municipal, también puede considerarse como contrato de interés público.

Este, sin duda, es el primer tema que nos sugiere el artículo 127 de la Constitución, y ello nos conduce a interpretar que se trata, realmente, de una cláusula obligatoria, en el sentido de que todo contrato que suscriban todos los entes del Estado Venezolano, en los tres niveles territoriales e, incluso, en los niveles de descentralización funcional, deben contener esta cláusula cuyo objeto es, primero, estipular que la interpretación, aplicación y ejecución de esos contratos debe someterse a la Ley Venezolana, y segundo, que las controversias y dudas que de ellos surjan, deben también someterse al conocimiento de los Tribunales Venezolanos. Este principio, que se deriva de esta cláusula, encuentra también su fundamento en el principio universal del derecho internacional, de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros <sup>27</sup>.

La cláusula del artículo 127 de la Constitución, sin embargo, desde el ángulo de la inmunidad jurisdiccional, se aparta del carácter absoluto tradicional, y encaja dentro de la llamada "inmunidad relativa de jurisdicción". En efecto, esa norma prescribe que esa cláusula debe estar presente en todos los contratos de la Administración "si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos". Esto conecta nuestra disciplina en materia de contratos, con un tema clásico de derecho internacional, que muestra la evolución que ha tenido en el derecho contemporáneo el tema, desde una inmunidad absoluta a la inmunidad relativa de jurisdicción <sup>28</sup>.

El origen de esta cláusula, en el sistema constitucional venezolano, se remonta a la Constitución de 1892 <sup>29</sup>, en la cual se estableció lo que puede calificarse como el principio de la inmunidad absoluta. El artículo 149 de ese texto dispuso que:

---

27. Véase, Tatiana Bogdanowsky de Maekelt, "Inmunidad de Jurisdicción de los Estados" en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, Caracas, 1982, pp. 213 y ss.

28. Véase en general, Ian Sinclair, "The Law of Sovereign Immunity. Recent Development", *Académie Internationale de Droit Comparé, Recueil des Cours*, 1980, Vol. II, La Haya, 1981, pp. 201 y ss.

29. El texto de esta Constitución y las otras puede verse en Allan R. Brewer-Carías, *Las Comunicaciones de Venezuela*, Madrid, 1985.

“...En todo contrato de interés público, se establecerá la cláusula, de que «las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre su inteligencia y ejecución, serán decididas por los tribunales venezolanos y conforme a las leyes de la República...»”.

De acuerdo a esta norma del Texto Fundamental de 1893 la fórmula era distinta al texto vigente: primero, preveía la inmunidad absoluta, y segundo, prescribía la obligación de que en todo contrato se estableciera la cláusula, lo que difiere del sistema actual conforme al cual en virtud de la Constitución, se entiende incorporada la cláusula a los contratos. En aquel texto sólo se decía que en esos contratos debía incorporarse la cláusula, por lo que la misma tenía neto carácter contractual.

En la Constitución de 1947 cambiaron estos dos elementos: se abandonó el sistema de inmunidad absoluta, sustituyéndose por uno de inmunidad relativa, porque la cláusula se consideraba incorporada en los contratos “si fuera procedente de acuerdo a la naturaleza de los mismos”; y, además, se adoptó el esquema actual de considerar incorporada la cláusula aun cuando no estuviera expresa, con lo cual no es necesario que se indique en el texto del contrato que esa cláusula forma parte del mismo, sino que en virtud de la Constitución ella está incorporada <sup>30</sup>.

Esta cláusula, como se señaló, tiene una evidente vinculación con el Derecho Internacional, y hoy puede decirse que refleja una situación universalmente aceptada y adoptada en todo el mundo: la del principio de la relatividad de la inmunidad de soberanía o de inmunidad jurisdiccional de los Estados.

Por supuesto, ello no implica que también haya unanimidad absoluta en la doctrina en relación a determinar cuándo la *naturaleza* de un contrato implica la renuncia a la inmunidad de jurisdicción. Sobre el particular puede decirse que no hay criterios universalmente aceptados, aun cuando todavía se recurra a la distinción tradicional abandonada en el campo del derecho administrativo, entre los actos de autoridad (*jure imperii*) y los actos de gestión (*jure gestionis*) para la interpretación de los casos en los cuales debe haber inmunidad de jurisdicción. La misma doctrina del Fisco, elaborada también durante el siglo pasado, incluso, tuvo sus repercusiones en el Derecho Internacional en este tema de la inmunidad jurisdiccional.

En todo caso, puede decirse que esas distinciones tradicionales, en el momento actual no tienen valor como tal, porque todo acto del Estado siempre tiene una finalidad pública y no puede decirse que haya actos que el Estado cumple como un particular pura y simplemente; de allí, nuestra insistencia, en cuestionar la propia distinción entre contratos administrativos y con-

---

30. Artículo 108.

tratos de derecho privado de la Administración, ya que el Estado nunca deja de ser Estado en sus actuaciones <sup>31</sup>.

Sin embargo, la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión con todas sus consecuencias, condicionó la elaboración de un documento que, en el ámbito del Derecho Internacional Privado y su incidencia en los contratos administrativos, fue muy importante en América Latina. Se trata del *Código Bustamante*, es decir, la Convención sobre Derecho Internacional Privado de 1928 <sup>32</sup>, que suscribieron casi todos los países de América Latina y del cual es parte Venezuela. En esa Convención, puede decirse, se comenzó en el ámbito internacional de América Latina, a erosionar el principio de la inmunidad jurisdiccional absoluta de los Estados.

En efecto, en ese texto se admitió, como principio, que había inmunidad absoluta, pero salvo el caso de que un Estado hubiera admitido una sumisión expresa a la ley extranjera, en cuyo caso habría un consentimiento expreso a someterse a la jurisdicción de tribunales extranjeros.

En tal sentido, el artículo 333 del Código establece lo siguiente:

“Artículo 333. Los jueces y tribunales de cada Estado contratante serán incompetentes para conocer de los asuntos civiles o mercantiles en que sean parte demandada los demás Estados contratantes o sus Jefes, si se ejercita una acción personal, *salvo el caso de sumisión expresa o de demandas reconconvencionales*”.

Pero además, en el Código Bustamante, y de allí la importancia de este documento en el derecho internacional, también se estableció el principio de que, a pesar de la inmunidad establecida, ciertas acciones podían dar origen a la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, particularmente las acciones reales vinculadas a la propiedad inmueble y los juicios universales <sup>33</sup>. Sin embargo, para regular esta materia, en 1928 el Código seguía el parámetro de la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión.

En efecto, los artículos 334 y 335 del Código establecían lo siguiente:

“Artículo 334. En el mismo caso y *con la propia excepción, serán incompetentes* cuando se ejerciten *acciones reales*, si el Estado contratante o su Jefe *han actuado* en el asunto *como tales y en su carácter público*.

Artículo 335. Si el Estado contratante o su Jefe *han actuado como particulares o personas privadas, serán competentes* los jueces o tribunales para conocer de los asuntos en que se ejerciten *acciones reales o mixtas*, si esta competencia les corresponde conforme a este Código”.

---

31. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La evolución del concepto de contrato administrativo” en el libro *El Derecho Administrativo en América Latina*. Curso Internacional, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1978, p. 143 y ss.

32. Véase en Tatiana Bogdanowsky de Maekelt, *Material de clase para Derecho Internacional Privado*, UCV, Caracas, 1979, p. 23 y ss.

Conforme a estas normas, por tanto, si se trata de acciones reales, en asuntos en los cuales el Estado actúa como Poder Público, dictando actos de autoridad, se mantiene el principio de la inmunidad absoluta; en cambio, si lo que está envuelto en el asunto, es un acto de gestión en el cual el Estado actúa como particular o persona privada, entonces puede estar sometido a la jurisdicción de otro Estado.

Es claro, sin embargo, que actualmente esta distinción no puede seguirse sosteniendo, como no se sostiene ya en el Derecho Internacional, sobre todo en virtud de la expansión económica de los Estados, pues ha sido justamente en las últimas décadas cuando los Estados han venido desarrollando un intenso proceso de intervención en la economía. En este campo de la actuación económica del Estado, ello no puede implicar que en las mismas, los Estados dejen de ser tales Estados soberanos, a pesar de que cumplan actividades comerciales o industriales en cualquier nivel. El tema se ha discutido en el campo del derecho internacional, llegándose incluso a afirmaciones mucho más definidas que las que a veces encontramos en el derecho administrativo interno. Por ejemplo, Ian Sinclair afirma que “es una sobre-simplificación pretender que todas las actividades del Estado en el campo económico —como el manejo estatal de una industria, las compras o ventas del Estado— son necesariamente de naturaleza de “derecho privado” y que cumpliéndolas el Estado actúa como persona privada”<sup>34</sup>, y Chetien ha sostenido que “el Estado no adopta acto alguno, ni interviene en cualquier relación jurídica, sin que ello esté motivado, directa o indirectamente, por la necesidad de mantener su alta misión gubernamental. . . si uno va al fondo de las cosas, el Estado no se puede presentar jamás como una persona privada”<sup>35</sup>.

Por tanto, por el hecho de que el Estado realice actividades comerciales o industriales, no implica que deja de estar sometido al derecho público y que actúe enteramente regido por el derecho privado<sup>36</sup>.

En consecuencia, abandonada la distinción entre actos de autoridad y acto gestión, o entre Estado persona y Estado Poder Público, en el Derecho Internacional, para evaluar las cláusulas de inmunidad de jurisdicción, la discusión se centra en la naturaleza de la actividad del Estado más que en su finalidad, que siempre es pública; y la tendencia es a admitir la excepción al principio de la inmunidad basada en el carácter comercial de las actividades que realice un Estado, sobre todo en el ámbito internacional, lo que ha provocado la admisión del principio de la inmunidad relativa de jurisdicción.

En esta orientación, hay varios instrumentos jurídicos internacionales adoptados en los últimos años. El primero de ellos es la Convención Europea

33. Artículo 336 del Código.

34. *Loc. cit.*, p. 209.

35. *Idem*, p. 209.

36. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*, Caracas, 1968.

sobre Inmunidad de los Estados del año 1972 <sup>37</sup>, en la cual se señalaron los casos en los cuales los Estados no podían invocar la inmunidad de jurisdicción, los cuales son: cuando se trate de contratos de trabajo o laborales que deben ser ejecutados en el Estado del foro; cuando un Estado participe como accionista junto con otros particulares en empresas comerciales en el Estado del foro; cuando un Estado tenga oficinas o agencias que realicen actividades industriales, comerciales o financieras, de la misma manera que personas privadas; los procedimientos relativos a patentes, marcas de fábricas y todo lo vinculado al derecho industrial; y las acciones relativas a propiedad inmueble y sobre sucesiones y donaciones <sup>38</sup>.

Esta Convención Europea fue seguida en cuanto al abandono progresivo de la inmunidad absoluta, por una ley muy importante, que es la Ley de Inmunidad de Soberanía de los Estados Unidos de 1976 <sup>39</sup>, particularmente por tratarse de un Estado en el cual ha habido, históricamente, muchos conflictos y búsqueda de excepciones al sometimiento de los Estados extranjeros a las leyes americanas. En esa ley se estableció, como principio, que bajo el ámbito del derecho internacional, los Estados no son inmunes en materia de jurisdicción en relación a sus actividades comerciales <sup>40</sup>, las cuales se definen en el mismo estatuto, como las actividades regulares de conducta comercial, o las transacciones particulares de tal carácter comercial. En este texto, además, se precisa que "el carácter comercial de una actividad debe determinarse en relación a la naturaleza de la conducta, la transacción particular o el acto, antes que en referencia a su objetivo o finalidad" <sup>41</sup>.

El mismo principio se adoptó en la Ley de Inmunidad del Estado, del Reino Unido, de 1978 <sup>42</sup>, lo cual fue también muy importante, porque Inglaterra había sostenido siempre el principio de la inmunidad absoluta. Fue a partir de 1978 cuando se abandonó el principio e incluso se definieron los casos a los cuales no se podía alegar la inmunidad jurisdiccional, basado en el principio de la naturaleza comercial de la transacción, tales como: suministros de bienes o servicios; préstamos y transacciones que tienen relación con el financiamiento a los países o garantías o indemnizaciones relativas a estos préstamos y financiamientos, así como cualquier otra transacción o actividad, sea comercial, industrial, financiera, profesional o de carácter similar, en las cuales un Estado entra en relación con otro, sin que quede comprometido realmente el ejercicio de su autoridad soberana <sup>43</sup>.

---

37. Véase el texto en *American Journal of International Law*, Vol. 66, 1972, pp 923 y ss.

38. Artículos 5 a 10.

39. *US Foreign Sovereign Immunity Act 1976*.

40. Artículo 1.602.

41. Artículo 1.603, d.

42. *UK State Immunity Act 1978*.

43. Sección 3.



Esta misma orientación la sigue el Proyecto de Convención Interamericana de Inmunidad de Jurisdicción de los Estados, aprobado en 1983 por el Comité Jurídico Interamericano <sup>44</sup>, en el cual se plantea también la excepción a la inmunidad jurisdiccional en el caso de actividades mercantiles y comerciales, en los siguientes términos: "la realización de una determinada transacción o acto comercial o mercantil como parte del desarrollo ordinario de su comercio", agregándose también, los asuntos laborales y contratos de trabajo.

El tema tiene gran importancia en Venezuela, porque toca un principio constitucional que es el contenido en esta cláusula obligatoria; obligatoriedad que está, sin embargo, sujeta a la excepción basada en la naturaleza del contrato, en cuyo caso no se aplica el principio de la inmunidad.

Por supuesto, la discusión se ha planteado en torno al tema de la naturaleza del contrato <sup>45</sup>, y aquí no se puede dar fórmulas universales. A la conclusión que se ha llegado, después de interpretaciones contradictorias, es que el criterio debe incidir en la naturaleza práctica del negocio que está en juego, lo cual tuvo particular aplicación a principios de la década de los ochenta, con motivo de los contratos de empréstitos públicos y obligaciones financieras que asumía el Estado en territorio de Estados extranjeros <sup>46</sup>.

Por supuesto, en materia de empréstitos públicos el tema de la inmunidad jurisdiccional se ha planteado desde siempre, y ha habido toda una discusión, tanto en el Derecho Financiero como en el Derecho Internacional, sobre la naturaleza de los contratos de empréstitos. En todo caso, si se utiliza la distinción de actos de autoridad y actos de gestión (*jure imperii-jure gestione*) nadie podía afirmar que un contrato de empréstito público no sea un acto de autoridad, y no sea un contrato administrativo: más público, en cualquier sentido, que un contrato de empréstitos, no habría. Por ello, la solución al problema no se basa en considerar si el Estado suscribe el contrato haciendo uso de su soberanía o de sus poderes públicos, o si son o no contratos administrativos, sino en la naturaleza de las operaciones. En el caso de los empréstitos, sin duda, el juez que pueda estar llamado a conocer de un problema judicial en relación a ellos, lo que debe conocer en realidad son cuestiones mercantiles y comerciales. Por eso, y con base en la excepción prevista en la Constitución, los contratos de empréstitos no contienen las cláusulas de inmunidad de jurisdicción y, por tanto, están sometidos en su ejecución que se produce además fuera del país, a las leyes y tribunales

---

44. Comité Jurídico Interamericano, Río de Janeiro, 1983.

45. Véase Isabel Boscán de Ruesta, *loc. cit.*, pp. 24 v ss.; Alfredo Morles, "La inmunidad de Jurisdicción y las operaciones de Crédito Público" en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, tomo III, Caracas, 1979, pp. 1.701 y ss.; y la doctrina de la Procuraduría General de la República, en *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, Caracas, 1984, tomo IV, Vol. 2, pp. 169 y ss.

46. Véase A. Morles, *loc. cit.*, pp. 1.701 y ss.

donde se realiza la operación. Este, además, es el principio aceptado en todos los países en el momento actual.

Por último, debe decirse que este principio constitucional se repite en relación a otros contratos en leyes diversas. Por ejemplo, hemos encontrado la norma repetida en la Ley sobre Concesiones de Obras en caso de Obras Viales y de Transporte del año 1983 <sup>47</sup>. y, asimismo, está la misma exigencia de la cláusula con la misma excepción de la naturaleza del contrato, en el Decreto 1.821 del año 1991 que estableció las Condiciones Generales de Contratación en los contratos de obras públicas <sup>48</sup>.

#### b. La "Cláusula Calvo"

La segunda cláusula de rango constitucional y de carácter obligatorio, además de la cláusula de inmunidad jurisdiccional, es la "Cláusula Calvo", es decir, la exigencia conforme a la cual, en los contratos de interés público también se considera incorporada una cláusula que establece que por ningún motivo ni causa la ejecución de esos contratos puede dar origen a reclamaciones extranjeras. Así se establece expresamente en el artículo 127 de la Constitución.

El origen de esta cláusula también se remonta a la Constitución de 1893 <sup>49</sup> en la cual, al regularse los contratos de interés público se señaló que los mismos en ningún caso podían ser motivo de reclamaciones internacionales. Esta cláusula establecía, por tanto, la improcedencia de las reclamaciones diplomáticas de Estados extranjeros contra el Estado Venezolano, acutando aquellos Estados por cuenta de súbditos extranjeros, y partía del supuesto de que los extranjeros en el territorio del Estado Venezolano se hallan en las mismas condiciones que los nacionales, por lo que si tienen alguna reclamación deben acudir únicamente a los órganos locales cuando se puedan considerar lesionados. El objeto de la cláusula, en definitiva, era impedir que las divergencias que pudieran surgir entre partes contratantes en la cual una parte fuera un ciudadano extranjero, pudieran ser consideradas como de naturaleza internacional.

El origen de esta cláusula y por eso su denominación de "Cláusula Calvo", está en la exposición contenida en el libro de Carlos Calvo, *Tratado de Derecho Internacional*, editado inicialmente en 1868 <sup>50</sup>, en el cual, después de estudiar la intervención franco-inglesa en el Río de La Plata y la intervención francesa en México, expresó lo siguiente:

"Además de móviles políticos, las intervenciones han tenido siempre por pretexto aparente lesiones a intereses privados, reclamaciones y pedidos de indemnizaciones pecuniarias a favor de extranjeros cuya

47. Artículo 10 de la Ley en *Gaceta Oficial* Nº 3.247 Extra de 26-8-83.

48. Artículo 9.

49. Artículo 149.

50. Carlos Calvo, *Le Droit International Théorique et Pratique*, París, 1887.

protección no era justificada la mayoría de las veces. . . Según el derecho internacional estricto, el cobro de créditos y la gestión de reclamaciones privadas no justifican de plano la intervención armada de los gobiernos, y como los Estados europeos siguen invariablemente esta regla en sus relaciones recíprocas, no hay razón para que no se la impongan también en sus relaciones con los otros Estados del Nuevo Mundo”<sup>51</sup>.

Incluso, la propia “Cláusula Calvo” influyó en la concepción de la llamada Doctrina Drago, formulada en 1902 por el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis María Drago, quien ante medidas de fuerza adoptadas por Alemania, Gran Bretaña e Italia contra Venezuela, formuló su tesis denegatoria del cobro compulsivo de las deudas públicas por los Estados<sup>52</sup>.

Por supuesto, sobre la propia “Cláusula Calvo” se ha discutido en torno a su validez: unos han estimado que es nula porque las personas privadas no pueden contraer obligaciones que importen dejar sin efecto el derecho de su Estado de origen de protegerlas en el exterior, otros, en cambio, estiman que es válida porque constituye una estipulación formal explícita entre dos partes contratantes: una parte que la ha propuesto como condición para celebrar el contrato y una persona privada que la acepta. Por eso hay una obligatoriedad absoluta de esta Cláusula en todo tipo de contrato de interés público y, en particular, por supuesto, en materia de contratos de empréstitos en los cuales incluso, como se ha dicho, puede haber la excepción de la cláusula de inmunidad jurisdiccional<sup>53</sup>.

### c. *La cláusula de reversión*

Aparte de las dos cláusulas obligatorias generales previstas en la Constitución relativas a la inmunidad jurisdiccional y a la llamada “Cláusula Calvo” o de reclamaciones extranjeras, están previstas también en la propia Constitución, algunas cláusulas obligatorias pero en relación a determinado tipo de contrato. En especial, para los contratos de concesión se prevé el principio de la reversión, particularmente en materia de concesiones mineras y de hidrocarburos.

En efecto, el artículo 103 de la Constitución establece lo siguiente:

“Artículo 103. Las tierras adquiridas con destino a la exploración o explotación de concesiones mineras, comprendidas las de hidrocarburos y demás minerales combustibles, pasarán en plena propiedad a la

51. *Op. cit.*, tomo I, párrafo 205, *cit.* por L. A. Podestá Corta, *Derecho Internacional Público*, tomo I, Buenos Aires, 1955, pp. 445 y 446.

52. Véase Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional*. Madrid, 1927.

53. Véase *Doctrina PGR* 1973. Caracas, 1974, pp. 276-288.

Nación, sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa la concesión respectiva”.

Este artículo de la Constitución que establece el principio de la reversión, tuvo una enorme importancia en el proceso de nacionalización petrolera que, incluso, condujo a que en 1970 se dictara la Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos <sup>54</sup>. Por supuesto, después de la nacionalización las concesiones de hidrocarburos no existen, pero el principio de la reversión sigue vigente en materia de concesiones mineras. En tal sentido, en la Ley de Minas <sup>55</sup> se establece el principio de la reversión en los términos siguientes:

“Artículo 61. La concesión que vuelve a poder del Estado pasa a éste libre de todo gravamen, y con todas las obras y demás mejoras permanentes que en ella hubiere, además de la maquinaria, útiles, enseres y materiales que se encuentren abandonados dentro del perímetro de la concesión”.

La reversión también se prevé, a nivel legislativo, respecto de otra serie de contratos de concesión. Por ejemplo, en materia de concesiones ferroviarias, la Ley de Ferrocarriles de 1956 <sup>56</sup> establece lo siguiente:

“Artículo 9. En caso de concesiones extinguidas por vencimiento del término de su duración, la Nación readquirirá sin pagar indemnización alguna, todos los derechos concedidos y se hará propietaria de todas las obras, material rodante, construcciones e instalaciones efectuadas durante la concesión”.

Asimismo, en dicha ley también se establece el principio de la reversión en caso de caducidad por incumplimiento de las obligaciones por parte del contratante. En este sentido, el artículo 10 establece que las obras realizadas, el material rodante y las construcciones e instalaciones efectuadas, en ese supuesto también deben pasar a ser propiedad de la Nación, “sin indemnización alguna por parte de ésta”.

La cláusula de la reversión también está establecida expresamente en las concesiones para el aprovechamiento de los recursos hidráulicos. En este caso es la Ley Forestal de Suelos y de Aguas de 1966 <sup>57</sup>, la que prevé expresamente en su artículo 95 que concluido el tiempo previsto para la concesión,

---

54. Véase en *Gaceta Oficial* N° 29.577 de 6-8-71. Véase *Doctrina PGR 1972*, Caracas 1973, pp. 185 y ss.

55. Véase en *Compilación Legislativa de Venezuela*, Caracas, 1950, tomo III, pp. 901.

56. Véase en *Gaceta Oficial* N° 25.425 de 7-8-57. Sobre las cláusulas de reversión en las concesiones de servicio público, véase *Doctrina PGR 1981*, Caracas, 1982, pp. 33-39; *Doctrina PGR 1972*, Caracas, 1973, p. 327.

57. Véase en *Gaceta Oficial* N° 1.004 de 25-1-66.

“todas las obras que hubiere hecho el concesionario quedarán en beneficio de la Nación”.

En principio se establece también, con carácter general, respecto a las concesiones de servicio público municipales. En este campo, la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978, cuya última reforma es de 1989 <sup>58</sup>, al establecer las condiciones mínimas que deben contener las concesiones de servicios públicos municipales, así como las concesiones de exploración de bienes del Municipio prevé en el artículo 41, ordinal 10, “El traspaso gratuito al Municipio, libre de gravámenes, de todos los bienes, derechos y acciones objeto de la concesión, al extinguirse ésta por cualquier causa”.

Por otra parte, la Ley de Construcción, Explotación y Mantenimiento de Obras Viales y de Transporte en Régimen de Concesión de 1983 <sup>59</sup>, estableció expresamente en su artículo 76 que “vencido el término de la concesión, los bienes de la concesionaria afectados a la prestación del servicio pasarán a propiedad de la República, sin indemnización y libre de gravámenes y carga”.

En esta forma, a través del principio constitucional y el desarrollo en leyes especiales que regulan la figura del contrato de concesión, puede deducirse que una de las cláusulas obligatorias en materia de concesiones es, justamente, la reversión, es decir, la obligación para el concesionario de transmitir al Estado, libre de todo gravamen y en forma gratuita, los bienes afectos a la concesión una vez que ésta se extingue por cualquier causa.

#### d. *La cláusula temporal en las concesiones*

En relación a las concesiones, también puede identificarse en el ordenamiento jurídico venezolano, otra cláusula de carácter obligatorio y que también tiene su fundamento en la Constitución. Se trata de la cláusula de temporalidad, cuyo fundamento se puede ubicar en el artículo 97 de la Constitución, que prohíbe los monopolios y agrega una norma que establece lo siguiente:

“Artículo 97. . . . Sólo podrán otorgarse, en conformidad con la ley, concesiones con carácter de exclusividad, y por tiempo limitado *para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público*”.

Es evidente, por tanto, de acuerdo a esta norma, que dentro del régimen de la libertad económica en nuestro país y prohibido como están en la misma norma constitucional, los monopolios, la única excepción respecto a obras y servicios de interés público, es la posibilidad de que el Estado otorgue,

58. Véase en *Gaceta Oficial* N° 4.107 Extra de 15-6-89.

59. Véase en *Gaceta Oficial* N° 3.247 Extra de 26-8-83. Sobre las cláusulas de reversión en las concesiones de obra pública, véase *Doctrina* PGR 1972, Caracas, 1973, pp. 312-325.

con carácter de exclusividad, concesiones para el establecimiento y explotación de los mismos, pero ello debe hacerse por tiempo limitado. De manera que la temporalidad es una característica de todas las concesiones por lo que las leyes especiales que las regulan, prevén lapsos variables, pero siempre precisos, de duración de las mismas.

En este sentido, las concesiones de servicios públicos municipales, de acuerdo al artículo 41, ordinal 1) de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, sólo pueden tener un plazo máximo de veinte años; las concesiones ferrocarrileras reguladas en la Ley de Ferrocarriles, de acuerdo a su artículo 9, deben tener una duración máxima de cuarenta años, las concesiones de explotación de productos forestales reguladas en la Ley Forestal de Suelos y Aguas conforme al artículo 68, deben tener una duración máxima de cincuenta años; y asimismo, las concesiones de obra pública previstas en la Ley de Construcción, Explotación y Mantenimiento de Obras Viales y de Transporte en Régimen de Concesión, de acuerdo al artículo 9, deben tener una duración máxima de cincuenta años. Por último, en cuanto a las concesiones para el aprovechamiento de aguas, de acuerdo a la Ley Forestal de Suelos y de Aguas, artículo 92, la duración de las mismas debe ser de sesenta años máximo.

## B. *Cláusulas obligatorias previstas en leyes especiales*

Además de las cláusulas obligatorias en los contratos de la Administración que están expresamente establecidas en la Constitución o que tienen su fundamento en ella, debe destacarse que hay otra serie de cláusulas obligatorias que deben contener dichos contratos, o al menos algunos de ellos, previstas en leyes especiales, y entre éstas deben destacarse las de garantías; las de denominación en moneda nacional; y las presupuestarias.

### a. *Las cláusulas de garantías*

En el mencionado Decreto N° 222 de Colombia relativo a la contratación administrativa, se destaca el artículo 67 por el contraste con la situación venezolana relativo a la obligación de garantizar el contrato.

En esa norma, en efecto, se establece que en todo contrato se pactará expresamente la obligación del contratista de garantizar el cumplimiento de contrato; el manejo y buena inversión del anticipo que le fuere otorgado, caso en el cual la garantía debe constituirse previamente a su entrega; la estabilidad de la obra o la calidad del servicio; el pago de salario así como prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que haya de utilizar para la ejecución del contrato; y el correcto funcionamiento de los equipos que deba asumir o instalar; agregándose, sin embargo, que la cláusula de garantía no será obligatoria en los contratos de empréstitos, en los de arren-

damiento cuando la entidad pública fuere arrendataria, y en los contratos interadministrativos.

No existe, en el ordenamiento venezolano, ninguna norma legal que establezca algo similar, aun cuando es evidente que la práctica administrativa ha llevado a establecer sucesivamente la necesidad de garantizar la ejecución de los contratos, además de tener ello un apoyo indirecto en la legislación.

En efecto, puede decirse que existe una previsión indirecta de estas cláusulas de garantía, como cláusulas de carácter obligatorio, en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República <sup>60</sup> al regular el régimen del control fiscal previo en la contratación administrativa.

En efecto, el artículo 18 de dicha ley establece la necesidad de una aprobación previa obligatoria por parte de la Contraloría General de la República, de los contratos de adquisición de bienes o servicios y de todo contrato que implique algún compromiso financiero para la República, y precisamente, en estos casos, cuando se enumeran las atribuciones de la Contraloría, se establece que ésta debe verificar "que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder de las obligaciones que haya asumido el contratista".

Por tanto, de esta norma puede deducirse claramente en forma indirecta, el establecimiento como cláusula obligatoria, de la necesidad de prever garantías en todos los contratos que impliquen compromisos financieros para la República, así como en los contratos de adquisición de bienes o servicios.

Por su parte, la legislación especial ha venido también estableciendo, en las regulaciones relativas a contratos específicos, la necesidad de establecer garantías. Por ejemplo, en la Ley Forestal, de Suelos y Aguas se prevé, en el artículo 40, que quienes aspiren a tener concesiones, contratos o permisos de exploración de productos forestales, deberán constituir garantías suficientes, a juicio del Ejecutivo Nacional, para asegurar el buen cumplimiento de sus obligaciones. Por su parte la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el ordinal 4º del artículo 41, al establecer las condiciones mínimas en las concesiones de servicios públicos municipales o de explotación de bienes de los Municipios, se prevé que deben establecerse "garantías por parte del concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones".

En el mismo sentido, la Ley de Construcción, Explotación y Mantenimiento de Obras Viales y de Transporte en régimen de Concesión tiene una serie de normas que implican la obligatoriedad de prever garantías para la ejecución de dicho contrato. Por ejemplo, el artículo 5, cuando regula la emisión del Decreto relativo a cada concesión, se establece que el mismo debe contener, entre otros aspectos (ordinal 6), "el monto de la garantía que el proponente deberá presentar para la celebración del contrato". Asimismo, se prevé expresamente que dentro de las normas que debe contener el contrato obligatoriamente, debe estar la que establezca la determinación de

---

60. Artículo en G.O. N° 3.482 Extra de 14-12-84.

las garantías (artículo 37, ordinal 4). Pero, además, en el propio texto de la ley se establecen diversas garantías que deben constituir los concesionarios, tanto para garantizar el cumplimiento del programa de ejecución de las obras previstas en la concesión (artículo 42), como para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario durante la etapa de explotación (artículo 51) y, además, para garantizar la entrega en buen estado de la totalidad de las obras e instalaciones afectadas o destinadas a la prestación del servicio (artículo 74).

En esos casos se exige del concesionario, el constituir una fianza por el monto y en los términos que establezca el decreto de la concesión en cuanto al cumplimiento del programa de ejecución de las obras; o fianza por un monto del porcentaje que sobre el valor de la inversión en el tramo respectivo establezca el decreto de concesión, en el caso de la garantía para el cumplimiento de las obligaciones del concesionario de la etapa de explotación. En cuanto a la garantía de la reversión la ley exige a la concesionaria constituir en el Banco Central de Venezuela, durante los últimos cinco (5) años de duración de la concesión, un fondo de garantía equivalente al diez (10) por ciento de los gastos de inversión.

Por último, en materia de garantías debe destacarse que también las Condiciones Generales de Contratación previstas en el Decreto 1.821 del 30 de agosto de 1991, prevén, dentro de éstas, la fianza de fiel cumplimiento. En tal sentido, el artículo 10 del decreto establece que para garantizar el fiel cumplimiento de todas las obligaciones que asume según el contrato, el contratista deberá constituir previamente a la firma del mismo, una fianza de fiel cumplimiento otorgada por un instituto bancario o empresa de seguros, a satisfacción del ente contratante de acuerdo al texto elaborado por éste y hasta por la cantidad que se indique en el documento principal. Por otra parte, el artículo 85 de las referidas Cláusulas de Condiciones Generales de Contratación se refiere a las garantías laborales y, en ese sentido, prevé que "en garantía del cumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas del contrato, el ente contratante retendrá al contratista el cinco por ciento (5%) del monto de cada valuación".

#### b. *Cláusula de denominación en moneda nacional*

De acuerdo a los artículos 1.737 y siguiente del Código Civil y al artículo 79 de la Ley del Banco Central de Venezuela, no hay duda en admitir que en Venezuela pueden celebrarse contratos denominados en moneda extranjera, sea como medio o cláusula de pago o como medio o cláusula de cuenta, es decir, pueden nominarse en moneda extranjera como moneda de pago o como moneda de cuenta<sup>61</sup>. No existe, por tanto, en el ordenamiento venezolano, ninguna obligación de estipular cláusulas de pago en moneda na-

61. Véase Allan R. Brewer-Carías, "Aspectos del Régimen Jurídico de la Moneda" en *Revista de Derecho Público*, Nº 13, EJV, Caracas, 1983, pp. 5 a 20.



cional en los contratos que celebre la Administración. Sin embargo, de acuerdo al artículo 96 de la Ley del Banco Central, lo que sí resulta una cláusula obligatoria es la cláusula en la cual, aun cuando el contrato esté denominado en moneda extranjera, debe expresarse siempre su equivalencia en bolívares.

### c. Cláusulas presupuestarias

En el Decreto-Ley N° 222 de Colombia se prevé una cláusula obligatoria, en el artículo 66, llamado de la "sujeción a las apropiaciones presupuestarias", estableciéndose en ese artículo que "en todo contrato que afecte el presupuesto deberá estipularse precisamente que la entrega de las sumas de dinero a que la entidad contratante queda obligada, se subordina a las apropiaciones que de las mismas se hagan en los respectivos presupuestos. La entidad contratante se compromete a incluir las partidas necesarias de su proyecto o proyectos anuales de gastos".

Puede decirse que en Venezuela no existe una cláusula expresa de esta naturaleza aun cuando es evidente que la misma tiene consagración indirecta en la Constitución. En efecto, el artículo 227 de nuestra Carta Fundamental establece el principio general de que "no se hará del Tesoro Nacional gasto alguno que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto"; por lo que es evidente que en todo contrato que implique un gasto, deben preverse expresamente las cláusulas presupuestarias. La Ley Orgánica de Régimen Presupuestario así lo establece<sup>62</sup> y, además, surge también en forma indirecta de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; en ésta, en efecto, cuando se regulan los elementos que deben ser verificados por la Contraloría en el control previo de los compromisos, se establecen, en el artículo 18, los dos siguientes elementos: primero, que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del Presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados; y segundo, que exista disponibilidad presupuestaria.

Por tanto, las llamadas Cláusulas Presupuestarias son evidentemente obligatorias en nuestro país, en virtud del mencionado principio constitucional de que no puede hacerse gasto alguno que no esté previsto en el Presupuesto, lo que implica que no podrá realizarse una contratación que implique un gasto que no esté previsto en la Ley de Presupuesto. Esto ha tenido tanta importancia, que ha conducido incluso a que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público<sup>63</sup> haya regulado la figura de la malversación tanto genérica o específica, cuando no se respetan las apropiaciones presupuestarias.

En efecto, en cuanto a la malversación genérica el artículo 60 de dicha ley castiga con pena de prisión de 6 meses a 3 años, al funcionario que ilegalmente diere a los fondos o rentas a su cargo, una aplicación diferente a

62. Véase en *Gaceta Oficial* N° 1.893 Extra de 30 de julio de 1976.

63. Véase en *Gaceta Oficial* N° 3.777 de 23-12-82.

la presupuestada o destinada; y el artículo 61 de la propia ley, pena con prisión de 1 a 3 años, al funcionario que excediéndose en las disposiciones presupuestarias y sin observancia de las previsiones legales sobre crédito público, efectúe gastos o contraiga deudas o compromisos de cualquier naturaleza que hagan procedentes reclamaciones contra la República o contra una de las entidades o instituciones a las cuales se aplica dicha ley. En este caso, sólo se exceptúa de la pena cuando el funcionario, a los fines de evitar la paralización de un servicio, obtuviere la autorización del gasto por parte del Presidente de la República en Consejo de Ministros, en cuyo caso debe notificarse esta autorización a las Comisiones Permanentes de Finanzas del Congreso de la República o a la Comisión Delegada.

De todas estas normas resulta claro, por tanto, que las llamadas Cláusulas Presupuestarias son no sólo obligatorias por fundamento constitucional sino que la violación de las mismas puede acarrear sanciones de carácter penal, que se han regulado en los tipos de malversación mencionados.

### C. *Las cláusulas de condiciones generales de contratación y su inclusión obligatoria*

La práctica en Venezuela de la elaboración de cláusulas de condiciones generales o especiales, comunes para ciertos contratos de la Administración se había circunscrito casi exclusivamente a los contratos de obra pública, y ello había conducido a que en la celebración de los contratos de obra pública, tanto por parte del antiguo Ministerio de Obras Públicas como de los institutos autónomos que le estaban adscritos, se anexaran a los mismos una serie de cláusulas de condiciones generales.

Ello condujo a que el Ministerio de Obras Públicas dictara la Resolución N° 388 de 26-8-75 <sup>64</sup> mediante la cual se establecieron "Condiciones generales de Contratación para la Ejecución de Obras" que debían regir en los contratos de obras que celebrase el Ejecutivo Nacional y también, la Resolución N° 387 de la misma fecha mediante la cual se dictaron las "Condiciones generales de Contratación para Estudios y Proyectos" <sup>65</sup>.

Posteriormente, por Decreto N° 2.189 de 7 de junio de 1977 <sup>66</sup> se dictaron las "Condiciones generales de Contratación para la Ejecución de Obras" que debían regir para los contratos de esa naturaleza que celebrasen "los Ministerios, los Institutos Autónomos, las Empresas del Estado y cualesquiera otros entes de la Administración Pública Nacional", el cual fue modificado parcialmente por Decreto N° 1.802 de 20 de enero de 1983 y sustituido luego por el Decreto N° 1.821 de 30 de agosto de 1991 <sup>67</sup>, cuyas normas son las vigentes.

64. G.O. N° 30.786 de 4-9-75.

65. G.O. N° 30.785 de 3-9-75.

66. G.O. N° 2.089 Extra de 29-9-77.

67. G.O. N° 3.111 Extra de 18-3-83; y G.O. N° 34.797 de 12-9-91.

El artículo 1º de este Decreto establece lo siguiente:

“Artículo 1º Las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras a que se refiere este decreto regirán con carácter de obligatoriedad para aquellos contratos que celebre la República a través de los Ministerios y demás órganos de la Administración Central.

Se instruye a los Institutos Autónomos y Empresas del Estado, para que elaboren sus normas de contratación en concordancia con las presentes normas.

Por acuerdo entre el ente contratante y el contratista, en atención a la entidad o características de la obra, se podrán establecer en los contratos condiciones especiales de contratación o se podrá convenir en dejar de aplicar alguno o algunos de los artículos de este Decreto”.

Antes de la última reforma del decreto en 1991, en relación a condiciones generales de contratación, se había discutido acerca del carácter contractual o reglamentario de su contenido<sup>68</sup>. El tema, sin embargo, en nuestro criterio ha sido definido precisamente en la reforma de 1991, en cuanto a los contratos que celebre la República, al exigirse que las cláusulas de las referidas condiciones generales de contratación “regirán con carácter de obligatoriedad” en los referidos contratos, sin que sea necesario que en el texto mismo de los contratos se exprese esa circunstancia. Por tanto, en esos contratos estamos en presencia de auténticas cláusulas obligatorias de carácter reglamentario y no contractual, que no exigen para su aplicación que se produzca una adhesión expresa del contratante particular con la Administración a las referidas cláusulas. De allí, incluso, que el artículo 2º de las Condiciones Generales disponga que “forman el contrato los siguientes documentos: las presentes cláusulas generales de contratación para la ejecución de obras”.

Ahora bien, si ha de admitirse el carácter reglamentario de las mencionadas cláusulas que rigen obligatoriamente en los contratos indicados, es evidente que por vía contractual, como lo señala el artículo 1º del decreto, se pueden establecer condiciones especiales de contratación y se puede convenir en dejar de aplicar alguno o algunos de los artículos del decreto. Estas excepciones, evidentemente, tienen carácter contractual.

Se observa, además, que contrariamente a lo que establecía el decreto precedente, las cláusulas del decreto no son directamente obligatorias para los Institutos Autónomos y Empresas del Estado, sino que lo que se establece es una “instrucción” presidencial para que dichos entes “elaboren sus normas de contratación en concordancia con las presentes normas”. En esos contratos, las referidas condiciones generales, por supuesto, tendrán carácter

68. Véase Luciano Lupini Binchi y Gabriel Ruan Santos, “Consideraciones sobre las condiciones generales de Contratación para la Ejecución de Obras de la Administración Pública”, en *Revista de Derecho Público*, N° 12, EJV. Caracas, 1982, pp.

contractual y no reglamentario, en el sentido de que para que rijan en los contratos resulta indispensable que sean aceptadas por los contratistas en el documento del contrato.

Ahora bien, estas cláusulas de condiciones generales previstas en el decreto, prevén con carácter general, materialmente todo el régimen de los contratos de obra de la Administración Pública *Nacional*; en particular regulan los derechos y obligaciones de los contratistas y los poderes y obligaciones de la Administración, como veremos a lo largo de este estudio.

### 3. LA CONCLUSION DEL CONTRATO

La conclusión del contrato resulta del acuerdo de voluntades entre la Administración y su co-contratante.

El momento de conclusión del contrato, una vez que éste se ha formado, constituye el momento de la manifestación del consentimiento por parte del contratante y de la Administración, es decir, de la manifestación de la voluntad administrativa formada de acuerdo con el procedimiento y las formalidades antes analizadas, previas al acto de conclusión.

Hasta ahora hemos estudiado los requisitos que deben cumplirse previamente a la conclusión del contrato por parte de la Administración, para que haya "consentimiento legítimamente manifestado". Nos corresponde ahora estudiar el momento mismo de la conclusión del contrato y sus efectos, con el dato importantísimo de la intervención del funcionario competente para contratar, requisito indispensable, también para que haya "consentimiento legítimamente manifestado".

Formas y competencia entonces, son los requisitos necesarios para la existencia del consentimiento legítimamente manifestado.

En este sentido ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que "mediando en un asunto la intervención del Estado su declaración de voluntad y el consentimiento que de ella emana, se expresan dentro de un proceso formativo que se desarrolla de acuerdo con la ley y con fundamento en la observancia de ciertas formalidades por parte de quien pueda cumplirlas en ejercicio de la función pública, porque tenga capacidad para obrar e intervenir en el acuerdo o convenio como sujeto de derecho. Según este principio, no podrá haber efecto consensual por manifestación legítima cuando dejan de cumplirse las formas requeridas para aceptar o imponer condiciones dentro del contrato, o cuando se han cumplido de manera irregular o distinta, porque el consentimiento así prestado no responde a la verdadera voluntad de los contratantes que es su fuente jurídica más importante"<sup>69</sup>.

---

69. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 14 de diciembre de 1961. G.F. N° 34, 1961, pp. 188 y ss.

## A. *La competencia para concluir el contrato*

### a. *La celebración y la conclusión del contrato*

Debemos distinguir, como punto previo, la diferencia conceptual entre la celebración y conclusión del contrato. La celebración del contrato se refiere fundamentalmente al procedimiento, al derecho adjetivo necesario para que pueda llevarse a cabo en forma perfecta la conclusión. Esta, en cambio, es el acto sustantivo que si bien necesita como *conditio sine qua non* el cumplimiento de las formalidades procedimentales previas, es perfectamente desligable de ellas en teoría. La conclusión viene entonces a identificarse al perfeccionamiento del contrato, al acuerdo de voluntades, al otorgamiento del contrato.

Ahora bien, esta distinción nos obliga a intentar determinar la naturaleza de las formalidades previas a la conclusión del contrato estudiadas anteriormente, ya que algunas de ellas no pueden desligarse del acto de conclusión.

Por ejemplo, la formalidad previa de la consulta obligatoria, vinculante o no, y la formalidad del control fiscal previo constituyen —aunque la segunda pertenezca principalmente al Derecho Presupuestario— meros procedimientos sin ninguna influencia decisiva sobre la conclusión del contrato. ¿Pero podríamos decir lo mismo respecto a las autorizaciones legislativas en materia de operaciones de crédito público, o respecto a la decisión administrativa de contratar emanada del Consejo de Ministros?

Ciertamente que no, y ello, porque estas dos formalidades previas tienen un contenido sustantivo que no puede desligarse del acto de conclusión del contrato. En efecto, cuando el Congreso autoriza una operación de crédito público, hemos dicho, puede determinar que esa operación se realice, se concluya, “en las oportunidades, formas y condiciones que considere más convenientes a los intereses de la Nación”<sup>70</sup>.

Asimismo, la decisión administrativa de contratar que realiza el Consejo de Ministros incluye todas las determinaciones sobre la conclusión del contrato, en el cual el Ministro respectivo o el órgano competente para realizar la conclusión material, es un mero ejecutor de la decisión del máximo órgano de la Administración Pública.

Por tanto, al referirnos nosotros en este capítulo al órgano competente para la conclusión del contrato, estudiaremos al funcionario llamado a concluir materialmente o a otorgar el contrato, aun cuando anteriores formalidades e intervenciones de autoridades públicas no puedan desligarse completamente del acto de conclusión del contrato en sentido propio<sup>71</sup>.

70. El artículo 21 de la Ley Orgánica de Crédito Público así lo establece.

71. Sobre la competencia como base para que pueda haber consentimiento, véase la doctrina de Procuraduría General de la República, en *Revista de la Facultad de Derecho UCV*, N° 30, Caracas, 1964, pp. 200-204.

b. *La autoridad competente para concluir el contrato administrativo*

Al estudiar las autoridades de la Administración Pública Nacional competentes para suscribir o concluir los contratos de la Administración, estudiaremos separadamente al Presidente de la República, los Ministros, el Procurador General de la República y otros funcionarios públicos.

a'. *El Presidente de la República*

El Presidente de la República, como Jefe del Ejecutivo Nacional y como órgano que ejerce el Poder Ejecutivo Nacional <sup>72</sup> y, por tanto, con las competencias que le son atribuidas al Poder Nacional Ejecutivo de acuerdo con el artículo 136 de la Constitución Nacional, puede concluir todos los contratos de la Administración de la competencia del Poder Nacional, cuando no estén atribuidos expresamente a algún otro funcionario de los que, junto con el Presidente de la República ejercen el Poder Ejecutivo, por la Constitución y las leyes <sup>73</sup>.

Sin embargo, esta facultad o poder no constituye una obligación jurídica, ya que el Presidente de la República puede perfectamente concluir los contratos administrativos por sus órganos directos, los Ministros o por los funcionarios que determine la ley.

Distinto es el caso, sin embargo, cuando la Constitución o la ley atribuyen expresamente al Presidente de la República la facultad de negociar determinados contratos como es el caso de los contratos de empréstito público <sup>74</sup>. En estos casos es el Presidente de la República quien debe suscribir el contrato, excepto el caso de que la ley que autoriza el empréstito faculte también al Ejecutivo Nacional, en Consejo de Ministros, para designar al funcionario que suscribirá el contrato, en cuyo caso puede designarse otra autoridad distinta del Presidente de la República, lo que por lo demás, es lo normal.

b'. *Los Ministros*

De acuerdo con el artículo 193 de la Constitución, los Ministros son los órganos directos del Presidente de la República y, por tanto, ejercen junto con éste, el Poder Ejecutivo Nacional <sup>75</sup>. Es atribución primordial de los Ministros tal como lo establece la Ley Orgánica de la Administración Central, suscribir los actos del Despacho a su cargo <sup>76</sup>.

Ahora bien, específicamente en materia de contratos, la Ley Orgánica asigna a los Ministros competencia para "otorgar, previo cumplimiento de las formalidades de ley, los contratos relacionados con asuntos propios del

72. Como lo establece el artículo 181 de la Constitución.

73. Artículo 181 de la Constitución.

74. Artículo 190, ordinales 13 y 15 de la Constitución.

75. Artículos 181 y 193 de la Constitución.

76. Así lo establece el artículo 20, ordinal 17.

Ministerio" 77. Esta atribución, con anterioridad, estaba asignada a los Ministros en la legislación especial, en la cual se encuentran múltiples ejemplos. Tal es el caso de los contratos especiales que puede celebrar el Ministro de Energía y Minas previstos en los artículos 4 y 8 de la Ley de Minas y reglamentados en los artículos 7 y 8 del Reglamento de la Ley de Minas. En el mismo caso se encontrarían los contratos de venta y arrendamiento de terrenos baldíos consagrados en el Capítulo IV de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos y atribuidos al Ministerio de Agricultura y Cría como órgano directo del Presidente de la República 78. Sucede lo mismo en los contratos que tengan por objeto la enajenación de bienes muebles innecesarios y de productos manufacturados, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, los cuales están atribuidos al Ministro de Hacienda; en los contratos de arrendamiento de bienes nacionales 79; y en los contratos de suministros y adquisiciones de bienes 80.

En igual sentido se encuentran disposiciones en innumerables textos legales como la Ley Forestal, de Suelos y Aguas 81, el Decreto Reglamentario de Obras Públicas Nacionales 82, etc., que señalan a los Ministros como funcionarios que ejercen el Poder Ejecutivo Nacional, como órganos directos del Presidente de la República.

En todo caso, por supuesto, la competencia de los Ministros de suscribir los contratos que conciernan a sus respectivos Despachos, puede ser delegada en el Director General del Ministerio o en los Directores Generales Sectoriales, e incluso, la firma de dichos contratos puede también ser delegada en otros funcionarios del Ministerio 83.

### *c'. El Procurador General de la República*

Como representante de los intereses patrimoniales de la República 84, el Procurador General de la República, cuando así lo ordene el Ejecutivo Nacio-

77. Artículo 20, ordinal 14, LOAC. El ordinal 22 de dicho artículo, además atribuye a los Ministros competencia para "contratar para el Ministerio los servicios de profesionales y técnicos por tiempo determinado o para una obra determinada.

78. Artículo 136, ordinal 10, Constitución.

79. Artículo 29, LOHPN.

80. Artículo 172, ordinal 11.

81. Artículo 12.

82. Artículo 1.

83. Artículo 20, ordinal 25, LOAC.

84. Corresponde a la Procuraduría General de la República de acuerdo con el artículo 202 de la Constitución, "Representar y defender judicial o extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República".

A tal efecto, la Procuraduría de la Nación, ha señalado que "no es absolutamente exacto, a su juicio, que "la única persona autorizada y facultada para firmar contratos a nombre de la Nación es el Ministro respectivo", toda vez que el Procurador de la Nación es un funcionario competente, de acuerdo con la ley de la Institución a su cargo, para celebrar contratos a nombre de la Nación Venezolana y del Fisco Nacional, conforme a las instrucciones que le imparta el Ejecutivo Nacional"; *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso Nacional 1959*, Caracas, 1960, pp. 547 y 548.

nal, puede suscribir o concluir contratos de la Administración. En particular así lo establece la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en su artículo 1º, al atribuirle la facultad de

“Redactar y suscribir conforme a las instrucciones que le comunique el Ejecutivo Nacional, los documentos contentivos de actos, contratos o negocios de gestión privada que a la República le conciernan”<sup>85</sup>.

### c. *La incompetencia*

El consentimiento legítimamente manifestado hay que referirlo de manera especial al concepto de competencia, de aptitud de obrar del funcionario<sup>86</sup>. Por tanto, no puede haber consentimiento legítimamente manifestado y, en consecuencia, no puede existir contrato de la Administración, cuando éste ha sido concluido por un funcionario incompetente; y ello, porque de acuerdo con el artículo 232 de la Constitución, el Estado no reconoce otras obligaciones que las contraídas de acuerdo con las leyes, por órganos legítimos del Poder Público; y son las leyes las cuales atribuyen la competencia y atribuciones de los órganos del Poder Público, “y a ellas debe sujetarse su ejercicio” de acuerdo con el artículo 117 de la Constitución. Por tanto, el Estado no reconoce obligaciones contraídas por órganos legítimos del Poder Público incompetentes para contraerlas, o lo que es lo mismo, en el contrato concluido por un órgano incompetente, no hay manifestación legítima de voluntad, no hay consentimiento y, como consecuencia, no hay ni existe contrato<sup>87</sup>.

### d. *Las prohibiciones*

Ha sido tradicional en nuestro país el contenido del artículo 124 de la Constitución, que establece que “nadie que esté al servicio de la República, de los Estados, de los Municipios y demás personas jurídicas de derecho público podrá celebrar contrato alguno con ellos, ni por sí ni por interpuesta persona ni en representación de otro, salvo las excepciones que establezcan las leyes”.

Esta norma establece así, una incompatibilidad para la celebración de contratos con las personas de derecho público territoriales (República, Esta-

85. Artículo 1º, ordinal 2º.

86. Este ha sido criterio tradicional de la Procuraduría. Véase al efecto el *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso Nacional*, 1959, Caracas, 1960, p. 545. Asimismo, el Informe de la Procuraduría de la Nación, 1960, Caracas, 1961, p. 307. Puede verse también la *Doctrina de la Procuraduría de la Nación 1953-1954*, Caracas, 1957, pp. 7 y ss.

87. André de Laubadère, *ob. cit.*, p. 172, sostiene, en cambio, que se trata de una nulidad. La Procuraduría General de la República ha dictaminado, al contrario, lo siguiente: “El posible contrato celebrado entre el reclamante, sin estar investido de la representación suficiente, y terceras personas, al cual se ha hecho referencia, no obliga, jurídicamente, a la Nación”. *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso Nacional*, 1957-1958, Caracas, 1959, p. 550.



dos y Municipios) y las personas de derecho público no territoriales (establecimientos públicos corporativos, establecimientos públicos institucionales y establecimientos públicos asociativos) <sup>88</sup>. Por tanto, por ejemplo, los funcionarios de los institutos autónomos están incursos en la incompatibilidad contractual, pero no así los directores de las empresas del Estado (personas jurídicas de derecho privado estatales), salvo disposición especial expresa. Tal es el caso de la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975, la cual luego de establecer que los directivos, administradores, empleados y obreros de las empresas petroleras nacionalizadas “no serán considerados funcionarios o empleados públicos”, precisó que, sin embargo, “se le aplicarán las disposiciones de los artículos 123 y 124 de la Constitución” <sup>89</sup>.

El principio del artículo 124 de la Constitución ha sido desarrollado en cuanto a la República, en la Ley Orgánica de la Administración Central, cuyo artículo 63 repite el establecimiento de la prohibición no sólo para celebrar contratos sino también para *negociarlos* y la extiende a “quienes hubieren estado al servicio de la República hasta un año antes de la fecha en que se pretenda negociar o celebrar el contrato”.

La Ley Orgánica además, de acuerdo a la norma constitucional, estableció en el mismo artículo 63, la excepción a la prohibición en la siguiente forma:

“Se exceptúan de la prohibición contemplada en este artículo, los contratos que tuvieren por objeto la compra, construcción, refacción o arrendamiento de vivienda para uso de las personas mencionadas o de su familia; los convenios relativos a la enajenación de bienes por causa de utilidad pública; los contratos para la utilización de servicios públicos; los contratos de adhesión y cualquier otro contrato en el que la persona del negociador o contratante no pueda influir en el otorgamiento y condiciones de la contratación”.

La Ley Orgánica también definió el concepto de personas “interpuestas” en los siguientes términos:

Artículo 64. Sin perjuicio de que se demuestre la interposición de personas en otros casos, se considerarán personas interpuestas el padre, la madre, los descendientes y el cónyuge de la persona respecto de la cual obre la prohibición. Se considerarán igualmente personas interpuestas, las sociedades civiles, mercantiles o de hecho y las comunida-

---

88. Sobre estas incapacidades contractuales, véase la doctrina de la Procuraduría General de la República en *PN Informe 1960*, p. 492; *Doctrina PGR 1969*, Caracas, 1970, pp. 109 y ss.; *Doctrina PGR 1973*, Caracas, 1974, pp. 214 y ss.; y la Doctrina de la Contraloría en *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938-1963*, tomo I, Caracas, 1963, p. 258; tomo IV (1969-76), pp. 235 y 266 y ss.

89. Artículo 8, *G.O. 1.769 Extra 29-8-75*.

des, en las cuales quien esté al servicio de la República, haya tenido hasta un año antes de la negociación o celebración del contrato, o haya adquirido dentro del año siguiente a las mismas, el treinta por ciento (30%), por lo menos, de los intereses, acciones o cuotas de participación, según el caso, salvo que las hubieren por herencia.

Por otra parte debe mencionarse que la sanción legal a la contravención de estas normas sobre incompatibilidad, es la consideración del contrato como "nulo, de nulidad absoluta, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurran los infractores y las indemnizaciones a que pudiere haber lugar conforme a la ley" <sup>90</sup>.

Debe señalarse, en este sentido, que también la prohibición tradicional de la Constitución la recoge ampliada la Ley de Carrera Administrativa, al prohibir a los funcionarios públicos la celebración de contratos, por sí, por interpuesta persona o en representación de otro, con la República, los Estados, los Municipios y demás personas jurídicas de derecho público <sup>91</sup>. Asimismo, la ley amplía la prohibición, hasta el punto de no aceptar que un funcionario pueda auspiciar gestiones de personas públicas o jurídicas que pretendan celebrar contratos con la República o soliciten o exploten concesiones administrativas o sean proveedoras o contratistas de la misma <sup>92</sup>, y así evitar el posible conflicto de intereses que pueda surgir entre el del funcionario que gestiona y el interés de la Administración, el cual debe defender.

Las sanciones que la ley fija en caso de incumplimiento de estas prohibiciones conducen a la destitución <sup>93</sup> conforme a las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa, y originan responsabilidad administrativa y penal, conforme a la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. En particular, esta última regula el delito de concierto de funcionarios con contratistas, con una pena de prisión de 2 a 5 años <sup>94</sup>.

e. *Los requisitos que deben reunir los co-contratantes de la Administración*

En principio, todas las personas naturales o jurídicas hábiles conforme a las normas del Código Civil y de Comercio pueden celebrar contratos con la Administración, sin que sea necesario el cumplimiento de requisitos adicionales.

Sin embargo, en algunos casos los organismos administrativos han establecido como condición para contratar, que los que aspiren a suscribir con-

---

90. Artículo 65. Por ejemplo, véase el artículo 70 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, G.O. N° 3.077 Extra de 23-12-82.

91. Artículo 29, ordinal 1° de la Ley.

92. Artículo 29, ordinal 3°.

93. Artículo 62, ordinal 9°.

94. Artículo 70.

tratos con la Administración, estén inscritos en un Registro de Contratistas o proveedores que debe llevar el organismo respectivo.

En este sentido la Ley de Licitaciones de 1990<sup>95</sup>, ha establecido el Registro Nacional de Contratistas y el Sistema Nacional de Registros de Contratistas cuya conducción general se atribuye a la Oficina Central de Estadística e Informática (OCEI)<sup>96</sup>.

### B. *Los efectos de la conclusión del contrato*

La intervención de la autoridad administrativa competente en la conclusión del contrato de la Administración constituye la manifestación de la voluntad de la Administración cuando ha sido formada de acuerdo con las formalidades previas estudiadas<sup>97</sup>.

Por tanto, y aquí se destaca el formalismo de la contratación administrativa por contraposición al consensualismo de la contratación privada, la manifestación de voluntad de la Administración en la conclusión del contrato debe ser expresa por lo que no puede concebirse una manifestación de la voluntad administrativa en forma tácita por el silencio administrativo<sup>98</sup>.

Ahora bien, mientras la Administración no haya manifestado su voluntad y consentimiento en el acto de conclusión del contrato, puede decirse que no existe vinculación alguna entre ella y el particular interesado. En consecuencia, las relaciones previas a la conclusión del contrato entre la Administración y los particulares, no obligarán a aquélla, y hasta que la Administración no haya manifestado su voluntad a través del acto de conclusión del contrato, no han nacido obligaciones ni derechos para las partes contratantes<sup>99</sup>.

---

95. G.O. N° 34.528 de 10-8-90.

96. Artículo 8.

97. Cfr. André de Laubadère, *ob. cit.*, tomo I, p. 173.

98. Cfr. André de Laubadère, *ob. cit.*, tomo I, p. 174; Enrique Sayagues Laso, *ob. cit.*, tomo I, p. 543.

99. Por ello es que el artículo 199, letra a, ordinal 2º, de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional señala que "los gastos de adquisición y arrendamiento, ejecución de trabajos por cuenta de la Nación, suministros de materiales y efectos para los servicios públicos y todos los demás gastos ocasionados por el servicio público nacional se justifican: por copia del acto jurídico que autoriza la negociación o ejecución del servicio y del acto que provea a su ejecución".

99. En este sentido, la Procuraduría de la Nación ha señalado: "Es por eso que mientras la Administración no haya aprobado expresamente la oferta a través del acto de otorgamiento que es el contrato, no existe vinculación entre ella y el particular interesado, puesto que los actos previos que realiza la Administración son meros trámites administrativos que no otorgan derecho alguno a los interesados, ya que su único objeto es el de preparar la realización del acto administrativo contractual que es el otorgamiento de la concesión, y hasta que la Administración no haya manifestado su voluntad a través de dicho acto, no han nacido obligaciones ni derechos para las partes contratantes". Véase en el *Informe de la Fiscalía General de la República al Congreso Nacional, 1960*, Caracas, 1961, p. 311.

En este mismo sentido, las llamadas “órdenes provisionales” no pueden considerarse como contratos creadores de obligaciones entre las partes o como instrumentos contractuales que obliguen a la República <sup>100</sup>, y los otros actos previos a la conclusión del contrato que realiza la Administración deben considerarse como simples trámites administrativos que no otorgan derecho alguno a los interesados, ya que su único objeto es el de preparar la realización del acto contractual de otorgamiento del contrato, y repetimos, hasta que la Administración no haya manifestado su voluntad a través de dicho acto, no han nacido obligaciones ni derechos para las partes contratantes <sup>101</sup>.

Por tanto, el momento de la conclusión del contrato es el momento del perfeccionamiento del mismo.

Sin embargo, no en todo caso, el perfeccionamiento del contrato por el acto de conclusión del mismo, lo hace definitivo y productor de todos sus efectos jurídicos. Hay algunos casos en que es necesario, para que el contrato produzca la plenitud de sus efectos jurídicos, que sea aprobado por el Poder Legislativo <sup>102</sup>.

En todo caso, la ausencia del acto de conclusión no produce vínculo contractual y, por tanto, no produce obligaciones derivadas de contrato entre las partes.

Sin embargo, dado el caso de que el particular, porque haya hecho tratos previos con la Administración, haya comenzado a ejecutar una prestación, aunque el contrato no se haya celebrado, la Administración debe indemnizar al particular en la medida en que ella se haya enriquecido por la prestación ejecutada, sin causa alguna, y en la medida en que el co-contratante se haya empobrecido <sup>103</sup>.

---

100. A tal efecto, la Procuraduría de la Nación ha sostenido: “Se expuso en la contestación de la demanda y en estos informes se ratifica, que la orden provisional, como su nombre lo indica es meramente “provisional”, es pura y simplemente una proposición de compra, sujeta a la tramitación administrativa consiguiente, que, como tal, mal puede obligar por sí sola a la Nación venezolana ya que la misma no es un contrato; el hecho de que la misma haya sido aprobada por la Contraloría General de la Nación, no implica ninguna obligación para el Ejecutivo, el cual puede perfectamente desistir de la negociación contenida en la “orden provisional” a pesar de la aprobación impartida por la Contraloría de la Nación. No siendo la “orden provisional” un contrato que crea obligaciones entre las partes, mal puede prosperar la acción por cumplimiento de contratos que sobre ella se hace, como en el caso de autos. *Informe de la Fiscalía General de la República al Congreso Nacional*, 1960. Caracas, 1961, p. 313.

101. Véase el *Informe de la Procuraduría de la Nación*, 1960, Caracas, 1961, p. 311.

102. Véase el artículo 126 de la Constitución.

103. Véase el *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso*, 1959, Caracas, 1960, pp. 550 y 551.



VII

LOS EFECTOS DEL CONTRATO  
EN LA CONTRATACION  
ADMINISTRATIVA



## 1. PRINCIPIOS GENERALES

### A. *Los efectos respecto a terceros*

Es principio fundamental de la contratación privada el hecho de que los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes y, por tanto, no dañan ni aprovechan a los terceros <sup>1</sup>.

Este principio, ya lo hemos visto, no se aplica en forma absoluta a los contratos de la Administración y específicamente a los contratos que requieren aprobación legislativa posterior. En estos últimos, por la naturaleza e importancia de su objeto para la vida nacional, están interesados todos los miembros de la comunidad. Es por ello por lo que estimamos podría recurrirse por el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, de los señalados contratos con forma de ley <sup>2</sup>. Y ese es el principal fin que, a nuestro entender, persiguió el Constituyente al establecer la necesidad de aprobación legislativa por ley de ciertos contratos de la Administración: la posibilidad de que cualquier ciudadano, por vía de acción popular, haga controlar la constitucionalidad del contrato como de cualquiera ley.

Pero incluso, respecto de los contratos de la Administración no sujetos a aprobación legislativa, por la naturaleza de las prestaciones que ellos pueden regular, es indudable que pueden tener efectos respecto de terceros. Por ello, el artículo 111 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece la posibilidad de que se intenten "demandas de nulidad por ilegalidad o inconstitucionalidad", contra contratos o convenciones celebradas por la Administración Pública, "intentadas por personas extrañas a la relación contractual, pero que tengan un interés legítimo, personal y directo en la anulación del mismo". En casos en que dichos contratos "afecten un interés general", la misma norma otorga legitimación para recurrir al Fiscal General de la República.

1. Es la aplicación del aforismo *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*, recogido en el artículo 1.166 del Código Civil.
2. CSJ-CP 15-3-62, G.O. N° 760 Extra 23-3-62, p. 3-7/11-12 (Véase el artículo 215, ordinal 3º de la Constitución). En esa sentencia de la Corte Plena, ésta declaró con lugar el Recurso de Inconstitucionalidad basado en el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución, es decir, el Recurso de Inconstitucionalidad de las Leyes intentado por la Municipalidad del Distrito Federal contra la Ley Aprobatoria del contrato celebrado entre el Ejecutivo Nacional y el Banco de Venezuela sobre la prestación del servicio público de Tesorería, y la constitución de este último como Banco Auxiliar de la Tesorería.



## B. *Los efectos entre las partes*

### a. *El principio de la teoría civilista: el artículo 1.159 del Código Civil*

Es noción fundamental de los efectos de los contratos, en el derecho civil, el dispositivo contenido en el artículo 1.159 del Código Civil, según el cual “los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley”.

Esta fórmula implica, principalmente, tres características del contrato en el derecho privado: En primer lugar, el carácter obligatorio del contrato en impide a las partes desligarse de sus obligaciones contractuales; en segundo lugar, la inmutabilidad del contrato, que por su “fuerza de ley entre las partes” no puede modificarse sino por mutuo consentimiento; y, por último, la irrevocabilidad unilateral del contrato, salvo por las causas que permita expresamente la ley.

### b. *El principio en la contratación administrativa*

Si se analizan las tres características señaladas de los contratos regulados en el derecho privado, en relación con los contratos que celebra la Administración, en general resultan unos principios opuestos, derogatorios del derecho común.

#### a'. *La fuerza obligatoria del contrato*

Indudablemente que, como todo contrato, el contrato celebrado por la Administración tiene fuerza obligatoria entre las partes. De lo contrario no estaríamos en presencia de un negocio jurídico contractual. Sin embargo, el principio no es tan rígido y absoluto como lo es en el derecho civil, pues en ciertos casos, y previa indemnización, la Administración puede desligarse de sus obligaciones contractuales y rescindir unilateralmente el contrato sin que medie falta alguna de parte del co-contratante. El interés general que gestiona la Administración puede exigir en algunos casos, dicha rescisión.

#### b'. *La mutabilidad del contrato*

La inmutabilidad del contrato, base de las relaciones contractuales de derecho privado, tampoco tiene completa vigencia en los contratos de la Administración. En razón de sus prerrogativas derivadas de la gestión del interés público y de la finalidad de servicio público, y en razón de la mutabilidad de las exigencias del interés general, ella puede modificar hasta de una manera sustancial las condiciones de ejecución de los contratos que celebre, mediando, por supuesto, indemnización.

### c'. *La posibilidad de rescisión unilateral del contrato*

La Administración, en razón de las consideraciones anteriormente señaladas, puede también rescindir unilateralmente el contrato, también mediante indemnización lo que está en abierta contradicción con el principio civilista ya enunciado.

Estas características someramente señaladas nos ponen de relieve, una vez más, la importancia del régimen jurídico de derecho público que siempre se aplica a los contratos de la Administración.

### c. *Las relaciones entre las partes en la contratación administrativa*

Como en toda relación contractual, las relaciones jurídicas que de la contratación administrativa resultan, también están fundamentadas en recíprocas situaciones de poder y de deber, en las cuales se encuentran las partes contratantes. Estas situaciones de poder y de deber que se traducen en recíprocos derechos y obligaciones, vinculados unos a otros, por supuesto, en principio deben tener su fundamento en las cláusulas contractuales.

En la contratación administrativa, es decir, en los contratos que celebra la Administración, sin embargo, como hemos señalado, además de las cláusulas expresas del contrato por el carácter de los entes públicos contratantes y la finalidad de interés público que siempre está o puede estar envuelta en los contratos que celebren, se admite que existen ciertas cláusulas denominadas *exorbitantes del derecho común*, porque no se encuentran en los contratos suscritos por particulares.

Ya nos hemos referido a estas cláusulas y a la tesis de que las mismas se encuentran en un solo tipo de contrato celebrado por la Administración, los "contratos administrativos", lo cual incluso, se ha sostenido por reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ante la necesidad de definir su competencia jurisdiccional conforme a lo establecido en el artículo 42, ordinal 14º de la Ley Orgánica que rige sus actuaciones.

En efecto, hasta la promulgación de esta Ley de 1976, el tema de la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado había sido preocupación de la Corte Suprema, para limitar, *motu proprio*, su competencia, y labor de la doctrina; después de 1976, el problema es de orden legal, derivado de una delimitación de las competencias jurisdiccionales, por lo que puede decirse que en todo conflicto en el cual esté envuelto un contrato de la Administración, inevitablemente surgirá el problema de su calificación como contrato administrativo o como contrato de derecho privado. Independientemente de los criterios que tradicionalmente manejó la doctrina, ya la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión, recientemente, de insistir en los criterios de distinción: así lo hizo, por ejemplo, en sentencia de 11 de julio de 1983, que la misma Corte acota en sentencia de 11 de agosto de ese mismo año 1983, en la siguiente forma:

“Para llegar a una clara identificación de los «contratos administrativos», al menos en nuestro derecho positivo, la Sala en la oportunidad dicha (sentencia del 11-7-83, expediente 2.471) partió de los orígenes mismos de esta teoría en la jurisprudencia francesa pionera en la materia, según la cual el criterio predominante de distinción se encontraba en la existencia de las llamadas «cláusulas exorbitantes» del derecho común en los contratos administrativos, considerando como tales las que consagraban en el convenio, a favor o aun en contra de la Administración, un régimen excepcional por comparación al de derecho privado. De esta forma, se estaría en presencia de un contrato administrativo cuando las partes —una de las cuales es siempre la Administración— han manifestado su voluntad de sustraerse al derecho común insertando cláusulas que lo deroguen (cláusulas «exorbitantes»)”.

“No obstante las ventajas de su simplicidad, que la hacían práctica, años más tarde la realidad puso a prueba esta tesis”.

“Por su parte, la jurisprudencia venezolana de la época, apartándose de la francesa en la que predominaba el criterio de las cláusulas exorbitantes para identificar los contratos de naturaleza administrativa, volvió a centrar la teoría del contrato administrativo en la noción, abandonada en Francia, del servicio público como factor clave para la identificación de dichos contratos”.

“Así una sentencia de la Corte Federal dictada el 12 de noviembre de 1954 contiene expresiones tales como «interés público», «prestación de utilidad pública» que resultan premonitorias del desarrollo ulterior de la jurisprudencia extranjera y especialmente francesa. En efecto, dos años después, una decisión del Consejo de Estado francés (20-1-1956), calificó como administrativo un contrato verbal celebrado entre la Administración y los esposos Bertin, en razón de que «encargaba» a los particulares de la «ejecución misma del servicio público»”.

“La evolución de la teoría del contrato administrativo sucintamente narrada y el hecho evidente de su consagración legislativa en nuestro derecho positivo (artículo 42, ordinal 14 LOCSJ), conducen a la Corte a concluir en la existencia de negociaciones celebradas por las administraciones públicas que están sometidas a un régimen de derecho público del cual dimanar importantes consecuencias jurídicas, siendo una de las más resaltantes, como ya se ha dicho en este fallo, el órgano de competencia jurisdiccional para conocer de los litigios que se produzcan con motivo de tales negociaciones”.

“Por esta circunstancia, no comparte la Sala criterio del autor patrio citado por los recurrentes acerca de que «la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración

está en la actualidad superada y ya no tiene interés jurídico»<sup>3</sup>. Para la Sala, la presencia de «cláusula exorbitante» en un contrato celebrado por la Administración Pública constituye índice evidente de la existencia de un contrato administrativo, pero ellas no hacen otra cosa que revelar la noción de interés general o colectivo que el servicio público entraña. En otras palabras, si bien las «cláusulas exorbitantes» son importantes para identificar un contrato administrativo, no obstante ante la ausencia de éstas en una negociación pública, la noción de servicio público, que lleva implícita la de interés general o colectivo, recobra su plena y absoluta vigencia. Si se trata de una negociación de este tipo, es decir, en la cual evidencia la presencia de cláusulas que desborden el ámbito del derecho común (cláusulas exorbitantes) o en las que prive el interés del servicio público en su realización, la competencia corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. En cambio, cuando la Administración Pública celebra convenios con los particulares en un plano de igualdad frente a éstos o que no sean determinantes para la realización del servicio público, el conocimiento de los litigios que pueden derivar de ellos compete a los órganos jurisdiccionales ordinarios”.

“De allí que, antes como ahora, en nuestro derecho sigue siendo importante el contenido o la naturaleza de la negociación celebrada por la Administración para extraer el criterio diferenciador que determine el reparto jurisdiccional de competencias”<sup>4</sup>.

Ahora bien, dada la necesidad legal de establecer una distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, debe tenerse en cuenta que, sin duda, los criterios variarán en la jurisprudencia, pues sin una enumeración rígida, no será posible elaborar “el criterio” diferenciador<sup>5</sup>. En cuanto a las cláusulas exorbitantes en todo caso, insistimos en que éstas serían de la naturaleza de los contratos administrativos, y que no tienen que estar expresadas en el texto contrato, como desde siempre lo tiene establecido nuestra jurisprudencia<sup>6</sup>, a pesar de lo

3. Se refiere al trabajo del autor citado en nota 48, Parte II de este libro.

4. Véase en *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 16, Caracas, 1983, pp. 163 y 164.

5. Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 9-8-84 en *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana N° 20, Caracas, 1984, pp. 140 a 142.

6. Véase, por ejemplo, la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1945, citada en Allan R. Brewer-Carías, *las Instituciones Fundamentales*, cit., p. 196. En igual sentido se ha pronunciado la Procuraduría General de la República en 1964 al sostener lo siguiente: “Todas esas consecuencias se traducen en prerrogativas o ventajas para la Administración, que ella conserva aun cuando no se expresen. En otras palabras, se conciben como implícitas en el contrato administrativo, son de la índole de éste, porque la Administración no puede desentenderse de ellas cuando gestiona, nor la vía contractual (ni por ninguna otra), un servicio público”. *Doctrina PGR 1964*, Caracas, 1965, pp. 228 y 229.

indicado en la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1983 al destacar la influencia de la doctrina francesa. Por tanto, no tienen carácter contractual sino que derivan de los poderes propios de la Administración, y hasta cierto punto *no son causa de que un contrato sea administrativo, sino que son el efecto* de que la Administración en un momento determinado, con base en su apreciación del interés público envuelto, interprete que en un contrato deben ejercerse estos poderes exorbitantes o prerrogativas que hacen, materialmente, que el contrato se convierta en "administrativo".

En todo caso, en las relaciones entre las partes en los contratos de la Administración, sea que estén o no expresadas en el texto contractual, se destacan las siguientes situaciones: los poderes o prerrogativas de la Administración, y los derechos y deberes del contratista.

## 2. LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACION EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Hemos señalado que conforme a las cláusulas exorbitantes del derecho común, la Administración contratante tiene una serie de prerrogativas en la ejecución de los denominados contratos administrativos, que la antigua Corte Federal las ha calificado de "facultades para adoptar decisiones ejecutivas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos del contrato"<sup>7</sup>, a las que hay que agregar la facultad de control y dirección sobre la prestación objeto del contrato y la facultad de sancionar administrativamente los incumplimientos del co-contratante, también correspondientes a la Administración.

Como hemos dicho, estas prerrogativas son las que conforme a la jurisprudencia distinguen los contratos administrativos de los contratos de derecho privado de la Administración. Sin embargo, como son poderes de la Administración que tiene sin necesidad de previsión contractual expresa, es indudable que su ejercicio está latente cualquiera sea la finalidad inicial del contrato y cualquiera sea su naturaleza.

### A. *La facultad de dirección y control*

La desigualdad jurídica en que se hallan las partes en el contrato administrativo y que está caracterizada por la situación de subordinación en que se encuentra el co-contratante de la Administración respecto a ella, trae como consecuencia la facultad de la autoridad administrativa de dirigir y

7. Idem. En igual sentido, Doctrina de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74* y *Estudios de derecho administrativo*, tomo III, Vol. II, Caracas, 1977, p. 626.

controlar, inspeccionando y fiscalizando la marcha de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

El co-contratante de la Administración, en cierto sentido es un colaborador de ésta en la consecución de la finalidad pública en miras de la cual se contrata. Por tanto, la Administración tiene el deber de dirigir y controlar a su co-contratante como tuteladora que es del interés general, pues éste, en fin de cuentas, persigue principalmente un interés privado al ejecutar la prestación de utilidad pública.

Pero esta facultad de la Administración no tiene la misma vigencia en todos los contratos administrativos: por ejemplo, en los contratos de empréstito público, en que el co-contratante de la Administración no realiza generalmente una prestación continua, sino por una sola vez, y en los cuales la ejecución posterior queda como obligación de la Administración de restituir, el poder de dirección y control no juega prácticamente ningún papel.

En otros casos, sin embargo, el co-contratante de la Administración debe acatar las órdenes de ésta en cuanto a la ejecución de las prestaciones a que está obligado. Así resulta, por ejemplo, de lo previsto en el Decreto Nº 1.821 de 1991 sobre las Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de obras. Allí, por ejemplo, se establece que "el ente contratante ejercerá el control y fiscalización de los trabajos que realice el contratista para la ejecución de la obra" (artículo 40) y se regulan detalladamente las consecuencias de la inspección de los trabajos (artículos 40 a 44) y las atribuciones del Ingeniero Inspector (artículos 45 a 52).

#### B. *La facultad de sancionar administrativamente el incumplimiento del co-contratante*

La facultad de dirección y control conlleva la de sancionar administrativamente el incumplimiento del co-contratante a sus obligaciones contractuales, pues es la forma lógica como puede la Administración constreñir a su co-contratante al cumplimiento estricto del contrato. Representa esta facultad uno de los rasgos más característicos de la relación de subordinación en que se encuentra el co-contratante frente a la Administración <sup>8</sup>.

Las sanciones que puede imponer el Estado en este respecto pueden ser pecuniarias o coercitivas. Respecto a las sanciones pecuniarias, éstas están representadas por multas administrativas previstas en leyes o reglamentos.

Sin embargo, en virtud del principio general de que el incumplimiento de las obligaciones contractuales acarrea la responsabilidad por daños y perjuicios por parte del contraventor <sup>9</sup>, es práctica de la Administración

---

8. Véase Sentencia de la Corte Federal y de Casación de 5-12-44, en *Memoria 1945*, tomo I, p. 290.

9. Artículos 1.264 y 1.271 del Código Civil.

fijar, en el momento de conclusión del contrato, el monto de los daños y perjuicios que deba pagar el co-contratante, por la inejecución de su obligación o por el retardo en la ejecución. Entonces, en estos casos de contratos de la Administración con cláusula penal<sup>10</sup> ésta puede ejecutivamente pedir el cumplimiento de lo debido, al co-contratante. ✓

Cuando no se especifica nada en el contrato sobre los daños y perjuicios, la Administración no puede imponer ejecutivamente, y sin intervención de la autoridad judicial, sanciones pecuniarias por daños y perjuicios, sin incurrir en una ilegalidad. Sí puede imponer la multa administrativa por infracción de la ley cometida por el co-contratante, pero no puede imponer otra sanción no prevista por ella.

De ahí la gran diferencia legal y de principio que la antigua Corte Federal y de Casación ha señalado, entre la multa por infracción de ley y la reparación del daño que esa infracción puede ocasionar<sup>11</sup>. En la primera, cuyos límites mínimo y máximo fija el legislador y no las partes contratantes, se incurre, aun cuando la violación de la norma no hubiere causado el más leve daño, pues se trata de una medida disciplinaria que garantiza el sometimiento y respeto a la ley. En cambio, carecería de razón lógica, de fundamento legal, de causa justa, la reparación de un daño que no se ha ocasionado. Debe, pues, existir el daño para que surja el derecho de pedir reparación y procesalmente debe probarse para que pueda prosperar la acción respectiva.

Por tanto, si no hay cláusula penal en el contrato, la Administración, para exigir el pago de daños y perjuicios debe demandarlos ante la autoridad judicial y no puede imponerlos directa y unilateralmente al co-contratante.

Por otra parte, ha señalado también la antigua Corte Federal y de Casación<sup>12</sup> que la Administración no puede apropiarse ejecutivamente de la garantía dada por el co-contratante para el cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato, cuando por la infracción de una norma legal el co-contratante ya ha satisfecho la multa administrativa correspondiente a su infracción. Tampoco puede la Administración apropiarse, en ausencia de cláusula penal, de la garantía dada por el co-contratante bajo el pretexto de daños y perjuicios, sino cuando han sido estimados por la autoridad judicial.

En cuanto a la previsión de estas sanciones como cláusula penal, debe destacarse que el Decreto N<sup>o</sup> 1.821 de 30 de agosto de 1991 mediante el

10. Artículo 1.258, Código Civil. La cláusula penal, evidentemente, libera a la Administración de la obligación de probar los daños sufridos y su valor en dinero; por su parte, el contratista, con ella, sabe anticipadamente a cuánto alcanza la indemnización debida por incumplimiento. Véase la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal de 17 de marzo de 1951, cit., en Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...*, cit., p. 198.

11. CFC-SF-17-3-52 en *Gaceta Forense* N<sup>o</sup> 10, 1952, pp. 155-156.

12. *Idem*.

cual se dictaron las Condiciones Generales de contratación para la ejecución de obras, por ejemplo, establece que “si el contratista no comenzare los trabajos dentro del plazo estipulado en el Documento Principal o durante la prórroga si la hubiere, pagará al ente contratante, sin necesidad de requerimiento alguno, por concepto de cláusula penal, por cada día de retraso en el inicio, la cantidad que señale el Documento Principal” (artículo 18). En igual sentido, respecto del incumplimiento del plazo para la terminación de los trabajos, también se prevé la necesaria indicación de una cláusula penal representada en una cantidad por cada día de retraso (artículo 93).

Pero además de las sanciones pecuniarias, la Administración puede imponer sanciones coercitivas, pero por causas más graves.

Por ejemplo, en algunos supuestos de incumplimiento por parte del contratista, la Administración puede sustituirlo en la ejecución de sus obligaciones por un tercero o por ella misma, o proceder a la ejecución en forma subsidiaria. Así se establece en el Decreto N° 1.821 de 30 de agosto de 1991 que establece las cláusulas de Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de obras, en diversos supuestos. Por ejemplo, si el contratista se negase a reparar o reconstruir una obra defectuosa o no lo hace oportunamente, “el ente público podrá hacerlo con sus propios elementos o con los del contratista o encomendar esas reparaciones o reconstrucciones a terceras personas” (artículos 74, 98, 102 y 110). Asimismo, si después de realizada la recepción definitiva de la obra, o de que se tenga por realizada dicha recepción conforme a lo previsto en el artículo 113, y dentro del plazo que establece el artículo 1.637 del Código Civil, se comprueba fehacientemente la existencia de algún vicio o defecto en la obra, imputable al Contratista, éste debe hacer a sus expensas las correcciones necesarias. Sin embargo, si el Contratista no comenzare a ejecutar en debida forma las reparaciones o construcciones necesarias para corregir la obra, dentro del término de treinta (30) días después de la participación escrita que se le haya hecho conforme al artículo 114 de las referidas cláusulas, el ente contratante podrá hacer dichas reparaciones o reconstrucciones con sus propios elementos o podrá encomendárselas a terceras personas. En estos casos, el Contratista deberá pagar al ente contratante los gastos ocasionados por tales trabajos y tendrá derecho a solicitar del ente contratante una comprobación de esos gastos.

Pero, entre las sanciones más graves que la Administración puede imponer al incumplimiento de las obligaciones del co-contratante, se destaca la rescisión unilateral del contrato. Si es una prerrogativa, como ha sostenido la jurisprudencia, la posibilidad por parte de la Administración de rescindir un contrato administrativo, aun cuando no haya falta por parte del co-contratante, con mayor razón esa potestad es real en los casos de falta del co-contratante por incumplimiento de sus obligaciones contractuales.



Expresamente, sin embargo, se prevé la posibilidad de la rescisión unilateral por incumplimiento, en diversas disposiciones legales y reglamentarias. Entre estas últimas destaca, en efecto, el Decreto N° 1.821 de 1991, contenido de las Condiciones Generales de contratación, y que prevé la posibilidad para el ente contratante de “rescindir unilateralmente el contrato” en cualquier momento cuando se produzcan algunas de las siguientes “faltas del contratista” enumeradas en el artículo 119:

- a) Ejecute los trabajos en desacuerdo con el Contrato o los efectúe en tal forma que no le sea posible concluir la obra en el término señalado.
- b) Acuerde la disolución o liquidación de su empresa; solicite se le declare judicialmente en estado de atraso o de quiebra, o cuando alguna de esas circunstancias haya sido declarada judicialmente.
- c) Ceda o traspase el Contrato, sin la previa autorización del Ente Contratante, dada por escrito.
- d) No comience los trabajos en el plazo establecido en el Documento Principal o en el de la prórroga si la hubiere.
- e) Interrumpa los trabajos por más de cinco (5) días hábiles sin causa justificada.
- f) Cometa errores u omisiones de carácter grave en la ejecución de los trabajos.
- g) Haya sido objeto de sanciones por parte de las autoridades del Ministerio del Trabajo, el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales o del Instituto Nacional de Cooperación Educativa, por incumplimiento de las leyes y reglamentos que rigen las materias que les competen.
- h) Esté ejecutando los trabajos en contravención de las disposiciones de la Ley del Ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y Profesiones Afines.
- i) Haya obtenido el Contrato mediante tráfico de influencias, sobornos, suministro de datos falsos, concusión, comisiones o regalos o haber empleado tales medios para obtener beneficios con ocasión del Contrato, siempre que esto se compruebe mediante la averiguación administrativa o judicial que al efecto se practique.
- j) No mantenga al frente de la obra a un Ingeniero Residente de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de este Decreto.
- k) Cometa cualquier otra falta o incumplimiento de las obligaciones que le impone el Contrato, a juicio del Ente Contratante.
- l) Cuando no presentare la Fianza de daños a terceros conforme a lo establecido en el artículo 75 de este Decreto.

En estos casos, cuando el ente contratante acuerde rescindir unilateralmente el contrato por haber incurrido el contratista en alguna o algunas

de las causales antes indicadas, lo debe participar por escrito a éste y a los garantes y cesionarios si los hubiere (artículo 120).

Por último, debemos señalar que la sanción por el incumplimiento del co-contratante de sus obligaciones exige, como principio de equidad, la constitución en mora del co-contratante, sea por vencimiento del plazo o sea por requerimiento <sup>13</sup>.

### C. *La facultad de modificar unilateralmente el contrato*

Hemos señalado que en el campo del derecho privado, es absoluto el axioma de la inmutabilidad de las convenciones, de manera que lo que el *mutuus consensus* ha formado, sólo el *mutuus disensus* puede variar o alterar: ninguno de los contratantes puede unilateralmente modificar el contrato sin el concurso y acuerdo del otro <sup>14</sup>.

Ahora bien, indudablemente que, como todo contrato, el contrato suscrito por la Administración tiene fuerza obligatoria entre las partes, pues de lo contrario no se estaría en presencia de un negocio jurídico contractual. Sin embargo, en los llamados contratos administrativos, la Administración no está ligada de una manera tan absoluta como lo están los particulares en los contratos civiles, pues ella dispone, al menos bajo ciertas formas y en ciertas condiciones, "si no la facultad de modificar las disposiciones del contrato de una manera general, absoluta y discrecional, al menos de un poder de intervención unilateral <sup>15</sup>.

Es decir, en los contratos administrativos, como hemos dicho, el principio no es tan rígido como lo es en el derecho civil, pues en ciertos casos, y mediando indemnización, la Administración puede desligarse de sus obligaciones contractuales y rescindir unilateralmente el contrato sin que haya falta alguna de parte del contratante, así como modificar unilateralmente las condiciones de ejecución del mismo. Sin embargo, la existencia de ese poder de la Administración no significa que el contrato no obligue a la Administración, y no tenga fuerza obligatoria sino para el particular co-contratante; al contrario, implica que el principio fundamental del derecho privado, de la inmutabilidad contractual, no se aplica a los contratos llamados administrativos con las mismas consecuencias generales y absolutas <sup>16</sup>.

---

13. Artículo 1.269 del Código Civil.

14. Cfr. M. A. Bercaitz, *Teoría de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 298; M. A. Flamme: "Los contratos de obras públicas de la Administración", en *Revista de Administración Pública*, Nº 21, Madrid, 1956, p. 82.

15. Véase André de Laubadère: "Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs", en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, París, 1954, p. 56.

16. Cfr. André de Laubadère: *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, tomo II, 1956, pp. 331 y 332.

Estos principios han sido admitidos expresamente por la doctrina<sup>17</sup> y jurisprudencia venezolanas; y, en efecto, la antigua Corte Federal y de Casación, en sentencia de 5 de diciembre de 1944, ha expresado que:

“En el contrato administrativo de obra pública, como en todos los que interesan a un servicio público, la parte representada por la autoridad administrativa no está obligada inflexiblemente por la regla de derecho privado de la intangibilidad de los contratos; sin necesidad de acuerdo previo con la otra parte, tiene el derecho de introducir modificaciones en el plan de la obra, en sus planos, en los medios de ejecución y en esta misma, aumentándola o disminuyéndola dentro de ciertos límites que no la desnaturalicen, y aun desistir de ella”<sup>18</sup>.

En definitiva, si en los contratos llamados administrativos rige la regla de la mutabilidad de las condiciones de ejecución por parte de la Administración, no sólo no ligan a ésta como podría suceder en los contratos civiles, sino que “la situación individual del derecho de los particulares (co-contratantes) es menos estable que la situación individual nacida de los contratos civiles”<sup>19</sup>.

Ahora bien, el fundamento de esta facultad de modificación unilateral radica en las exigencias del interés general de la comunidad, que son variables, por lo cual, en el curso de la ejecución de un contrato puede surgir la necesidad de introducir variaciones en las obligaciones contraídas por el co-contratante en el acto de conclusión del contrato<sup>20</sup>.

Si se admitiese la intangibilidad del contrato, ello

“sería perjudicial a los intereses colectivos, pues fácilmente se comprende los perjuicios que habría si la Administración necesitare de acuerdos previos con el contratista para introducir modificaciones en contratos que por su naturaleza y finalidad deben estar en todo momento sometidos a rectificaciones y mejoras que el mismo interés público aconseja, así sea en los planos como en los trabajos o en los medios de ejecución”<sup>21</sup>.

17. Cfr. Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*. Caracas, 1963, p. 215; Allan Randolph Brewer-Carías, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, cit., pp. 192 y 193. Vid., asimismo, Allan Randolph Brewer-Carías: “Los contratos de la Administración en la doctrina de la Procuraduría General de la República”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 31. Caracas, pp. 276 y 277.
18. Véase *Memoria 1945*, tomo I, p. 290. Cfr. Sentencia de la antigua Corte Federal de 12 de noviembre de 1954, en *Gaceta Forense* Nº 6, 1954, Caracas, pp. 193 y ss.
19. Véase Sentencia de la antigua Corte Federal de 12 de noviembre de 1954, en *Gaceta Forense*, Nº 6, 1954, Caracas, p. 193.
20. Cfr. Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 215.
21. Véase Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944, en Allan Randolph Brewer-Carías: “Los Contratos Administrativos en la Jurisprudencia Administrativa venezolana”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 26, 1963, pp. 135 y 136.

Dada la naturaleza de este poder, y el interés general envuelto, se le ha llegado a considerar como de orden público, no pudiendo la Administración renunciar a ejercerlo<sup>22</sup>. Por otra parte, expresamente la doctrina<sup>23</sup> y la jurisprudencia han reconocido el derecho de la Administración a introducir esos cambios “sin que sea necesario que se hayan previsto esas facultades en cláusulas expresas del contrato”<sup>24</sup>.

Ahora bien, si todo cuanto queda dicho rige como principio indubitable en los contratos llamados administrativos<sup>25</sup>, en forma especial se aplica a los contratos administrativos de obras públicas<sup>26</sup>. En ello están conformes los diversos sistemas del derecho comparado<sup>27</sup>, y aun los autores que dudan de la validez general del principio<sup>28</sup>. De ahí que la jurisprudencia de la antigua Corte Federal haya señalado que “tratándose de contratos de obras públicas, como un puerto, una carretera, la Administración puede, para dar mayor satisfacción a las necesidades colectivas, modificar en más o en menos las cantidades de trabajo a efectuar por el contratista”<sup>29</sup>; y ello, porque la Administración es el *maitre de l'ouvrage*, y como consecuencia, tiene siempre el poder de señalar unilateralmente la concepción y la organización de la obra<sup>30</sup>.

Ahora bien, sentado lo anterior es indispensable señalar que cuando se habla de las modificaciones unilaterales al contrato administrativo, no se incluyen todas las medidas dictadas por autoridades públicas susceptibles de repercutir y entrañar cambios en la situación del co-contratante. En efecto, en la doctrina se ha hecho distinción respecto a las diversas modificaciones indirectas que puedan resultar para la situación de los contratantes

22. Cfr. Gastón Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, tomo IV. Buenos Aires, 1950, pp. 235 y 254.
23. Cfr. A. de Laubadère, “Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilaterale des changements aux dispositions des contrats administratifs”, *loc. cit.*, p. 40; M. A. Bergaitz: *Teoría general de los contratos administrativos*, cit., pp. 281 y 305; M. Walline, *Droit administratifs*, París, 1963, p. 605; J. Rivero, *Droit administratif*, París, 1962, p. 108; M. Gaetano, *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, p. 387; G. Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, cit., tomo IV, p. 254; E. Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Montevideo, 1959, p. 103; Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, cit. p. 215.
24. Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 5 de diciembre de 1944, en Allan Randolph Brewer-Carías: “Los contratos administrativos en la jurisprudencia administrativa venezolana”, *loc. cit.*, p. 136.
25. Véase cf. 12-11-54, en *Gaceta Forense* Nº 6, 1954, pp. 191-192.
26. Cfr. P. L. Josse: “Marché de travaux publics”, en *Repertoire de Droit Public et administratif*. Dalloz, tomo II, París, 1959, p. 356.
27. Cfr. M. A. Flamme: “Los contratos de obras públicas en la Administración”, *loc. cit.*, p. 81.
28. Véase L'Huillier: “Les contrats administratifs tiennent-ils lien de loi á l'administration”, en *Dalloz*, 1953, *Chroniques*, pp. 87 y ss.
29. Véase Sentencia de 5 de diciembre de 1944, en *Memoria 1945*, tomo I, p. 285.
30. Cfr. A. de Laubadère: “Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilateralement des changements aux dispositions des contrats administratifs”, *loc. cit.*, p. 61; A. de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, tomo II, París, 1956, p. 337.

provenientes de múltiples medidas legislativas, reglamentarias o individuales susceptibles de ser pronunciadas por el poder público. Estas intervenciones, sean cuales fueren sus repercusiones sobre los contratos administrativos, no deben ser indiferentemente enmarcadas dentro del ejercicio del poder de modificación unilateral<sup>31</sup>. De ahí que dejemos para su análisis posterior las medidas tomadas por una autoridad pública distinta de la Administración contratante<sup>32</sup>, así como las medidas tomadas por ésta cuando no tienen por objeto directo el modificar el contrato, aun cuando lo afecten indirectamente.

Dicho esto, y con referencia específica a los contratos de obras públicas<sup>33</sup> vamos a analizar previamente las diversas modalidades que pueden revestir las modificaciones introducidas al contrato, para luego precisar los límites de ese poder de modificación unilateral.

a. *Las modificaciones unilaterales en los contratos de obras públicas*

Hemos señalado anteriormente que durante la ejecución de los contratos de obras públicas la Administración puede imponer unilateralmente al contratista ciertas modificaciones en las condiciones iniciales de la obra tal como habían sido previstas en el contrato. Estos cambios pueden concernir a las modalidades de ejecución, al objeto mismo del contrato (aumento o disminución de volumen de trabajos) o a la cesación definitiva de los trabajos. Siendo este último supuesto una modalidad de otra prerrogativa de la Administración Pública en los contratos administrativos (el poder de rescisión unilateral), el análisis de las modificaciones unilaterales a los contratos de obras públicas se hará sólo bajo dos ángulos: las modificaciones cualitativas y las modificaciones cuantitativas de la obra, ya que, en efecto, tal como lo ha señalado la Procuraduría General de la República,

“si bien en los contratos de obras públicas se contrata generalmente una cantidad de obra determinada, ello no impide la realización, durante la ejecución de las obras por parte del contratista, de obras extras no previstas cualitativa o cuantitativamente en el contrato original. Estas obras extra pueden ser de dos tipos: obras extras, porque el contratista haya tenido que ejecutar mayor cantidad que la prevista cualita-

---

31. Cfr. A. de Laubadère: “Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, *loc. cit.*, p. 52.

32. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo*, cit., p. 209.

33. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos con especial referencia a los contratos de obras públicas en el Derecho venezolano”, en *Revista de Derecho Español y Americano*, N<sup>o</sup> 19, Madrid, 1968, p. 1-17.

tivamente, y obras extras porque el contratista haya tenido que ejecutar obras no previstas ni cualitativa ni cuantitativamente”<sup>34</sup>.

En todo caso, esta potestad fue consagrada expresamente en las Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de obras (Decreto número 1.821 de 39-8-91) en la forma siguiente:

“Artículo 32. El Ente Contratante podrá, antes o después de iniciada la ejecución de la obra, introducir en ella los cambios o modificaciones que estime convenientes, debiendo notificarse de ello a los garantes. El Ente Contratante podrá otorgar un anticipo especial para financiar al Contratista dichos cambios o modificaciones y su devolución se verificará en la oportunidad del pago de las valuaciones correspondientes”.

a'. *Las modificaciones cuantitativas a la obra (aumento o disminución de la cantidad de obras previstas)*

Ahora bien, en primer lugar, como se ha visto, la modificación unilateral puede consistir en el aumento o disminución de las cantidades de obras que debe ejecutar el co-contratante en relación a la prevista originalmente. Esta posibilidad, aun cuando sometida a ciertos límites que se analizarán más adelante, es la regla general en los contratos de obras públicas, ya que las cantidades originales previstas se señalan como simplemente estimativas<sup>35</sup>. En este sentido, en las cláusulas de Condiciones Generales de los Contratos de Obras Públicas conforme al Decreto N° 1.821 de 1991, se prevé que el presupuesto original puede variar por aumentos o disminuciones de cantidad de obra (artículo 61). Además, se tendrán como aumentos o disminuciones las variaciones que se presentaren en las cantidades de obra de las partidas del presupuesto original, ocasionadas por errores en los cálculos métricos originales o por modificaciones de la obra autorizada por el ente público (artículo 68).

En todo caso, el pago de los aumentos de obra debe efectuarse teniendo como base los precios unitarios respectivos del presupuesto original (artículo 69).

De acuerdo a lo anterior, resulta evidente que la razón de la existencia de presupuestos cuantitativos en la ejecución de obras públicas, dado que las cantidades pueden modificarse por ser las originales simplemente estimativas, resulta que constituyen el único medio de provocar ofertas comparables a los efectos de la adjudicación del contrato<sup>36</sup>.

34. Véase *Oficio de la Procuraduría General de la República*, Sección de asesoría del Estado, N° 317, de 10 de febrero de 1966.

35. Cfr. Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 247.

36. Cfr. M. A. Flamme, “Los contratos de obras públicas de la Administración”, *loc. cit.*, p. 99.

### b'. *Las modificaciones cualitativas a la obra*

Pero las modificaciones al contrato de obra pública pueden incidir no sólo en las cantidades de obra a ejecutar, que puede aumentar o disminuir, sino en las cualidades de la obra, sea porque se modifiquen las modalidades de ejecución, o sea porque se establezcan obras adicionales o complementarias.

En efecto, la Administración puede, en primer lugar, introducir modificaciones en las modalidades de ejecución de la obra, ya que estas modificaciones tendrían siempre alguna relación con las obras que son objeto del contrato. Por otra parte, la Administración puede imponer la realización de obras complementarias si éstas lo son de la obra objeto del contrato, con ese carácter, es decir, puede imponer la realización de obras no previstas, pero que no le son totalmente extrañas a la obra contratada.

Esta posibilidad también es aceptada por las cláusulas de Condiciones Generales de los Contratos de Obras Públicas, al preverse que las variaciones del presupuesto original de la obra puede consistir en obras adicionales. Así se establece en el artículo 61 del Decreto 1.821 de 1991. Estas cláusulas establecen, además, que se consideran obras adicionales aquellas cuyos precios unitarios no hubieren sido previstos en el presupuesto original del contrato, y podrán ser: a) *Obras extras*: las comprendidas en los planos y especificaciones, pero omitidas en los cómputos originales; b) *Obras complementarias*: aquellas que no fueron señaladas en los planos y especificaciones particulares ni en los cómputos originales, pero cuya ejecución es necesaria para la construcción y el cabal funcionamiento de la obra; y c) *Nuevas Obras*: las modificaciones de la obra ordenadas por el ente contratante (artículo 71).

En todo caso, se prevé que antes de procederse a la ejecución de obras adicionales el ente contratante deberá contar con las disponibilidades presupuestarias que permitan su ejecución. En todo caso, se requerirá la aprobación del Organismo Contralor a los efectos de que sean determinados los precios unitarios (artículo 72) <sup>37</sup>.

### b. *Los límites del poder de modificación unilateral*

Si bien, como se ha dicho, la Administración goza de un amplio poder de modificación unilateral de los contratos administrativos, el ejercicio de ese poder no es ilimitado, absoluto y discrecional <sup>38</sup>, sino que, al contrario, está sometido a diversos límites de carácter general, de carácter contractual

37. Las modificaciones a los contratos que impliquen compromisos financieros deben ser sometidas a la aprobación de la Contraloría General de la República. Véase *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1936-1963*, tomo I, p. 268 y tomo III, p. 74.

38. Cfr. A. de Laubadère, "Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs", *loc. cit.*, p. 56.

y derivados de los principios generales que informan la contratación administrativa.

#### a'. Límites generales

En efecto, el primer elemento de limitación proviene de la aplicación del principio general de la legalidad administrativa. Todo acto administrativo de imposición de una modificación unilateral a un contrato administrativo "debe ceñirse a reglas o normas preestablecidas; de ahí el principio de la legalidad de los actos administrativos, según el cual éstos carecen de vida jurídica no sólo cuando les falta como fuente primaria un texto legal, sino también cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley" <sup>39</sup>. Tal como lo señala A. de Laubadère, puede suceder, en efecto, que ciertas reglas del régimen jurídico de un contrato administrativo hayan sido establecidas por textos legales o reglamentarios; en estos casos, la Administración no puede pretender modificar esas reglas sin violar el principio de la legalidad <sup>40</sup>.

Por otra parte, y dada la naturaleza del poder de modificación unilateral, todo cambio en la ejecución de un contrato administrativo debe responder a la vez a un cambio en las circunstancias tenidas en cuenta al concluirse el contrato. Por tanto, el poder de imponer modificaciones unilaterales no puede ser consecuencia del ejercicio de una facultad discrecional, sino que su ejercicio está ligado a la realización de determinadas condiciones que lo justifiquen, es decir, suponen algunos cambios de circunstancias que justifican su ejercicio <sup>41</sup>.

Por otra parte, si bien, como queda dicho, el ejercicio del poder de modificación unilateral supone un cambio de circunstancias que lo motiven, en la apreciación de dicho cambio y de dichas circunstancias, la Administración, aun cuando goza de cierta libertad, no puede cometer arbitrariedades. Es decir, la posible libertad de apreciación de los cambios de circunstancias se encuentra asimismo limitada por todos los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional y, concretamente, por los derivados de los principios de racionalidad, justicia, igualdad y proporcionalidad <sup>42</sup>.

---

39. Véase Sentencias de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 y de 23 de octubre de 1953, en Allan Randolph Brewer-Carías, "Algunas bases del Derecho Público en la Jurisprudencia Venezolana", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 27, Caracas, 1963, p. 145; asimismo en *Gaceta Forense*, 2ª Etapa, Nº 1, 1953, p. 151, y Nº 2, 1953, p. 64.

40. Cfr. A. de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, p. 338.

41. Cfr. Jean Rivero, *Droit administratif*, cit., p. 108; André de Laubadère, *Traité théorique pratique des contrats administratifs*, cit., tomo II, pp. 30 y 336.

42. Véase Allan Randolph Brewer-Carías, "Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas", en *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Uppsala, agosto de 1966, Caracas, 1966; pp. 255 a 279.



### b'. *Los límites contractuales*

Pero, además de los límites generales señalados anteriormente, el poder de modificación unilateral está sometido a diversas limitaciones derivadas del contrato mismo. En efecto, y en primer lugar, "la Administración deberá respetar las limitaciones previstas en el contrato acerca del derecho de introducir cambios en las condiciones de la obra fijadas en los planos y en el pliego de condiciones"<sup>43</sup>.

Por otra parte, las modificaciones sólo pueden versar sobre las disposiciones que "interesan al servicio", es decir, la construcción de la obra pública<sup>44</sup>, cuando son exigidas estrictamente por el interés público<sup>45</sup>. De aquí que se señale que esta limitación al poder de modificación unilateral deriva de su propio fundamento, es decir, de la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos por su adaptación incesante a las necesidades que hay que satisfacer. También, a menos de cometer una desviación de poder, la Administración no puede ordenar otras modificaciones que las que tienen "una causa jurídica de adaptación contractual, a saber, el mismo servicio público", o la obra pública<sup>46</sup>.

Por otra parte, otra limitación contractual importante al poder de modificación unilateral está en el propio objeto sobre el cual el contratista se ha comprometido a aportar su concurso. Resolverlo de otro modo equivaldría a sacrificar el interés legítimo del contratista, y no ya solamente a colocarlo después del interés general<sup>47</sup>. En efecto, en los contratos administrativos la Administración y los co-contratantes han concluido el contrato, teniendo un determinado objeto, por lo que la Administración no puede pretender imponerle una modificación que conduzca a desnaturalizar el contrato, dándole así un objeto nuevo, diferente a aquél que ha sido precisado por la común intención de las partes<sup>48</sup>. Esto no sería modificar la obra, sino ordenar una obra diferente.

En este sentido, la antigua Corte Federal y de Casación ha señalado que el poder de modificación unilateral no puede implicar "que los cambios o rectificaciones sean de tal magnitud que desnaturalicen o cambien sustancialmente la obra o el servicio contratados, porque en estos casos, aunque siempre se trate del ejercicio de un derecho, no de incumplimiento culpable de la Administración Pública, se reconoce al contratista el derecho de

43. Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 246.

44. Cfr. André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, pp. 387 y 388; Long Weil y Praibant, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, París, 1962, p. 35.

45. Cfr. M. Caetano, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, cit., p. 384.

46. Cfr. M. A. Flamme, "Los contratos de Obras Públicas de la Administración", *loc. cit.*, p. 84.

47. Cfr. M. A. Flamme, "Los contratos de Obras Públicas de la Administración", *loc. cit.*, p. 84.

48. Cfr. A. de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, pp. 339 y 389.

solicitar prórrogas y compensaciones y aun a la rescisión del contrato”<sup>49</sup>. Es decir, el objeto del contrato impide las modificaciones que alteren la esencia o sustancia de éste, tal como había sido inicialmente apreciado por las partes<sup>50</sup>.

En esta forma, las obras nuevas o las obras ajenas a la obra contratada desnaturalizan el contrato. Esto es lógico porque tales obras, siendo extrañas a la obra objeto del contrato, no pueden considerarse modificaciones de ésta. Ocurre algo distinto, como se ha visto, con las obras imprevistas, suplementarias y complementarias, las cuales sí pueden ser ordenadas por la Administración<sup>51</sup>. En todo caso, el determinar en un supuesto concreto si se trata de una obra nueva o de una obra complementaria, imprevista o suplementaria, frecuentemente crea dificultades, porque la cuestión resulta dudosa.

En efecto, no toda prescripción de trabajo suplementario (obras extras cualitativamente) constituye forzosamente, una obra nueva distinta de la prevista originalmente. Es necesario entonces distinguir la obra nueva de otros tipos de trabajos, que aun cuando no figuran en el contrato, pueden ser impuestos al contratista, como las obras no previstas y los trabajos complementarios o suplementarios. La obra nueva que escapa de las posibilidades del poder de modificación unilateral es entonces aquella que es extraña por su objeto al trabajo previsto en el contrato, sin ninguna relación con éste, o “aquella obra que, aunque prevista en el contrato, debe ser ejecutada en condiciones enteramente nuevas y diferentes de las previstas originalmente”<sup>52</sup>. El Consejo de Estado francés, para calificar estas obras, emplea expresiones como “trabajos extraños al objeto del contrato”, “trabajo que no puede ser visto como formando parte de la ejecución del contrato concluido”, “o que no se parece en nada al que había sido previsto”<sup>53</sup>.

En cambio, la obra no prevista es aquella que, aun cuando no figuraba en el contrato, no le es enteramente extraña, o también “aquella que, aunque prevista, la Administración prescribe condiciones de ejecución diferen-

---

49. Véase Sentencia del 5 de diciembre de 1944, en *Memoria 1945*, tomo I, p. 285.

50. Cfr. André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, p. 388; A. Saramitre, “Los contratos administrativos de obras públicas”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 21, Madrid, 1956, p. 326; G. Vedel, *Droit Administratifs*, tomo II, Paris, p. 604; Conclusiones aprobadas por el X Congreso Internacional de Ciencias Administrativas en relación al tema “Los contratos de obras públicas de la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 21, Madrid, 1956, p. 127. Vid., asimismo, la sentencia de la antigua Corte Federal de 12 de noviembre de 1954, en Allan Randolph Brewer-Carias, “Los contratos administrativos en la jurisprudencia administrativa venezolana, *loc. cit.*”, p. 148.

51. Cfr. E. Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., tomo II, p. 104; M. B. Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, cit., p. 305.

52. Véase André de Laubadère, *Traité Elementaire de Droit Administratif*, cit., tomo II, pp. 296-297.

53. Véase André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit. tomo II, p. 390.

tes, sin que estas condiciones nuevas trastornen la economía del contrato”<sup>54</sup>. Por tanto, tal como se ha visto anteriormente, es posible introducir modificaciones a los contratos administrativos de obras públicas cualitativamente, siempre que no constituyan obra nueva, sino obras complementarias o no previstas. De esta manera, y aun cuando las cláusulas del contrato indiquen que el contratista está obligado a ejecutar cualesquiera modificaciones o trabajos especiales que le fueron impuestos, esto hay que interpretarlo a la luz de los términos que se refieran al objeto del proyecto, los cuales excluyen el derecho para la Administración de ordenar unilateralmente modificaciones profundas y radicales que constituirían una obra nueva y extraña al proyecto adjudicado. “Semejantes modificaciones —señala M. A. Flamme— aparecen generalmente como habiendo escapado a las previsiones de las partes, y como de naturaleza, en todo caso, a dar al contratista una posición muy distinta de la resultante para él del proyecto primitivo; su ejecución, lejos de poder ser impuesta al titular del contrato primitivo, está subordinada a la obtención de su consentimiento en cuanto a la elaboración de un acta adicional al contrato primitivo. En definitiva, debe decirse que el poder de modificación unilateral de la Administración no escapa a toda condición de medida: las modificaciones permitidas al dueño de la obra deben mantenerse en los límites de la operación prevista por el contrato y no podrán ir hasta alterar su fundamento, hasta el punto de hacer una operación totalmente diferente”<sup>55</sup>.

En definitiva, en cuanto a los límites contractuales al poder de modificación unilateral relacionados con el objeto del contratante, debe señalarse que ninguna modificación puede alterar las bases de éste<sup>56</sup>.

En cuanto a las modificaciones cuantitativas a las obras previstas en el contrato, es evidente que éstas no deben pasar de una cierta amplitud<sup>57</sup>. Esta limitación cuantitativa, sin embargo, amerita alguna aclaratoria en relación al contrato en concreto. En efecto, en la mayoría de los sistemas de derecho comparado el límite a las modificaciones unilaterales a las cantidades de obra que pueda ordenar la Administración está determinado en el propio contrato. Por ejemplo, en Uruguay, el límite de los aumentos o disminuciones de obra se ha fijado en un sexto del monto total del contrato<sup>58</sup>; en Argentina, las modificaciones no debían pasar el 20 % del valor

---

54. Cfr. André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, cit., tomo II, p. 397; André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo III, p. 391.

55. Véase M. A. Flamme, “Los contratos de obras públicas de la Administración”, *loc. cit.*, p. 85.

56. Cfr. José F. Rieffolo Bessone, *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, 1946, p. 68; M. A. Flamme: “Los contratos de obras públicas de la Administración”, *loc. cit.*, p. 85; R. Bielsa: *Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, 1955, p. 360.

57. Cfr. André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, p. 388.

58. E. Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 103.

originario del contrato <sup>59</sup>, y en países como España, el límite de las modificaciones estaba situado entre un 10 o un 20% del monto del contrato <sup>60</sup>.

En Francia, los pliegos de condiciones generales determinan desde hace largo tiempo el derecho a pedir la rescisión inmediata del contrato en caso de aumento o disminución de la masa general de los trabajos que sean superiores a un sexto del monto del contrato <sup>61</sup>.

En nuestro país, las cláusulas de Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de obras hasta 1991 (por ejemplo, Decreto Nº 1.802 de 1985) establecían el siguiente límite a los aumentos de cantidades de obra:

“Artículo 61. Cuando las cantidades de obra de una o más partidas del presupuesto original sobrepasen el treinta por ciento (30%) de lo que para esas partidas se hubiere previsto en dicho presupuesto, o el límite que para esas variaciones se estableciere en el Documento Principal o en uno de sus anexos, cualquiera de las partes contratantes podrá pedir reconsideración de los precios unitarios respectivos, y de haber acuerdo entre ellas se someterá lo acordado a aprobación del Organismo Contralor competente.

Los precios unitarios que resultaren así aprobados, se aplicarán a las cantidades de obra correspondientes a los aumentos que sobrepasen los límites establecidos para variaciones en las cantidades de obra”.

Además, fuera cual fuere el motivo de los pagos adicionales que tuviera que hacer el ente público al contratista en relación al presupuesto de obra, se establecía en dichas Cláusulas Generales que el límite máximo que podía tener el presupuesto de obra, sería una cantidad equivalente al ciento cuarenta y cinco por ciento (145%) de su monto original, sin perjuicio de que excedido este límite, pudiera el contratista formular las reclamaciones o acciones que estimase pertinentes sobre la base de las pruebas de que pudiera disponer (artículo 84). Estos límites fueron eliminados en la reforma de 1991.

Por ello, en caso de no existir un límite legal o reglamentario al poder de modificación unilateral de las cantidades de obra que debe realizar el contratista y en ausencia de una norma contractual, los límites deben buscarse en los principios generales que informan la contratación administrativa y que se analizarán más adelante.

Por último, y en cuanto a los límites contractuales, es necesario señalar que las modificaciones unilaterales impuestas por la Administración no

59. Cfr. R. Bie'sa, *Derecho Administrativo*, cit., tomo II, p. 360; M. A. Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, cit, p. 304.

60. Véase L. López Rodó y A. Guaita, “Los contratos de obras públicas en España”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 21, Madrid, 1956, p. 303.

61. Cfr. André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, pp. 392 y ss. G. Jèze, *Principios generales del Derecho Administrativo*, cit., tomo II, pp. 259 y ss. P. L. Josse, “Marché de Travaux Publics”, *loc. cit.*, p. 354.

pueden tocar ciertas cláusulas del contrato. En efecto, entre las cláusulas de los contratos administrativos pueden distinguirse: unas que interesan al funcionamiento del servicio o ejecución de la obra y ponen en juego sus necesidades, y otras que son extrañas al servicio. Estas últimas son esencialmente aquellas concernientes a las ventajas consentidas al co-contratante, y en particular los elementos financieros del contrato; por ejemplo, el precio estipulado. Estas cláusulas no pueden ser modificadas unilateralmente por la Administración, pues el fundamento de tal poder, es decir, la necesidad de adaptar el contrato a las exigencias del servicio o de la obra, no abarca sino las cláusulas que pueden interesar el funcionamiento del servicio o la ejecución de la obra, entre las cuales no están incluidas las cláusulas económicas<sup>62</sup>. En este sentido, tal como lo señala Lares Martínez, la facultad de modificación unilateral “no puede ejercerse con respecto a las ventajas financieras establecidas en el contrato en provecho del contratista. Los derechos patrimoniales del contratista deben respetarse y, por tanto, son intangibles”<sup>63</sup>.

*c'. Límites derivados de los principios generales  
que informan la contratación administrativa*

De acuerdo con el artículo 1.160 del Código Civil los contratos deben ejecutarse de buena fe, y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley. Esta norma establece el principio fundamental del derecho contractual, aplicable tanto a los contratos administrativos como a los contratos de derecho privado de que los contratos deben ser ejecutados de buena fe<sup>64</sup>. En efecto, tal como lo ha señalado la antigua Corte Federal y de Casación, el derecho privado “sigue siendo el derecho común en todo aquello que en dichos contratos (administrativos) no ofrezcan una naturaleza especial, un concepto nuevo de justicia, inconciliables con los preceptos civiles y mercantiles que rigen los contratos entre simples particulares”<sup>65</sup>.

---

62. Cfr. André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, p. 339; André de Laubadère, *Traité Elementaire de Droit Administratif*, cit., tomo II, pp. 301 y ss. André de Laubadère, “Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralment des changements aux dispositions des contrats administratifs, *loc. cit.*, p. 58.

63. Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 215; cfr. M. A. Bercaitz: *Teoría general de los contratos administrativos*, cit. p. 301; G. Vedel, *Droit Administratif*, cit., tomo II, p. 604; J. Rivero, *Droit Administratif*, cit., p. 108.

64. Cfr. André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, pp. 102 v 186; E. Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Montevideo, 1953, p. 570.

65. Véase Sentencia de 5 de diciembre de 1944 en Allan R. Brewer-Carías, “Los contratos administrativos en la jurisprudencia administrativa venezolana”, *loc. cit.*, p. 134.

Ahora bien, en los contratos administrativos no sólo tiene plena aplicación el principio de la ejecución de buena fe, sino que éste se complementa con “un concepto nuevo de justicia” para emplear la frase de la Corte, derivado de la posición de subordinación en que se encuentra el co-contratante de la Administración frente a ésta <sup>66</sup>. Esta posición de subordinación que permite a la Administración utilizar determinados poderes unilaterales —entre ellos, el de modificación— debe tener una protección, derivada de la racionalidad con que debe ser ejecutado el contrato por la Administración y con el cual debe ser empleado el poder modificatorio. En esta forma, del principio de la buena fe, como norma en la ejecución de los contratos administrativos <sup>67</sup>, surgen una serie de limitaciones al poder de modificación unilateral, el cual no puede nunca ser irrestricto, absoluto y discrecional.

En primer lugar, tal como lo ha señalado A. de Laubadère, “la Administración no puede utilizar su poder de modificación para imponer al co-contratante cambios excesivos que sobrepasen una medida razonable o que excedan las posibilidades razonables del co-contratante” <sup>68</sup>. Es decir, tanto las modificaciones cuantitativas de la obra como las cualitativas, deben quedar encuadradas dentro del “standard de la razonabilidad” <sup>69</sup>. Por ello, la antigua Corte Federal y de Casación ha señalado, aun en relación con las modificaciones cuantitativas, éstas deben imponerse “dentro de ciertos límites que no desnaturalicen” a la obra <sup>70</sup>.

En segundo lugar, las modificaciones unilaterales en los contratos administrativos no deben “exceder de los medios de que pueda disponer el contratista” <sup>71</sup>; es decir, “no deben exceder las posibilidades técnicas o económicas del co-contratante” <sup>72</sup>. En este sentido, por ejemplo, P. L. Josse señala:

“Un contratista que ha aceptado efectuar un trabajo de mediana importancia puede que no disponga de los medios necesarios para concluir una obra que se ha convertido mucho más extensa por las órdenes de la Administración. En estos casos es poco equitativo rehusar una

66. Véase Sentencia de la antigua Corte Federal de 12 de noviembre de 1954, en *Gaceta Forense*, Nº 6, Vol. I, 1954, p. 193.

67. Cfr. M. A. Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, cit., p. 306.

68. Véase André de Laubadère, “Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs”, *loc. cit.*, pp. 41 y 59; Cfr. Long, Weil y Braibant, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, cit., p. 35.

69. Véase M. A. Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, cit., pp. 304, 305 y 306.

70. Véase Sentencia de 5 de diciembre de 1944, en *Memoria 1945*, tomo I, p. 290.

71. Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 250.

72. Véase André de Laubadère, “Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs”, *loc. cit.*, p. 41; André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, p. 339; M. Waline, “L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses co-contratants”, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, París, 1951, Nº 1, p. 20; G. Jéze, *Principios generales del Derecho Administrativo*, cit., tomo IV, pp. 234 y 258; R. Bielsa, *Derecho Administrativo*, cit., tomo II, p. 360, Nota Nº 244.

indemnización por el tiempo perdido, por los gastos efectuados para los nuevos trabajos, así como por la privación del beneficio que había calculado en relación a un contrato poco o menos importante”<sup>73</sup>.

Por último, la Administración tampoco puede pretender —porque ello iría contra el principio de la buena fe— introducir modificaciones en el contrato que por su importancia y amplitud conduzcan “a un trastorno grave del contrato y de su economía general”<sup>74</sup>. En estos casos es al juez a quien corresponde apreciar las señaladas condiciones. En esta búsqueda, el juez no debe contentarse con una simple apreciación en valor absoluto de la importancia de los cambios impuestos, sino que debe en realidad investigar, sobre todo, si la modificación en cuestión conduce o no a un trastorno del contrato o a desnaturalizarlo en relación a la concepción que de él se habían hecho las partes en el momento de su conclusión<sup>75</sup>.

Por último, el otro límite contractual al poder de modificación unilateral resulta de la lesión a los derechos del contratista por la modificación unilateral, que debe ser indemnizada. Por ello, la antigua Corte Federal y de Casación no sólo ha reconocido plenamente el poder de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos según aconseje el interés público, sino que también ha reconocido expresamente que cuando esos “cambios o rectificaciones sean de tal magnitud que desnaturalicen o cambien sustancialmente la obra o el servicio contratados . . . se reconoce al contratista el derecho de solicitar prórrogas y compensaciones y aun la rescisión del contrato”<sup>76</sup>.

Con base en esto, el ejercicio con menor o mayor intensidad y extensión del poder de modificación unilateral de los contratos llamados administrativos trae como consecuencia que el particular contratante tenga derecho a recibir una indemnización o a solicitar una prórroga o, en ciertos casos, a pedir la rescisión del contrato.

#### D. *La facultad de rescisión unilateral del contrato*

Ha expresado la antigua Corte Federal que “en el campo de acción de los contratos administrativos, y aunque no conste en las cláusulas de la convención, la rescisión unilateral de ellos, cuando así lo demandan los intereses generales y públicos, es una facultad que la Administración no pue-

73. Véase P. L. Josse, “*Marché de Travaux Publics*”, *loc. cit.*, p. 354.

74. Véase André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, p. 339; André de Laubadère, *Traité Elementaire de Droit Administratif*, cit., tomo II, p. 296.

75. Cfr. André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, p. 389.

76. Véase Sentencia de 5 de diciembre de 1944, en *Memoria 1945*, tomo I, p. 285.

de enajenar ni renunciar”<sup>77</sup>; y así, conforme lo decidió la antigua Corte Federal y de Casación, en sentencia de fecha 5 de diciembre de 1945, en esos contratos administrativos, por cuanto en ellos va envuelto el *interés general*, el particular contratista no puede oponer a la Administración la regla *inadimpleti non est adimpledum*<sup>78</sup>.

Por otra parte, aun en el caso de que una cláusula del contrato establezca que el incumplimiento por parte del co-contratante de una cualquiera de las cláusulas que se estipulan en el contrato da derecho a la Administración para demandar judicialmente la resolución del mismo, la Administración puede también rescindir unilateralmente el contrato. Esa cláusula sólo consignaría, a mayor abundamiento, el derecho que en todo caso asiste a la Administración para pedir judicialmente, si así lo creyere conveniente, conforme al artículo 1.167 del Código Civil, la resolución del contrato en caso de incumplimiento del mismo por parte del co-contratante<sup>79</sup>, pues, al lado de ese derecho, queda siempre incólume la facultad de la Administración, conforme a lo expresado, de rescindir unilateralmente el contrato administrativo sin incurrir en violación de éste ni exponerse a ilegalidad en el acto administrativo que dicta la ejecución<sup>80</sup>.

En definitiva, la facultad de rescindir unilateralmente el contrato administrativo es consecuencia inmediata del carácter de subordinación de la relación jurídica que crea el contrato como resultado del fin perseguido. Esta facultad es, quizás, una de las características más originales de la teoría de los contratos administrativos, ya que contradice de una manera radical los principios fundamentales del derecho privado en materia contractual. Por otra parte, la facultad es tan inherente al contrato llamado administrativo que la Administración no podría renunciar a ella ni enajenarla<sup>81</sup>.

---

77. CF. 12-11-54, G.F. Nº 6 (22ª Etapa) 1954, pp. 191-192. A este respecto la Procuraduría General de la República ha sostenido que “es un principio de derecho administrativo aceptado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos, que el Estado tiene facultad para rescindir unilateralmente los contratos que haya firmado cuando así lo aconseje el interés público, al cual necesariamente debe subordinarse el interés particular. El mencionado principio deroga claramente el establecido por nuestro Código Civil en materia contractual, el cual establece que los contratos no pueden ser rescindidos sino por mutuo consentimiento. La posición especial y privilegiada del Estado sobre los particulares justifica esa derogación; posición especial y privilegiada que favorece al Estado y que encuentra su justificación en la alta misión del administrador de la cosa pública que tiene como único objeto el beneficio de los administrados”. Tal fue el criterio sustentado por la Procuraduría de la Nación en escrito dirigido a la Corte Federal con fecha 3 de agosto de 1960 (*Informe al Congreso Nacional 1960*, Caracas, 1961, p. 312).

78. *Actuaciones en 1945*, pp. 304 y ss.

79. Artículo 1.167 del Código Civil.

80. CF. 12-11-54, G.F. Nº 6, 1954, pp. 193-194. Véase en relación a las concesiones de servicios públicos, *Doctrina PGR 1981*, Caracas, 1982, pp. 47-51.

81. CF. 12-11-54, G.F. Nº 6, 1954, pp. 204-206. La rescisión unilateral, sin embargo, no requiere de la aprobación previa de la Contraloría General de la República. Véase *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938-1963*, tomo I, Caracas, 1963, p. 235.



Esta facultad de rescindir unilateralmente el contrato administrativo puede utilizarla la Administración, haya falta o no del contratante<sup>82</sup>. Es decir, puede ser utilizada por la Administración como sanción al incumplimiento del co-contratante a sus obligaciones contractuales, sobre lo cual ya hemos razonado. En este caso, cuando de parte del co-contratante hay una falta, la rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración no produce derecho de indemnización en favor del co-contratante de ésta: él ha incumplido y justamente ha sido sancionado.

Pero la facultad de rescindir unilateralmente el contrato administrativo es un derecho inherente a la función administrativa aun cuando la Administración lo ejerza sin falta alguna por parte del co-contratante, sino en atención a las exigencias cambiantes del interés público o general.

Así se expresa, formalmente, por ejemplo, en las Condiciones Generales de contratación para la ejecución de obras (Decreto N° 1.821 de 1991), en los términos siguientes:

“Artículo 115. El ente contratante podrá desistir en cualquier momento de la construcción de la obra contratada, aun cuando ésta hubiese sido comenzada y aunque no haya mediado falta del contratista. En cualquier caso, su decisión deberá ser notificada por escrito”.

Pero en este último sentido, ha establecido la Corte Suprema que la facultad de la Administración para rescindir unilateralmente el contrato, cuando así lo exija el interés general, no la exime, de una manera absoluta, de indemnizar al co-contratante cuando para éste, sin su culpa, se han derivado perjuicios de la rescisión. La indemnización en este caso, como cuando se trata de una expropiación por causa de utilidad pública o social, es la que esté conforme con la justicia y la equidad<sup>83</sup>. Así se prevé, además, expresamente, en el caso de la rescisión unilateral mencionada de las Condiciones Generales de Contratación en los contratos de obra, al indicarse que en los casos del artículo 115, conforme al artículo 116, el ente contratante debe pagar al contratista no sólo el valor de la obra ejecutada y de los materiales y equipos que hubiere adquirido para la obra, sino una indemnización conforme a unos porcentajes expresamente previstos<sup>84</sup>.

82. Véase en este sentido la doctrina del Ministerio de Justicia en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, tomo III, Vol. II, Caracas, 1977, p. 627.

83. CF. 12-11-54, G.F. N° 6, 1954, pp. 204-206. Véase, además, *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938-1968*, tomo III, Caracas, 1968, pp. 61-67.

84. Por ello sostuvo la Corte Federal y de Casación en Sentencia de 5-12-44 que “en los contratos de tracto sucesivo como los de obra pública, la rescisión del contrato tiene efecto *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, quedando irreformable todo lo realizado en el pasado”. Véase en *Memoria 1945*, tomo I, p. 294. Por ello, asimismo, la Consultoría Jurídica del antiguo Ministerio de Obras Públicas sostuvo que en caso de rescisión unilateral la Administración no puede retener o suspender los pagos debidos al contratista, pues, para responder a los daños y perjuicios es que se constituyen las garantías. Véase *MOP Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969*, Caracas, 1970, p. 23.

Esta figura de la rescisión unilateral de los contratos, es similar a los casos, por ejemplo, de rescate anticipado de la concesión en las concesiones de obra pública previstas en la ley respectiva (artículos 79 y 80) y en materia de las concesiones municipales de servicios públicos o explotación de bienes, en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

E. *La facultad de tomar decisiones ejecutivas respecto a la inteligencia del contrato.*

La antigua Corte Federal desde 1954 ha sostenido la facultad, por parte de la Administración, de tomar decisiones ejecutivas respecto a la inteligencia del contrato, es decir, respecto a la interpretación del mismo<sup>85</sup>. Y ciertamente, si se tiene en cuenta que el contrato obliga al co-contratante, no solamente a cumplir lo expresado en él, sino a cumplir todas las consecuencias derivadas de las exigencias de la utilidad o interés público general o de la finalidad de servicio público, fácil es comprender la facultad de la Administración de tomar decisiones ejecutivas respecto a la interpretación del contrato y el alcance de las obligaciones del co-contratante.

Esta facultad, sin embargo, no está normalmente regulada en forma expresa. Por ejemplo, en el Decreto N° 1.821 de 1991, sobre las Condiciones Generales de Contratación en los contratos de obra lo que prevé para aclarar el contenido del Documento Principal del contrato o para determinar cualquier otra circunstancia no prevista en ellos, es la posibilidad de que el ente contratante y el contratista celebren acuerdos o convenios con tal fin (artículo 4); sin embargo, si con motivo de la inspección del contrato surgen divergencias de opinión entre las partes, el ente contratante tiene la potestad de decidir en forma razonada sobre la interpretación concreta del contrato (artículo 51).

### 3. LOS DERECHOS DEL CO-CONTRATANTE DE LA ADMINISTRACION

A. *El equilibrio financiero del contrato y los derechos del co-contratante de la Administración*

El co-contratante de la Administración está guiado principalmente, al contratar, por un interés privado patrimonial, financiero o económico. Este interés económico privado se materializa fundamentalmente en la contraprestación que, por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, debe recibir generalmente de la Administración contratante, el co-contratante de ésta.

85. CF. 12-11-54, G.F. N° 6, 1954, pp. 191-194.

Estas contraprestaciones están representadas por el precio que debe pagar la Administración al co-contratante, por el derecho de este último a la exoneración de ciertas tasas o contribuciones <sup>86</sup>, o por el precio que por la prestación que realiza el co-contratante le deben pagar los usuarios del servicio, manifestado en forma de tasas.

Pero el co-contratante de la Administración, además del derecho a su contraprestación económica, tiene un derecho inherente al contrato y es el derecho al equilibrio financiero del mismo, es decir, a la inmutabilidad de la ecuación económica del contrato cuando la mutación le causa perjuicios <sup>87</sup>, sea que la modificación provenga de un acto de la propia Administración Pública, de modificación o rescisión sin culpa del co-contratante, sea de modificación surgida en la ecuación económica proveniente de hechos ajenos a la voluntad de las partes contratantes. Este derecho a la inmutabilidad de la ecuación económica del contrato se materializa en un derecho, por parte del co-contratante, a recibir una indemnización de la Administración.

Estudiaremos entonces, en primer lugar la remuneración del co-contratante, y en segundo lugar, su derecho a indemnización.

### B. *El derecho a la contraprestación económica*

El régimen de la remuneración contractual en los contratos de la Administración es semejante al de los contratos de derecho privado, es decir, en principio, si el co-contratante tiene la obligación de ejecutar las prestaciones a que se ha obligado en el contrato, la Administración también está obligada a remunerar al co-contratante por su cumplimiento. De esta manera, tratándose de un contrato sinalagmático y salvo limitaciones provenientes del interés público, en principio el co-contratante de la Administración puede negarse a ejecutar su obligación si la Administración no ejecuta la suya, salvo que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de ambas obligaciones <sup>88</sup>.

Pero la remuneración del co-contratante no se manifiesta siempre como el pago de un precio, como es el caso de los contratos de obra pública. También puede manifestarse, además del precio, como una ventaja económica que concede la Administración: es el caso, por ejemplo, de la exoneración de determinados impuestos otorgados como compensación contractual <sup>89</sup>.

86. Véase sobre esto la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 12-2-87, en *Revista de Derecho Público*, N° 29, 1987, pp. 117-118.

87. CF. 12-11-54, G.F. N° 6, 1954, pp. 204-206. Véase también la sentencia de la C.F.C. de 9-3-39 en *Resumen CFC en S.P.A. 1940-1951*, p. 70 y en *Memoria 1940*, tomo I, p. 350.

88. Es la excepción *non adimpleti contractus* o de contrato no cumplido, artículo 1.168, C.C.

89. Véase sentencia C.F.C. de 9-3-39 en *Resumen CFC en SPA 1940-1951*, p. 70, y en *Memoria 1940*, tomo I, p. 350. Véase, además, Sentencia de la Corte Federal y de Casación de 10-3-41 en *Memoria 1942*, tomo I, p. 327; y Sentencia

En los casos de concesión de servicio público de obra pública, la remuneración del co-contratante de la Administración consiste generalmente en la percepción de tarifas que pagan los usuarios del servicio o de la obra.

Cuando se trata de pago de un precio, en los contratos de obra pública o de suministros y, sobre todo, en el primer caso, que implica un financiamiento mayor de los trabajos, es normal la concesión, antes del comienzo de la obra por parte del co-contratante, de un anticipo del precio para facilitarle al co-contratante el financiamiento de la obra. El resto del precio de estos contratos, que son de tracto sucesivo, lo paga la Administración generalmente por relación de obras ejecutadas que debe presentar el co-contratante y, por tanto, el pago del precio se distribuye en relación con los trabajos ejecutados.

Ahora bien, en relación a la contraprestación económica en los contratos administrativos, debemos destacar dos aspectos que presentan peculiaridades en la ejecución de algunos de ellos: en primer lugar, el tema del derecho al precio y a su pago en la forma convenida en los contratos de obra pública y, en segundo lugar, el tema de la variación de precios o tarifas particularmente en las concesiones de servicios públicos como mecanismo de protección a la contraprestación económica del concesionario.

a. *El derecho al precio y a su pago en la forma convenida en los contratos de obra pública*

Es indudable que, en general, en los contratos de obra pública, como contratos a título oneroso<sup>90</sup>, la ventaja que trata de procurarse el contratista de la Administración, equivalente a la construcción por su cuenta y riesgo de una obra, es el precio de la obra pactada en el contrato. El precio es, así, el más importante de los derechos del co-contratante, y aparece como uno de los elementos primarios que llevan al particular a celebrar el contrato. Desde el punto de vista contractual, además, el precio es un elemento esencial del contrato de obra pública que constituye la obligación principal de la Administración y el *derecho fundamental* del contratista a percibirlo por la ejecución de la obra, según las condiciones del contrato.

a'. *La modalidad del pago a cuenta*

En materia administrativa, en principio, y de acuerdo al principio financiero tradicional, los pagos sólo pueden ordenarse respecto de "servicios o gastos ya efectuados y comprobados". Así lo prevé el artículo 198 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en el cual se establece que

---

de la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo de 12-2-87 en *Revista de Derecho Público*, N° 29, Caracas, 1987, pp. 117-118.

90. Artículo 1.135 C.C. Véase en general, Allan R. Brewer-Carías: "Consideraciones sobre el derecho del contratista en los contratos de obras públicas: el derecho al precio y a su pago en la forma convenida", en *Revista de Derecho Público*, N° 28, Caracas, 1986, pp. 35 y ss.

“Ningún pago autorizado puede ordenarse por cuenta del Tesoro Nacional, sino para satisfacer un servicio o gasto ya efectuado y comprobado”.

Por supuesto, un principio tan rígido obligaría en materia de contratos de obra pública a estipular como única forma de pago, la de pago global y alzado, al finalizar la ejecución de la obra y comprobarse efectivamente el gasto, lo que ha provocado la introducción legislativa de excepciones a dicho principio hacendístico. Como lo destacó desde hace décadas Gastón Jèze:

“Si se interpretase rigurosamente el principio contable del *pago después del servicio prestado*, en caso de que se trate de grandes obras públicas que duran varios años, la Administración correría el riesgo de no hallar empresario que tenga disponibilidades suficientemente considerables para esperar durante mucho tiempo su liquidación, máxime si se tiene en cuenta que la ejecución de los trabajos exigirá fondos enormes, materiales, maquinarias, salarios, etc. En todos los casos, la Administración sufriría el efecto de las dificultades económicas del empresario, en forma de aumento de los precios del contrato”<sup>91</sup>.

En similar posición expuso M. André Flamme la situación comparada en materia de contratos de obra pública en 1956:

“Todos los países conocen, parece, *el principio fundamental de la contabilidad pública en virtud del cual los pagos no pueden ser realizados más que sobre justificación de un servicio realizado*. De lo que resulta que, en ausencia de estipulación contraria, la regla es el *pago único* después de la terminación de las obras.

“Sin embargo, es muy probable que una interpretación rigurosa de este principio hubiese hecho correr el riesgo a la Administración, en el caso de grandes obras públicas que se realizan durante varios años, de no encontrar empresario disponiendo de recursos bastante considerables para atender tanto tiempo su arreglo cuando la realización de las obras habría necesitado la inversión de grandes fondos (materiales, utillaje, salarios, gastos generales, etc.).

“Evidentemente, la Administración no habría dejado de sufrir la repercusión de las dificultades de tesorería del empresario bajo la forma de aumento de precios del contrato y esta consideración le ha incitado a conciliar la *regla fundamental antes citada con una entrega más rápida y más regular de las cantidades debidas a sus contratantes en razón de los servicios realizados*, aunque fuesen parciales”<sup>92</sup>.

---

91. Véase G. Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, tomo V (Teoría General de los contratos de la Administración, Segunda Parte), Buenos Aires, 1950, p. 277.

92. Véase en Maurice-André Flamme, “Los Contratos de Obras Públicas de la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, N° 21, Madrid, 1956, p. 87.

Precisamente para suavizar la regla fundamental hacendística del pago después del servicio prestado, el mismo Jèze destacaba a principios de este Siglo dos sistemas en materia de contratos de obra pública: el de anticipos y el de pagos a cuenta, mediante los cuales la Administración no tiene que esperar que la obra esté completamente terminada para entregar dinero al contratista <sup>93</sup>. Precisamente, entre las excepciones legales al principio hacendístico venezolano del artículo 198 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, de que no puede ordenarse pago alguno sino para satisfacer un servicio o gasto ya efectuado y comprobado, están “los adelantos a los administradores, contratistas o empresarios de trabajos u obras que se ejecuten por cuenta de la Nación”.

De acuerdo a esta excepción, por tanto, y como lo captó el mismo Jèze, “para facilitar al empresario la gestión financiera de su empresa” <sup>94</sup>, es normal en los contratos administrativos de obra pública el establecimiento de una modalidad de pago mediante anticipo y pago a cuenta por obra ejecutada que M. A. Flamme ubica como una modalidad de financiamiento administrativo de los contratos de obra pública <sup>95</sup>. Conforme a esta modalidad, si bien desde el punto de vista jurídico, la indivisibilidad de la obra pública permanece contable y financieramente, sin embargo, a los efectos del pago, la obra se va dividiendo en partes, para justificar los pagos parciales. En este sentido, en las Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de obras que siempre ha utilizado la Administración Pública en Venezuela, y que se recogieron por primera vez en un acto administrativo de efectos generales, adoptado unilateralmente, como la Resolución N° 388 del Ministerio de Obras Públicas de 26 de agosto de 1975 <sup>96</sup>, se estableció como modalidad o forma de pago <sup>97</sup>, la siguiente (cláusula 11-01):

- a) Un porcentaje del precio convenido, en calidad de *Anticipo* . . .
- b) El saldo, mediante adelantos de parte del precio de la obra, contra presentación de valuaciones de obra ejecutada, debidamente comprobada por el Ingeniero Inspector, conformadas por éste y por su supervisor inmediato.

Además, las mencionadas Condiciones Generales (cláusula 12-01) establecían la posibilidad de que la Administración, cuando lo juzgase conveniente, podía adelantar alguna cantidad de dinero al contratista en calidad de Anticipo Especial. Estas cláusulas, constituyen cláusulas contractuales,

93. *Op. cit.*, pp. 277 y ss.

94. *Op. cit.*, p. 278.

95. Véase Maurice-André Flamme, “Los Contratos de Obras Públicas de la Administración”, *loc. cit.*, p. 90.

96. *Gaceta Oficial* N° 30.376 de 4-9-75.

97. Lo que se ha seguido estableciendo, con posterioridad, en el Decreto N° 2.189 de 7-6-77 en *Gaceta Oficial* N° 2.089 Extraordinario de 28-9-77; en el Decreto 1.802 de 20-1-83 en *Gaceta Oficial* N° 3.111 Extraordinario de 18-3-83, y en el Decreto N° 1.821 de 30-8-91 en *Gaceta Oficial* N° 34.797 de 12-9-91.

pues forman parte del mismo y, por tanto, son ley entre las partes, razón por la cual, como lo afirma Jèze al referirse a ellas, "el juez sólo tiene que aplicar la común intención de las partes"<sup>98</sup>.

#### b'. *El derecho del contratista a la modalidad de pago*

Es evidente que cuando se suscribe un contrato de obra pública, en el cual se establece una determinada forma o modalidad de pago, el contratista no sólo tiene derecho al precio pura y simplemente, sino que también tiene *derecho a que el pago se realice en la forma convenida*, y tanto uno como el otro aspecto forman parte del principio de la intangibilidad del precio en los contratos administrativos.

Y en cuanto a los contratos de obra pública, la forma de pago con anticipo y a cuenta, en realidad viene a constituir un derecho adicional del contratista, de recibir financiamiento para la ejecución de la obra. Por ello puede decirse que la forma de pago en los contratos de obra pública, por tanto, no es una obligación más sin importancia ni efectos de la Administración, sino que en realidad forma parte del "equivalente económico" del contrato.

En efecto, como lo ha destacado J. L. Villar Palasí, además del principio del equivalente económico, "hay que señalar una segunda vía mediante la cual la Administración trata de *aliviar financieramente* al contratista del peso que la cuantía económica de los contratos administrativos de obras y servicios supone para él y de los perjuicios e inseguridades que la desigualdad de las partes propia del contrato administrativo puedan ocasionarle. Lo cual no es, en fin de cuentas, sino un *sistema de compensaciones indirectas* por su colaboración subordinada en la consecución de fines públicos"<sup>99</sup>. Esta apreciación lleva a este autor a estudiar la teoría del pago y, en concreto, a las técnicas de pago a cuenta y anticipos, propias del contrato de obra pública, que están inspiradas por la misma finalidad del equivalente económico y que "*son una vía indirecta de remuneración económica por la ayuda financiera que para el contratista suponen*"<sup>100</sup>.

Por tanto, forman parte del equivalente económico del contrato tanto el precio en sí mismo como los beneficios financieros derivados de la forma de pago a cuenta.

En tal sentido es ilustrativa la opinión de José Roberto Dromi:

"El precio del contrato *debe ser pagado en el lugar, en el tiempo, en la forma y en las condiciones* que hayan sido fijadas por las partes en el contrato o por acuerdo posterior, y la observancia de estas circunstancias sirve también a mantener su real intangibilidad.

98. *Op. cit.*, p. 281.

99. Véase J. L. Villar Palasí, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid, 1969, p. 228.

100. *Idem*, p. 229.

El contratante es un *empresario*, económicamente hablando, y corre con las áleas de su empresa: ganancia o pérdida. Antes de contratar ha hecho sus cálculos sobre *la base de la remuneración consignada en el contrato. Cuenta legítimamente con que esta remuneración se le pagará íntegra y puntualmente. La regularidad y oportunidad del pago* previsto (en el contrato) se constituye en un presupuesto vital del mismo". . . .<sup>101.</sup>

Por tanto, cuando en el texto mismo del contrato se establece una modalidad de pago, ella es parte esencial del contrato y, en consecuencia, de los derechos y obligaciones de las partes: el contratista tiene derecho al precio y a que éste se pague en la forma y modalidad prevista en el contrato; y la Administración, igualmente, no sólo tiene una obligación pura y simple de pagar una suma de dinero, sino de pagarla en una oportunidad u oportunidades determinadas en el contrato.

### *c'. La obligación de la Administración de cumplir la modalidad de pago*

En esta forma, tanto el precio como sus modalidades de pago forman parte de las ventajas financieras del contrato establecidas en favor del contratista, las cuales son intangibles y deben ser inmutables. Eloy Lares Martínez, por ejemplo, ha señalado que la facultad de modificación unilateral "no puede ejercerse con respecto a las ventajas financieras establecidas en el contrato en provecho del contratista. Los derechos patrimoniales del contratista deben respetarse y, por lo tanto, son intangibles"<sup>102.</sup>

Por tanto, cuando en un contrato de obra pública, además del precio se establece una forma de pago por anticipos y a cuenta, contra valuaciones de obra, la Administración tiene una obligación adicional que debe cumplir.

En estos casos, Gastón Jèze advertía lo siguiente:

"En esta hipótesis, la Administración debe cumplir, y no puede invocar la falta de fondos disponibles, ni ciertas imperfecciones poco importantes de la obra.

La Administración debe cumplir el contrato de buena fe. *El empresario no está obligado a ser banquero* de la Administración. Los pagos a cuenta se han estipulado para permitir que el empresario no tenga que hacer demasiados adelantos de fondos.

Los atrasos o la negativa a efectuar los pagos a cuenta prometidos, constituyen una violación del contrato, que puede servir de elemento,

101. Véase José Roberto Dromi, "Régimen de pago en el contrato de obras públicas", en *Jurisprudencia Argentina*, Nº 5.113, agosto 29 de 1979, p. 4.

102. Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 5ª ed. Caracas, 1983, p. 335.



junto con otras faltas de la Administración, para una demanda de rescisión del contrato”<sup>103</sup>.

Tal como lo establece el Código Civil en su artículo 1.160, “los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”. Los contratos de obra pública, como lo afirman Nectario Andrade Labarca, Humberto J. La Roche y Carlos Delgado Ocando:

“Son celebrados *bona fide* y, como tal, la Administración Pública no podría prevalerse de sus *ius imperii* para imponer al contratista condiciones de excesiva onerosidad ni mucho menos enriquecerse a su costa, conforme al principio jurídico latino *nemo locupletori debet cum aliena jactura* de indiscutible vigencia en materia contractual pública o privada; pero también es cierto que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas (artículo 1.264 del Código Civil) . . .”<sup>104</sup>.

d'. *La obligación de la Administración de pagar daños  
daños y perjuicios en casos de incumplimiento  
de las modalidades de pago*

Con base en lo anterior, por tanto, es evidente que la Administración en los contratos de obra pública está obligada no sólo a pagar un precio sino a efectuar los pagos en la forma estipulada en el contrato. No se trata, por tanto, de una sola y pura obligación de dar, que tiene por objeto una cantidad de dinero, sino, además, de una obligación de hacer, es decir, de pagar en una oportunidad determinada. De acuerdo al artículo 1.264 del Código Civil:

“Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención”.

Por tanto, en caso de incumplimiento de la Administración de sus obligaciones contractuales de pagar el anticipo previa presentación de fianza, y las valuaciones de obra ejecutada contra presentación de las mismas, el cocontratante puede reclamar los correspondientes daños y perjuicios, los cuales no se reducen a los solos intereses de mora con base en lo previsto en el artículo 1.277 del Código Civil, conforme al cual:

103. *Op. cit.*, tomo V, pp. 282 y 283.

104. Véase en el estudio “Imprevisión en los Contratos de Obra Pública”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad del Zulia, N° 26, Maracaibo, 1969, pp. 73 y 74.

“A falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten siempre en el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales”<sup>105</sup>.

En efecto, en virtud de que la obligación establecida en los Contratos de Obra Pública a cargo de la Administración no sólo tiene por objeto pura y simplemente “una cantidad de dinero”, como podría ser una deuda de dinero proveniente de un contrato de *mutuo* sino que, además de estar destinada a cancelar una obra, tiene por objeto efectuar un pago en un tiempo y oportunidades precisamente determinados en el contrato, cabe concluir que el artículo 1.277 del Código Civil no resulta ser la única norma aplicable para la determinación de los daños y perjuicios, en caso de retraso en los pagos debidos por parte de la Administración.

Este, por ejemplo, ha sido el criterio de André de Laubadère cuando al referirse a lo que denomina *dommages-intérêts compensatoires*, expresó:

“El retardo injustificado del pago de sumas debidas por la Administración es susceptible de abrir un derecho del co-contratante, aparte de los intereses moratorios, a daños-intereses compensatorios; pero ello es así bajo dos condiciones:

En primer lugar, es evidente que el co-contratante no pueda pretender acumular intereses moratorios e intereses compensatorios sino cuando el perjuicio que ha realmente sufrido no se cubra satisfactoriamente con los primeros; en otros términos, si el perjuicio derivado del retardo de los pagos ha excedido, de hecho, las consecuencias de la sola privación de capitales durante la duración del retardo. Pero esta primera condición no es suficiente. Es necesario, además, que el retardo de la Administración en efectuar el pago haya sido el resultado por su parte de una «mala voluntad» caracterizada, de manera que una falta grave pueda ser establecida a cargo de ella”<sup>106</sup>.

El mismo principio ya lo había destacado el propio Gastón Jèze a principios de Siglo, en la siguiente forma:

---

105. Conforme al artículo 1.746 del Código Civil, dicho interés legal es el 3% anual. Sobre esto véase Doctrina PGR 1977, Caracas, 1978, pp. 35-42; Doctrina PGR 1977, Caracas, 1978, pp.30-35.

106. A. de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, tomo I, París, 1970, pp. 83 y 84. En la edición de la obra del Profesor de Laubadère, a cargo de los Profesores Frank Moderne y Pierre Devolvé, de 1983, se enumeran decisiones del Consejo de Estado en las cuales se precisa que para que esa segunda condición se satisfaga, es necesario “una mala fe sistemática de la Administración”, una “mala voluntad sistemática” o “negligencias graves o mala voluntad”. Véase André de Laubadère, Frank Moderne y Pierre Devolvé, *Traité des Contrats Administratif*, tomo 1, 2ª Edición, París, 1983, p. 786.

“No obstante, el contrato de obra pública es un contrato de buena fe. La Administración ha dado a conocer la intención de hacer pagos a cuenta. Esta intención puede ser obstaculizada por eventos imprevistos. En este caso, los atrasos en los pagos a cuenta representan inconvenientes o riesgos normales de las empresas de obras públicas, que han debido tenerse en cuenta en el momento de la adjudicación (Informe de la Comisión extraparlamentaria encargada por Decreto del 12 de octubre de 1895, de examinar el conjunto de las cuestiones que interesan a las adjudicaciones públicas: «Los atrasos en el pago son siempre muy cortos y no exceden de dos o tres meses; prácticamente sólo se presentan en el primer período del año, que es el menos activo para los talleres y provienen del hecho de que los impuestos tardan cierto tiempo en recaudarse»). Estos atrasos constituyen uno de los áleas de la empresa y deben tenerse en cuenta para la apreciación de la rebaja. Pero no es preciso que una *falta* de la Administración venga a agravar el perjuicio sufrido por el empresario a consecuencia de este álea. Si puede suministrarse la prueba cierta de la existencia de una *falta*, de la *mala intención* de la Administración, hay allí un álea excepcional; el Juez del contrato podrá tomar en consideración la demora en la entrega de los pagos a cuenta.

En caso de mala intención, existe la falta que compromete la responsabilidad de la Administración. El Juez del contrato goza de amplios poderes para la apreciación de esta falta.

En principio, la falta de la Administración justifica simplemente una demanda de daños e intereses”<sup>107</sup>.

Por tanto, en materia de ejecución de contratos de obra pública, al no circunscribirse la obligación de la Administración pura y simplemente el pago de un precio por una obra concluida, sino a efectuar un anticipo y pagos parciales contra valuaciones de obra ejecutada, en forma y oportunidad establecida contractualmente, los daños y perjuicios causados al contratista por la modificación unilateral de esas modalidades de pago por parte de la Administración, no se pueden circunscribir a los intereses legales como si se tratase, pura y simplemente, de una obligación que tiene por objeto una cantidad de dinero de acuerdo al artículo 1.277 del Código Civil; sino que estos daños y perjuicios por el incumplimiento, no de la obligación de pago, sino de la obligación de hacerlo en momentos precisos tienen su fundamento más bien en los artículos 1.160 y 1.264 del propio Código Civil y por tratarse de un contrato administrativo, en el principio del equilibrio económico del contrato que la Administración debe respetar y restablecer cuando se rompe por actos de ella misma, por actuaciones que le son imputables. Entre esos daños y perjuicios, por ejemplo, estarían todos los costos

107. Véase, *op. cit.*, tomo V, pp. 287 a 289, y los casos citados en nota Nº 472, p. 283 y nota 480, p. 288 de dicha publicación.

financieros en los que pudo haber incurrido el contratante de la Administración, por los retrasos de ésta en efectuar los pagos en las oportunidades convenidas.

b. *Las cláusulas de revisión o variación de precios y tarifas en los contratos de obra pública y en las concesiones de servicio público*

No hay duda de que, en nuestro país, comienza a ser cada vez más frecuente la incorporación de cláusulas de variación de precios en los contratos administrativos, como un mecanismo tendiente a prever y resolver por anticipado, los conflictos que puedan surgir entre las partes con motivo de variaciones en las condiciones de ejecución del contrato, que puedan afectar las respectivas prestaciones y derechos de los contratos, y que se produzcan, sea por causas extrañas a la voluntad de las partes o por voluntad de la Administración contratante <sup>108</sup>.

En particular, es frecuente encontrar cláusulas de variación de precios en las concesiones de servicios públicos, mediante las cuales se protege al concesionario respecto de las modificaciones en la ecuación económica del contrato, derivadas de actos de la autoridad contratante o de otra autoridad pública <sup>109</sup>. Pero además, dichas cláusulas de revisión o variación de precios y tarifas, se establecen también en las cláusulas de condiciones generales de contratación e incluso en textos de evidente carácter reglamentario. En efecto, por ejemplo, en las Resoluciones del Ministerio de Fomento que han establecido las tarifas que pueden cobrar las empresas concesionarias de los servicios de electricidad a los usuarios, se establece una cláusula de traslado a éstos, de los impuestos adicionales que establezcan las autoridades públicas a la empresa concesionaria. En efecto por ejemplo, en la Resolución N° 3.721 de 15 de diciembre de 1986, que reguló las tarifas de los servicios de electricidad en el Area Metropolitana de Caracas, se previó en el artículo 2º de la misma lo siguiente:

Artículo 2º. Todo aumento futuro del costo unitario de la energía comprada por las empresas a que se refiere esta Resolución (combustible y/o la energía eléctrica comprada a otros sistemas), así como las contribuciones locales, será trasladada automáticamente a los suscriptores de las mismas, en su proporción aplicable a cada uno" <sup>110</sup>.

108. En relación a estas cláusulas de variación de precios cuando son de carácter escalatorio, la Contraloría General de la República ha sostenido que los incrementos de precio deben ser sometidos a aprobación previa. Véase CGR *Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969-1976*, tomo IV, pp. 269-270.

109. Véase Allan R. Brewer-Carías, "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, 1980, pp. 251 a 262.

110. Véase en *Gaceta Oficial* N° 3.939 Extraordinario de 15-12-86.

En sentido similar, en los contratos de obra pública, de acuerdo a las cláusulas de "Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras" dictadas por Decreto N° 1.802 de 20 de enero de 1983, modificadas posteriormente por Decreto N° 1.821 de 30 de agosto de 1991 <sup>111</sup>, se han establecido cláusulas de variación de precios por modificación de las condiciones económicas de ejecución de los mismos.

En efecto, en materia de aumentos de precios derivados de las condiciones laborales, el artículo 63 del Decreto N° 1.821 establece lo siguiente:

"Artículo 63. El Ente Contratante pagará al Contratista las variaciones de los salarios, prestaciones sociales u otras indemnizaciones a los trabajadores que hubieren intervenido en la ejecución de las obras, cuando esas variaciones fueren consecuencia directa de leyes, decretos y contratos colectivos de trabajo celebrados por parte de la República o de obligatoria aplicación de acuerdo con el Decreto sobre Contratos Colectivos por Ramas de Industrias posterior a la presentación del presupuesto de la obra y sólo a partir de la fecha de vigencia de las referidas leyes, decretos o contratos colectivos.

La cuantificación de estas variaciones se determinará tomando en cuenta los análisis de precios unitarios de cada partida que conforma el Presupuesto Original, salvo que en el contrato se haya especificado la utilización del Sistema de Fórmulas Polinómicas, en cuyo caso se determinarán en la forma que especifique la Resolución correspondiente".

En cuanto a los aumentos de los precios en el costo de materiales y su incidencia en los contratos de obra pública, el mismo Decreto N° 1.821 establece las siguientes previsiones:

"Artículo 64. El precio de las partidas del Presupuesto Original se aumentará o disminuirá, según el caso, cuando el precio de los materiales, equipos, suministro, fletes y otros insumos varíen como consecuencia directa de medidas arancelarias o de regulación adoptadas por el Ejecutivo Nacional, siempre que esas medidas hubieren sido dictadas con anterioridad a la adquisición de los materiales y otros insumos o de la utilización de la maquinaria y demás equipos auxiliares de construcción y durante la ejecución del Contrato.

Adicionalmente también variará el precio de las partidas del Presupuesto Original cuando el precio de los materiales, equipos, suministro, flete y otros insumos se vieran afectados por haber variaciones en la tasa cambiaria de nuestra moneda respecto a la moneda del país de origen del insumo.

Si el Contrato prevé la utilización de Fórmulas Polinómicas, las variaciones en los precios de los materiales, equipos, suministros y

---

111. Véase en *Gaceta Oficial* N° 34.797 de 12-9-91.

otros insumos se determinará en la forma establecida en la respectiva Resolución.

Artículo 65. El Ente Contratante pagará al Contratista los aumentos en los precios de los materiales de construcción utilizados en la obra y de los equipos destinados a ser incorporados a ella, que tuvieren su causa en las condiciones del mercado y que hubieren sido adquiridos por el Contratista durante la ejecución de los trabajos, cuando esos aumentos excedieren del cinco por ciento (5%) del precio original que tenían esos materiales y equipos para la fecha del Contrato.

Si el Contrato prevé el Sistema de Fórmulas Polinómicas, las variaciones aquí indicadas se determinarán en la forma en que lo especifique la respectiva Resolución. En esta Resolución se podrá establecer la relación del Ente Contratante de pagar los aumentos señalados en el párrafo anterior, aun cuando estos aumentos no excedieren del cinco por ciento (5%) del precio original que tenían para la fecha de firma del Contrato”.

En todo caso, cláusulas de la naturaleza de las señaladas, sin duda, han planteado una serie de problemas interpretativos que se refieren, básicamente, a la legalidad misma de dichas cláusulas; a los efectos de las regulaciones nacionales de precios de artículos de primera necesidad sobre las referidas cláusulas; y a la aplicabilidad eventual de la teoría de la imprevisión, en caso de que dichas cláusulas no puedan utilizarse, en virtud de las regulaciones nacionales de precios.

*a'. La legalidad de las cláusulas de variación de precios de tarifas*

Las tarifas establecidas en toda concesión de servicio público y que debe recibir el concesionario directamente de los usuarios como contraprestación por la presentación del servicio, constituyen la remuneración del concesionario. En las concesiones de servicio público, las tarifas, aun establecidas en el texto del contrato, se considera que forman parte de las disposiciones “reglamentarias” de la concesión. Sólo así se explica que los usuarios estén obligados a soportar toda eventual modificación de las tarifas en el curso de la concesión, y que los concesionarios —sin perjuicio de un eventual derecho a ser indemnizados y siempre que no existan limitaciones contractuales— estén obligados a acatar toda variación de tarifas unilateralmente establecidas por las autoridades administrativas, y no pueden unilateralmente modificarlas, sin que exista previsión expresa, en tal sentido, en el contrato de concesión.

Pero constituyendo las tarifas, por esencia, la remuneración del concesionario por la prestación del servicio, el derecho administrativo ha desarro-

llado mecanismos tendientes a garantizar a los concesionarios, frente a fluctuaciones económicas o monetarias que pudieran hacer mucho más onerosa la prestación del servicio, su justa y equivalente remuneración. De allí los principios del equilibrio económico o ecuación financiera de los contratos administrativos y de la teoría de la imprevisión, tan difundidos por la teoría jurídica de los contratos administrativos y de las concesiones de servicios públicos. Puede decirse, en este sentido, que la consecuencia fundamental de la aplicación jurisprudencial en Francia, de la teoría de la imprevisión en los años de la Primera Guerra Mundial, precisamente en las concesiones de servicio público y particularmente las de distribución de electricidad y prestación de servicios de alumbrado público <sup>112</sup>, fue la admisión progresiva posteriormente, como principio, en las concesiones de servicios públicos y, en general, en los contratos administrativos, de cláusulas de variación y revisión de las tarifas expresamente previstas en los contratos y concesiones.

Hoy por hoy, por tanto, la mayoría de los contratos administrativos contienen cláusulas de revisión y variación de precios tal como sucede con los contratos de obra pública y en la mayoría de las concesiones de servicios públicos, que prevén cláusulas similares de variación y revisión de tarifas.

Estas cláusulas contractuales, en las concesiones de servicio público, en general, tienen por objeto lograr una adaptación de las tarifas a los cambios económicos en la prestación del servicio, que el mismo contrato establezca. Estas cláusulas pueden autorizar, indistintamente, sea a la Administración concedente o al concesionario, una vez que el cambio económico previsto se produzca, a introducir las modificaciones autorizadas.

Sin embargo, en cuanto a la forma de introducir modificaciones a los precios o tarifas, pueden distinguirse dos tipos de cláusulas. En primer lugar, las cláusulas de revisión, que no implican una modificación automática del precio o de las tarifas, sino que en realidad lo que dan es derecho a que el concesionario pueda reclamar al ente concedente o a la Administración contratante la revisión de los precios o de las tarifas, sin que se hayan predeterminado los elementos cuantitativos que puedan provocar el establecimiento de una más justa.

Las cláusulas de variación de precios y tarifas, en cambio, conducen a una modificación automática de los mismos, una vez que el cambio económico contractualmente previsto, se produzca. Por eso, la cláusula de variación normalmente no sólo precisa "el cambio económico que justificará la variación de precio o de la tarifa, sino además, el monto de esa variación en función de la importancia del cambio" <sup>113</sup>.

---

112. Cfr. J. Lapeyre, *De l'imprévision dans les marchés passés par les sociétés de gaz et d'électricité*. París, 1923, pp. 2 y ss.

113. Véase A. de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, tomo II, París, 1956, p. 291.

Puede decirse, por tanto, que en la actualidad, la teoría y la práctica del derecho administrativo relativo a las concesiones de servicio público y a los contratos de obra pública, admiten, sin discusión, las cláusulas de variación automática de precios y tarifas.

Si se analizan las cláusulas señaladas aplicables a los servicios de electricidad y los contratos de obra pública antes transcritas como ejemplo, no hay duda en considerar que las mismas son típicas cláusulas de variación de precios y tarifas.

En efecto, en relación a la revisión de tarifas en el servicio eléctrico, la Resolución mencionada autoriza a la empresa concesionaria a variar las tarifas unilateralmente, cuando la autoridad municipal, decidiere, durante la vigencia de la concesión, aumentar los impuestos, contribuciones, cargas y gravámenes o si durante dicho lapso, decidiere crear cualesquiera nuevos impuestos, contribuciones, cargas y gravámenes no existentes para la fecha del contrato. Este es un típico caso de cláusula de variación de tarifas por "cambios fiscales" <sup>114</sup>, que autoriza al concesionario a "aplicar de pleno derecho las tarifas resultantes de la fórmula de variación prevista, sin pedir autorización al Concejo Municipal" <sup>115</sup>.

En las cláusulas señaladas, la fórmula de variación de tarifas utilizada consiste en aumentarlas, en la diferencia que representa para el concesionario el aumento o la creación de impuestos, contribuciones, cargas o gravámenes.

En todo caso, es de destacar, que el término utilizado en la Resolución que autoriza a las concesionarias, en los supuestos de cambios fiscales, a variar las tarifas, es el de "trasladar automáticamente a los suscriptores" el aumento, no es del todo afortunado, aun cuando gráficamente explica la situación. Por razones terminológicas, hubiese sido preferible utilizar la expresión "aumento de tarifas" en la proporción o diferencia indicada.

Sin embargo, y a pesar de la observación terminológica que pudiera confundir la figura de la cláusula de revisión de tarifas con el mecanismo de traslado de impuestos y contribuciones al usuario o consumidor, no hay duda sobre la legalidad de las referidas cláusulas de revisión de tarifas, por lo demás comunes, en la actualidad, en el derecho comparado <sup>116</sup>.

---

114. Idem, p. 297.

115. Véase G. Monserrat, *Concessions des Communes et des syndicats de Communes*, París, 1948, p. 51.

116. Tan ello es así, que, por ejemplo, el Proyecto de Ley Orgánica del Servicio Público de Electricidad elaborado por el grupo de Trabajo AVIEM-CADAFE-CAVEINEL-EDELCA en septiembre de 1974, prevé expresamente el aumento de las tarifas, automáticamente, como consecuencia de los cambios fiscales en la siguiente forma: "Artículo 41. Los impuestos estatales y municipales a cargo del concesionario que graven la prestación del servicio eléctrico, cualesquiera que sea la forma de su establecimiento, podrán incluirse en pro-rata en las facturas de los suscriptores de la respectiva jurisdicción".



b'. *Los efectos de las regulaciones nacionales de precios de artículos de primera necesidad sobre las cláusulas de variación de tarifas*

No hay duda de que tratándose de cláusulas reglamentarias y contractuales, las cláusulas de variación de tarifas son obligatorias, tanto para la Administración concedente, como para la empresa concesionaria. En particular, por tanto, una Municipalidad concedente en el caso de los servicios de electricidad, no podría, tampoco, una vez que se produzcan los cambios fiscales en ella previstos, oponerse o desconocer la variación automática de las tarifas. Por otra parte, no hay duda de que si bien el carácter "reglamentario" de las tarifas autorizaría a la Administración concedente, en principio, a variar unilateralmente las tarifas —dejando a salvo el eventual derecho a indemnización del concesionario—, esta variación unilateral no procedería en los supuestos de cláusulas de variación automática de tarifas. Si en el ejemplo mencionado de los servicios de electricidad, la Municipalidad, unilateralmente rebajara las tarifas, ello no sólo significaría una violación del contrato de concesión, lo que comprometería la responsabilidad de la Administración Municipal, sino que eventualmente daría derecho a la concesionaria a reclamar una indemnización equivalente a lo que dejare de percibir por concepto de rebaja de las tarifas.

Sin embargo, si bien la cláusula de variación de tarifas obliga a la Administración Municipal concedente y da derecho a la concesionaria a aplicar la nueva tarifa si se producen los cambios económicos previstos, es indudable que frente a regulaciones de precios de artículos de primera necesidad por el Ejecutivo Nacional, que contraríen el aumento automático de las tarifas, el contrato de concesión tendría que ceder frente a la fuerza legal de la regulación nacional. Esto nos obliga a analizar el conflicto entre las regulaciones nacionales de precios y las cláusulas de variación de tarifas de servicios municipales, en particular, los de electricidad.

La Ley de Protección al Consumidor de 23 de marzo de 1992 <sup>117</sup>, establece expresamente la facultad al Ministerio con competencia en materia de precios y tarifas para establecer mediante resolución, el precio máximo de venta o de prestación de servicios al público, en todo o en parte del territorio nacional, para aquellos bienes y servicios que hayan sido declarados de primera necesidad <sup>118</sup>. Aclara además dicha ley que se consideran bienes y servicios de primera necesidad aquellos que por ser esenciales e indispensables para la población determine expresamente, mediante Decreto, el Presidente de la República en Consejo de Ministros <sup>119</sup>.

Con esta normativa de protección al consumidor se sustituyeron las viejas normas que atribuían facultades similares al Ministerio de Fomento

117. *Gaceta Oficial* 4.403 Extra de 24-3-92.

118. Artículo 32.

119. Artículo 31.

contenidas en el Decreto N° 176 del 15 de agosto de 1944 y con base en las cuales, en 1969, dicho Ministerio virtualmente congeló las tarifas eléctricas existentes para el 15 de agosto de ese año, con la indicación de que no podrían ser modificadas “por ninguna entidad” hasta tanto el Ministerio no resolviera lo conducente en relación al sistema nacional de tarifas de energía eléctrica <sup>120</sup>. Posteriormente, por Decreto N° 2.186 de 7 de junio de 1977 <sup>121</sup> el Ejecutivo Nacional, conforme al artículo 2º de la ley, declaró “de primera necesidad el servicio de agua potable, el de recolección de aguas usadas y el de energía eléctrica”, y a partir de esa fecha ha venido estableciendo las tarifas del servicio de energía eléctrica en todo el país, a pesar de que el mismo se preste por empresas públicas o privadas concesionarias de las Municipalidades, y a pesar de que la determinación de las tarifas pueda ser producto de un acuerdo de concertación <sup>122</sup>.

Ahora bien, es indudable que en los casos en que el Ejecutivo Nacional, al haber declarado los servicios de electricidad como servicio de primera necesidad, hace uso de sus poderes de fijación de tarifas máximas del servicio que le otorga la Ley de Protección al Consumidor, o cuando lo ha hecho unilateralmente, por Resolución, en virtud de una “concertación”, dicha tarifa máxima no podría, en principio, ser sobrepasada por los concesionarios que estuviesen amparados con cláusulas de variación automática de tarifas, si éstas estuviesen sólo contempladas en los contratos de concesión municipales. Para evitar esto es que, precisamente, la regulación nacional de tarifas de los servicios, había permitido la variación automática de las tarifas en caso de aumento de contribuciones locales.

Sin embargo, el problema interpretativo persiste en los casos de congelación de precios de bienes y servicios, los cuales en momentos de crisis económica se ha decretado <sup>123</sup>. En estos casos, aun en presencia de cláusulas contractuales o reglamentarias de variación de tarifas derivadas de aumentos de contribuciones locales, las tarifas no podrían aumentarse. En efecto, tal como André de Laubadère lo ha señalado, “el efecto de esa aplicación de congelación o fijación de precios es el de limitar la aplicación de las cláusulas contractuales; no pudiendo éstas entrar en juego, sino en la medida en que su aplicación no tenga como consecuencia el aumentar los precios o tarifas sobre el límite máximo determinado en la congelación” <sup>124</sup>. En el ordenamiento jurídico venezolano, no hay duda, esta doctrina tiene plena aplicación.

---

120. Resolución N° 3.091 de 18-8-69 en *Gaceta Oficial* N° 28.999 de 19-8-69.

121. *Gaceta Oficial* N° 31.269 de 4-7-77.

122. Véase la Resolución N° 971 y 172 de los Ministerios de Fomento y Energía y Minas sobre tarifas eléctricas. G.O. N° 4.080 Extraordinario de 29-3-89.

123. Véase, por ejemplo, el Decreto-Ley de congelación de precios por un lapso de 120 días, dictado con el N° 1.540 de 29 de abril de 1987, en *Gaceta Oficial* N° 33.707 de 29-4-87.

124. Véase A. de Laubadère, *op. cit.*, tomo II, p. 316, nota N° 36.

Por tanto, congelados los precios y tarifas de bienes y servicios, incluyendo los de electricidad, por el Ejecutivo Nacional conforme a sus atribuciones legales, es indudable que las cláusulas de variación de tarifas de los contratos de concesión del servicio sólo podrían aplicarse siempre que la tarifa resultante no sobrepase el límite máximo determinado nacionalmente por el Ministerio de Fomento. Si la aplicación de la variación automática de las tarifas que establezca una cláusula de algún contrato de concesión, conduce a una tarifa superior a la derivada de la congelación decretada a nivel nacional, es indudable que la tarifa resultante de la variación automática no podría aplicarse sino hasta el límite máximo previsto en la regulación nacional.

Aquí, por tanto, la cláusula contractual encontraría otro límite en su aplicabilidad automática, en virtud de las atribuciones legales del Ministerio de Fomento. Ello, sin embargo, no dejaría totalmente desasistido al concesionario afectado. En el caso de que se produzcan cambios fiscales que normalmente provocarían la aplicación de la cláusula de revisión automática de tarifas, y sin embargo, no pueda aplicarse en virtud de una regulación máxima de las tarifas establecidas por el Ejecutivo Nacional, el concesionario tendría derecho a solicitar una indemnización en virtud de la ruptura del equilibrio económico del contrato.

C. *El derecho del co-contratante al mantenimiento del equilibrio económico del contrato.*

a. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*

Hemos señalado que todo co-contratante de la Administración Pública en los contratos administrativos, a pesar del interés público que en los mismos está envuelto, está guiado principalmente al contratar, por su interés privado patrimonial, financiero o económico que se materializa fundamentalmente en la contraprestación que, por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, debe recibir. Pero el co-contratante de la Administración, además del derecho a su contraprestación económica, tiene un derecho inherente al contrato y es el equilibrio financiero del mismo, es decir, a la inmutabilidad de la ecuación económica del contrato cuando la mutación le causa perjuicios <sup>125</sup>.

Esta noción de ecuación económica o de equilibrio financiero en los contratos administrativos, acogida definitivamente por la doctrina nacional <sup>126</sup>

125. Véase Sentencia de la Corte Federal de 12 de noviembre de 1954 en *Gaceta Forense* N<sup>o</sup> 6, 1954, pp. 204 a 206. Véase Doctrina PGR 1981, Caracas, 1982, pp. 42-43.

126. Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1963, p. 217; Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 204 y ss.

por la jurisprudencia de la Corte Suprema <sup>127</sup>, y por la doctrina administrativa de la Procuraduría General de la República <sup>128</sup>, viene a ser una relación que ha sido establecida entre las partes contratantes en el momento de la conclusión del contrato, entre un conjunto de derechos del co-contratante, y un conjunto de cargas y obligaciones contractuales del mismo, que han sido consideradas como equivalentes <sup>129</sup>. De ahí el nombre de ecuación financiera. Por eso se ha señalado que la noción de equilibrio financiero tiene su origen en la común intención de las partes de que sea mantenida la ecuación inicial del contrato <sup>130</sup>.

En todo caso, este equilibrio económico del contrato, como un derecho del contratante o concesionario, puede señalarse que no es un derecho a que se le garantice un determinado beneficio ni es una garantía dada al mismo de que no va a tener pérdida. En el momento de la conclusión del contrato, cada parte ha evaluado lógicamente las cargas y ventajas del mismo, y si contratan, es porque han estimado que entre esas cargas y esas ventajas hay un equilibrio aceptable. Si una de las partes se ha equivocado en su cálculo y tiene pérdidas, por eso no tiene, por supuesto, derecho a indemnización alguna. Por ello hemos señalado que no debe entonces confundirse el derecho al equilibrio financiero del contrato con un supuesto derecho a recibir determinados beneficios; al contrario, se trata simplemente de un derecho a que se mantenga en el curso de la ejecución del contrato, una equivalencia entre las ventajas y las cargas que el mismo conlleva para el co-contratante, en la misma forma o medida como había sido calculada, exactamente o no, en el momento de la conclusión del contrato <sup>131</sup>.

El mecanismo de esta ecuación económica del contrato, como fundamento del derecho del contratante a ser indemnizado en los casos de ruptura de la misma, ha sido demostrado en la forma siguiente por Péquignot:

El carácter estático del contrato del derecho privado, que es el del tipo de la ecuación  $a=b$ , se opone al dinamismo del contrato administrativo, el cual es del tipo de la proporción:  $a/b=a'/b'$ , en el sentido de que si en el primer caso, las prestaciones  $a$  y  $b$ , contractualmente asumidas, deben quedar inmutables, en el segundo, en cambio, las prestaciones que pesan sobre las partes pueden variar ( $a'$ ,  $b'$ ),

---

127. Véase Sentencia de la Corte Federal y de Casación de 9 de marzo de 1939 en *Memoria 1940*, pp. 342 y ss. y de la Corte Federal de 12 de noviembre de 1954 en *Gaceta Forense* N° 6, 1954, pp. 204 y ss.

128. Véase, por ejemplo, *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, 1966, Caracas, 1967, pp. 75 y ss.

129. Cfr. Gaspar Ariño Ortiz, *Teoría del equivalente económico en los Contratos Administrativos*, Madrid, 1968, pp. 241 y ss.

130. Véase André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, París, 1956, tomo II, p. 28.

131. Véase Allan R. Brewer-Carías, "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", *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa* N° 65, Caracas, 1972, p. 87.

establecido que su relación se mantiene constante. El aspecto financiero presenta, pues, aquí, más importancia que en derecho privado; el trabajo de interpretación del Juez consistirá en buscar no cuáles son las obligaciones de la Administración para constreñirla, en nombre del derecho de su contratante, sino más bien, cuál es el valor de la relación a/b para poder establecer el equilibrio a'/b' cuando uno de estos términos varía. Haciendo esto, el Juez no falta a su deber, en efecto, él atiende a la común intención de las partes cuando busca respecto de qué remuneración el contratista ha consentido en aportar su colaboración a la Administración para el objeto que ésta había fijado en la convención; el Juez considerará con razón que el titular del contrato ha consentido las cargas de éste más que en previsión de ciertas ventajas, por el incentivo de un determinado beneficio <sup>132</sup>.

Como se ha señalado, estos principios han sido aplicados en Venezuela tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. En efecto, en sentencia muy conocida de la antigua Corte Federal y de Casación de 9 de marzo de 1939, el Supremo Tribunal estableció que en los contratos administrativos, éstos implican: "las seguridades que el Estado otorga a los concesionarios, a fin de que arriesguen la inversión de sus capitales contando con ciertas condiciones de equilibrio financiero para sus empresas", por lo cual una "regla de índole contractual" en dichos contratos, es "la obligación implícita para el Estado concedente de no alterar ese equilibrio", considerando, además, que "es tan racional la obligación de mantener ese equilibrio financiero" que procede "aun tratándose de reformas de la ley en la parte puramente reglamentaria o estatutaria de ésta, no obstante el derecho con que el Estado o el Legislador procedan en esas reformas de lo contractual" <sup>133</sup>.

En particular, la Corte ha reconocido expresamente este derecho del contratista de la Administración en ser indemnizado frente a la ruptura de la ecuación económica del contrato, cuando ésta se ha originado en el ejercicio de los poderes de la Administración de modificar los contratos, particularmente los de obra pública, y como una contrapartida de ello. En sentencia del 5 de diciembre de 1944, la antigua Corte Federal y de Casación, en efecto estableció lo siguiente:

"El ejercicio de un derecho no es un hecho culposo ni tampoco puede fundarse en él ningún alegato de incumplimiento. En el contrato administrativo de obra pública, como en todos los que interesan a un

---

132. Véase G. Péquignot, "Des Contrats Administratifs", *Jurisqueur Administratifs*, fascículos Nº 511 y ss., citado por A. de Laubadière, *Traité Théorique et pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, p. 34, nota 4 y por M. A. Flamme, "Los contratos de Obras Públicas de la Administración" en *Revista de Administración Pública*, Nº 21, Madrid, 1956, pp. 85 y 86.

133. Véase en *Memoria de la Corte de 1940*, Caracas, 1941, tomo I, pp. 342 y 350.

servicio público, la parte representada por la Autoridad Administrativa no está obligada inflexiblemente por la regla de derecho privado de la intangibilidad de los contratos; sin necesidad de acuerdo previo con la otra parte, tiene el derecho de introducir modificaciones en el plan de la obra, en sus planos, en los medios de ejecución y en esta misma, aumentándola o disminuyéndola dentro de ciertos límites que no la desnaturalicen, y aun desistir de ella. Esta enumeración no es taxativa, pues todo depende de las necesidades del servicio público y de la diversidad de los motivos, contingentes en todo caso, que hayan surgido después de firmado el contrato, y que obliguen a introducir algunos cambios, omitir determinadas partes secundarias, o accesorios, diversificar algunos medios o formas de ejecución. . .”

“ . . . Es característica de los contratos de obras públicas el que debiendo predominar el interés nacional, puede y aun debe la Administración respectiva introducir reformas en la obra misma y en sus medios de ejecución, en el curso de ésta, con obligación, sin embargo, de compensar o resarcir los perjuicios que de ello se deriven para la otra parte contratante”<sup>134</sup>.

El mismo criterio lo sostuvo la antigua Corte Federal en sentencia de 12 de noviembre de 1954, en la cual, al referirse a los poderes de rescisión y modificación unilateral de los contratos administrativos, expuso lo siguiente:

“Mas la extensa flexibilidad que caracteriza a los contratos administrativos en relación con la facultad de la Administración para rescindirlos administrativamente o para introducir en ellos modificaciones cuando así lo exija el interés general, no la exime de una manera absoluta, de indemnizar al co-contratante, cuando para éste, sin su culpa, se han derivado perjuicios de la rescisión o, cuando dada la naturaleza de las modificaciones introducidas, se ha llegado a una alteración sustancial del contrato y, desde luego, a un cambio sensible en la ecuación económica del mismo. La indemnización en esos casos, como cuando se trata de una expropiación por causa de utilidad pública, es lo conforme con la justicia y la equidad”<sup>135</sup>.

En el mismo sentido, la Procuraduría General de la República en dictamen de 27 de septiembre de 1966, al considerar una reclamación formulada por un particular con base en el principio del equilibrio financiero del contrato administrativo y estimar que en los contratos administrativos las partes actúan como colaboradores en pro del interés general que el contrato persigue, sostuvo lo siguiente:

---

134. Véase en *Memoria de la Corte de 1944*, Caracas, 1945, tomo I, pp. 290 y p. XXXVII.

135. Véase en *Gaceta Forense* N<sup>o</sup> 6, 2<sup>a</sup> etapa, Vol. I, p. 204.

“Ese principio, denominado por otros autores «elemento de asociación», significa que en todo contrato administrativo existe, expreso o tácito, un derecho del contratista a un cierto equilibrio económico-financiero del contrato, y que la prerrogativa de la Administración, fundada en los requerimientos del interés nacional, de modificar unilateralmente, dentro de ciertos límites, los contratos administrativos en el curso de la ejecución de los mismos, halla su contrapartida en el derecho del contratista a una indemnización, siempre que la modificación introducida le imponga obligaciones nuevas que rompan el equilibrio financiero del contrato. El elemento de asociación así definido encuentra su expresión práctica en dos teorías elaboradas por la jurisprudencia francesa: la del *hecho del príncipe* y la de la *imprevisión*.

Según la teoría del *hecho del príncipe*, cuando el poder público (el príncipe) hace más onerosas, *por hecho propio*, las condiciones de ejecución del contrato, puede ser obligado a indemnizar al co-contratante (Rivero, Jean. *Droit Administratif*, Daloz, 1965, p. 112). En el caso en estudio, se trata, en efecto, de una medida (anulación de un artículo de una ley formal), emanada del poder público (por órgano de la Corte Suprema de Justicia), que aparentemente hace más gravosa la situación de B. de V.S.A., en cuanto lo priva de una ventaja estipulada en el contrato y que ha debido influir notablemente en su asentamiento a las restantes condiciones del mismo. Sin embargo, al subrayar la frase «por hecho propio», este Despacho ha querido destacar que, para que funcione la teoría aquí analizada, el desmejoramiento de la posición económica del contratista ha de provenir de una medida que sea imputable al Estado, es decir, atribuible a su voluntad o a su falta: No hay lugar al pago de la indemnización sino en caso de que el hecho invocado haya ocasionado un perjuicio, y pueda ser imputado a la entidad administrativa que ha celebrado el contrato”<sup>136</sup>.

Por otra parte, la doctrina nacional ha sido unánime en aceptar este principio del equilibrio económico del contrato y la obligación de su restablecimiento en caso de ruptura por acciones de la Administración. Así, Eloy Lares Martínez ha señalado que:

“La doctrina que confiere a la Administración el poder de modificación unilateral de los contratos administrativos, procura conciliar el interés general de la comunidad con el interés privado del contratista. Por eso, ha consagrado el derecho del contratista a ser indemnizado íntegramente por el aumento de gastos que resulte de las innovaciones introducidas por la Administración. Tales innovadores causan la rup-

---

136. Véase en *Doctrina de la Procuraduría General de la República* 1966, Caracas, 1967, pp. 75 y 76, donde, además, se cita a Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1963, p. 220.

tura del equilibrio financiero del contrato, y por ello, es necesario que la Administración efectúe la compensación pecuniaria que sea menester para el restablecimiento de ese equilibrio. . .

Por otra parte, el contratista tiene derecho de reclamar de la Administración indemnizaciones pecuniarias, en vista de los hechos que ocasionan la ruptura del equilibrio financiero del contrato. En efecto, en vista de que las prerrogativas de la Administración colocan al contratista en una situación de inseguridad, la doctrina administrativa ha elaborado, como contrapartida, el principio del equilibrio financiero de la ecuación financiera de los contratos administrativos.

Se considera que en todo contrato administrativo existe, expreso o implícito, un derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato. . . Cuando en ciertas condiciones el equilibrio financiero inicialmente considerado se ha roto en daño del contratista, éste tiene derecho a que dicho equilibrio sea restablecido por la Administración, mediante el pago en dinero de la correspondiente indemnización. . . La indemnización a que puede tener derecho el contratista puede derivar de diversas causas, tales como el incumplimiento de la Administración de ciertas obligaciones contractuales, generador de daños al contratista. . .”<sup>137</sup>.

En sentido coincidente, en otro lugar hemos sostenido que: “En el momento de la conclusión del contrato, cada parte, ha evaluado lógicamente las cargas y ventajas del mismo, y si contratan es porque han estimado que entre esas cargas y esas ventajas hay un equilibrio aceptable. Si una de las partes se ha equivocado en su cálculo y tiene pérdidas, por eso no tiene, por supuesto, derecho a indemnización alguna. No debe confundirse el derecho al equilibrio financiero del contrato con un supuesto derecho a recibir determinados beneficios; al contrario, se trata simplemente de un derecho a que se mantenga en el curso de la ejecución del contrato, una equivalencia entre las ventajas y las cargas que el mismo conlleva para el co-contratante, en la misma forma o medida como había sido calculada, exactamente o no, en el momento de la conclusión del contrato. . . Entonces, el contratante de la Administración, además del derecho a su contraprestación económica, tiene el derecho, inherente a todo contrato administrativo, al mantenimiento del equilibrio del mismo y, por tanto, a la inmutabilidad de la ecuación económica del contrato, cuando la mutación le causa perjuicios, sea que la modificación provenga de un acto de la propia Administración Pública de modificación o rescisión unilateral sin culpa del co-contratante; sea de modificación surgida en la ecuación económica proveniente de hechos ajenos a la voluntad de las partes contratantes, hechos económicos, naturales o actos de autoridad pública distintas de la Administración con-

137. Véase Eloy Lares Martínez, *Manuel de Derecho Administrativo*, cit., pp. 335 y 338.



tratante. Ahora bien, y éste es el efecto esencial del equilibrio económico de contrato y del derecho a la inmutabilidad del mismo: el co-contratante de la Administración tiene derecho a recibir de la Administración una indemnización, cuando se produce la ruptura del mismo”<sup>138</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, el concesionario, además del derecho a su contraprestación económica concretizada, por ejemplo, en el precio que debe pagar la Administración o en las tarifas que deben pagar los usuarios, tiene un derecho inherente a todo contrato administrativo, al mantenimiento del equilibrio del mismo y, por tanto, a la inmutabilidad de la ecuación económica del contrato, cuando la mutación le causa perjuicios, sea que la modificación provenga de un acto de la propia Administración concedente (por ejemplo, de modificación o rescisión unilateral sin culpa del concesionario); sea que la misma provenga de hechos ajenos a la voluntad de las partes contratantes (hechos económicos, naturales o actos de autoridades públicas distintas de la Administración contratante)<sup>139</sup>. La doctrina distingue, en estos dos supuestos, la llamada *teoría del principio* de la teoría de la imprevisión, según que la modificación del contrato se imponga unilateralmente por la Administración concedente<sup>140</sup>, o provenga de hechos o actos ajenos a los contratantes. En todo caso, y éste es el efecto esencial del equilibrio económico del contrato y del derecho a su inmutabilidad: el co-contratante de la Administración tiene derecho a recibir de la Administración una indemnización, cuando se produce la ruptura del mismo. Esto, precisamente, es lo que ha llevado a que los contratantes, cada vez con mayor frecuencia, incorporen al texto de los contratos administrativos, cláusulas de protección de la ecuación económica del mismo o de protección frente a posibles alternativas que podrían ser consideradas como mutaciones al equilibrio económico del contrato. En este supuesto están las cláusulas de revisión o variación de precios y tarifas anteriormente señaladas.

#### b. *Las cláusulas de protección frente a la ruptura del equilibrio económico*

Como hemos señalado, la Administración contratante muchas veces, antes de la aprobación de las Cláusulas de Condiciones Generales de los contratos de obra pública, había establecido cláusulas en las cuales se eximía del pago de la ruptura del equilibrio económico del contrato, prove-

138. Véase Allan R. Brewer-Carías, “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*, Universidad de Los Andes, Nº 2, Mérida, 1976, pp. 10 y 11. Véase asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 204 y ss.

139. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, cit., p. 204.

140. Véase, *Doctrina PGR 1965*, Caracas, 1966, pp. 1.158 y ss.; y *Doctrina PGR 1967*, Caracas, 1969, pp. 112-114.

nientes del aumento, para el contratante, de los costos de mano de obra derivados de contratos colectivos que alteraran, aumentándolos, los salarios y demás prestaciones sociales de los trabajadores. Este era un típico caso de cláusulas expresas de protección de la Administración frente a posibles modificaciones del equilibrio económico del contrato, libremente aceptadas por las partes contratantes.

Sin embargo, como se ha señalado, frente a las posibles rupturas de la ecuación financiera de los contratos administrativos, ahora en general se prevén cláusulas de protección de la situación co-contratante. Es el caso de las mencionadas cláusulas de revisión o variación de precios en los contratos de obras públicas, y de variación y revisión de tarifas que se establecen comúnmente en las concesiones de servicio público <sup>141</sup>.

Dentro de estas mismas cláusulas de protección de los contratantes ante las posibles mutaciones de las condiciones económicas del contrato, es de destacar aquellas de empleo generalizado, que tienden a asegurar a las partes contra las fluctuaciones de los precios, como las llamadas "cláusulas oro o plata". En este mismo caso se encuentran las cláusulas de pago en moneda extranjera, utilizada como moneda de pago o moneda de cuenta, permitidas en el artículo 95 de la Ley del Banco Central de Venezuela. Además, dentro de esas cláusulas de protección del contratante frente a rupturas de la ecuación económica del contrato se incluyen, también, las cláusulas de exención de impuestos o contribuciones, ellas mismas, formando parte del equilibrio financiero del contrato <sup>142</sup>. En este sentido, en sentencia de 9 de

---

141. Un ejemplo típico de dichas cláusulas sería, por ejemplo, el artículo segundo del convenio de prórroga del contrato celebrado entre el Ejecutivo Nacional y el Banco de Venezuela, aprobado por Ley de 19 de julio de 1954 y publicado en *Gaceta Oficial* N° 24.497 del 21 de julio de 1954, que estableció lo siguiente: "En el curso de la ejecución del presente contrato de prórroga, cualquiera de las partes podrá, de acuerdo con el resultado que arrojen las liquidaciones de la Cuenta del Gobierno Nacional, solicitar de la otra parte la revisión para el futuro de las condiciones que rigen la compensación del Banco de Venezuela por los servicios que presta en virtud del contrato".

142. En efecto, las cláusulas de los contratos administrativos como en el contrato celebrado por el Ejecutivo Nacional con el Banco de Venezuela en 1940, que contienen una exención de impuestos, además de constituir dichas exenciones parte de las ventajas económicas del contrato (contraprestación) para el co-contratante, configuran una protección para éste frente a posibles rupturas del equilibrio económico del contrato, derivadas de nuevos gravámenes que pudieran afectar directa y específicamente las actividades propias del Banco. En este sentido el artículo 20 del convenio celebrado entre el Ejecutivo Nacional y el Banco de Venezuela, S.A., no sólo consagraba una exención respecto a los posibles impuestos directos que hubieren podido gravar al Banco para el momento de la conclusión del contrato (impuestos sobre donaciones, por ejemplo) configurándose en este aspecto como parte de la contraprestación que recibía por sus servicios en relación al contrato, sino también consagraba una exención respecto a todos los impuestos directos que hubieran podido afectar las actividades específicas del Banco (Actividades bancarias) y que fueren creados por el Estado o las Municipalidades con posterioridad al contrato; estableciéndose en este aspecto, una protección contra posibles rupturas de la ecuación económica del contrato proveniente de nuevos tributos que hubieran podido afectar la actividad cotidiana y ordinaria del co-contratante con posteriori-

marzo de 1939 de la antigua Corte Federal y de Casación, en Sala Federal Accidental, el Supremo Tribunal ha dejado claramente establecido que en los contratos administrativos, las exoneraciones de derechos constituyen parte del equilibrio económico del contrato.

En efecto, en dicha sentencia la Corte expresó:

“Es digno de mencionar que a pesar del celo que generalmente se tiene en casi todos los países civilizados, por mantener incólume la garantía de la igualdad ante la ley, aun en los más democráticos a pesar de tener consignada en sus Constituciones o en la más rancia tradición aquella garantía, sus leyes consagran numerosas franquicias y exenciones, como una necesidad de interés colectivo, pues no se conceden como un favor desinteresado, sino con altos fines de política económica, como, por ejemplo, la implantación y el fomento de determinadas industrias, para lo cual hay que proporcionar halagos a los capitales que se desean atraer. Los tratadistas en materia de finanzas suelen distinguir entre los privilegios e inmunidades fiscales verdaderos y los que no lo son sino en apariencia, porque en realidad algunos sólo son auxilios o bien subvenciones indirectas, siendo uno de sus fines más frecuentes promover el fomento de determinadas industrias y proporcionar a las respectivas empresas un equilibrio económico, y se enseña que estos privilegios de mera apariencia no violan el principio de la igualdad ante la ley ni el de la universalidad de los impuestos”<sup>143</sup>.

En dicha sentencia, agrega la Corte, que a través de esas exoneraciones o exenciones, el Estado otorga a sus co-contratantes las seguridades “a fin que arriesguen la inversión de sus capitales contando con ciertas condiciones de equilibrio financiero para sus empresas”<sup>144</sup>, pues la exoneración equivale para ellos a recibir del Estado una contribución de dinero<sup>145</sup>, agregando que el mantenimiento de ese equilibrio económico es uno de los típicos derechos del contratante<sup>146</sup>.

En esta forma, concluye la Corte con lo siguiente: “Siendo la exoneración de derechos una condición del equilibrio financiero proporcionado por la ley misma a la empresa, desde que ésta nace y para mientras dure su explotación, hay que aplicarle según la doctrina ya citada, la otra regla de

---

ridad a la conclusión y aprobación del contrato; rupturas que además hubiesen podido perjudicar tanto al servicio público que se presentaba, como directamente al Fisco Nacional por la obligación que le hubiera surgido de indemnizar al Banco por las rupturas. Se trata por tanto en este caso, de una protección contractual para la Administración y para su co-contratante, el Banco de Venezuela, frente a los efectos que una ruptura de la ecuación económica del contrato por aplicación de nuevos impuestos directos pudieren haber causado.

143. Véase en *Memoria de la Corte Federal y de Casación 1940*, tomo I, pp. 338 y 339.

144. Véase en *Memoria cit. de 1940*, tomo I, p. 342.

145. Véase en *Memoria cit. de 1940*, tomo I, p. 350.

146. Véase en *Memoria cit. de 1940*, tomo I, pp. 346 y 347.

índole contractual consistente en la obligación implícita para el Estado concedente de no alterar el equilibrio"; de manera tal que si el Estado aun legítimamente, por la actuación de cualquiera de sus órganos rompe dicha ecuación, surge también "la obligación eventual para el Estado de indemnizar en este caso al concesionario (o co-contratante), según la entidad del daño o de las nuevas cargas que éste sufra"<sup>147</sup>.

c. *Las diversas causas de ruptura de la ecuación económica del contrato y el derecho a indemnización*

El desajuste o ruptura de la ecuación económica o equilibrio financiero del contrato puede provenir fundamentalmente de las modificaciones unilaterales al contrato realizadas por la Administración, de la rescisión unilateral del contrato practicada también por la Administración y de hechos ajenos a las partes contratantes. Estudiemos separadamente estas tres causas.

a'. *El derecho de indemnización derivado de las modificaciones unilaterales del contrato: el área administrativa*

Como hemos señalado, si la Administración puede por sus decisiones unilaterales, de una general, introducir cambios y modificar las obligaciones del contratista, estas intervenciones dan lugar, en contrapartida, a que éste tenga derecho a una compensación pecuniaria, es decir, tenga el derecho a una indemnización. En este sentido, la antigua Corte Federal ha señalado que:

"la extrema flexibilidad que caracteriza a los contratos administrativos en relación con la facultad de la Administración para introducir en ellos modificaciones cuando así lo exija el interés general, no la exime, de manera absoluta, de indemnizar al co-contratante, cuando para éste, sin su culpa, se ha llegado a una alteración sustancial del contrato y, desde luego, a un cambio sensible en la ecuación económica del mismo. La indemnización en estos casos, como cuando se

---

147. Véase en *Memoria cit. de 1940*, tomo I, p. 351. Aplicada esta doctrina al convenio celebrado entre el Ejecutivo Nacional y el Banco de Venezuela (Ley del 19 de julio de 1954 en *Gaceta Oficial* Nº 24.497, 21 de julio de 1954), si por cualquier acto estatal legítimo se extinguían las exenciones establecidas por la Ley en el artículo 20 del mismo, pues el carácter de Ley especial de dicho convenio había sido reconocido por la misma Sala Político-Administrativa de la Corte en sentencia de 14 de junio de 1965 (*Gaceta Oficial* Nº 760 Extraordinario de 22 de marzo de 1966, p. 5), y si como consecuencia de ello el Banco de Venezuela, S.A., se hubiera visto obligado a pagar impuestos de lo cual estaba exento, evidentemente que ello hubiera roto la ecuación económica del contrato y el Estado hubiera estado obligado a indemnizarlo "según la entidad del daño o de las nuevas cargas que éste sufra", según la doctrina de la Suprema Corte.

trata de una expropiación por causa de utilidad pública, es lo conforme con la justicia y la equidad” 148.

Ahora bien, esta indemnización debe responder a una serie de principios: en primer lugar, para que pueda ser reclamada por el contratante, éste debe haber sufrido realmente un perjuicio, que debe ser probado. Por otra parte, la indemnización debe ser integral, es decir, debe compensar la totalidad de los daños que ha acarreado la intervención de la Administración 149. De ahí que Jèze hable de que la indemnización debe cubrir el “perjuicio sufrido” y el “beneficio frustrado” 150.

Por otra parte, las bases para calcular la estimación del perjuicio son de varios órdenes y, en primer lugar, los precios contenidos en el contrato. En efecto, hemos señalado cómo en los casos de modificaciones cuantitativas, los contratos de obras públicas prevén generalmente la aplicación de los mismos precios establecidos en ellos para compensar los aumentos de obra. En estos casos, la indemnización está calculada previamente en el contrato. En esta misma forma, en los supuestos de obras no previstas en el contrato, suplementarias o complementarias, algunos contratos de obra pública prescriben la aplicación de los precios fijados en los mismos, si ello es posible 151. Si no lo es, la indemnización debe ser estimada por los contratistas o por el juez de manera tal que cubra la integralidad de los aumentos en las cargas del contrato 152.

Ahora bien, aun en los casos en que se establezca en el contrato un precio fijo para ciertos trabajos u obras y se disponga que el precio fijado se imputará a todo aumento en la cantidad de la misma, esto debe ser aplicado siempre que las condiciones de ejecución que sirvieron de base para el cálculo del precio no cambien. De ahí que si no sólo ha habido aumento en la realización de una parte de la obra, sino que en ello se hayan impuesto al contratista condiciones realmente distintas de ejecución a las originalmente previstas, éste tiene derecho a recibir una indemnización que le cubra el perjuicio sufrido por el cambio de condiciones, siempre que esos cambios sobrepasen el módulo del *standard* de la razonabilidad. Es decir, el precio global se aplica a un tipo de obra que incluye variaciones normales, pero

- 
148. Véase Sentencia de 12 de noviembre de 1954, en *Gaceta Forense*, Nº 6, 1954, p. 205; cfr. Voto salvado a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena de 15 de marzo de 1962, en Allan Randolph Brewer-Carías: “Los contratos administrativos en la jurisprudencia administrativa venezolana”, *loc. cit.* p. 144.
149. Cfr. André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, p. 395; F. Garrido Falla: *Traité de Derecho Administrativo*, cit., tomo II, p. 88.
150. Cfr. G. Jèze: *Principios Generales del Derecho Administrativo*, cit., tomo IV, pp. 234 v 354.
151. Cfr. M. Waline: “L'évolution récent de rapports de l'Etat avec ses co-contractants”, *loc. cit.*, p. 21.
152. Cfr. André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, p. 340.

no puede aplicarse a variaciones que sobrepasen lo normal en este tipo de obra.

En todo caso, tal como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, el fundamento del derecho a indemnización en estos supuestos de ejecución de contratos administrativos radica en la necesidad del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato<sup>153</sup>, concepto que ha sido acogido también por la doctrina venezolana<sup>154</sup> siguiendo la doctrina extranjera en materia de contratos administrativos<sup>155</sup>. En esta forma, si el equilibrio financiero ha sido roto por las modificaciones unilaterales impuestas al contrato por la Administración, el co-contratante tiene derecho a que se le indemnice en la medida del restablecimiento de dicho equilibrio.

Debe señalarse, en todo caso, que el retardo en los pagos debidos en un contrato de obra pública, cuando están estipulados pagos a cuenta en forma precisa en el contrato, constituye una modificación unilateral introducida por la Administración que rompe el equilibrio económico del contrato, en perjuicio del contratista, quien para ejecutar la obra debe entonces asumir gastos financieros no previstos, por causas que no le son imputables, sino que son obra de la propia Administración.

En este sentido, es claro el comentario de José Roberto Dromi al hablar de la "oportunidad del pago y estabilidad contractual":

"El contrato administrativo implica para el co-contratante, en tanto cumpla, una situación de estabilidad, económica y jurídica. Tal situación es tenida en cuenta en la oferta y celebración del contrato como derecho dado al mantenimiento del equilibrio económico y financiero durante su ejecución. Todo ello por concebirse al contrato público como un instrumento en el cual se compatibilizan los intereses de la Administración (que satisface el interés público) y el del particular (que persigue un beneficio inicialmente calculado). *La oportunidad del pago, en el tiempo convenido o unilateralmente fijado por el Estado en el pliego de condiciones, es un presupuesto de la ecuación o equilibrio financiero en el contrato administrativo. El co-contratante busca su interés financiero, y precisamente tiene derecho a que se le asegure ese beneficio, con el mantenimiento del equilibrio económico*

- 
153. Cfr. Sentencia de 12 de noviembre de 1954 de la antigua Corte Federal y sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 9 de marzo de 1939, en Allan Randolph Brewer-Carías, "Los contratos administrativos en la jurisprudencia administrativa venezolana", *loc. cit.*, pp. 148 y 141 a 143, respectivamente.
154. Cfr. Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 217; Allan Randolph Brewer-Carías, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo*, cit. pp. 204 y ss.
155. Véase por todos, André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, pp. 32 y ss.; André de Laubadère, "Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'Administration", en *L'évolution du Droit Public (Etudes en l'Honneur d'Achille Maestre)*, París, 1956, p. 391; M. A. Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, cit., p. 300.

*financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera.* Es una aplicación del principio de la "intangibilidad de la remuneración del contratista". En otros términos, sin pago oportuno no hay ecuación financiera; por ello, el derecho arbitra los sucedáneos legales para reparar la inoportunidad en el pago. . ." <sup>156</sup>.

En definitiva, forma parte de los elementos intangibles del contrato de obra pública, tanto el precio como las obligaciones a cargo de la Administración en cuanto a la forma y oportunidad del pago, por lo que el incumplimiento de las mismas, que se traduce en una ruptura de la ecuación económica del contrato, dan derecho al contratante a ser indemnizado "conforme con la justicia y la equidad" como lo afirmó la antigua Corte Federal en la mencionada sentencia de 12 de noviembre de 1954 <sup>157</sup>.

Ahora bien, esta indemnización por los daños y perjuicios causados por la modificación unilateral de la oportunidad y forma de pago, en algunas legislaciones como la Argentina, y en las cláusulas de Condiciones Generales de los contratos, como sucede en España, a veces se predetermina tomando como base el pago de intereses. Esto es lo que también sucedió en nuestro país, en los contratos de obra pública, en las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras adoptadas por Decreto N° 2.189 de 7 de junio de 1977 <sup>158</sup>, en las cuales se reguló por primera vez un lapso de pago de las valuaciones y la cláusula de pago de intereses moratorios por retraso en el pago. En el artículo 71, de dicho Decreto, en efecto, se estableció lo siguiente:

"Artículo 71. En un plazo de noventa (90) días, o en el plazo que se hubiere establecido en el Documento Principal, siempre que éste fuere mayor, contados uno u otro a partir de la fecha de presentación de las valuaciones debidamente conformadas por el Ingeniero Inspector, a la correspondiente oficina receptora del ente público, deberá efectuarse el pago de las valuaciones al Contratista.

Cuando el pago no se hiciera en el plazo anteriormente fijado, y sólo a partir de su respectivo vencimiento, el ente público pagará al contratista, por el tiempo que dure el retraso en el pago, intereses a la tasa promedio de los bonos de la deuda pública interna colocados durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de pago de los intereses correspondientes.

Para que proceda el pago de los intereses aquí estipulados se requerirá, que el monto de la valuación que los origina esté debidamente previsto en el Presupuesto del ente público, vigente para el momento de presentación de aquélla. A tales efectos, el ente público conjunta-

---

156. Véase José Roberto Dromi, "Régimen de pago en el contrato de obras públicas" en *Jurisprudencia Argentina*, cit., p. 6.

157. *Loc. cit.*, p. 205.

158. *Gaceta Oficial* N° 2.089 Extraordinario de 1977.

mente con el Contratista elaborarán un Cronograma de pago en el cual se indicarán el o los ejercicios presupuestarios en que se pagará la obra, con señalamiento expreso de la cantidad asignada a ese fin en cada uno de los ejercicios.

El referido cronograma de pago debidamente firmado por los contratantes, formará parte del contrato”.

Un artículo similar está contenido en el Decreto N° 1.821 de 30-8-91 <sup>159</sup> que modificó el N° 1.802 de 20-1-83 y que a su vez había modificado el de 1977 relativo a las mismas Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de obras, cuyo artículo 58 establece lo siguiente:

“Artículo 58. Cuando los pagos de las Valuaciones o retenciones que hubieren sido reconocidos por el Ente Contratante no se hicieren dentro de los noventa (90) días calendario contados a partir de la fecha de presentación por parte del Contratista al Ingeniero Inspector, siempre que no hubiere sido rechazada por éste o por la oficina administradora del Ente Contratante, éste pagará intereses al Contratista sobre el monto neto a pagar por el tiempo que dure la mora en el pago hasta la fecha de emisión de la correspondiente orden de pago. Los intereses se calcularán utilizando una tasa equivalente al promedio ponderado por el Banco Central de Venezuela, de las tasas pasivas que paguen los seis (6) bancos comerciales del país con mayor volumen de depósitos por operaciones de crédito a plazo, a plazos no mayores de noventa (90) días calendario.

Para que proceda el pago de los intereses aquí estipulados se requerirá, además, que el monto de la valuación que los origina esté debidamente previsto en el presupuesto del Ente Contratante, vigente para el momento de presentación de aquélla. A tales efectos se deberá tomar en cuenta el cronograma de pago vigente elaborado por el Ente Contratante y el Contratista en el cual se habrán indicado, el o los ejercicios presupuestarios en que se pagará la obra, con señalamiento expreso de la cantidad asignada a ese fin en cada uno de esos ejercicios.

El referido cronograma de pago, debidamente firmado por los Contratantes, forma parte del contrato.

Si al verificarse la revisión de las valuaciones en la forma establecida en el artículo 57 se encontrare que éstas presentan irregularidades o errores, el plazo antes señalado para comenzar a computarse los intereses, no comenzará a correr hasta que no hayan sido presentados nuevamente las valuaciones debidamente corregidas”.

De ello resulta en definitiva que, a partir de la vigencia del Decreto N° 2.189 de 1977 y en los contratos de obra pública celebrados con pos-

159. *Gaceta Oficial* N° 34.797 de 12-9-91.



terioridad al mismo, en los cuales dichas Condiciones Generales han pasado a formar parte de las cláusulas del contrato, la determinación del monto de la indemnización debida al contratista por los daños y perjuicios causados por el retraso en el pago de las obras, tiene una solución contractual traducida en el pago de los intereses moratorios.

En cambio, la situación en los contratos de obra pública celebrados con anterioridad a septiembre de 1977 y, en particular, aquellos a los cuales se aplicaron las Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de obras establecidas por Resolución N° 388 del Ministerio de Obras Públicas de 26 de agosto de 1975<sup>160</sup>, fue completamente distinta, pues en dichas Condiciones Generales sólo se estableció la oportunidad de los pagos: el anticipo, al presentarse la fianza; y los pagos parciales contra presentación de las valuaciones aprobadas, sin que se predeterminara absolutamente nada para el cálculo de los daños y perjuicios que pudieran causarse al contratista por el incumplimiento de las modalidades y oportunidades de los pagos.

Por tanto, en ausencia de regulación contractual, en esos casos no podía sostenerse que sólo era aplicable, pura y simplemente, el artículo 1.277 del Código Civil destinado a las obligaciones "que tienen por objeto una cantidad de dinero", pues, como se ha señalado, la obligación de la Administración, conforme al equivalente económico del contratista, no es sólo el pago de un determinado precio, sino, además, satisfacer la ventaja económica que significa para el contratista el pago oportuno para el financiamiento que le permite prescindir de los gastos de financiamiento no previstos al formularse la ecuación económica del contrato.

En esta forma, en los contratos de obra pública a los cuales se aplicaron las Condiciones Generales de Contratación establecidas en 1975, se estableció no sólo un precio global de la obra a ejecutar sino *una determinada y precisa forma de pago*: el anticipo al presentarse la fianza; y los pagos parciales, contra presentación de valuaciones aprobadas. Si en el curso de la ejecución de los contratos hubo retardo en los pagos, y el contratista, para poder obtener financiamiento para continuar la ejecución de las obras, tuvo que incurrir en gastos financieros, es evidente que ello significa una considerable y sustancial alteración del contrato y de la ecuación económica del mismo. En esos casos el contratista debió soportar, por culpa de la Administración, gastos no previstos ni previsibles al momento de la firma del contrato, razón por la cual tendría un indudable derecho a ser indemnizado "conforme con la justicia y la equidad" como lo ha dicho la Corte Suprema, por los perjuicios que realmente sufrió por concepto de gastos financieros, a los efectos de restablecer el equilibrio financiero del contrato, gastos que no pueden calcularse aplicándose una tasa de interés a cifras debidas durante determinado período de tiempo, sino considerado lo que efectivamente tuvo que pagar el contratista por la obtención del financiamiento requerido para

---

160. *Gaceta Oficial* N° 30.786 de 4-9-75.

continuar las obras, a pesar del retraso en el pago por parte de la Administración.

Pero, además, el ejercicio de los poderes de modificación unilateral de la Administración de los contratos administrativos, en ciertos casos pueden producir el derecho, por parte del co-contratante, a pedir la rescisión del contrato.

En efecto, cuando las modificaciones unilaterales han sido limitadas en el propio contrato, por ejemplo, en aquellos casos en que se establece un límite cuantitativo a los aumentos o disminuciones de obras, todo traspaso a dicho límite contractual da derecho al co-contratante a pedir la rescisión del contrato<sup>161</sup>. En todo caso, si los límites a las modificaciones cuantitativas no han sido previstos en el contrato y en los supuestos de modificaciones cualitativas, las modificaciones no deben pasar de cierto volumen<sup>162</sup> o de cierta magnitud<sup>163</sup> o medida<sup>164</sup>. Dicha magnitud, en los casos de modificaciones cualitativas (cambios en las condiciones de ejecución, realización de obras complementarias o adicionales) o dicho volumen, en los casos de modificaciones cuantitativas (aumentos o disminuciones de cantidad de obra a ejecutar), están señalados por el módulo de *standard* de la razonabilidad, por la capacidad técnica o financiera del contratista y por el trastorno a la economía general del contrato. En efecto, siempre que las modificaciones unilaterales al contrato sean excesivas, porque traspasen los límites de lo justo y razonable<sup>165</sup>, el co-contratante puede pedir la rescisión del contrato, dado lo inaceptable de las modificaciones<sup>166</sup>. En estos supuestos entran todas aquellas modificaciones al objeto del contrato que impliquen la ejecución de una obra nueva por el contratista, produciéndose una desnaturalización o una alteración sustancial del contrato y de las bases del mismo<sup>167</sup>. Por otra parte, el co-contratante de la Administración también tiene derecho a pedir la rescisión cuando las modificaciones impuestas sean de tal naturaleza que transformen la economía general del contrato<sup>168</sup>, o

---

161. Cfr. André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, cit., tomo II, p. 298; Enrique Sayagués Laso: *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., tomo II, p. 103; L. López Rodó y A. Guaita, "Los contratos de obras públicas en España", *loc. cit.*, p. 303.

162. Cfr. J. Rivero, *Droit Administratif*, cit., p. 108.

163. Cfr. Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 246.

164. Cfr. Gastón Jéze, *Principios generales del Derecho Administrativo*, cit., tomo IV, p. 258.

165. Véase R. Bielsa, "La locución «Justo y razonable» en el Derecho y en la Jurisprudencia", en sus *Estudios de Derecho Público*, tomo I, Buenos Aires, 1950, pp. 478 y ss.

166. Cfr. M. A. Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, cit., p. 305; Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*, cit., pp. 246 y 250.

167. Cfr. André de Laubadère: *Traté Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, pp. 389 y 390; G. Jéze, *Principios generales del Derecho Administrativo*, cit., tomo IV, pp. 255 y 258.

168. Cfr. André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, p. 389, nota Nº 9.

cuando las modificaciones sobrepasen la capacidad técnica y financiera del co-contratante <sup>169</sup>.

En estos supuestos de derecho a pedir la rescisión del contrato puede aplicarse el artículo 1.167 del Código Civil, el cual autoriza, en los contratos bilaterales, a una parte a pedir la resolución de los mismos, cuando la otra parte no ejecuta su obligación. En efecto, si, como se ha dicho, en materia administrativa rige el principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe <sup>170</sup>, ello implica que los mismos obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley. Por tanto, aun en los casos de incumplimiento de obligaciones accesorias, como las derivadas de la aplicación del artículo 1.160 del Código Civil y que configuran en estos supuestos los límites al poder de modificación unilateral anteriormente señalados, procede la posibilidad de pedir la rescisión del contrato o, en su defecto, la resolución <sup>171</sup>.

Por último, tal como se desprende de la jurisprudencia sentada por la antigua Corte Federal y de Casación, el co-contratante, como consecuencia de la introducción de modificaciones en el contrato administrativo, también tiene el derecho, en ciertos casos, de pedir una prórroga en la ejecución de la obra, cuando el retardo no le es imputable a él. Esto, por otra parte, puede verse como una aplicación a contrario del principio del artículo 1.271 del Código Civil: el co-contratante no estará obligado al pago de daños y perjuicios cuando el retardo en el cumplimiento de su obligación se debe a una causa extraña que no le es imputable, es decir, a las modificaciones unilaterales introducidas por la Administración. En este supuesto, el cocontratante tendrá derecho a que se le otorgue una prórroga para el cumplimiento de su obligación <sup>172</sup>.

b'. *El derecho de indemnización derivado de la rescisión unilateral realizada por la Administración*

Ha establecido la antigua Corte Federal <sup>173</sup>, en relación con la facultad de la Administración para rescindir administrativamente el contrato administrativo cuando así lo exija el interés general, que ese poder no la exime de manera absoluta de indemnizar al co-contratante cuando para éste, sin

169. Cfr. Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 250; P. L. Josse, "Marché de Travaux Publics", *loc. cit.*, p. 354; G. Jéze, *Principios generales del Derecho Administrativo*, cit., tomo IV, pp. 234 y 235; M. Waline, "L'évolution recente des rapports de l'Etat avec co-contractans", *loc. cit.*, p. 20.

170. Artículo 1.160 del Código Civil.

171. Véase Luigi Mosco, *La resolución de los contratos por incumplimiento* (artículo 1.124 del Código Civil), Barcelona, 1962, Cap. V, pp. 51 y ss.

172. Cfr. Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944, en *Memoria 1945*, p. 304.

173. CF. 12-11-54, en G.F. Nº 6, 1954, p. 204-206. Véase también, sentencia de la CFC de 5-12-45, en *Actuaciones en 1945*, p. 304.

su culpa, se han derivado perjuicios por la decisión unilateral. En esta forma la facultad de la Administración a rescindir el contrato administrativo unilateralmente tiene una contrapartida para el co-contratante: el derecho, a su vez, de percibir una indemnización.

Sin embargo, este derecho del co-contratante a percibir una indemnización está sometido a condiciones: que la rescisión sea pronunciada unilateralmente por la Administración en ausencia total de culpa de parte del co-contratante, es decir, que sea pronunciada, no como una sanción, sino en razón del interés público; y que esa rescisión produzca perjuicios evidentes para el co-contratante. Procesalmente, sin embargo, la Administración tiene la carga de la prueba si pretende liberarse de su obligación de indemnizar, es decir, la Administración debe pagar siempre la indemnización a menos que pruebe que hubo culpa de parte del co-contratante. Así lo ha establecido la Corte Federal <sup>174</sup>.

En las cláusulas de Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras establecidas en el Decreto N° 1.821 de 30-8-91, en todo caso, se prevé este derecho del contratista a recibir una indemnización en los casos de rescisión unilateral del contrato por causas no imputables al mismo. En estos supuestos establece el artículo 116, "el Ente Contratante le pagará al Contratista:

- a) El precio de la obra efectivamente ejecutada, calculado de acuerdo con el Presupuesto vigente del Contrato y tomando en cuenta las variaciones que haya experimentado el mismo en los términos de este Decreto, si fuere el caso.
- b) El precio de los materiales y equipos que hubiere adquirido el Contratista para ser incorporados a la obra, el cual se determinará de acuerdo con los precios del mercado para el momento de su adquisición. A esos efectos, el Contratista deberá presentar la justificación de tales gastos al Ente Contratante con las pruebas correspondientes y si éste la encontrare conforme, la someterá a la consideración del Órgano Contralor.
- c) Una indemnización que se estimará así:
  - 1) Un diez por ciento (10%) del valor de la obra ejecutada, si la rescisión ocurriere cuando no se hubieren comenzado los trabajos o los que se hubieren ejecutado tengan un valor inferior al treinta por ciento (30%) del monto original del contrato.
  - 2) Un ocho por ciento (8%) del valor de la obra no ejecutada, si la rescisión ocurriere cuando se hubiesen ejecutado trabajos por un valor superior al treinta por ciento (30%)

---

174. CF. 12-11-54, en G.F. N° 6, 1954, pp. 204-206.

del monto del Contrato pero inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo.

- 3) Un seis por ciento (6%) del valor de la obra no ejecutada, si la rescisión ocurriere cuando se hubiesen ejecutado trabajos por un valor superior al cincuenta por ciento (50%) del monto del Contrato, pero inferior al setenta por ciento (70%) del mismo.
- 4) Un cuatro por ciento (4%) del valor de la obra no ejecutada si la rescisión ocurriere cuando se hubiesen ejecutado trabajos por un valor superior al setenta por ciento (70%) del monto del Contrato, pero inferior al noventa por ciento (90%) del monto del Contrato.
- 5) Un dos por ciento (2%) del valor de la obra no ejecutada si la rescisión ocurriere cuando se hubiesen ejecutado trabajos por un valor superior al noventa por ciento (90%) del monto del Contrato”.

Además, establece el artículo 117 de las mismas cláusulas que “en casos especiales en que el Contratista hubiese contraído obligaciones como consecuencia directa del Contrato, no cubiertas en los pagos previstos en las letras a) y b) del artículo anterior, podrá presentar una justificación de esos gastos al Ente Contratante, con las pruebas correspondientes, y si éste la encontrase conforme, la someterá a la consideración del Organó Contralor a los fines de su pago”.

*c'. El derecho de indemnización derivado de actos de autoridades públicas distintas a la contratante y que rompen la ecuación económica del contrato: el álea económico*

El derecho a indemnización surge para el co-contratante, no sólo por una acción de la Administración contratante con base en sus prerrogativas, sino también por la presencia en la ejecución del contrato de hechos o actos jurídicos ajenos a la voluntad de las partes y que afecten la ecuación económica del contrato. Estos hechos constituyen el álea económico del contrato y pueden ser, o un acto de una autoridad pública distinta de la Administración contratante o lo que se ha llamado la Teoría de la Imprevisión.

En efecto, ante todo, el derecho del co-contratante a ser indemnizado por la Administración surge también cuando se altera el equilibrio financiero del contrato administrativo, como consecuencia de un acto de una autoridad pública distinta de la Administración.

Cuando el acto proviene de la misma Administración, surge el derecho a indemnización como consecuencia de la modificación unilateral del con-

trato realizada por la Administración, sin culpa del co-contratante, es decir, no imputada como sanción y produciendo esa modificación una quiebra del equilibrio financiero del contrato en forma que no haya podido preverse. Esto ya lo hemos examinado y se trata de lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha denominado "hecho del Príncipe" o "hechos de la Administración".

Ahora bien, este acto de autoridad pública distinta de la Administración contratante puede provenir de los órganos que ejercen el Poder Legislativo y el Poder Judicial, e incluso de otros órganos del Poder Ejecutivo <sup>175</sup>.

a". *La ruptura de la ecuación económica por acto legislativo*

En este sentido debe señalarse que la jurisprudencia venezolana de la Corte Suprema ha admitido el derecho del co-contratante de la Administración a ser indemnizado por la Administración, cuando se altere el equilibrio financiero del contrato administrativo como consecuencia de un acto de una autoridad pública distinta de la Administración <sup>176</sup> y concretamente, por acto del Poder Legislativo.

En efecto, como se indicó, el Supremo Tribunal, por sentencia de la Corte Federal y de Casación en Sala Político-Administrativa y en Sala Federal Accidental del 9 de marzo de 1939, sostuvo lo siguiente:

"Siendo la exoneración de derechos una condición de equilibrio financiero proporcionado por la ley misma a la empresa desde que ésta nace y mientras dure su explotación, hay que aplicarle, según la doctrina ya citada, la otra regla de índole contractual consistente en la obligación implícita para el Estado concedente de no alterar ese equilibrio; y es indudable que lo alteraría dando efecto inmediato contra las concesiones ya otorgadas, a la nueva ley que restringe el derecho de exoneración. Es tan racional la obligación de mantener ese equilibrio financiero, que aun tratándose de reformas de la ley en la parte puramente reglamentaria o estatutaria de ésta, no obstante el derecho con que el Estado o el legislador proceden en estas reformas de lo no contractual, también se reconoce en doctrina y en jurisprudencia la obligación eventual para el Estado de indemnizar en este caso al concesionario, según la entidad del daño o de las nuevas cargas que éste

175. Véase Allan R. Brewer-Carías, "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", *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, año XII, Nº 65, Caracas, 1972, pp. 86 a 93.

176. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, cit., p. 209; Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre los efectos de la ruptura de la ecuación económica de un contrato administrativo por una ley declarada nula por inconstitucionalidad", en *Cuadernos de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Mérida, 1976, pp. 5 a 26.

sufra por la reforma (Jèze, *ob. cit.*, pp. 331 y 332, edición española; p. 70, edición francesa; Bonnard, *Derecho Público*, pp. 342 a 344; *Derecho Administrativo*, pp. 561, 564 y 565; Hauriou, *ob. cit.*, p. 507; H. Berthélemy, p. 713; Nezard, *Derecho Público*, p. 300, edición de 1938). Ahora bien, siendo de principio universal que toda indemnización debe ser en un monto igual o equivalente al monto del daño o perjuicio que se está en la obligación de reparar, si el Estado concedente considerando la exoneración de derechos, según lo cree el Procurador, un precepto estatutario o reglamentario, resuelve suprimirla o restringirla, la indemnización a los concesionarios por el descalabro financiero que la reforma les ocasionaría con respecto al equilibrio antes establecido, habría de ser una suma de dinero igual a lo que a partir de la nueva ley tuviera que pagar por derechos de importación, comprendidos en la franquicia, según los términos de la legislación bajo cuya vigencia se otorgaron las concesiones. Con este razonamiento sólo quiere la Corte hacer palpable una vez más que aun si fuera inconstitucional la franquicia, como ella no es sino una subvención indirecta, la anulación del precepto, por culpa imputable al legislador mismo, al adoptar una forma inconstitucional de conceder subvenciones, dejaría vivo el derecho de los concesionarios a dicha subvención, bajo otra forma que fuera legal” 177.

En todo caso, las alteraciones del equilibrio económico del contrato, proveniente de leyes y que dan derecho a indemnización, se pueden producir, no sólo por medidas de carácter particular, sino, fundamentalmente, por leyes de carácter general, como leyes fiscales, o actos que ordenan un aumento general de precios o salarios o que regulan dichos precios. Sin embargo, por supuesto, para que dichas medidas puedan dar origen al derecho del concesionario a reclamar indemnización, deben cumplirse las condiciones generales de la existencia de la imprevisión: imprevisibilidad del hecho, suceso o circunstancia que ocasiona la mayor onerosidad; posibilidad de cumplimiento del contrato; aumento grave en la onerosidad de la prestación; y no interrupción del servicio.

b". *La ruptura de la ecuación económica por acto jurisdiccional*

Ahora bien, con base en lo anteriormente señalado, es evidente que en Venezuela tiene aplicación la concepción amplia de la teoría del hecho del príncipe que, según el decir de Eloy Lares Martínez, “abarca toda intervención de los poderes públicos que haga más difíciles u onerosas las condiciones en las cuales el contratista ha de dar cumplimiento a las obliga-

---

177. Véase en *Memoria 1940*, cit., pp. 350 y 351.

ciones contraídas”<sup>178</sup>, y así la Corte ha reconocido el derecho de indemnización, como se ha visto, “aun si fuera inconstitucional” la exoneración por la anulación del precepto legal que la contenga (y la anulación por inconstitucionalidad sólo puede ser dictada por el órgano jurisdiccional competente), “por culpa imputable al Legislador mismo, al adoptar una forma inconstitucional de conceder subvenciones”.

En el supuesto, entonces, en que se declarara la nulidad por inconstitucionalidad de la exoneración de derechos prevista en un contrato administrativo, es evidente que, como se deduce de la doctrina de la Procuraduría General de la República<sup>179</sup> existe para el co-contratante de la Administración el derecho de ser indemnizado porque “el desmejoramiento de la posición económica del contratista” proviene de una medida que es imputable al Estado”, es decir “atribuible. . . a su falta”, en la hipótesis analizada tal como lo dijo la Corte, “por culpa imputable al legislador mismo, al adoptar una forma inconstitucional de conceder subvenciones”. Por tanto, aun aplicando el criterio estricto de la teoría francesa del hecho del Príncipe<sup>180</sup> (extensivo a actos legislativos), sería procedente el derecho de un co-contratante, a ser indemnizado, pues si bien es cierto que el órgano jurisdiccional que declarase la nulidad de la cláusula de exoneración, no debe resolver “según su libre arbitrio” sino que debe aplicar “imperativamente” “el orden constitucional” y decidir “conforme a éste”, la anulación se pronunciaría, según el criterio del Supremo Tribunal, “por culpa imputable al Legislador mismo, al adoptar una forma inconstitucional de conceder subvenciones”, cumpliéndose entonces el requisito definido por la doctrina de la Procuraduría de que “para que funcione la teoría. . . el desmejoramiento de la posición económica del contratista ha de provenir de una medida que sea imputable al Estado, es decir, atribuible a su voluntad o a su falta”<sup>181</sup>.

En esta forma, la afirmación de la Procuraduría General de la República de que “el derecho a la reparación integral, consagrado en la teoría del hecho del Príncipe, se justifica en la doctrina y la jurisprudencia en los casos de medidas emanadas de los órganos legislativos y administrativos, pero no por efecto de las decisiones de los órganos que ejercen la función jurisdiccional”<sup>182</sup>, en nuestro criterio, aparentemente no tiene base ni fundamento alguno, pues, como hemos visto, si en la hipótesis estudiada el órgano jurisdiccional dicta una medida de anulación, ello se debe a alguna culpa imputable al legislador, como lo ha declarado la Corte en la sentencia señalada de 1939, lo que no cambia la situación del co-contratante

---

178. Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1963, p. 219; Cfr. A. de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo III, p. 24.

179. Oficio N° 5.203 de 27-9-66, en *Doctrina PGR 1966*, Caracas, 1967, pp. 75-78.

180. Idem.

181. Ibidem.

182. Ibidem.



cuyo derecho a recibir la indemnización equivalente a la subvención tal como lo señaló la Corte en esa oportunidad, quedaría "vivo" <sup>183</sup>.

c". *El control de la constitucionalidad de las leyes y las consecuencias de la ruptura de la ecuación económica*

Debe señalarse, en todo caso, que supuestos como el que se comenta, no se han admitido en la jurisprudencia francesa, en la cual se basa la argumentación de la Procuraduría General de la República, sencillamente porque en el sistema francés no hay ni nunca ha habido el control de la constitucionalidad de las leyes promulgadas y menos de las leyes de efectos individuales como las aprobatorias de contratos de interés público. Al contrario, en los sistemas que sí conocen de un control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, se admite en general la obligación de indemnizar del Estado a su contratante en los casos en que la Corte Suprema declare la nulidad de una ley que lesione situaciones jurídicas derivadas de un contrato aprobado por dicha ley. En efecto, si bien el problema ha sido resuelto expresamente en Venezuela donde sí existe un control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, como resulta de la sentencia citada en la Corte Federal y de Casación del 9 de marzo de 1939 <sup>184</sup>, también ha tenido una resolución clara en otros sistemas jurídicos que admiten un control similar de la constitucionalidad de las leyes, tal como se puede apreciar de las referencias que hace la más reciente doctrina sobre la materia <sup>185</sup>.

En efecto, si bien en el derecho francés no hay duda de que por la aplicación de la noción amplia de la teoría del hecho del Príncipe, el Estado está obligado a indemnizar al co-contratante en los casos en que mediante una ley (acción del Poder Legislativo) varíe las condiciones del contrato administrativo <sup>186</sup>, el supuesto de responsabilidad del Estado (obligación de indemnizar) cuando se declara inconstitucional una ley por los órganos jurisdiccionales competentes, nunca se ha planteado, por no existir en Francia dicho control concentrado a posteriori de la constitucionalidad de las leyes; y si bien, la responsabilidad del Estado por hecho legislativo se admite ahora sin discusión en virtud de la aplicación del célebre principio de la "igualdad ante las cargas públicas", es bueno recordar que si a principios de este Siglo ni el Consejo de Estado ni la doctrina la admitía, esto era en

---

183. Idem, p. 77.

184. Véase en *Memoria 1910*, cit., pp. 342 y ss.

185. Véase, J. A. Santamaría Pastor, "La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislativo", en *Revista de Administración Pública* N° 68, Madrid, 1972, pp. 57 y ss.

186. Véase la evolución de la doctrina de la responsabilidad del Estado como consecuencia de sus actos legislativos ("du fait des lois") en J. A. Santamaría Pastor, "La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislativo", *loc. cit.*, pp. 76 y ss.

virtud de no existir el control de la constitucionalidad de las leyes <sup>187</sup>. En esta forma, mal pueden plantearse las soluciones francesas que excluyen el supuesto de control de la constitucionalidad de las leyes <sup>188</sup> a otros sistemas jurídicos como el venezolano que sí admiten dicho control.

Por el contrario, si para comprender mejor la problemática puede ser útil acudir al análisis de las soluciones que muestra el derecho comparado, habría que estudiar aquellos sistemas jurídicos que, como el venezolano, admiten el control de la constitucionalidad de las leyes, y con él, el "ilícito legislativo" <sup>189</sup>; control de la constitucionalidad cuya admisión en la historia del derecho público fue, sin duda, una de las piezas esenciales que contribuyeron a la ruptura del mito de la irresponsabilidad del Estado por actos legislativos tan difundidos hasta ien entrado este Siglo. En todo caso, del análisis que puede efectuarse de la situación de la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales en Alemania e Italia, puede concluirse que se ha admitido la obligación del Estado de indemnizar cuando en virtud de una declaratoria de inconstitucionalidad se ha producido un "sacrificio especial en la persona o personas afectadas por la norma" <sup>190</sup>.

En todo caso, parece evidente de la situación planteada en los sistemas italiano y alemán, que la obligación de indemnizar que pueda surgir para el Estado respecto a su co-contratante por los sacrificios especiales y no previstos, que se le cause por la declaratoria de nulidad de una ley inconstitucional, no han dado lugar a que se hable de una responsabilidad por "acto judicial", sino de un "ilícito legislativo" pues el acto que eventualmente ocasionó el daño o sacrificio especial, no fue la decisión de la Corte Constitucional respectiva, sino la ley inconstitucional o la actuación del poder legislativo al margen de la Constitución, que posteriormente fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional. Por tanto, y sin perjuicio de que en la doctrina y jurisprudencia extranjeras se admita la responsabilidad del Estado por actos judiciales <sup>191</sup>, no debe confundirse la responsabilidad del Estado derivada del "ilícito legislativo" que se origina por una ley declarada nula por inconstitucional, con la responsabilidad del Estado derivada de los actos judiciales. De ahí que no puede admitirse como correcto el criterio de la Procuraduría General de la República de confundir la teoría amplia del hecho del Príncipe que admite nuestro ordenamiento jurídico y que obliga al Estado a indemnizar a su co-contratante

---

187. Véase J. A. Santamaría Pastor, "La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador", *loc. cit.*, pp. 75 y ss.

188. Como lo hace la Procuraduría de la República en *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1966*, cit. p. 76.

189. Véase J. A. Santamaría Pastor, "La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador", *loc. cit.*, p. 100.

190. Véase las referencias en J. A. Santamaría Pastor, "La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador", *loc. cit.*, pp. 131 y ss.

191. Véase por ejemplo, Ardant, *La responsabilité de l'état du fait de la fonction juridictionnelle*, Paris, 1954, cit. por J. A. Santamaría Pastor, "La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador", *loc. cit.*, p. 68.

cuando la ley que regulaba el contrato ha sido declarada nula, por inconstitucional, produciéndole ello un daño por ruptura de la ecuación económica del contrato, con un supuesto caso de derecho a indemnización derivado de decisiones jurisdiccionales <sup>192</sup>.

En efecto, el problema se planteó en Venezuela a raíz de la sentencia de 15 de marzo de 1962 en la Corte Suprema de Justicia, en Corte Plena, mediante la cual declaró la nulidad, por inconstitucionalidad del artículo 20 del contrato suscrito entre el Banco de Venezuela y la República para la prestación de los servicios auxiliares de Tesorería <sup>193</sup>. Dicho contrato establecía en dicho artículo 20, una cláusula de exención de impuestos municipales en favor del Banco de Venezuela, S.A. y que constituía, además de una contraprestación, una típica cláusula de protección de la situación económica del contratante. Ahora bien, si con motivo de la declaratoria de nulidad de la norma, resultó que el co-contratante tuvo que pagar dichos impuestos, por haberse atribuido a la sentencia anulatoria efectos *ex tunc*, es indudable que la ecuación económica del contrato se rompió y el Estado tenía que indemnizar al Banco, no en virtud de una supuesta responsabilidad originada por acto jurisdiccional, sino en virtud de la ley inconstitucional. Este, por otra parte, ha sido criterio seguido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al señalar que la anulación por la Corte Suprema de Justicia de una ley por inconstitucional se produce "por culpa imputable al legislador mismo, al adoptar una forma inconstitucional" <sup>194</sup>, lo que excluye cualquier supuesto de "culpa del órgano jurisdiccional"; o lo que es lo mismo, si alguna obligación de indemnizar a un particular o co-contratante surge para el Estado con motivo de la decisión de la Corte, ella no es por un supuesto "ilícito judicial" sólo admisible en los casos de errores judiciales, sino de un "ilícito legislativo" consecuencia del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.

Por otra parte, argumentarse que no procederá una indemnización para el co-contratante de la Administración cuando la Corte Suprema de Justicia ha declarado la nulidad de una ley por inconstitucionalidad, modificándose la ecuación económica del contrato, en virtud de que desde el momento en que la ley se dictó podía preverse razonablemente que la ley podía declararse nula por inconstitucionalidad, tal como lo hace la Procuraduría General de la República <sup>195</sup>, equivale a la monstruosidad jurídica de invertir la presunción de constitucionalidad que acompaña a todas las leyes por una presunción contraria de "inconstitucionalidad" de las leyes, lo cual es inadmisibles. En efecto, la Procuraduría General de la República al emitir dictamen sobre la cita de saneamiento y garantía de la República solicitada por el Banco de Venezuela, S.A., en relación a su derecho a ser indemnizado

192. Véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1966*, cit., p. 77.

193. Véase en G.O. Nº 760 Extraordinario de 15-3-62.

194. Véase Sentencia citada del 9 de marzo de 1939, *Memoria 1940*, cit., p. 351.

195. Véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1966*, cit., p. 78.

por ruptura de la ecuación económica del contrato, e indicar que dicha indemnización sólo procedería en los casos de actos o hechos imprevisibles, señala que “la anulación del artículo 20 del contrato no era, en el momento de su firma, una eventualidad totalmente imprevisible, por cuanto la inconstitucionalidad de dicho artículo 20 era punto menos que evidente”<sup>196</sup>. Al contrario, en virtud de la presunción de la constitucionalidad de las leyes que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido reiteradamente<sup>197</sup>, la anulación del artículo 20 del convenio celebrado entre el Ejecutivo Nacional y el Banco de Venezuela, S.A., no podría “razonablemente” preverse desde el momento en que aun habiendo debates de las Cámaras Legislativas sobre la inconstitucionalidad de la exención, el Congreso, por ley de la República, la sancionó y aprobó. No puede pretenderse que los particulares se encuentren desprovistos absolutamente de seguridad jurídica respecto de ciertas leyes cuando a pesar de haberse sancionado y estar en pleno vigor, en el momento de su discusión alguien sostuvo la inconstitucionalidad, en el caso al cual se refiere la Procuraduría, para el momento de concluirse el contrato, no era tal evidencia sino sólo una cuestión de opinión, y tan es así, que a pesar de las opiniones que la sostenían, las Cámaras Legislativas sancionaron la Ley. Ante eso no puede pretenderse que el contratante debía desconocer la ley y “prever” su anulación desde el mismo momento de su promulgación en virtud de una especie de presunción de “inconstitucionalidad”; ello, ciertamente, no está dentro de la razonabilidad de lo que puede preverse, al contrario, sería antagónico a los principios fundamentales que conforman nuestro ordenamiento constitucional.

Ahora bien, admitida la posibilidad de que se produzca ruptura de la ecuación económica del contrato en virtud de la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de una ley, tal como sucedió en el caso planteado, quedaría por analizar si en el supuesto que el Banco de Venezuela, S.A., hubiese tenido que pagar impuestos municipales supuestamente causados antes de que se declarara la nulidad por inconstitucionalidad, ello constituiría una ruptura de la ecuación económica o equilibrio financiero del Contrato. El problema, en efecto, no plantea mayores inconvenientes desde el punto de vista jurídico: estando previsto en el contrato que el Banco de Venezuela no debía pagar ningún impuesto municipal en ninguna de las Municipalidades en las cuales tuviera agencias o sucursales, el hecho de que en cualquier eventualidad, al declararse la nulidad por inconstitucionalidad del artículo de la ley aprobatoria del contrato que establecía la exención, la referida institución bancaria hubiese tenido que pagar dichos impuestos, no previstos al celebrarse el contrato, evidentemente que produce la ruptura del equilibrio económico del contrato, y la obligación de la Administración de indemnizarlo dentro “de los límites justos a los cuales llegue el perjuicio

196. Véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República* 1966, cit., p. 78.

197. Véase las referencias en J. A. Andueza, *La Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano*, Caracas, 1955, p. 90.

ocasionado" <sup>198</sup>, es decir, en todas las cantidades que el Banco hubiese tenido que pagar por concepto de impuestos municipales. Argumentar al contrario, como lo hizo la Procuraduría General de la República, que en el caso no ha habido alteración alguna de la ecuación financiera porque la "exención impositiva contemplada en el artículo 20 de la ley aprobatoria, por inconstitucional, debe ser considerada como si jamás hubiera existido", y que "la decisión del máximo tribunal de la República no hizo sino declarar cuál era el contenido exacto del contrato desde el momento mismo de su formalización y, por tanto, ningún cambio aportó a la relación contractual ni a los beneficios económicos que de ella podrían legítimamente derivar para cada una de las partes" <sup>199</sup>, no es más que plantear un pretendido efecto retroactivo y carácter declarativo de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia dictadas conforme a la atribución 3ª del artículo 215 de la Constitución, en lugar de los efectos profuturo (*ex nunc*) que tienen, en virtud de ser de carácter constitutivas <sup>200</sup>. Por tanto, en virtud de que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 15 de marzo de 1962, sólo debía sufrir efectos a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República el 22 del mismo mes y año, y sólo hacia el futuro, es evidente que el artículo 20 debía producir con anterioridad a esa fecha, todos sus efectos, debiendo quedar, por tanto, la exención de impuestos municipales declarada nula por inconstitucionalidad el 15 de marzo de 1962, plenamente vigente hasta la fecha de publicación de esa sentencia. En esta forma, todo pago de impuestos municipales que el Banco hubiera tenido que hacer, violaría la exención prevista en el contrato y obligaría al Estado a indemnizar <sup>201</sup>.

En todo caso, en el supuesto de que se atribuyera a la sentencia efectos retroactivos, como sucedió en 1978, por ser mero declarativa, con mayor razón, por la inconstitucionalidad cometida por el legislador al aprobar una ley declarada posteriormente nula por la Corte, el Banco tenía derecho a indemnización por la ruptura de la ecuación económica del contrato al verse constreñido a pagar algún impuesto municipal supuestamente causado con anterioridad al 15 de marzo de 1962, como en efecto sucedió.

Como consecuencia de lo anterior puede concluirse que en el caso señalado del contrato del Banco de Venezuela, S.A., éste tenía una acción contra la República para el pago de la suma de dinero que fuere condenado a pagar por concepto de impuestos municipales, por ruptura de la ecuación

---

198. Véase Sentencia de la Corte Federal del 12 de noviembre de 1954 en *Gaceta Forense*, N° 6, pp. 204 y ss.

199. Véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República* 1966, cit., p. 78.

200. Véase Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de las leyes*. Caracas, 1980, pp. 188 y ss.

201. Llevado el conflicto por la vía judicial ordinaria para el cobro de impuestos atrasados, el asunto llegó a la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, la cual atribuyó efectos *ex tunc* a la sentencia, es decir, mero declarativos y retroactivos. Sentencia de 10-8-78 en *Gaceta Forense* N° 101, 1978, pp. 591-592. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1987, pp. 199 y ss.

económica del contrato, en virtud de que la exención de pagar dichos impuestos consagrada en el artículo 20 de la Ley Aprobatoria del contrato, constituía una de las contraprestaciones que recibiría el Banco por los servicios prestados al Gobierno Nacional como Banco Auxiliar de la Tesorería.

d'. *El estado de imprevisión: el álea económico*

La teoría de la imprevisión o de los riesgos imprevisibles como causa de indemnización para el co-contratante por parte de la Administración, por la ruptura del equilibrio financiero del contrato administrativo, es creación de la jurisprudencia del Consejo del Estado francés en la célebre decisión "*Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*", conocida como Gas de Burdeos, de 30 de marzo de 1916 <sup>202</sup>. Según la jurisprudencia francesa posterior a la señalada decisión, la imprevisión debe reunir las siguientes características: debe tratarse de un hecho anormal, excepcional e ~~imprevisible~~ que provoque un descalabro importante en el equilibrio económico del contrato; los hechos que lo causan no deben hacer imposible la ejecución de las obligaciones, sino importantemente más onerosa; los hechos deben ser extraños a la voluntad de los contratantes y el desequilibrio financiero debe ser temporal.

Entonces, la teoría de la imprevisión es distinta del caso fortuito o fuerza mayor, en el sentido de que éstos deben impedir o imposibilitar la ejecución del contrato por un hecho definitivo y no temporal <sup>203</sup>.

La jurisprudencia administrativa venezolana no se ha pronunciado concretamente sobre el particular. Sin embargo, en justicia y equidad la teoría puede ser aplicada en el país, tal como lo ha admitido la Procuraduría General de la República <sup>204</sup>.

En efecto, cuando la utilidad que el co-contratante debe percibir calculada razonablemente, no se produce en razón de circunstancias ajenas totalmente al co-contratante, provenientes de hechos extraordinarios que no pudieron razonablemente preverse y que tornan excesivamente más oneroso el contrato y el cumplimiento de las obligaciones que él impone, el co-contratante tiene derecho en justicia y equidad al reajuste de las tarifas o del precio pactado, o al pago, en su defecto, de una indemnización por parte de la Administración, que cubra su escalabro económico en todo lo que pueda exceder de la situación normal y previsible del contrato, generalmente de tracto sucesivo.

202. Long, Weil y Braibant, *Les grands arrêts*. . . , cit., p. 124.

203. Sobre la fuerza mayor en relación a los contratos administrativos, véase *Doctrina PGR 1970*, Caracas, 1971, pp. 103-106 y *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969-1976*, tomo IV, Caracas, 1976, p. 239.

204. Véase en *Doctrina PGR 1967*, Caracas, 1969, p. 52; *Doctrina PGR 1972*, Caracas 1973, pp. 125 y ss.; *Doctrina PGR 1977*, Caracas, 1978, pp. 42 y ss.; *Doctrina PGR 1980*, Caracas, 1981, pp. 60-62; y *Doctrina PGR 1981*, Caracas, 1982, pp. 42 y ss.

Vemos, con la aplicación de la teoría de la imprevisión, una derogación del principio *pacta sunt servanda* y la aplicación del principio *contractus qui habent tratun sucessivum et dependentia de futuro rebus sic stantibus inteligentur*.

El fundamento de la teoría es, en todo caso, la necesidad de prestación del servicio o la necesidad de realizar la actividad de interés general en razón de la finalidad de servicio público que se persiguió al contratar. Y ello porque la situación del co-contratante en estos casos es, hasta cierto punto, trágica: no puede ejecutar el contrato sin tener que soportar grandes pérdidas, y no puede dejar de ejecutarlo en razón del interés general. Entonces es justo y equitativo que la Administración lo indemnice, sobre todo si se tiene presente que ella posee poderes exorbitantes. Estamos entonces en presencia de una especie de contrapartida del co-contratante, a los poderes unilaterales de la Administración.

Es indudable que la teoría de la imprevisión ha sido reconocida expresamente en las cláusulas de "Condiciones Generales de contratación en la ejecución de obras públicas", al preverse en diversos artículos, pagos por variaciones de precios (cláusulas de variación de precios) <sup>205</sup>. Además, dichas cláusulas han consagrado otros supuestos de imprevisión.

Por ejemplo, el artículo 35 de las mencionadas cláusulas establece que en caso de una emergencia en el trabajo que provocare un *peligro para la seguridad e integridad* de las personas, de las propiedades o de la propia obra o parte de ella, el Contratista debe *actuar de inmediato para evitar que se produzcan los daños o para disminuirlos* en lo posible, si es que no puede evitarlos totalmente; para lo cual debe notificar con la urgencia del caso al ente contratante sobre los hechos y las medidas tomadas durante la emergencia.

En estos supuestos, el ente contratante debe pagar al Contratista una compensación por los trabajos efectuados como consecuencia de la emergencia, si de la averiguación que hiciere el ente contratante se comprobare la necesidad de ellos, previa presentación por parte del Contratista de las cuentas y comprobantes de los gastos y una constancia del Ingeniero Inspector sobre los elementos utilizados por el Contratista durante la emergencia. *Esta compensación debe ser equivalente a los gastos comprobados ante el ente contratante, más el porcentaje que por concepto de gastos de administración y utilidad se haya previsto en el contrato en los análisis de precios unitarios* <sup>206</sup>.

Otro supuesto de imprevisión regulado en el Decreto N<sup>o</sup> 1.821 se refiere a los perjuicios sufridos por el Contratista por haberse paralizado la obra a causa de no haber obtenido el ente contratante los derechos de paso u ocupación o de que no se hubieren hecho las expropiaciones correspondientes, en caso de que ello fuera necesario para la ejecución de la obra <sup>207</sup>.

205. Artículos 62 a 67, Decreto N<sup>o</sup> 1.821 de 30-8-91.

206. Art. 36.

207. Art. 39.

Debe señalarse, por otra parte, que para contrarrestar los efectos de cambios económicos imprevistos en los contratos administrativos, como se ha dicho, es cada vez más frecuente la previsión contractual de cláusulas de revisión o variación de precios o tarifas. Estas cláusulas, hasta cierto punto, configuran una especie de solución convencional preestablecida de las situaciones de imprevisión.

Por tanto, y en principio, cuando el contrato administrativo contiene ese tipo de cláusulas, ante los cambios económicos previstos, no habría otro derecho del co-contratante o concesionario distinto que la aplicación automática de la variación de tarifas.

Sin embargo, el problema surgiría en aquellos supuestos de cambios fiscales que podrían dar lugar a la variación automática de las tarifas, pero que una vez producidos, el concesionario no podría aplicarlas, en virtud de la existencia de una regulación de precios establecida por autoridades nacionales. En estos supuestos, no hay duda, la regulación de precios establecida nacionalmente impediría la aplicación de la cláusula de variación de precios. Sin embargo, ello implicaría que el concesionario tendría derecho a reclamar de la Administración una indemnización equivalente por la imposibilidad de aplicación de la cláusula contractual, lo que daría lugar a la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión.

La situación, por lo demás, se ha presentado en otros países, y ha recibido esta solución. En relación a Francia, por ejemplo, André de Laubadère señala que la solución de la jurisprudencia ha sido que la imprevisión puede aplicarse, a pesar de la existencia de cláusulas de variación de tarifas, "en aquellos casos en que las cláusulas no pueden aplicarse; el caso se ha presentado en Francia en numerosas oportunidades desde 1940 como consecuencia de medidas autoritarias de regulación o congelación de precios; estas medidas han paralizado el juego de las cláusulas de variación, y en estas circunstancias los co-contratantes han podido acudir a la teoría de la imprevisión <sup>208</sup>.

#### d. *El monto de la indemnización*

La jurisprudencia de la Corte <sup>209</sup> ha señalado que la indemnización no puede nunca trascender más allá de los límites justos a los cuales llegue el perjuicio ocasionado, es decir, que la indemnización debe ser en su monto igual y equivalente a la monta del daño o perjuicio que se está obligado a reparar. Es aplicación de los principios generales de la materia. La determinación del monto de la indemnización, en todo caso, corresponde a la autoridad judicial si hay inconformidad del co-contratante con el monto que proponga la Administración.

208. A. de Laubadère, *op. cit.*, tomo III, p. 111.

209. CF. 12-11-54, G.F. N° 6, 1954, pp. 204-26. Véase también sentencia CFC 9-3-39, *Resumen CFC en SPA 1940-1951*, p. 70. (Memoria 1940, tomo I, p. 350).



Sin embargo, algunos principios pueden establecerse en relación a esta indemnización: en primer lugar, para que pueda ser reclamada por el contratante, éste debe haber sufrido realmente un perjuicio, que debe ser probado. Por otra parte, la indemnización debe ser integral, es decir, debe compensar la totalidad de los daños que ha acarreado la intervención de la Administración <sup>210</sup>. De ahí que Jèze hable de que la indemnización debe cubrir el "perjuicio sufrido" y el "beneficio frustrado" <sup>211</sup>.

Por otra parte, las bases para calcular la estimación del perjuicio son de varios órdenes y, en primer lugar, los precios contenidos en el contrato. En efecto, hemos señalado cómo en los casos de modificaciones cuantitativas, los contratos de obras públicas prevén generalmente la aplicación de los mismos precios establecidos en ellos para compensar los aumentos de obra. En estos casos la indemnización está calculada previamente en el contrato. En esta misma forma, en los supuestos de obras no previstas en el contrato, suplementarias o complementarias, algunos contratos de obra pública prescriben la aplicación de los precios fijados en los mismos, si ello es posible <sup>212</sup>. Si no lo es, la indemnización debe ser estimada por los contratistas o por el Juez, de manera tal que cubra la integridad de los aumentos en las cargas del contrato <sup>213</sup>.

Ahora bien, aun en los casos en que se establezca en el contrato un precio fijo para ciertos trabajos de la obra y se disponga que el precio fijado se imputará a todo aumento en la cantidad de la misma, esto debe ser aplicado siempre que las condiciones de ejecución que sirvieron de base para el cálculo del precio no cambien. De ahí que si no sólo ha habido aumento en la realización de una parte de la obra, sino que en ello se han impuesto al contratista condiciones realmente distintas de ejecución a las originalmente previstas, éste tenga derecho a recibir una indemnización que le cubra el perjuicio sufrido por el cambio de condiciones, siempre que esos cambios sobrepasen el módulo del *standard* de la razonabilidad. Es decir, el precio global se aplica a un tipo de obra que incluye variaciones normales, pero no puede aplicarse a variaciones que sobrepasen lo normal en este tipo de obra.

En todo caso, tal como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, el fundamento del derecho a indemnizar en estos supuestos de ejecución de contratos administrativos radica en la necesidad de mantener la ecuación económica del contrato, de manera que si el equilibrio financiero ha sido

---

210. Cfr. André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, p. 395; F. Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., tomo II, p. 88.

211. Cfr. G. Jèze, *Principios generales del Derecho Administrativo*, cit., tomo IV, pp. 234 y 254.

212. Cfr. M. Waline, "L'évolution récent de rapports de l'Etat avec ses co-contractants", *loc. cit.*, p. 21.

213. Cfr. André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, cit., tomo II, p. 340.

roto por las modificaciones unilaterales impuestas al contrato por la Administración, el co-contratante tiene derecho a que se le indemnice en la medida del restablecimiento de dicho equilibrio.

#### 4. LAS OBLIGACIONES DEL CO-CONTRATANTE DE LA ADMINISTRACION

##### A. *La obligación de ejecutar personalmente las obligaciones del contrato*

###### a. *La ejecución personal*

Ya hemos señalado que los contratos de la Administración son casi siempre celebrados *intuitu personae* y, por tanto, en principio, el co-contratante debe ejecutar personalmente su obligación. Si en la formación del contrato hay limitaciones en la libertad contractual, porque la Administración en muchos casos no es libre de escoger a su co-contratante, una vez escogido éste por procedimientos especiales, en razón de solvencia y capacidad económica y técnica, no puede librarse de su obligación ni de ella puede relevarlo el Estado, salvo en casos especiales. Por tanto, el co-contratante de la Administración tiene la obligación de ejecutar las obligaciones a su cargo, exactamente como han sido contraídas <sup>214</sup>, y debe hacerlo personalmente y de buena fe <sup>215</sup>.

El carácter *intuitu personae* de los contratos administrativos implica, fundamentalmente, dos consecuencias: en primer lugar, la obligación para el co-contratante de no ceder ni traspasar el contrato. Este principio general rige mientras una norma especial no exima de su cumplimiento y, en todo caso, la cesión debe hacerse con conocimiento y autorización de la Administración.

Sin embargo, aun cuando la ley permita el traspaso del contrato, éste no puede ser efectuado a Estado o entidades oficiales extranjeras ni sociedades no domiciliadas en Venezuela sin la previa aprobación del Congreso <sup>216</sup>.

En esta forma, el contratista, en los contratos para la ejecución de obras, no puede ceder ni traspasar el contrato en forma alguna, ni en todo ni en parte, salvo que obtenga autorización del ente contratante <sup>217</sup>. Sin embargo, de acuerdo a las condiciones generales de contratación para la ejecución de obras, se consideran que no tienen el carácter de cesión del contrato, por lo que no requieren autorización previa del ente contratante, los convenios que celebre el Contratista con terceras personas para ejecutar alguna o algunas partes de la obra <sup>218</sup>.

214. Artículo 1.264 del Código Civil.

215. Artículo 1.160 del Código Civil.

216. Artículo 126 Constitución.

217. Artículos 5 y 6 Decreto N° 1.821 de 30-8-91.

218. Artículo 7.

### b. *La diligencia en la ejecución*

En razón de la finalidad de servicio público y del interés general que se persigue al contratar, el co-contratante de la Administración debe ejecutar sus obligaciones con el máximo de diligencia y no solamente con la diligencia de un buen padre de familia exigida en los contratos civiles <sup>219</sup>. Y ello porque en el contrato de la Administración no sólo están en juego intereses particulares, sino intereses públicos y prestaciones de utilidad general.

El co-contratante de la Administración, al contratar con ésta, materialmente se convierte en un colaborador de ella en la consecución de la finalidad de servicio público perseguida: por ello se le exige el máximo de diligencia y esfuerzo en la ejecución de sus obligaciones contractuales.

De acuerdo a ello, por ejemplo, en las cláusulas generales de contratación para la ejecución de obras, se exige que el contratista se obligue a prestar "la más cuidadosa atención al contenido del contrato con miras a darle *estricto cumplimiento*", por lo cual debe mantenerse en el sitio de la obra y en condiciones normales de trabajo, toda la maquinaria y equipos que fueren necesarios para la correcta ejecución de la obra, y *no puede retirarlos* de allí sin la autorización escrita del ente público, aunque el contrato se resuelva o extinga anticipadamente, sea cual fuere la causa. Por ello, de ser el caso, el ente contratante indemnizará al Contratista por el uso de las maquinarias y equipos <sup>220</sup>. Además, se exige que el Contratista mantenga en el sitio de trabajo todo el *personal* técnico, administrativo y obrero que fuere necesario para el cumplimiento del contrato <sup>221</sup>.

### B. *La interpretación del contrato*

En el derecho administrativo, como en el derecho civil, el consensualismo contractual no es extremadamente rígido sino que los contratos obligan, no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos, según la equidad, el uso y la ley <sup>222</sup>.

Sin embargo, en derecho administrativo la interpretación del contrato en cuanto al alcance de las obligaciones en él estipuladas tiene una mayor amplitud, ya que están en juego los intereses públicos. Por ello obligan también a cumplir todas las consecuencias derivadas de la finalidad de servicio público que se ha tenido al contratar.

Por otra parte, y en cuanto a la inteligencia del contrato, la antigua Corte Federal ha sostenido que la Administración tiene facultad para tomar decisiones ejecutivas al respecto <sup>223</sup>, lo que implica el poder de la Administración de interpretar el alcance de las obligaciones del co-contratante.

219. Artículo 1.270 del Código Civil.

220. Artículo 19. Decreto N° 1.821, cit.

221. Artículo 20. Decreto N° 1.821, cit.

222. Artículo 1.160 del Código Civil.

223. CF. 12-11-54, G.F. N° 6, 1954, pp. 191-194.

### C. Las garantías de cumplimiento

Ya hemos señalado, al referirnos a las cláusulas obligatorias en los contratos de la Administración, la existencia de las cláusulas de garantía que el contratista debe otorgar, para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, las cuales tienen una regulación dispersa, aun cuando con fundamento general en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

En particular, en cuanto a los contratos para la ejecución de obras, el Decreto Nº 1.802 de 20 de enero de 1983, contenido de las condiciones generales de contratación para la ejecución de obras, por ejemplo, establece como principio general que *para garantizar el cumplimiento* de todas las obligaciones que asume según el contrato, el Contratista debe constituir previamente a la firma del mismo, una fianza de fiel cumplimiento *otorgada por un instituto bancario o una empresa de seguros*, a satisfacción del ente contratante, de acuerdo con texto elaborado por éste y hasta por la cantidad que se indique en el Documento Principal. Dicha fianza debe ser solidaria y constituida mediante documento autenticado o registrado y debe incluir mención expresa de que el fiador renuncia a los beneficios que le acuerdan los artículos 1.883, 1.834 y 1.836 del Código Civil <sup>224</sup>.

Sin embargo, las mismas cláusulas de condiciones generales prevén la posibilidad de que a solicitud del Contratista, el ente contratante pueda acordar que sea sustituida esta fianza de fiel cumplimiento, por una *retención* que se debe hacer en cada una de las valuaciones de obra ejecutada, hasta cubrir una cantidad igual al monto de la fianza.

El ente contratante también puede acordar a solicitud del Contratista, que sea sustituida la fianza del fiel cumplimiento por una *garantía real* sobre bienes de propiedad de éste o de un tercero.

En todo caso, la fianza o la garantía real que la sustituya, están sujetas a la aprobación previa del Órgano Contralor <sup>225</sup>.

Por último, debe señalarse que la garantía que se constituya debe estar vigente hasta que se efectúe la recepción definitiva de la obra ejecutada <sup>226</sup>.

---

224. Artículo 10.

225. Artículo 11.

226. Artículo 12.



## VIII

# LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION



## 1. LA INEJECUCION DE LAS OBLIGACIONES

### A. *El principio: los daños y perjuicios*

El cumplimiento inexacto de las obligaciones contractuales, la inejecución de dichas obligaciones o el retardo en la ejecución de las mismas produce, por parte del contratante incumplidor, la responsabilidad por daños y perjuicios<sup>1</sup> y el derecho, por parte del contratante cumplidor, de exigir judicialmente dicha responsabilidad. Esta es la aplicación de las normas fundamentales del Código Civil.

En el caso de no ejecución de la obligación de hacer por parte del co-contratante, por ejemplo, en los contratos de obra pública, la Administración puede ejecutarla ella misma o hacerla ejecutar a costa del co-contratante administrativamente. Si el co-contratante lo que incumple es una obligación de no hacer, por el solo hecho de la contravención, queda responsable de pagar los daños y perjuicios que su incumplimiento cause a la Administración.

En este sentido, por ejemplo, las cláusulas de condiciones generales de contratación para la ejecución de obras dictadas por el Decreto 1.821 de 1991, establecen expresamente en su artículo 74, lo siguiente:

“Artículo 74. El Contratista será el *único responsable* por la buena ejecución de la obra.

Si se encontrare que alguna parte de la obra ha sido ejecutada en *forma defectuosa*, el Contratista deberá repararla o reconstruirla, según el caso, a sus expensas.

Si el Contratista *se negare* a ello o no corrigiere oportunamente los defectos, el ente público *podrá hacerlo con sus propios elementos o con los del Contratista o encomendar esas reparaciones o reconstrucciones a terceras personas*.

El *costo de los trabajos* que sea necesario realizar en la forma antes *indicada*, más los *daños y perjuicios* correspondientes, se deducirán de lo que el ente contratante adeude al *Contratista por cualquier concepto*.

Si hubiere necesidad de utilizar equipos o materiales del Contratista, se le acreditará a éste lo que corresponda por el uso de ellos.

---

1. Artículo 1.264 y 1.271 C.C.



El Contratista tendrá derecho a solicitar del ente contratante una *comprobación de los gastos* que por ese concepto se hubieren ocasionado.

Las disposiciones anteriores no afectan el derecho que le corresponde al ente contratante de rescindir unilateralmente el contrato y de hacer uso de las demás garantías, recursos, retenciones y acciones que le otorgan el contrato y las leyes”.

En todo caso, en materia de obras públicas, la responsabilidad del contratista establecida en esta norma, se entiende sin perjuicio de la responsabilidad que para los empresarios y los profesionales respectivos establece el artículo 1.637 del Código Civil <sup>2</sup>.

En cuanto a la Administración, el ente público contratante también responde por los daños y perjuicios derivados de la inejecución de sus obligaciones contractuales. Además, como ya se ha señalado, responde por la ruptura de la ecuación económica del contrato provocado por actos de la autoridad pública.

En todo caso, y dejando aparte las consideraciones efectuadas sobre la responsabilidad por el incumplimiento por parte de la Administración de la obligación de pagar al contratista en una forma determinada y estipulada, que en nuestro criterio la obliga a indemnizar al contratante, en materia de contratos de obra pública, los retardos en el pago de las cantidades de dinero que se adeuden al contratista por las valuaciones presentadas, vencido un plazo de 90 días después de la presentación, obligan al ente contratante a pagar intereses al contratista *sobre el monto neto a pagar por el tiempo que dure la mora en el pago hasta la fecha de emisión de la correspondiente orden de pago. Los intereses se calcularán utilizando una tasa equivalente al promedio ponderado por el Banco Central de Venezuela, de las tasas pasivas que paguen los seis (6) bancos comerciales del país con mayor volumen de depósitos por operaciones de crédito a plazo, a plazos no mayores de noventa (90) días calendario.* Sin embargo, para que *proceda el pago de los intereses* señalados, las cláusulas de condiciones generales de contratación de obras establecen que se requerirá, además, que el *monto* de la evaluación que los origina esté debidamente previsto en el *Presupuesto del ente público*, vigente para el momento de presentación de aquella <sup>3</sup>.

Aparte de este supuesto, en todo caso en el cual la obligación de la Administración sea la entrega de cantidades de dinero, es responsable del pago del interés legal por inejecución o retardo en la ejecución de su obligación <sup>4</sup> desde el día en que se constituya en mora, es decir, desde el ven-

---

2. Artículo 77 del Decreto N° 1.821 de 30-8-91. Véase L. Corsi, *La responsabilidad decenal*. Caracas, 1979.

3. Artículo 58 del Decreto N° 1.821.

4. Artículos 1.277, 1.745 y 1.746 del Código Civil.

cimiento del plazo, si se ha estipulado, o desde el requerimiento que le haga el co-contratante <sup>5</sup>.

### B. *El monto de los daños y perjuicios*

Los daños y perjuicios, en todo caso, no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de las obligaciones <sup>6</sup>. Para el caso de que no haya dolo en el incumplimiento de la obligación, el incumplidor no queda obligado sino por los daños y perjuicios que hayan podido preverse al tiempo de la celebración del contrato <sup>7</sup>.

En estos casos la autoridad judicial competente debe fijar el monto de los daños y perjuicios.

Sin embargo, las partes pueden, en el momento de conclusión del contrato, prever el monto de los daños y perjuicios: estamos entonces en presencia de la obligación con cláusula penal. Y ésta no es más que la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación <sup>8</sup>.

En esta forma las partes fijan de antemano la indemnización que debe pagarse a título de daños y perjuicios por cualquier infracción de las cláusulas contractuales. Con ello se libera el actor de la obligación de probar los daños sufridos y su valor en dinero; por su parte, el infractor sabe anticipadamente a cuánto alcanza la indemnización que debe, sin exponerse a un pago exagerado superior a los recursos de que dispone <sup>9</sup>.

En materia de contratos de obra pública, por ejemplo, las cláusulas penales generales se establecen por los retrasos en el comienzo y en la terminación de la obra, calculadas por día de retraso <sup>10</sup>.

Pero en todo caso la cláusula penal debe ser expresa. No puede nunca presumirse. Si las partes no han hecho por esa vía la fijación de los daños y perjuicios, a falta de acuerdo entre las partes corresponde hacerlo al Juez del contrato.

La existencia de una cláusula penal, sin embargo, no exime al acreedor de la obligación de probar los daños y perjuicios ocasionados en caso de controversia, ni de probar el incumplimiento por parte del deudor <sup>11</sup>.

Por otra parte, en ausencia de cláusula penal expresa, y en caso de incumplimiento del co-contratante de la Administración, no puede esta última

---

5. Artículos 1.269 y 1.277 del Código Civil. Por otra parte creemos que no podría considerarse que hay incumplimiento por parte de la Administración cuando el Ministerio respectivo retarda el pago de las cantidades debidas al co-contratante como consecuencia del normal trámite administrativo y de Contraloría, de ordenación de pagos. Véase al respecto el *Informe de la Fiscalía General de la República al Congreso*, 1960, Caracas, 1961, p. 477.

6. Artículo 1.275 del Código Civil.

7. Artículo 1.274 del Código Civil.

8. Artículo 1.258 del Código Civil.

9. CFC-SF, 17-3-52, G.F. N<sup>o</sup> 10, 1952, p. 155-160.

10. Artículos 18 y 93, Decreto N<sup>o</sup> 1.821 de 1991.

11. CFC-SF, 17-3-52, G.F. N<sup>o</sup> 10, 1952, p. 155-166.

apropiarse ejecutivamente de la garantía dada por el co-contratante para el cumplimiento de sus obligaciones. La garantía sólo tiene una finalidad: garantizar el cumplimiento de las obligaciones del co-contratante. Probado o aceptado un incumplimiento, los daños no están probados y, por consiguiente, el montante de éstos es totalmente desconocido. Así, después de fijados los daños y perjuicios amigablemente o por la autoridad judicial competente, la Administración puede disponer lo que le corresponda por ese concepto de la garantía dada en el momento de la conclusión del contrato por su contratante <sup>12</sup>.

## 2. LAS CAUSAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

El contratante no está obligado a pagar daños y perjuicios cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o hacer aquello a que estaba obligado, o ha ejecutado lo que estaba prohibido <sup>13</sup>. Es la aplicación de la teoría de las causas eximentes de responsabilidad contractual del derecho privado.

En todo caso, el que pretende liberarse de su obligación de pagar daños y perjuicios basando su incumplimiento en una causa extraña que no le es imputable debe probarla. A él corresponde la carga de la prueba <sup>14</sup>.

El caso fortuito o fuerza mayor, tal como lo define la jurisprudencia del derecho privado <sup>15</sup>, es aquel acontecimiento extraño a la voluntad de las partes, e imprevisible, que impide de manera absoluta la ejecución de las obligaciones contractuales. Esta misma noción es aplicada al derecho administrativo.

Con base en ella, la Administración y su co-contratante pueden liberarse de su obligación de pagar daños y perjuicios probando el caso fortuito o la fuerza mayor: en dicha prueba es imprescindible y rigurosa la constatación cierta del hecho exterior, imprevisible o irresistible que constituye la causa eximente de responsabilidad. Y quizás, por cuanto la obligación de ejecutar del co-contratante de la Administración debe ser cumplida, no ya como un buen padre de familia sino con la diligencia máxima, las condiciones de la fuerza mayor o caso fortuito y su prueba sean más rigurosas en derecho administrativo que en derecho privado.

Por otra parte, para el co-contratante de la Administración podría considerarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho de la propia Adminis-

12. Idem.

13. Artículo 1.271 C.C. Véase *Doctrina PGR 1970*, Caracas, 1971, pp. 103-106, y *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969-1976*, tomo IV, Caracas, 1976, p. 239.

14. Artículos 1.271 y 1.354 C.C.

15. Véase al respecto la jurisprudencia de los Tribunales de Instancia de la República, contenida en los volúmenes publicados por el Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia, vol. IV, 1954-1955, tomo I, p. 203; vol. V, 1957, pp. 146 y 251; vol. VII, 1958-1959, tomo I, p. 311.

tración cuando es extraño a la voluntad del co-contratante y es imprevisible e irresistible, y que impide en absoluto el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Tal sería el caso del retardo de la Administración en cumplir un acto que es condición indispensable para la ejecución del contrato por parte de su co-contratante <sup>16</sup>.

### 3. LA RESOLUCION JUDICIAL DEL CONTRATO

En todo caso, y fuera de la rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración, ella misma o su co-contratante pueden pedir judicialmente la resolución del mismo cuando la otra parte no ha ejecutado sus obligaciones, con los daños y perjuicios a que hubiere lugar <sup>17</sup>.

Esta facultad se revela más en beneficio del co-contratante de la Administración que de ella misma por el poder de rescisión unilateral que tiene ésta. Por ello el co-contratante de la Administración puede perfectamente pedir judicialmente la resolución del contrato administrativo, con demanda de daños y perjuicios, cuando ha habido incumplimiento de la Administración en sus obligaciones.

### 4. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS EN CASOS DE CONTRATOS INEFICACES DE LA ADMINISTRACION

En materia de responsabilidad contractual, debe plantearse el problema de las consecuencias de la ejecución de contratos de la Administración considerados ineficaces, y que si bien no originan responsabilidad contractual, el enriquecimiento sin causa puede ser fuente de obligaciones administrativas. El problema se ha planteado, con frecuencia, con motivo de la ejecución de contratos por parte de contratistas, que no han seguido todo el procedimiento de formación, particularmente su aprobación por la Contraloría General de la República, lo que los hace ineficaces <sup>18</sup>.

---

16. Aquí no estamos en el caso de una modificación unilateral del contrato por la Administración, que haga más onerosa la ejecución del contrato de lo que podía preverse, sino de una modificación unilateral de la Administración que impida completamente el cumplimiento de la obligación por parte del co-contratante. También puede considerarse como un caso fortuito o de fuerza mayor, reuniendo todas las condiciones señaladas, el acto de una autoridad pública distinta de la Administración.

17. Artículo 1.167 del Código Civil.

18. Véase Allan R. Brewer-Carías, "El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones administrativas", *Revista de Control Fiscal*, Nº 83, Caracas, 1976,

A. *Los efectos del control previo a cargo de la Contraloría General de la República sobre los contratos de la Administración*

Conforme al artículo 172, ordinal 11, de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional que hasta 1975 regulaba el control previo que ejerce la Contraloría General de la República en relación a los contratos que celebra la Administración Pública Nacional, si dichos contratos se celebraban sin la aprobación de la Sala de Control, aquellos no tenían "ningún efecto".

Había sido doctrina constante de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República, el considerar que los contratos suscritos por el Ejecutivo Nacional con particulares sin que se hubieren sometido previamente a la aprobación por parte del Organismo Contralor, debían considerarse inexistentes. Como consecuencia de ello, el particular que había realizado determinadas prestaciones para la Administración en virtud de esos inexistentes contratos, no podía reclamar frente a ésta, por la vía contractual, el pago de las prestaciones realizadas. El contrato era inexistente y, por ello, la fuente de la posible obligación a cargo de la Administración, no podía tener su origen en un contrato <sup>19</sup>.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que entró en vigencia el 7 de julio de 1975 <sup>20</sup>, varió la redacción de dicha norma al establecer el control previo. Si bien el artículo 18 de dicha Ley Orgánica exige el cumplimiento del requisito del control antes de que se proceda a la celeración de los contratos, dicha norma señala solamente que "no se podrá iniciar la ejecución de los contratos . . . mientras las estipulaciones que contengan los respectivos compromisos financieros no hayan sido previamente aprobados". La Ley no configura, como antes, el requisito de la aprobación contralora, como un requisito de validez del contrato, sino como un requisito de eficacia. "No se podrá iniciar la ejecución de los contratos", dice la

---

pp. 9 a 18. En relación al enriquecimiento sin causa en los casos de ejecución de obras con base en contratos ineficaces, véase en *Doctrina PGR 1966*, Caracas, 1967, pp. 79 y ss.; *Doctrina PGR 1981*, Caracas, 1982, pp. 56 y ss. Véase, además, *MOP Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969*, Caracas, 1970, pp. 39-40; y la "Doctrina del Ministerio de Justicia", en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, tomo III, vol. II, Caracas, 1977, p. 642.

19. Véase Contraloría General de la República, *Dictámenes de la Consultoría Jurídica*, tomo IV, 1969-1976, Caracas, 1976, p. 456; y tomo V, p. 586.
20. G.O. N° 1.712 Extraordinario de 6-1-75, reformada el mismo año en G.O. N° 1.756 Extraordinario de 30-6-75, estando actualmente vigente la publicada en G.O. N° 3.482 Extraordinario de 14-12-84.

norma, es decir, éstos no podrán producir efectos, como tales, sin la aprobación contralora.

En uno y otro caso, por tanto, la ausencia de control previo de la Contraloría sobre los contratos administrativos produce las mismas consecuencias: la fuente de las obligaciones de la Administración y de los particulares, no puede ser el contrato: de lo contrario, la exigencia legal no tendría sentido.

Ante esa situación, el particular que ha realizado determinadas prestaciones para la Administración, para poder obtener una indemnización, puede acudir a otras fuentes de las obligaciones, como son el hecho ilícito o el enriquecimiento sin causa. En efecto, por ejemplo, si la omisión de la formalidad de control previo por parte de la Contraloría, ha tenido su origen en una actuación imputable a la Administración por culpa o negligencia de los funcionarios competentes, el particular podría reclamar a la Administración por la vía del hecho ilícito, exigiendo de aquélla su responsabilidad y el pago de una indemnización que cubra las prestaciones realizadas y, eventualmente, los daños y perjuicios que hayan podido originarse para el particular. Pero si no ha habido culpa por parte de la Administración, el particular que ha realizado prestaciones para ella puede reclamar también una indemnización, pero por la vía del enriquecimiento sin causa. En este caso, es necesario dejarlo claramente establecido, el particular que reclama no puede pretender que se le cancele todo aquello que ha debido pagársele si el contrato original hubiese sido válido.

La situación, por tanto, para el particular reclamante, cuando acude a la vía del enriquecimiento sin causa, es mucho más desfavorable para sus intereses.

#### *B. El enriquecimiento sin causa y el monto de la indemnización reclamable frente a la Administración*

El artículo 1.184 del Código Civil señala textualmente que aquel que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido". Por tanto, y con base en esta norma, el particular que ha realizado prestaciones para la Administración, puede solicitar una indemnización dentro del límite del enriquecimiento que se ha producido para el Estado de todo lo que se ha empobrecido.

En relación al monto de la indemnización que surge por la vía del enriquecimiento sin causa, la doctrina es unánime en considerar que ésta está determinada, en cuanto a su monto, por la cifra menor de los valores del

enriquecimiento o empobrecimiento, respectivamente. En ello están con-  
testes tanto la doctrina extranjera <sup>21</sup> como la nacional <sup>22</sup>.

Por tanto, es evidente que el monto de la indemnización a recibir por el  
reclamante empobrecido no puede ser nunca superior al enriquecimiento de

21. Gabriel Marty, al preguntarse sobre la extensión de la restitución que debe hacer el demandado en una acción por el enriquecimiento sin causa, señala que "el actor sólo debe recibir aquello con lo que se ha empobrecido. Por otra parte, el demandado no debe restituir más de aquello con que se ha enriquecido. De esta manera la restitución tiene por límite el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del actor. La menor de esta suma, fija la extensión de la condena pecuniaria en provecho del actor". Véase *Derecho Civil*, vol. I, Puebla, México, 1952, p. 262. Por su parte, Jean Carbonnier, señala que "el enriquecimiento del demandado puede no coincidir con el empobrecimiento del demandante. La condena a la cual tiende la acción no puede sobrepasar la más baja de estar dos sumas, y el empobrecido no puede exigir más que la reconstrucción de su patrimonio, y al patrimonio enriquecido no se le puede imponer más que ser llevado a su nivel inicial". Véase *Droit Civil*, tomo II, París 1957, p. 712.

Por otra parte, en una monografía muy importante sobre la materia, François Goré ha señalado que "estando subordinada a la existencia, a la vez, de su enriquecimiento y de un empobrecimiento, la restitución "en el enriquecimiento sin causa" se determina, en cuanto a su monto, por la cifra menos elevada de los dos valores. Esta regla es la más equitativa. Por una parte, sería injusto obligar al enriquecido a restituir más que lo correlativo al aumento de valor de su patrimonio en la hipótesis de que no hubiese cometido falta. Por otra parte, si se permitiera al empobrecido reclamar todo el enriquecimiento obtenido, cuando su perjuicio ha sido menor que la ventaja procurada al demandado, se consagraría un nuevo enriquecimiento a expensas de otro. . . *Unánimemente, se conviene hoy en que el montante de la restitución no puede sobrepasar ni el enriquecimiento del demandado ni el empobrecimiento del demandante*". Véase *L'enrichissement aux dépens d'autri*, París, 1949, p. 309.

Por su parte, Jorge Fábrega ha establecido que "En cuanto a la medida de la restitución rigen las siguientes reglas: 1ª) El monto de la restitución nunca sobrepasará del valor del enriquecimiento que ha experimentado el beneficiario; 2ª) El monto de la restitución tampoco sobrepasará el empobrecimiento del demandante. Por ejemplo, si un empobrecimiento de cien balboas coincide con un enriquecimiento de cincuenta, la obligación consistirá en restituir cincuenta; si a lo inverso, el empobrecimiento de cincuenta balboas corresponde a un enriquecimiento de cien, la acción se limitará al monto del empobrecimiento, o sea, cincuenta balboas, ya que de otra suerte adquiriría el empobrecido un enriquecimiento que a su vez sería injustificado. Es que por medio de la acción no debe enriquecerse el demandante ni empobrecerse el demandado. En síntesis, el enriquecido debe restituir lo que ha recibido, pero en la medida en que ha aumentado su patrimonio". Véase *El Enriquecimiento sin causa*, Panamá, p. 139.

22. En Venezuela, Alejandro Graterol, ha señalado que "Los efectos de la acción *in rem verso* fluctúan entre el empobrecimiento y el enriquecimiento. En puridad de justicia, sus efectos debían limitarse por el enriquecimiento, pero como esta acción tiene su fundamento en la equidad que interviene por su mediación para obtener la reparación y devolver el equilibrio al orden patrimonial perturbado, es necesario observar que este fin puede lograrse con un reintegro que tenga por medida una de aquellas dos condiciones. Veamos: si el enriquecimiento, en su monto, es menor que el empobrecimiento, la indemnización debe acordarse sólo en ese monto que es en lo que ha resultado aumentado el patrimonio del enriquecido y, asimismo, este patrimonio, resulta normalizado con sólo aquella devolución al patrimonio o perjuicio sufrido no alcanza a cubrirse con aquella cantidad. Si al contrario, el empobrecimiento no es menor que el enriquecimiento, ha de ser entonces éste el que dé la medida de la indemniza-

la Administración cuando su empobrecimiento fue mayor, y al contrario, la indemnización en referencia no puede ser nunca mayor al empobrecimiento del reclamante cuando el enriquecimiento de la Administración es mayor. Con un ejemplo en cifras, puede comprenderse mejor al razonamiento: Si en la ejecución de una obra determinada, un particular se empobrece en 1.000 y la Administración se ha enriquecido sólo en 100, el monto de la indemnización que puede recibir por la vía del enriquecimiento sin causa el reclamante no puede ser nunca superior a 100 (la indemnización se da "dentro del límite" del enriquecimiento de la Administración); pero, por el contrario, si el empobrecimiento del reclamante es de 100 y el enriquecimiento de la Administración es de 1.000, la indemnización a que tiene derecho el particular por la vía del enriquecimiento sin causa no puede ser nunca superior a 100 (la indemnización es "de todo" lo que el reclamante se haya empobrecido).

Por tanto, y en esto no surge duda alguna, para poder precisar el monto de la indemnización que ha de pagarse a un particular que ha realizado prestaciones para la Administración en virtud de un contrato ineficaz, por la vía del enriquecimiento sin causa, es imprescindible determinar, separadamente, el monto del enriquecimiento de la Administración y el monto del empobrecimiento del particular, pues sólo son excepcionales los casos en que el enriquecimiento es igual al empobrecimiento.

Quizá sea necesario aclarar previamente, en este caso, que el empobrecimiento no es jamás, como muchos lo creen, la causa eficiente del enriquecimiento. Tanto el empobrecimiento como el enriquecimiento, como lo ha dicho François Goré:

"son nociones jurídicas que traducen las consecuencias de determinados hechos jurídicos. El empobrecimiento y el enriquecimiento son el resultado de esos hechos y no pueden ser causa eficiente. Esto se ve particularmente cuando el empobrecimiento consiste en un no aumento de patrimonio, no habiendo salido ningún valor de los bienes del empobrecido. El empobrecido ha realizado, por ejemplo, un trabajo que enriquece al demandado. Aquél debería normalmente ser remunerado y, sin embargo, no lo ha sido; su empobrecimiento consiste entonces en una falta de ganancia. En este caso lo que es la causa del enriquecimiento no es el empobrecimiento sino el trabajo que ha sido

---

ción, porque el patrimonio al cual se ha restado valores queda normalizado con el solo reintegro de esos valores. Si en la primera hipótesis, se condena a devolver tomando por medida el empobrecimiento, como éste es mayor que el enriquecimiento, el patrimonio del demandado resultaría disminuido más allá de lo que había aumentado por el injusto enriquecimiento. Si en la segunda se ordena reparar en límites del enriquecimiento del demandado, el patrimonio del demandado no resultaría completado sino aumentado. La equidad está, pues, en condenar por la cifra menor entre el montante del enriquecimiento y el empobrecimiento". Véase *Breve estudio sobre la Teoría del Enriquecimiento sin causa*, Tesis de Grado, U.C.V., Caracas, Editorial Bolívar, 1938, pp. 36 y 37.



realizado. Es éste el hecho generador de un empobrecimiento para el demandante y de un enriquecimiento para el demandado. No hay entonces relación de causa a efecto entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, sino entre el hecho por una parte, y el enriquecimiento y empobrecimiento, por la otra. Estos últimos tienen su origen en un mismo evento. En realidad, el enriquecimiento y el empobrecimiento son consecuencias de un mismo hecho. Pero ello es prueba de que debe haber correlación entre el enriquecimiento de un patrimonio y el empobrecimiento de otro. Esta es la fórmula empleada por la Corte de Casación que declara que el enriquecimiento debe ser adquirido a expensas de otro, es decir, que debe haber un cierto nexo, una cierta correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. Es lógico considerar que en esta correlación existe, cuando el empobrecimiento y el enriquecimiento tienen una misma causa eficiente”<sup>23</sup>.

Por tanto, y como conclusión, para determinar el monto de la indemnización a pagar por la vía del enriquecimiento sin causa, es necesario previa y separadamente, fijar el monto del enriquecimiento de la Administración por una parte, y el monto del empobrecimiento del particular por la otra.

### C. *El enriquecimiento de la República y el empobrecimiento del particular*

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, en los casos de reclamación a la República por enriquecimiento sin causa derivado de la ejecución de contratos no aprobados previamente por la Contraloría, se hace necesario precisar cuál es el enriquecimiento de la República y cuál es el empobrecimiento del particular.

En relación al enriquecimiento de la Administración ha de entenderse por él “toda adquisición de riqueza, bajo cualquier forma que sea, bien adquiriese el patrimonio una cosa que no se encontraba anteriormente en él o cuando se libre de una carga, por lo que hay que apreciar como enriquecimiento la adquisición de un bien o de un mayor valor que se le ha incorporado a este bien; en la extinción de una deuda; en el goce temporal de una cosa; en un gasto o perjuicio evidente; en un acrecimiento de riqueza”<sup>24</sup>. Ahora bien, el *quantum* del enriquecimiento de la República entonces debe estar determinado por la mejora que ha habido en su patrimonio, sea por la incorporación al mismo de bienes muebles o inmuebles, o sea, por la prestación de determinado servicio que se le ha hecho. El “valor” de dichos

23. Véase François Goré, “L’enrichissement aux dépens d’autrui”. París, 1947, pp. 73 y 74.

24. Véase Antonio Planchart Hernández, *Jurisprudencia Anotada*, Caracas, 1958, p. 14.

bienes o servicios va a ser la medida del enriquecimiento, y dicho valor no es otro que el establecido en las condiciones generales del mercado. Este valor por supuesto, incluye no sólo los costos de producción de los bienes o de la prestación del servicio, sino también el posible beneficio que corresponde normalmente a los particulares en la realización de esas actividades. Evidentemente en muchas oportunidades el costo efectivo de la producción de los bienes y servicios puede haber sido superior al valor de mercado de los bienes y servicios. En estos casos, el valor de mercado va a ser inferior a los costos.

El acrecentamiento del patrimonio de la República está determinado por ese valor de mercado. Entonces, por lo que respecta al enriquecimiento, el *quantum* del mismo está determinado por el "valor" de los bienes o servicios en el mercado.

Determinado así el enriquecimiento, corresponde precisar cuál ha sido el empobrecimiento del particular que ha realizado determinadas prestaciones para la Administración. Sobre el empobrecimiento en general se ha dicho que "no sólo la pérdida de la propiedad o del goce de una cosa implican empobrecimiento, sino también, una pérdida de tiempo o de la actividad por parte del empobrecido"<sup>25</sup>.

Ahora bien, en el caso de un particular que ante la violación del artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ha suministrado bienes muebles o inmuebles a la República, ha producido determinados bienes inmuebles o ha realizado determinadas prestaciones de servicios para la Administración, ¿en qué consiste su empobrecimiento? El *quantum* del empobrecimiento del particular en los casos citados no puede ser determinado por el "valor" de los bienes o de la prestación del servicio, establecido en el mercado; y ello porque de lo contrario la norma del Artículo 1.184 no tendría razón de ser. El empobrecimiento del particular en esos casos está determinado sólo por los costos que ha tenido para la producción del bien o para la prestación de los servicios. El patrimonio del particular ha disminuido en la medida en que ha tenido una serie de gastos necesarios para la producción de los bienes o servicios. No puede establecerse que el empobrecimiento también corresponde a no haber percibido determinadas ganancias que esperaba. Si bien la doctrina admite que también hay empobrecimiento en materia de acciones de enriquecimiento sin causa por no haber percibido algo que se debía haber percibido, ello no implica que pueda existir empobrecimiento por la no percepción de algo que se esperaba haber recibido. En efecto, si bien normalmente el particular que realiza actividades busca la percepción de una ganancia, ello no es indispensable ni necesario en sus relaciones económicas normales. En muchas oportunidades el particular para su conveniencia realiza prestaciones y actividades al costo, sin pretender ganancia o beneficio alguno. Entonces el

---

25. Véase Antonio Planchart Hernández, *op. cit.*, p. 15.

mecanismo de equidad que inspiró completamente la norma del artículo 1.184, no puede conllevar sino a la restitución para el empobrecido de todo aquello en lo cual su patrimonio ha disminuido, el *quantum* de todo ello está determinado por los costos de producción de los bienes y servicios con exclusión de la ganancia esperada.

Como consecuencia, el empobrecimiento del particular que ha realizado determinadas prestaciones para la Administración, está determinado por los costos que ha tenido en la producción de los bienes o servicios, sin incluir los posibles beneficios esperados, los cuales, en todo caso, no serían legalmente debidos.

#### D. *Conclusión*

Como conclusión general, puede señalarse lo siguiente:

a. Cabe formularse la pregunta de si en una reclamación administrativa por pago de obligaciones que tienen como fundamento, tácito o expresamente declarado —no el contrato sino el enriquecimiento sin causa—, debe reputarse como parte integrante del enriquecimiento el beneficio de empresa, lucro o utilidad que hubiese sido normalmente incorporado dentro del precio, de haberse celebrado una convención en la cual la República hubiese manifestado legalmente su voluntad de contratar y, en consecuencia, su previo asentimiento en la fijación de tal precio. A esto debe responderse que efectivamente, en el enriquecimiento de la Administración debe incluirse el valor de la cosa o servicio, valor que se determina en el mercado, y que generalmente incluye no sólo el valor material de la cosa sino los costos y gastos generales de producción y aun los beneficios o utilidades que van a contribuir a precisarlo. En cambio, en esos casos, para determinar el empobrecimiento del particular no podría tomarse en cuenta el beneficio de la empresa, lucro o utilidad que hubiese sido normalmente incorporado dentro del precio, de haberse celebrado un contrato válido con la República.

b. Otra pregunta a formularse es si de admitirse como enriquecimiento, además del valor material de la cosa, todos los costos indirectos y gastos generales en que incurrió la reclamante para producir el bien que la República usufructúa, resulta procedente comprender dentro de esos costos y gastos, a los efectos de la determinación del monto del enriquecimiento, el beneficio de empresa, no obstante que su no percepción pueda ser considerada por la empresa como empobrecimiento derivado de la ausencia de frutos que ha debido percibir al integrar con fines de lucro su capital, fuerza de trabajo y administración que hicieron posible la producción del bien y su uso por la República. A ello debe responderse al igual que hemos hecho anteriormente, que si bien el beneficio de empresa debe ser incluido, en su caso, para determinar el enriquecimiento, este enriquecimiento no corresponde —y de ahí la existencia de la norma con establecimiento de diferencias de precio entre enri-

quecimiento y empobrecimiento— con el empobrecimiento, que sólo va a ser determinado por los costos y gastos generales de producción de los bienes y servicios dentro de los cuales, como ya hemos visto, no podría incluirse los beneficios esperados —no debidos legalmente por el reclamante—.

c. Una tercera pregunta a ser formulada es si puede comprenderse dentro del concepto de indemnización, el beneficio o utilidad de la empresa, o planteado en otra forma, siendo la *actio in rem verso* un instituto fundado en la equidad y con finalidad de que el empobrecido sin otra causa legal tenga algún recurso para exigir reparación o resarcimiento del daño sufrido, puede entenderse que el lucro normalmente esperado forma parte del daño, a esto debe responderse al igual a lo señalado anteriormente, que el daño sufrido por el particular reclamante —la disminución que ha habido en su patrimonio—, el empobrecimiento está determinado por los costos y gastos generales que tuvo para producir el bien o prestar los servicios a la Administración —pudiendo ser estos costos y gastos generales mayores o menores que el valor de la prestación establecida en el mercado— no pudiéndose incluir el lucro “normalmente esperado” pero no legalmente debido.

d. Una última pregunta que puede formularse es si en la determinación del monto a pagar, debe aplicarse el mismo criterio para el caso de que la obligación que pesa sobre la República sea el resultado de su libre voluntad de contratar, legalmente expresada, como consecuencia de la cual aceptó el precio (costo más utilidad), que para el caso de que dicha obligación sea la consecuencia de un desplazamiento patrimonial a su favor, sin que mediara su consentimiento legalmente expresado, a ello debe responderse que es precisamente por la ausencia de causa —y en el caso concreto, de un contrato donde se estableciera y aceptara libremente el precio— que el instituto del enriquecimiento sin causa difiere, en cuanto a la determinación del monto de lo que ha de pagarse, del que realiza una prestación por contrato. Constituyen dos fuentes de las obligaciones distintas. En el caso del contrato el precio está determinado libremente por las partes, en él pueden establecerse los beneficios, lucro o utilidades que las partes deseen. En el caso del enriquecimiento sin causa, entra en juego un mecanismo de equidad con los límites que establece la norma del artículo 1.184, y la equidad exige que se considere como empobrecimiento sólo la pérdida efectivamente sufrida por el particular en su patrimonio (empobrecimiento) donde deben incluirse las sumas que debía percibir, pero no que esperaba percibir (utilidad).



IX

EL CONTENCIOSO DE LOS  
CONTRATOS DE LA  
ADMINISTRACION



## 1. ANTECEDENTES

Desde la misma Constitución de 1830 estaba atribuida expresamente a la Corte Suprema de Justicia la facultad de conocer de las controversias que resultaban “de los contratos y negociaciones” que celebraba el Poder Ejecutivo por sí o por medio de sus agentes <sup>1</sup>. Esta atribución constitucional dada al Tribunal Supremo se mantuvo en todas las Constituciones venezolanas posteriores, hasta que en la Constitución de 1961, vigente, quedó en forma implícita respecto a la responsabilidad contractual, al regularse la competencia genérica de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa incluida la Corte Suprema de Justicia. En esta forma, el artículo 206 de la Constitución establece la facultad de éstos, para “condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración”, donde está incluida la responsabilidad contractual. Sin embargo, todas las otras atribuciones en materia contractual que tenía constitucionalmente la Corte Suprema quedaron con rango legal.

En efecto, el artículo 7, ordinal 28 de la Ley Orgánica de la Corte Federal vigente hasta 1976 <sup>2</sup> estableció que era atribución de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, “conocer en juicio contencioso de todas las cuestiones por nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquiera otras que se susciten entre la Nación y los particulares a consecuencia de los contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional...”. Por tanto, era atribución de la jurisdicción contencioso-administrativa que hasta 1976 ejercía exclusivamente la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, el conocer de todas las controversias suscitadas entre la República y los co-contratantes de la Administración.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, sin embargo, fue restringiendo esta atribución jurisdiccional y, a tal efecto, comenzó a establecer la distin-

- 
1. Véase artículo 147, ordinal 5. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Madrid, 1985, p. 349.
  2. Véase la Ley Orgánica de la Corte Federal en G.O. N° 24.207 de 6-8-53. Esta ley se derogó por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, G.O. N° 1.893 de 30-7-76.



ción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Administración, reservándose su competencia sólo en los casos judiciales referidos a los primeros<sup>3</sup>. En esta forma, a pesar de lo establecido en el artículo 206 de la Constitución que habla sólo de “responsabilidad de la Administración” y de lo previsto en la Ley Orgánica de la Corte Federal que se refería a “contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional”, la Corte Federal y luego la Corte Suprema de Justicia fueron reservándose la competencia en materia contencioso-contractual, sólo respecto de las cuestiones que se suscitaron con motivo de contratos administrativos.

Por ello, al dictarse la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en 1976 se restringió expresamente la competencia de la Sala Político-Administrativa en materia de contratos de la Administración, al atribuirle competencia para “conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los *contratos administrativos* en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades”<sup>4</sup>.

---

3. Así, en sentencia de la antigua Corte Federal de 3-12-59, al analizar su competencia “contencioso-administrativa” planteada en un conflicto judicial con motivo de la ejecución de un contrato de arrendamiento celebrado por el Ejecutivo del Estado Zulia y un particular, de un inmueble para ser destinado a estacionamiento de automóviles, la Corte expresó lo siguiente:

“Pero tal contrato, como claramente se desprende de sus cláusulas, no constituye una convención de naturaleza administrativa, ya que la relación contractual en él contenida no tiende de modo inmediato y directo a la prestación de un servicio público, que sería factor esencial para calificar el contrato administrativo. Se contrae dicho convenio de arrendamiento de un inmueble para un fin particular y privado como lo es el estacionamiento de vehículos. Por consiguiente, si la Administración ha obrado en dicho contrato como persona jurídica privada, o sea, como sujeto de derechos y obligaciones de naturaleza civil, hay que considerar dicha convención también como de índole civil y, por ello, ajena a la vía contencioso-administrativa; ya que esta jurisdicción especial está reservada exclusivamente para los casos en que la Administración actúa en régimen de prerrogativa, haciendo uso del poder público de que está investida, y con fines de utilidad pública, que le son característicos.

El obrar particular del Ejecutivo del Estado Zulia en el contrato de arrendamiento mencionado, sin que se haya establecido relación alguna de derecho administrativo en el objeto del mismo, es motivo suficiente, a juicio de la Corte, para excluir de su competencia el conocimiento de la nulidad demandada por vía del recurso contencioso-administrativo consagrado en la ley; pues si al constituirse como parte de dicho contrato la administración regional obró como sujeto de derecho privado, en cláusulas de ese mismo contrato se basó para rescindirle, cualquiera haya sido la forma que revistió tal rescisión. En consecuencia derivada de dicho contrato, aún después de su terminación, no puede estar dentro de la competencia ni ser objeto del procedimiento especial que, en virtud de las normas legales anteriormente señaladas, se atribuyen a este Supremo Tribunal”. Véase en G.F. N° 26, 1959, pp. 141 y ss.

4. Artículo 42, ordinal 14, LOCSJ. Véase Jesús Caballero Ortiz, *Contencioso de Plena jurisdicción y demandas contra los entes públicos*, Caracas, 1989, pp. 83 y ss.

## 2. LA NOCION DE "CONTRATO ADMINISTRATIVO" Y EL PROBLEMA DE LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS JUDICIALES

De acuerdo a esta norma, cuando en un contrato administrativo sea parte la República, los Estados o las Municipalidades, el conocimiento de las cuestiones contenciosas relativas a los mismos corresponde a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, cualquiera que sea el monto de la demanda. Esta norma establece varias excepciones a los principios de distribución de competencias de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa regulados en la Ley Orgánica de la Corte.

En primer lugar, establece una excepción al principio de la distribución de la competencia para conocer de demandas contra los entes públicos, basada en la cuantía <sup>5</sup>, ya que sea cual sea el monto de la demanda, si se trata de un contrato administrativo, el asunto es de la competencia de la Sala Político-Administrativa, siempre que la República, los Estados o Municipalidades sean parte del contrato. En cambio, si un instituto autónomo nacional o una empresa nacional del Estado son partes del contrato, y son demandadas con motivo de la ejecución de un contrato que se considere "administrativo", la competencia corresponde, según la cuantía, a la misma Sala Político-Administrativa o a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo o a los Tribunales Superiores contencioso-administrativos <sup>6</sup>. Ello, por supuesto, rompe la unicidad del criterio del "contrato administrativo" y su tratamiento judicial, pues cuando se trate de "contratos administrativos" en los que sea parte un instituto autónomo nacional o empresa nacional del Estado y no hay que perder de vista que éstos son a veces de mayor importancia administrativa, no importa esa calificación de "contrato administrativo", pues las demandas contra esas entidades siempre compete a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, según la cuantía, aun cuando, por ejemplo, se trate de un "contrato de derecho privado". Por otra parte, también se rompe la unicidad mencionada porque aun tratándose de un "contrato administrativo" en el cual sea parte un instituto autónomo nacional o empresa nacional del Estado, si éstos actúan como demandantes, el conocimiento del asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria. También correspondería el asunto a la jurisdicción ordinaria, aun tratándose

---

5. Corte Suprema de Justicia, más de Bs. 5.000.000 (artículo 42, ordinal 15); Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, entre Bs. 1.000.000 y 5.000.000 (artículo 185, ordinal 6); y Tribunales Superiores con competencia contencioso-administrativo, menos de Bs. 1.000.000 (artículo 182, ordinal 2).

6. Idem. Hablamos del instituto autónomo "nacional" y empresa "nacional" del Estado para distinguirlos de los institutos autónomos estatales y municipales y de las empresas del Estado estatales y municipales.

de “contratos administrativos” si en ellos es parte un instituto autónomo estatal o municipal o una empresa del Estado estatal o municipal.

En segundo lugar, la atribución de competencia a la Sala Político-Administrativa de la Corte para conocer de los asuntos contenciosos relativos a contratos administrativos en los que sea parte la República, los Estados y Municipios, rompe el principio de distribución de competencias establecido en la ley en cuanto a las demandas contra los Estados y Municipios, cuyo conocimiento corresponde en general a la jurisdicción ordinaria <sup>7</sup>. Por tanto, si la demanda contra estas entidades versa sobre un “contrato administrativo”, la competencia corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Por supuesto, en este caso, es esencial la noción de contrato administrativo y quizás es aquí donde mayores conflictos de competencia se plantean. Esta distribución de competencias, por tanto, sea en la acción o como excepción, obligan en los juicios con motivo de las demandas contra Estados y Municipalidades que se basen en contratos celebrados con ellos, que se planteen en juicio, siempre, el tema de la naturaleza de la relación contractual <sup>8</sup>.

En tercer lugar, la atribución de competencia a la Sala Político-Administrativa para conocer de los asuntos contenciosos en materia de contratos administrativos en los que sea parte la República, los Estados y Municipios, se configura también como una excepción al principio establecido en la Ley Orgánica de la Corte, conforme al cual las demandas intentadas por la República, los Estados y los Municipios contra particulares corresponde a la jurisdicción ordinaria <sup>9</sup>. En cambio, si la demanda contra un particular se refiere a un asunto contencioso concerniente a un contrato administrativo, en el cual dicho particular sea contratante y la otra parte sea la República, los Estados y Municipalidades, el conocimiento del asunto corresponde a la Sala Político-Administrativa.

De acuerdo a lo anterior, por tanto, en materia contencioso-administrativa de los contratos de la Administración, la competencia judicial se distribuye en la siguiente forma:

Primero: en los asuntos contenciosos concernientes a los “contratos administrativos”.

a. Si se trata de “contratos administrativos” en los que sea parte la República, los Estados y Municipalidades, sea en calidad de demandantes, o de demandados, el conocimiento del asunto corresponde a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema.

b. Si se trata de “contratos administrativos” en los que sea parte un Instituto Autónomo nacional o una empresa nacional del Estado, si estas

7. Artículo 183, ordinal 1, LOCSJ.

8. Por ello, a partir de 1976 ha sido con motivo de este tipo de demanda que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa se han pronunciado sobre el tema de los contratos administrativos. Véase, por ejemplo, sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 14-6-83 (Caso “Acción Comercial, C.A.”), *Gaceta Forense*, N° 121, 1983, pp. 40 a 72.

9. Artículo 183, ordinal 2, LOCSJ.

entidades son demandadas, el conocimiento del asunto corresponde a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema, a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, y a los Tribunales Superiores con competencia contencioso-administrativa, según la cuantía.

c. Si se trata de un “contrato administrativo” en el que sea parte un Instituto Autónomo nacional o la empresa nacional del Estado, si estas entidades son demandantes contra el contratista, el conocimiento del asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria.

d. Si se trata de un “contrato administrativo” en el que sea parte un Instituto Autónomo estatal o municipal o una empresa estatal o municipal del Estado, sean dichas entidades demandadas o demandantes, el conocimiento del asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Segundo: en los asuntos contenciosos concernientes a los “contratos de derecho privado de la Administración”:

a. Si se trata de “contratos de derecho privado” en los que sea parte la República, los institutos autónomos nacionales o las empresas nacionales del Estado, si estas entidades son demandadas, el conocimiento del asunto corresponde a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema, a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y a los Tribunales Superiores con competencia contencioso-administrativa, según la cuantía.

b. Si se trata de “contratos de derecho privado” en los que sea parte la República, los institutos autónomos nacionales o las empresas nacionales del Estado, si estas entidades son demandantes contra el particular contratista, el conocimiento del asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria.

c. Si se trata de “contratos de derecho privado” en los que sean parte los Estados, las Municipalidades, los institutos autónomos estatales o municipales y las empresas estatales o municipales del Estado, sean estas entidades demandantes o demandadas, el conocimiento del asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria.

En esta forma, por tanto, no existe en nuestro sistema una división total de competencias jurisdiccionales entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción ordinaria para conocer de los asuntos contenciosos respectivamente, en materia de “contratos administrativos” y “contratos de derecho privado de la Administración”, lo que provoca que si bien sea importante, en algunos casos establecer el criterio de distinción (por ejemplo, en relación a un contrato celebrado por un Estado o una Municipalidad), no lo sea en otros casos (por ejemplo, en relación a los contratos celebrados por la República, los institutos autónomos nacionales o las empresas del Estado nacionales). Y en algunos casos, depende la importancia de la distinción, de si se trata que el ente público sea demandante o demandado en el conflicto judicial.

En definitiva, por tanto, y siendo el interés de la distinción entre “contratos administrativos” y “contratos de derecho privado de la administración”, únicamente de orden judicial, para distinguir la competencia de la

Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, ello adquiere importancia materialmente sólo en relación a los contratos que celebren los Estados y Municipalidades, pues tratándose de “contratos administrativos”, la competencia es de la Sala Político-Administrativa, y tratándose de “contratos de derecho privado” la competencia es de los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

En cuanto a los contratos que celebre la República, el interés de la distinción también radica en la distribución de competencias judiciales pero sólo entre los mismos órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Si se trata de contratos administrativos, y aun cuando la cuantía de la demanda sea menor de Bs. 5.000.000,00, el asunto compete a la Sala Político-Administrativa. Pero si se trata de un “contrato de derecho privado” suscrito por la República en casos de demandas por cuantía superior a Bs. 5.000.000,00 también compete los asuntos contencioso-administrativos a la Sala Político-Administrativa. Por ello, en este último caso, no tiene ningún interés la distinción entre “contratos administrativos” y “contratos de derecho privado de la Administración”.

En cuanto a los contratos que celebren los institutos autónomos nacionales y las empresas del Estado nacionales, la distinción en sí no tiene ningún interés, pues la distribución de competencias en los asuntos contencioso-contractuales entre los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa y los de la jurisdicción ordinaria, se realiza según que dichas entidades sean demandadas o demandantes. Sea cual sea la naturaleza de los contratos que celebren, el conocimiento de las acciones derivadas de los mismos que se intenten contra esos entes compete a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, según la cuantía; en cambio, si los entes son demandantes contra particulares contratantes, sea cual sea la naturaleza del contrato, la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria. En estos casos, por tanto, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración no tiene interés alguno.

Por último, tampoco tiene interés la distinción en cuanto a los contratos celebrados por los institutos autónomos estatales o municipales o por las empresas estatales o municipales del Estado, pues los asuntos contenciosos en los cuales estas entidades sean demandantes o demandadas, competen a la jurisdicción ordinaria.

### 3. EXTENSION DEL CONTENCIOSO DEL CONTRATO

La materia que corresponde conocer al juez en el campo del contencioso de los contratos de la Administración es sumamente amplio. Comprende todas las cuestiones relativas a la validez, interpretación, cumplimiento, nulidad, caducidad y resolución de los contratos de la Administración <sup>10</sup>.

10. Artículo 42, ordinal 14, LOCSJ. En los mismos términos, artículo 7º, ordinal 28, de la Ley Orgánica de la Corte Federal.

De acuerdo a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el recurso contencioso-administrativo de anulación es admitido contra los contratos de la Administración, por lo que aquél ya no sólo es posible contra los actos administrativos unilaterales. Este recurso, además, puede ser interpuesto por personas extrañas a la relación contractual, siempre que aleguen un interés personal, legítimo y directo <sup>11</sup>. Además, es perfectamente posible y admisible el recurso contra los actos administrativos que contribuyeron a la formación del contrato. De esta manera se podría obtener, también, la pérdida de los efectos del contrato. Además es posible recurrir contra la ley aprobatoria de un contrato de interés público nacional por la vía del recurso de inconstitucionalidad, en cuyo caso no sería entonces competente la jurisdicción en lo contencioso-administrativo sino la misma Corte Suprema de Justicia en Corte Plena como jurisdicción constitucional <sup>12</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la competencia atribuida a la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa para conocer las cuestiones contenciosas en materia de "contratos administrativos", a pesar de la amplitud conforme a la cual está redactado el artículo 42, ordinal 14, de la Ley Orgánica de la Corte, la jurisprudencia de la propia Corte ha sido restrictiva. En efecto, como hemos señalado, dicha norma le atribuye competencia para "conocer de las cuestiones de *cualquier naturaleza* que se suscien con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez, o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades". Sin embargo, en sentencia de fecha 18-9-86 la Sala Político-Administrativa de la Corte sostuvo lo siguiente:

"Conforme a la norma del ordinal 14 del artículo 42, el conocimiento por la Corte se limita a las cuestiones que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, extinción, validez o resolución de los contratos administrativos.

Ahora bien, a pesar de que la redacción de la norma daría a entender que se refiere al universo de asuntos en esta materia, en realidad circunscribe su alcance a los aspectos definidos, y no presenta una amplitud como sería de haber dicho "...con motivo de cualquier controversia en materia de contratos administrativos...".

Y lo anterior viene al caso, por cuanto —de los términos del libelo— se infiere que la actora no plantea una cuestión sobre interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución del contrato que celebró; al contrario, acepta que fue un contrato administrativo, acepta que era rescindible (o resoluble) por voluntad unilateral del

---

11. Artículo 111, LOCSJ. Véase sobre la situación anterior, Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, p. 218. Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 8-8-89, *Revista de Derecho Público*, N° 39, Caracas, 1989, pp. 153 y 154.

12. Artículo 215, ordinal 3º, Constitución, y artículo 111, LOCSJ.

ente y por aplicación de la cláusula octava, y tan sólo pretende que la Municipalidad le indemnice los perjuicios que dice haber tenido por esa actitud, lo que, en concepto de la Sala, significa que, en el caso, se trata de una simple demanda por “cobro de bolívares”; indemnización de los perjuicios que dice haber sufrido con ocasión de esa determinación —unilateral— de la Municipalidad, tal como se aprecia del resumen que se hizo en el Capítulo I de este fallo. Entonces, tomada como lo que realmente es: reclamación de daños y perjuicios, sin discutir sobre interpretación, alcance, cumplimiento, extinción o validez del contrato, se trata de una acción ordinaria que no se subsume dentro de la excepción que contempla el ordinal 14, y es por ello por lo que al ser interpuesta tal acción, su conocimiento, en primera instancia, compete a la jurisdicción ordinaria a tenor del ordinal 1º del artículo 183 de la Ley Orgánica de la Corte, y aun cuando con motivación distinta la conclusión es la misma del Juzgado de Sustanciación: la demanda es inadmisibles de conformidad con el artículo 84, ordinal 2º, *ejusdem*, pues a la Corte no le compete el conocimiento. Así finalmente se declara”<sup>13</sup>.

#### 4. LA COMPETENCIA JUDICIAL Y EL RECURSO AL ARBITRAMIENTO

Por otra parte, debe destacarse que sea se trate de un contrato administrativo o de un contrato de derecho privado de la Administración, en los contratos de interés público, es decir, de interés nacional, estatal o municipal, si de acuerdo con la naturaleza de los mismos no fuere improcedente, “se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con las leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”<sup>14</sup>. Ya nos hemos referido a esta cláusula que consagra la inmunidad jurisdiccional de los entes públicos venezolanos, concebida en forma relativa; ahora queremos plantear el problema relativo a la posibilidad de que los conflictos derivados de contratos de la Administración puedan ser resueltos por vía de arbitramento, lo cual ha sido largamente debatido en la doctrina, y las soluciones del derecho comparado son diferentes. Por tanto, no puede considerarse que hay unanimidad al respecto. Lamentablemente la jurisprudencia administrativa en Venezuela no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la existen-

13. Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 28. EJV, Caracas, 1986, pp. 146 v ss.

14. Artículo 127, Constitución, artículo 8º del Decreto Nº 1.802 de 20-1-83. G.O. Nº 3.111 Extraordinario de 18-3-83.

cia y validez de cláusulas compromisorias en los contratos de la Administración. Sin embargo, valiosas opiniones doctrinales se han dado al respecto.

La Procuraduría General de la República, en 1959 sostuvo el siguiente criterio:

“no existe disposición legal alguna que autorice a la Nación venezolana para celebrar compromisos arbitrales, de modo de poder deferir a Tribunales de arbitraje la solución de las dudas y controversias que surjan en la interpretación y ejecución de los contratos que ella celebre. Al contrario, por mandato del artículo 40 de la Constitución Nacional<sup>5</sup>; en los contratos de interés público celebrados con el Gobierno Nacional, con los Estados o con las Municipalidades, se considerará incorporada la cláusula siguiente: Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse sobre este contrato y que no puedan ser resueltas amistosamente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo puedan ser origen de reclamaciones extranjeras. Por ello la Procuraduría conceptúa válida la cláusula compromisoria mencionada en cuanto con ella se defiere a un arbitramento la solución de «las discrepancias que puedan presentarse entre las partes sobre cuestiones técnicas»; pero la conceptúa nula, de nulidad absoluta, en cuanto con ella se pretenda despojar a los «Tribunales competentes de Venezuela» de la facultad de decidir «divergencias» o «discrepancias» sobre «cuestiones» de otra naturaleza que no sea exclusivamente técnica. Con todo ello no excluye, naturalmente, la posibilidad legal de que la Nación pueda transigir válidamente tales «divergencias» o «discrepancias» una vez que éstas surjan con motivo de la interpretación y ejecución de los contratos en examen; pero ello es materia sustancialmente distinta a la cláusula compromisoria; en efecto, la transacción judicial o extrajudicial que la Nación quiera celebrar, si la considera conveniente con respecto a las «divergencias» o «discrepancias» mencionadas, está sujeta, necesariamente, al previo cumplimiento de los requisitos y formalidades exigidos por el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional”<sup>16</sup>.

Es decir, según la Procuraduría es necesario, al hablar del recurso al arbitramento, distinguir claramente qué cuestiones pueden someterse válidamente al mismo. Respecto a las cuestiones técnicas, las discrepancias que puedan presentarse entre las partes pueden ser resueltas por tribunales ar-

15. Se refiere a la Constitución de 1953. La disposición ha sido mantenida en la Constitución actual de 1961, en su artículo 127, con la variante de que, en lugar de decir “que no puedan ser resueltas amistosamente”, dice “que no llegaren a ser resueltas amigablemente” por las partes contratantes.

16. *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso 1959*. Caracas, 1960, p. 660.



bitrales. Sin embargo, en criterio de la Procuraduría, respecto a las cuestiones sobre interpretación y ejecución del contrato, éstas no pueden ser sometidas válidamente a arbitramento <sup>17</sup>.

Por otra parte, el profesor Moles Caubet, en 1960 sentó un criterio contrario señalando "que no existe en Venezuela prohibición alguna de la cláusula compromisoria y del subsiguiente procedimiento de arbitraje o arbitramento en los contratos de la Administración, sea cualquiera su especie, contratos propiamente administrativos o contratos de derecho privado"; para concluir, después de hacer un minucioso examen del problema en el derecho comparado y de la pluralidad de normas que constituyen el ordenamiento jurídico venezolano relacionadas con la materia, que "la Administración tiene poderes para incluir, sea en un pliego de condiciones, sea en el contrato mismo, la cláusula compromisoria que abre entonces el procedimiento de arbitraje" <sup>18</sup>.

Las soluciones en el derecho comparado no son uniformes <sup>19</sup>, y en 1964, en relación a nuestro sistema nos inclinábamos por no aceptar el recurso al arbitramento en la contratación administrativa, dada la inexistencia de norma expresa que lo autorizara. Sin embargo, de acuerdo al nuevo Código

17. Véase *Doctrina PGR* 1967, Caracas, 1969, pp. 13 y 15. La Contraloría General de la República, al contrario ha estimado que no procede en los contratos administrativos la cláusula de arbitraje, por ser contraria a lo dispuesto en el artículo 127 de la Constitución. Véase *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica*, tomo III, 1938-1968. Caracas, 1968, p. 3; y tomo IV, 1969-1976, Caracas, 1976, pp. 204-232 y 251. Véase, asimismo, Luis Brito García, *Régimen Constitucional de los Contratos de Interés Público*, Separata CGR, pp. 124 y ss.
18. A. Moles Caubet, "El arbitraje y la contraloría administrativa", *Revista de la Facultad de Derecho*, N<sup>o</sup> 20, Caracas, 1960, pp. 9 y ss.
19. En 1964, exponíamos el siguiente panorama "La situación a este respecto en el Derecho Comparado está lejos de ser uniforme. Por ejemplo, en Bélgica y en España, la ley prohíbe a la Administración, tanto someterse a arbitraje como aceptar la inclusión de cláusulas compromisorias en las convenciones en las cuales es parte. En otros países, en cambio, la ley prevé y organiza un procedimiento de arbitraje con ocasión a los contratos administrativos. Tal es el caso de Alemania, Chile, Gran Bretaña y Grecia. En Francia, por otra parte, la prohibición de principio para las personas públicas, de comprometer (artículos 1.004 y 83 del Código de Procedimiento Civil), admite, precisamente en materia de Contratos Administrativos, una importante derogación prevista por la Ley de Fianzas de 17 de abril de 1906, cuyo artículo 69 autoriza al Estado, los Departamentos y las Comunas a comprometer, pero solamente para "la liquidación de sus gastos de obras públicas y de suministros", según las reglas del Libro III del Código de Procedimiento Civil. En lo que concierne al Estado, no podrá recurrir al arbitraje sino en virtud de un Decreto tomado en Consejo de Ministros y refrendado por el Ministro respectivo y el Ministro de Fianzas. Al respecto, véase el *Code Administratif Dalloz*, París, 1961, p. 818. En Italia, en cambio, nos encontramos con un principio opuesto: todas las diferencias entre la Administración y el adjudicatario en los Contratos de Obra Pública, tanto durante la ejecución como al fin del contrato, y cualquiera que sea su naturaleza —técnica, administrativa o jurídica—, son deferidas, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley de 1865 sobre las Obras Públicas, artículo 348; a un Colegio de cinco árbitros. Estos árbitros deben decidir según derecho y sus decisiones son susceptibles de un recurso ante los tribunales ordinarios y ante el Tribunal de Apelación. Véase al respecto la

de Procedimiento Civil (1986), aplicable a los entes públicos, todas las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros, antes o durante el juicio, "con tal de que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los que no cabe transacción" <sup>20</sup>. Por tanto, tratándose de entes públicos y de contratos suscritos por éstos, la única limitación legal que tienen en materia de arbitraje se refiere a los asuntos en los que no cabe transacción <sup>21</sup>. Esto, por tanto, nos plantea el tema de la posibilidad de la transacción en derecho público <sup>22</sup>.

## 5. EL CONTENCIOSO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION Y EL CONTRATO DE TRANSACCION

### A. La transacción y su admisibilidad en el derecho público

Tal como ha sido definida por el artículo 1.713 del Código Civil "la transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio y precaven un litigio eventual". Se trata entonces de un contrato sinalagmático, concluido entre partes para, mediante recíprocas concesiones, terminar un litigio o la incertidumbre de las mismas sobre una relación jurídica <sup>23</sup>. Se dan, por tanto, dos especies de transacción: una, extrajudicial, que pone fin a la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica —precave un litigio eventual, según nuestro Código Civil—; otra, que pone fin a un litigio pendiente.

Se trata, por tanto, de una institución típicamente de derecho civil. Sin embargo, el interés que reviste el arreglo amigable de ciertos litigios o de las partes en cierto tipo de relaciones jurídicas en que intervienen entes públicos hacen que en principio pueda admitirse la transacción en materia administrativa <sup>24</sup>, no sin que algunos autorizados exponentes de la doctrina

---

Ponencia General de M. A. Flamme sobre *Los Contratos de Obras Públicas de la Administración* al X Congreso Internacional de Ciencias Administrativas celebrado en Madrid en 1956, RAP, Nº 21, 1956, pp. 102 y ss. Asimismo, véase E. Capaccioli, "L'arbitro nel diritto amministrativo", Padua: LA TORRE, "L'arbitrato nel diritto amministrativo". Riv. Dir. Púb., 1935; AUBY, "L'arbitrage en matière administrative". AJ, Paris, 1955, Nº 10; MIELE, "Limiti all'ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie amministrative, Nuova rassegna di legislazione, doctrina e giurisprudenza, Roma, 1950". Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, p. 221, nota Nº 201.

20. Art. 608 CPC.

21. Sobre los cuales incluso, tampoco puede el juez excitar a conciliación, artículo 258 CPC.

22. Véase Allan R. Brewer-Carías, "Las transacciones fiscales y la indisponibilidad de la potestad y competencia tributarias", en *Revista de Derecho Tributario*, Nº 18, Caracas, 1967, pp. 1 a 36, texto que seguiremos a continuación.

23. Cfr. Enneccerus-Kipp-Wolf, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, Vol. II, Barcelona, 1944, p. 496.

24. Cfr. Auby y Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, Vol. I, París, 1962, p. 15; A. de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, París, 1956, Vol. III, p. 285, Nota 3.

más moderna rechacen categóricamente su aplicación al derecho público, sea en materia administrativa<sup>25</sup>, sea en materia fiscal<sup>26</sup>.

Por nuestra parte, y sin estar convencidos de esta última posición extrema por las particularidades de nuestro derecho positivo, sí convenimos en que, para los entes administrativos las posibilidades de transacción aparecen más reducidas que para los particulares<sup>27</sup>. De ahí que habremos de estudiar ante todo, los lineamientos generales de las posibilidades para la Administración de celebrar contratos de transacción con los administrados. Para ello, en todo caso, debemos partir de la normativa del Código Civil, aplicable a la Administración dada la ausencia de un régimen legal especial para la transacción en materia administrativa<sup>28</sup>.

En primer lugar, es requisito esencial de la transacción el de la existencia de concesiones recíprocas entre las partes, al "renunciar parcialmente a las posiciones extremas en que se habían situado"<sup>29</sup>. En esta forma, A. Gullón Ballesteros estima por recíprocas concesiones "el que una parte sacrifica el derecho afirmado con la pretensión o negación, o en otras palabras, que la exigencia de la subordinación total del interés ajeno afirmada en la pretensión se sacrifica parcialmente, y viceversa, también se sacrifica la exigencia de la total libertad de cualquier obligado, afirmada en la negación de aquélla"<sup>30</sup>; y agrega que "el punto más singular de este mecanismo consiste en operar sobre derechos inciertos, en el sentido de que su existencia no es objetivamente reconocida, sino sólo afirmada por las partes"; concluyendo que "las recíprocas concesiones significan sacrificio de las pretensiones aducidas por las partes en la controversia o, si se quiere, de los derechos por las mismas alegados"<sup>31</sup>.

En todo caso, queda claro que en las recíprocas concesiones se produce el sacrificio, la renuncia o la disposición parcial de las pretensiones de las partes. Por ello, el Código Civil exige que "para transigir se necesita tener capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción"<sup>32</sup>. De ahí que se haya señalado que "en la transacción se ejercita el poder de

25. Cfr. Laureano López Rodó, *El Coadyuvante en lo Contencioso-Administrativo*, Madrid, 1943, p. 194; J. González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, tomo II, Madrid, 1957, p. 708; E. Guicciardi, *La Giustizia Amministrativa*, Padova, 1957, pp. 275 y 277.

26. Cfr. Carlos M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, 1962, Vol. I, p. 495; Fenech, *Derecho Procesal Tributario*, 1951, Vol. III, p. 355, cit. por J. González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, cit. Vol. II, p. 707, Nota 110.

27. Cfr. M. F. Clavero Arévalo, "Consideraciones generales sobre la vía gubernativa", en *Estudio Dedicado al Profesor García Oviedo con motivo de su Jubilación*, Vol. I, Sevilla, 1954, p. 224.

28. Cfr. R. Bielsa, *Derecho Administrativo*, Vol. II, Buenos Aires, 1956, p. 470.

29. Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de 2 de febrero de 1960, cit. por Oscar Laso, *Código de Venezuela*, Caracas, 1962, p. 848.

30. Véase A. Gullón Ballesteros, *La Transacción*, Madrid, 1964, p. 43.

31. Idem.

32. Artículo 1.714.

disponer de ambas partes sobre sus derechos litigiosos o litigables” por lo que “la renuncia mutua comporta el ejercicio de tal poder”, aclarándose además con exactitud que “el poder de disponer no es una emanación de la capacidad jurídica ni de la capacidad de obrar”, sino que “es una relación con el derecho, que supone aptitud de éste para ser dispuesto y una legitimación del sujeto para ello”<sup>33</sup>. Por tanto, y ello también queda claro, para que las recíprocas concesiones que caracterizan la transacción puedan llevarse a cabo es necesario que los derechos sobre que versen o más propiamente, las relaciones jurídicas sobre que versen, sean disponibles por las partes<sup>34</sup>, y que éstas tengan capacidad para disponer de ellos.

Aplicando lo anterior a los entes públicos, no sólo rigen entonces en las transacciones que puedan celebrar, las normas ordinarias sobre competencia para la formación de todo contrato de la Administración, sino que también rigen algunas normas especiales sobre competencia. De ahí que el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, como simple norma de *derecho adjetivo* (y no de derecho sustantivo) establezca que “en ninguna causa fiscal se podrá... celebrar transacciones, sin autorización previa del Ejecutivo Nacional dada por escrito y con intervención del Procurador General de la República. En los asuntos que dependan de la Contraloría General de la Nación, la autorización a que se refiere este artículo será impartida previo informe del Contralor de la Nación”.

Queda claro en todo caso que estos requisitos adjetivos no sólo deben cumplirse en las transacciones judiciales, sino también extrajudiciales, pues el concepto de “causa” que emplea el artículo debe interpretarse en sentido amplio<sup>35</sup>.

Pero, además de la aplicación de las normas generales sobre la competencia a las transacciones que puedan celebrar los entes públicos, es eviden-

33. Véase A. M. Ruano, “Notas sobre la naturaleza de la Transacción” en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1950, año XXXIV, p. 692.

34. Cfr. J. González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, cit., Vol. II p. 707.

35. En este sentido se ha pronunciado la Procuraduría General de la República al señalar que “chocaría también contra las más elementales normas de interpretación el que se prohibiera celebrar transacciones y renunciar a derechos y acciones cuando se estuvieren discutiendo en procesos judiciales y tales prohibiciones no se extendieren al procedimiento extrajudicial, tanto porque se establecería un desigual tratamiento para los asuntos fiscales como porque todos los funcionarios del ramo tienen el deseo de vigilar y de hacer efectivo todo derecho relacionado con los asuntos fiscales, absteniéndose únicamente cuando reciban instrucciones escritas del Ejecutivo Nacional, como sienta a manera de principio el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. A todo esto debemos agregar que por cuanto entre las atribuciones acordadas por la ley a los fiscales de rentas no aparecen las de poder celebrar transacciones ni renunciar a acciones y derechos que correspondan al Fisco Nacional, toda renuncia o transacción que de manera judicial o extrajudicial hicieran sin el cumplimiento de los requisitos legales constituiría una extralimitación de las atribuciones y facultades de que están investidos y, por consiguiente, carecería de eficacia”. Vid. Dictamen de la Procuraduría de 22 de noviembre de 1955 en *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso*, 1956, p. 73.

te que en ellas tiene aún mayor importancia la necesidad de que los derechos o relaciones jurídicas sobre los cuales se van a hacer las recíprocas concesiones sean disponibles, ya que como han dicho los hermanos Mazeaud, "para transigir válidamente hay que poder disponer de los derechos que sean objeto de la transacción. De ello resulta que una transacción no puede recaer sobre derechos inalienables"<sup>36</sup>. En derecho público este aspecto tiene importancia esencial.

En efecto, en primer lugar, la transacción no puede implicar la renuncia ni el relajamiento de normas en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres<sup>37</sup>, o más generalmente, en las transacciones que celebre un ente público no puede renunciarse ni relajarse las normas de orden público<sup>38</sup> y entre ellas, por ejemplo, las que fijan o atribuyan competencia<sup>39</sup> y las de carácter fiscal, es decir, las referentes a "la gestión económico-financiera o económico-fiscal del Estado"<sup>40</sup>.

Pero, además y en segundo lugar, la transacción en materia de derecho público no puede versar "sobre el ejercicio de una competencia *obligatoria* de la Administración"<sup>41</sup>, pues la característica de las llamadas "concesiones recíprocas", que es la base de la transacción, "contraría la esencia de la *actividad reglada* de la Administración cuando el ejercicio de sus derechos *le venga impuesto preceptivamente* por el ordenamiento positivo"<sup>42</sup>. En otras palabras, la transacción en materia de derecho público nunca puede versar sobre el ejercicio de una facultad reglada o vinculada de la Administración como sería la competencia tributaria y fiscal en general<sup>43</sup>, sino sólo en los supuestos en que exista una potestad discrecional<sup>44</sup>.

---

36. Véase H. L. y J. Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Tercera, Vol. IV, Buenos Aires, 1962, p. 628, N<sup>o</sup> 1.648.

37. Artículo 69 del Código Civil.

38. Cfr. Auby y Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, cit., Vol. I, p. 16.

39. Cfr. Juan Colombo Campell, *La Competencia*, Santiago de Chile, 1959, pp. 182 y 183.

40. Véase Dictamen de la Procuraduría de la Nación de 4 de septiembre de 1958 en *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso 1957-1958*, p. 273, donde se la califica como de orden público y, por tanto, irrenunciables.

41. Véase Auby y Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, cit., Vol. I, p. 16.

42. Véase M. F. Clavero Arévalo, "Consideraciones generales sobre la vía gubernativa", *loc. cit.*, p. 226.

43. Cfr. por todos, como se verá más adelante, F. Saiz de Bujanda, *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, Madrid, 1966, pp. 90, 91, 129, 132, 166 y 278, y Vol. III, Madrid, 1963, p. 168.

44. En este sentido, con extrema claridad, M. F. Clavero Arévalo ha señalado que hay ocasiones en las que el ejercicio de un derecho de la Administración no le viene impuesto indeclinablemente, sino que queda abandonado a su potestad discrecional. Es en estos casos donde la transacción podría darse siempre que, en el ejercicio de la potestad discrecional, la Administración estimara más conveniente no ejercitar su derecho, o ejercitarlo sólo en parte para resolver una cuestión obligatoria, que verse comprometida en un asunto judicial", *vid.* M. F. Clavero, "Consideraciones generales sobre la vida gubernativa", *loc. cit.*, p. 10; Cfr. M. F. Clavero Arévalo, "Posibilidades de transacción con la Administración local", en *Revista de Estudios de la Vida Local*, N<sup>o</sup> 74, Madrid, 1954, pp. 161 y 170. Esto lo aclara A. de Valles al señalar que "debiendo la acción de

En definitiva, y respecto a lo expuesto en último lugar, podríamos concluir señalando que si bien la posibilidad de la transacción es más reducida en materia de derecho público —administrativo o fiscal—, en todo caso, sólo podría proceder en relación con el ejercicio de facultades discrecionales de la Administración —que dependen de su libre apreciación de la oportunidad y conveniencia— y nunca respecto al ejercicio de facultades vinculadas, regladas u obligatorias de la misma.

En esta forma, y a título de ejemplo, como dijo muy acertadamente Florencio Contreras, “en materia tributaria, por ser, precisamente, su gestión *eminentemente reglada* —no discrecional—, la Administración Pública tiene el poder de revisar sus propios actos y de anularlos, en su consecuencia, sólo por razones de ilegalidad, *nunca de oportunidad o conveniencia —mérito—*”<sup>45</sup>. Aplicando esto en general al derecho público, es evidente que siendo característica fundamental del Estado de Derecho la vigencia plena del principio de la legalidad, es deber ineludible de la Administración Pública no sólo producir actos jurídicamente correctos, sino también corregir o enmendar, dentro de los límites que el mismo Derecho le confiere, los actos jurídicamente irregulares que hubiere producido<sup>46</sup>. Por ello, por ejemplo, no podría admitirse que la Administración, por motivos de oportunidad y conveniencia, transigiera, revocando actos administrativos ordinarios o de imposición, es decir, concediera a la otra parte en una transacción, como parte de la “concesión recíproca”, la “anulación” de un acto administrativo por motivos de mérito, cuando éste ha sido dictado en ejercicio de una competencia obligatoria y vinculada. Por ello, partiendo del principio de que “la componenda queda al margen de la vía administrativa”<sup>47</sup>, podemos señalar con Guicciardi que “la transacción podría ser colocada entre las causas que ponen fin al juicio administrativo, siempre que pueda resolverse afirmativamente (lo que rechaza en absoluto) la cuestión de la transigibilidad de las controversias relativas a la validez de los actos administrativos”<sup>48</sup>.

---

los entes públicos ser conforme al derecho, una transacción podría tener lugar sólo con respecto a una cuestión de oportunidad y no en absoluto, sobre cuestiones de legitimidad pura”. Vid A. de Valles, “Le transazioni degli enti pubblici”, en *Il Foro Italiano*, 1934, Vol. I, p. 46.

45. Véase F. Contreras Quintero, “Breve estudio comparativo de la tramitación administrativa y del régimen de impugnación de reparos formulados por la Contraloría y por la Administración en materia de Impuesto sobre la Renta”, en *Revista de Derecho Tributario*, Nº 13, Caracas, 1966, p. 38. Véase, además, *Disquisiciones Tributarias*, Mérida, 1969.
46. Artículos 81 y 83 de la Lev Orgánica de Procedimientos Administrativos.
47. Véase M. F. Clavero Arévalo, “Consideraciones generales sobre la vía gubernativa”, *loc. cit.*, p. 223.
48. Véase Guicciardi, *La Giustizia Amministrativa*, cit., pp. 275 y 276; Cfr. E. Guicciardi, “Le transazioni degli Enti Pubblici”, en *Archivio di Diritto Pubblico*, 1936, 64.205. En todo caso, tal cuestión ha sido resuelta negativamente por De Valles, con lo que será conforme Guicciardi, sobre la base de un argumento que se sustancia en un dilema: o la Administración, cuya providencia está por ser o ha sido impugnada, la reputa válida, y entonces su voluntad de transigir

## B. *La transacción judicial en materia tributaria*

Partiendo de las premisas sentadas anteriormente, sin duda, el Código Orgánico Tributario de 1º de julio de 1982 <sup>49</sup> estableció expresamente la posibilidad del contrato de transacción judicial en materia tributaria, conforme a las siguientes normas:

Artículo 58. La transacción judicial es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable.

Artículo 59. El Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Hacienda, podrá autorizar la transacción, previo pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros y oída la opinión del Contralor General de la República.

La transacción podrá celebrarse sin la opinión del mencionado funcionario, cuando hayan transcurrido tres (3) meses sin haberse recibido su respuesta. No será necesario el pronunciamiento del Consejo de Ministros, cuando el asunto sometido a transacción no exceda de un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00). El Consejo de Ministros podrá elevar este límite hasta cinco millones de bolívares (Bolívares 5.000.000,00). El contrato de transacción será otorgado en nombre de la República, por el Procurador General de la República.

De acuerdo a estas normas, por tanto, la transacción judicial en materia tributaria está limitada a cuestiones de hecho y su determinación, por lo que no se permite en cuestiones de derecho, es decir, en cuanto al significado de la norma aplicable.

A pesar de lo claro de la norma, sin embargo, el problema de la admisibilidad de la transacción en materia tributaria se ha planteado cíclicamente en el país, particularmente con motivo de reparos formulados a las empresas petroleras <sup>50</sup>.

---

resultaría sustancialmente viciada porque está determinada por el temor al éxito del juicio o por el intento de favorecer al recurrente, pero no por el propósito de observar la ley; o bien lo reputa válida, y entonces su voluntad de transigir resultaría sustancialmente viciada porque está determinada por el temor al éxito del juicio o por el intento de favorecer al recurrente, pero no por el propósito de observar la ley; o bien lo reputa inválido y entonces si transigiese incurriría en vicios análogos porque su voluntad estaría dirigida a aprovecharse del estado de duda o de temor, o de necesidad de la otra parte. Véase De Valles, "Le Transazioni degli Enti Pubblici", *loc. cit.*, p. 46; Cfr. E. Guicciardi, *La Giustizia Amministrativa*, cit., p. 276.

49. Véase G.O. Nº 2.992 Extraordinario de 3-8-82.

50. Véase Florencio Contreras, *Disquisiciones Tributarias*, Mérida, 1969; y "Las Transacciones Fiscales con las Petroleras", *Revista Resumen*, Nº 400; César J. Hernández, "Las Transacciones Petroleras a la luz del Código Tributario", *Revista de Control Fiscal*, Nº 107, Caracas, 1982, pp. 15 a 35. Véase CGR *Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969-1976*, tomo IV, Caracas, 1976, p. 328.

Por ello estimamos de interés referirnos al tema de la posibilidad de las transacciones en materia fiscal, en relación a algunas de las diversas fases de la actividad tributaria del Estado y su indisponibilidad.

En efecto, en la actividad tributaria y fiscal que el Estado desarrolla, pueden distinguirse claramente entre otras tres fases fundamentales: en primer lugar, la que corresponde al ejercicio de la Potestad Tributaria del Estado, como atributo de la soberanía, y que se realiza por los órganos legislativos, mediante la determinación legal de los tributos y de las competencias ejecutivas de carácter fiscal. En segundo lugar, la que corresponde al ejercicio en concreto de dicha potestad a través del ejercicio de la competencia tributaria por los órganos ejecutivos y que tiene por objeto a través de actos de liquidación y de fiscalización e inspección fiscal, determinar o declarar la cuantía y forma de pago de la obligación tributaria que ya ha nacido en virtud de la realización del hecho imponible o hecho generador de la misma. En tercer lugar, la que corresponde asimismo al ejercicio de la competencia tributaria, pero que tiene por objeto lograr el pago del tributo a través de actos de cobro o de recaudación una vez determinada o declarada administrativamente la obligación tributaria. Esta última tiene lugar sólo cuando la contribución se hace exigible.

#### a. *La potestad tributaria y su indisponibilidad*

El ejercicio del Poder Público por parte del Estado se manifiesta a través de diversas potestades, es decir, a través de diversos poderes de actuación que, ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico, producen situaciones jurídicas en las que otros sujetos resultan obligados<sup>51</sup>. Las potestades constituyen en esta forma, los medios necesarios que habilitan a los entes públicos para realizar los fines estatales<sup>52</sup>.

Ahora bien, el Estado, como titular de potestades, se encuentra frente a los administrados en una situación *abstracta* de poder y no en la situación jurídica subjetiva del titular del derecho subjetivo. Queda claro asimismo que frente a la potestad pública, los administrados se encuentran en una situación también *abstracta* de deber, es decir, en una situación de sumisión o sujeción y no de obligación. Sólo una vez ejercida la potestad, pasan a una situación concreta de obligados<sup>53</sup>. En definitiva entonces, y en principio, la potestad es anterior al derecho subjetivo y también a las relaciones jurídicas concretas<sup>54</sup>.

51. Cfr. F. Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1958, p. 348.

52. Cfr. "Las Potestades de los Organismos de Control. Ponencia de la Delegación Venezolana al Segundo Congreso Latinoamericano de Entidades Fiscalizadoras", en *Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, Nº 34, 1965, p. 39.

53. Cfr. F. Garrido Falla, *Tratado...*, cit. tomo I, p. 348.

54. Así, García-Trevijano Fos lo aclara: "El Estado tiene potestad tributaria; ahora bien, hasta que se actualiza en un caso concreto y se fije lo que deberán pagar, por ejemplo, los propietarios de inmuebles, no podemos decir que se ha trans-



Ahora bien, dentro de las potestades del Estado nos interesa destacar fundamentalmente la potestad tributaria y su consecuencia, la potestad sancionadora fiscal. La potestad tributaria ha sido definida como "el poder de establecer impuestos o prohibiciones de naturaleza fiscal, es decir, el poder de dictar normas jurídicas de las cuales nacen, o pueden nacer, a cargo de determinados individuos o de determinadas categorías de individuos, la obligación de pagar un impuesto o de respetar un límite tributario" <sup>55</sup>. Por su parte, C. M. Giuliani Fonrouge, al hablar de poder tributario, señala que "significa la facultad o la posibilidad jurídica del Estado, de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes que se hallan en su jurisdicción" <sup>56</sup>; y en este sentido es necesario señalar que constituye junto con las nociones de poder fiscal (Bielsa), de poder de imposición (Ingrosso; Blumenstein), y de soberanía fiscal (De Juano), una variante de la misma noción de potestad tributaria.

En esta forma, la potestad tributaria, como cualquier otra potestad pública o estatal, es atributo esencial de la soberanía <sup>57</sup>; es un aspecto de la soberanía <sup>58</sup> y tiene su fundamento en ella <sup>59</sup>. De ahí que Bielsa señale que "en la actividad fiscal el Estado obra como *poder*, es decir, con atribuciones de *autoridad* para ejecutar, en último término coactivamente, sus funciones relativas al establecimiento, ordenación y realización de las contribuciones en dinero" <sup>60</sup>.

Pero la existencia de una potestad tributaria, así como de las otras potestades estatales, da origen a otra consecuencia y que es la potestad sancionadora. En efecto, si la sanción administrativa es consecuencia de una infracción administrativa, también la potestad sancionadora de la Administración es el efecto y consecuencia de otras potestades del Estado y, sobre todo y de manera muy especial, de la existencia de un ordenamiento jurídico-administrativo, que demanda la necesidad de que se repriman las infrac-

---

formado la potestad abstracta en un derecho subjetivo concreto. Igualmente, el Estado tiene potestad expropiatoria, pudiendo expropiar, siempre que sea por interés público. Ahora bien, sola y exclusivamente se transformará o descenderá esta potestad al grado de derecho subjetivo cuando inicie y tramite el expediente concreto respecto de un derecho". Vid. J. A. García-Trevijano Fos, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1964, p. 487.

Por su parte, Zanobini está acorde con que "las potestades no pueden confundirse con los derechos subjetivos. El Estado y la comuna, en cuanto titulares de la potestad tributaria, no tienen derecho alguno de crédito hacia los ciudadanos. Esto sólo tras el ejercicio de aquella potestad, o sea, cuando el ente, valiéndose de la misma, haya aplicado un tributo determinado". Véase Guido Zanobini, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Buenos Aires, 1954, p. 228.

55. Véase A. Berliri, *Principios de Derecho Tributario*, Vol. I, Madrid, 1864, p. 168.  
56. Véase C. M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, cit., tomo I, p. 266.  
57. Cfr. Dictamen de la Procuraduría General de la República de 4 de septiembre de 1958. Vid. en Allan R. Brewer-Carías, "Los Contratos de la Administración en la Doctrina de la Procuraduría General de la República", *Revista de la Facultad de Derecho, U.C.V.*, N° 30, Caracas, 1964, p. 232.  
58. Cfr. A. Berliri, *Principios...*, ct., Vol. I, p. 183.  
59. Cfr. C. M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, cit. Vol. I, pp. 267 y ss.  
60. Véase R. Bielsa, *Derecho Administrativo*, tomo IV, Buenos Aires, 1956, p. 456.

ciones al mismo, con el objeto de defender en todo momento su validez y eficacia. Por tanto, desde el momento mismo en que se admite la existencia de diversas potestades, y en general de un ordenamiento jurídico, hay que concluir admitiendo también la existencia de una potestad sancionadora o punitiva de la Administración que determina el que en numerosos casos pueda establecer sanciones a ciertos sujetos extraños a la misma (esto es, a cualquier ciudadano que haya violado un deber frente a la Administración), o ligados a la Administración por medio de una particular relación, como sucede en el caso del funcionario público (potestad disciplinaria)<sup>61</sup>.

La potestad sancionadora, evidentemente, es también un atributo de la soberanía: si a la Administración le fuera negada esta potestad se incurriría en el peligro que apunta Maurach, es decir, el de renunciar a su propia existencia, pues, como bien afirma, “una sociedad que quiera renunciar al poder punitivo renunciaría a su misma existencia”<sup>62</sup>.

Ahora bien, y tal como anteriormente se ha señalado, la potestad tributaria consiste en la facultad de aplicar contribuciones (o establecer exenciones), o sea, como dice Berliri, el poder de sancionar “normas jurídicas de las cuales derive o pueda derivar, a cargo de determinados individuos o de determinadas categorías de individuos, la obligación de pagar un impuesto o de respetar un límite tributario”<sup>63</sup>. Es, en suma, la potestad de gravar<sup>64</sup>.

Ahora bien, en todo caso, la existencia de la potestad tributaria, como tal potestad estatal, y asimismo de la potestad sancionadora, conlleva una serie de consecuencias de suma importancia.

En primer lugar, es necesario señalar que en el ordenamiento constitucional, la potestad tributaria, considerada en abstracto, se funda sustancialmente en preceptos del expresado rango constitucional, que en Venezuela sancionan el deber de todos “a contribuir con los gastos públicos”<sup>65</sup>, y el principio de que “el sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de la progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida del pueblo”<sup>66</sup>. La expresada potestad constituye entonces una prerrogativa exclusiva del poder legislativo del Estado, y ha de ejercitarse a través de actos que tengan carácter y valor formal de ley<sup>67</sup>. Por ello la Constitución consagra la reserva legal en materia tributaria al señalar que “no podrá cobrarse ningún impuesto u otra contribución que no estén establecidos por ley, ni concederse exenciones ni exo-

61. Cfr. M. Montoro Puerto, *La Infracción Administrativa*, Barcelona, 1965, p. 329.

62. Véase Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, p. 63, cit. por M. Montoro Puerto, *La Infracción* . . . , cit., p. 329.

63. Véase A. Berliri, *Principios* . . . , cit., tomo I, p. 168.

64. Cfr. C.M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, cit., Vol I, p. 272.

65. Artículo 56 de la Constitución.

66. Artículo 223 de la Constitución.

67. Cfr. F. Sainz de Bujanda, “El nacimiento de la obligación tributaria”, en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, Nº 58, 1965, pp. 334, 364, 365; F. Garrido Falla, *Tratado* . . . , cit., tomo I, p. 349, Nota Nº 29.

neraciones de los mismos sino en los casos por ella previstos”<sup>68</sup>. Por tanto, toda otra regulación o limitación de la potestad tributaria hecha por acto distinto a la ley formal y sin ajustarse a las citadas normas constitucionales no sólo sería inconstitucional, sino que atentaría contra la soberanía del Estado.

En segundo lugar, la potestad tributaria, como potestad del Estado y atributo de la soberanía, implica que la misma sea total y radicalmente indisponible.

En efecto, como señala Sainz de Bujanda, el principio de legalidad tributaria, recogido en los textos constitucionales, supone que es la ley la que ha de definir y valorar los elementos constitutivos y estructurales de la obligación tributaria y, en primer plano, el hecho imposible, del que la obligación nace. En eso consiste “establecer legalmente” los tributos. Consiguientemente, no cabe que, sin violación del antedicho principio, pueda la ley confiar la misión de establecer o de modificar tales elementos a la Administración, ya que por esa vía, podría el legislador ordinario —que se encuentra vinculado por la Constitución— escapar a la misión que el Texto Político fundamental le atribuye, poniéndola en manos, con unas u otras cortapisas, de los órganos administrativos de *gestión* tributaria<sup>69</sup>. Con base en ello pues, el Estado no puede *negociar* su potestad con el fin de permitir a otros sujetos que dicten disposiciones necesarias para instituir, modificar o suprimir tributos que sean de su competencia<sup>70</sup>. Esto lo aclara Berliri al señalar que “la *indisponibilidad* del poder o potestad de establecimiento del tributo es evidente, en el sentido de que dicho poder constituye una manifestación de la capacidad jurídica del sujeto activo, que se refiere al establecimiento y a la regulación de los tributos. Consiguientemente ni el Estado, ni los Municipios, ni los Estados, ni los demás entes públicos impositores, pueden *negociar* su poder con el fin de permitir a otros entes que dicten disposiciones necesarias para instituir, modificar o suprimir tributos que sean de la competencia de aquéllos. La razón de dicha indisponibilidad es así en opinión de Berliri, obvia: por no ser la potestad tributaria más que el despliegue de la capacidad jurídica del ente público, dicho poder deriva de leyes de típico contenido público, como son las que atañen al ordenamiento constitucional del Estado, las cuales no pueden, por tanto, ser modificadas más que por el Poder Legislativo, y jamás por el Poder Ejecutivo a través de un acto negocial<sup>71</sup>.

Por otra parte, y en este sentido, nuestra Suprema Corte ha sostenido que la teoría de que el impuesto no es negociable ni puede ser materia de contrato es cierta y de muy buena doctrina jurídica: “En efecto —ha seña-

68. Artículo 224 de la Constitución.

69. Véase F. Sainz de Bujanda, *El nacimiento...*, *loc. cit.*, pp. 364 y 365.

70. Cfr. F. Sainz de Bujanda, *El nacimiento...*, *loc. cit.*, p. 360.

71. Cit. por F. Sainz de Bujanda, *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, Madrid, 1966. pp. 164 y 165.

lado la Corte— el impuesto en su concepto general y abstracto no puede ser negociado en el sentido de que el Ejecutivo no puede obligarse con un tercero por medio de una cláusula contractual a no imponer impuestos, porque ni este Poder, ni ningún otro tienen facultad para ello, no pueden enajenar este derecho del Estado ni comprometer su porvenir” 72. Por ello García-Trevijano habla de que sería absurdo pensar que el Estado enajenara la potestad tributaria 73; y en todo caso, la indisponibilidad implica no sólo la inalienabilidad sino también la intrasmisibilidad, la irrenunciabilidad y la imprescriptibilidad 74.

En este sentido la Procuraduría General de la República también ha sido terminante:

“Conforme a los más elementales principios de derecho constitucional, atributo esencial de la soberanía es, entre otros, el derecho indeclinable de imponer, por consiguiente, renunciar, así sea parcialmente o temporalmente, a ese derecho, a esa potestad, equivale, implícitamente, a renunciar al ejercicio de ese atributo de la soberanía. Por ello, la doctrina constitucional, administrativa y fiscal, así como la jurisprudencia más autorizada sobre la materia, están conforme en considerar que el poder de imposición no puede ser jamás objeto de contratación. Esta sola consideración sería suficiente para que los tribunales de justicia pronunciaran la nulidad de semejante estipulación contractual” 75.

72. Véase Sentencia de 10 de marzo de 1941, en *Memoria de 1942*, tomo I, p. 387 y en Allan Randolph Brewer-Carías, “Los Contratos Administrativos en la Jurisprudencia Administrativa Venezolana”, *Revista de la Facultad de Derecho, U.C.V.*, Nº 26, 1963, pp. 142 y 143.

73. Véase J. A. García-Trevijano Fos, *Tratado...*, cit., tomo I, p. 488.

74. Cfr. M. S. Giannini, *Lezioni...*, p. 268, cit., por F. Garrido Falla, *Tratado...*, cit., tomo I, p. 348, Nota 29; G. Zanobini, *Curso...*, cit., tomo I, p. 229; A. Berliri, *Principios, cit.*, p. 170; C. M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, cit., Vol. I, pp. 274 y 275.

75. Véase Dictamen de la Procuraduría de 4 de septiembre de 1958 en Allan Randolph Brewer-Carías, “Los Contratos de la Administración en la Doctrina de la Procuraduría General de la República”, *Revista de la Facultad de Derecho, U.C.V.*, Nº 30, 1964, p. 232.

Toda esta doctrina, por otra parte, ha sido acogida en forma expresa por los proyectistas de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (1963), al establecer en el Proyecto dos normas del tenor siguiente:

Artículo 98. “Los impuestos, tasas y otras contribuciones nacionales causados son irrenunciables, salvo que el Congreso, en casos especiales, autorice lo contrario, y sin perjuicio de lo previsto en los artículos 100 (exoneraciones) y 118 (remisiones)”.

Artículo 99. “El poder de imposición del Estado no puede ser materia de contratación”.

En relación a estas normas proyectadas, la Exposición de Motivos del Proyecto señala lo siguiente: “Especial importancia ha atribuido la Comisión a los principios contenidos en los artículos 98 y 99 del Proyecto, relativos ambos, bajo diversos aspectos, a la inalienabilidad del poder de imposición del Estado. Por el primero (artículo 98), se establece la *irrenunciabilidad* de los impuestos causados, dejando sólo a salvo la facultad del Congreso para que en determinados

b. *La competencia tributaria de inspección y liquidación y su indisponibilidad*

Ahora bien, de lo anteriormente señalado se induce asimismo, que paralelamente al poder tributario abstracto está la facultad de ejercitarlo en el plano material, a lo cual denomina Hensel competencia tributaria<sup>76</sup>.

En este sentido habla Alessi, citado por Sainz de Bujanda, de poder tributario primario (potestad tributaria) y poder tributario complementario (competencia tributaria). En efecto, este autor habla de que “la potestad o poder tributario puede ser considerado bajo dos planos jurídicos distintos, respecto a cada uno de los cuales da lugar a instituciones y situaciones diversas. Ante todo, puede ser considerado en un plano *abstracto*, con relación a una colectividad de sujetos indeterminados, respecto a los cuales aquél se ejercita; ahora bien, dado que en esta perspectiva abstracta “exacción coactiva” significa simplemente “institución abstracta de una contribución coactiva”, el desarrollo del poder tributario significa tan sólo, así considerado, emanación de normas jurídicas que sirven de base a la institución de las diversas contribuciones coactivas. Contemplado en esta forma abstracta, puede hablarse de poder tributario *primario*, frente al *complementario*, del que seguidamente vamos a ocuparnos. El poder tributario —agrega Sainz de Bujanda— puede ser también considerado en un plano concreto, con relación a miembros determinados, singulares, de la colectividad: desde esta perspectiva, “exacción coactiva” significa propiamente “contribución concreta”, por hallarnos en presencia de una aplicación concreta de la norma que establece la contribución en abstracto. En este ámbito, la potestad tributaria se desarrolla, no con *carácter normativo* —como la anterior—, sino como actividad de *carácter administrativo* dirigida a

---

casos autorice lo contrario y la doble facultad del Poder Ejecutivo de exonerar de impuestos (artículo 100) y de conceder su remisión en casos sumamente limitados y de especial consideración (artículo 118). Por el segundo (artículo 99), se deja claramente establecida la “inalienabilidad” del propio poder de imposición del Estado. *Aunque la Comisión reconoce que esta noción está implícita en el ordenamiento jurídico de todo Estado Soberano, pues que atributo esencial de la soberanía es, precisamente, el ejercicio de tal poder*, ha considerado, sin embargo, conveniente su consagración expresa como razonable freno a los numerosos y hasta tradicionales vicios que en la práctica se han introducido en nuestro Derecho Fiscal. El Poder Ejecutivo, al ejercer la facultad de exoneración, ha comprometido en no pocas oportunidades, contractualmente, el ejercicio de dicho poder. La Comisión estima, por lo tanto, que la concesión de exoneraciones o el establecimiento de un régimen tributario especial, bien en beneficio de determinadas actividades o de determinados contribuyentes, en aquellos casos en que la Constitución y las leyes lo autoricen, *sólo podrá ser obra del Poder Ejecutivo unilateralmente, de acuerdo con la suma de sus propias atribuciones, sobre la materia; pero, en ningún caso y por ningún respecto, materia de contratación*”. Véase en *Exposición de Motivos y Proyecto de Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional*, Publicaciones del Ministerio de Justicia. Caracas, 1964, pp. 20 y 21.

76. Véase Hensel, *Diritto Tributario*, p. 27, cit., por C. M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, cit., tomo I, p. 272.

conseguir, mediante la actuación concreta del abstracto mandato normativo, el paso material de la cuota de riqueza privada a la que el precepto legislativo se refiere. Por ello, señalamos que se trata de una potestad o poder *complementario* (competencia tributaria) del poder primario antes aludido” 77.

En este mismo sentido, algunos autores han juzgado pertinente distinguir, en el plano teórico, el ejercicio de un poder tributario abstracto y el despliegue de una potestad tributaria concreta (competencia tributaria). El primero se define, como lo hemos hecho, como la facultad de dictar normas jurídicas de establecimiento de tributos; el segundo, como conjunto de facultades y prerrogativas que permita al ente público impositor, a través del despliegue de una actividad administrativa de liquidación y de recaudación de impuestos, dar efectividad a los créditos que surgen a su favor de la ley, esto es, percibir las sumas debidas por los contribuyentes 78.

Ahora bien, utilizando la tesis de Sainz de Bujanda, podría decirse que la relación jurídica tributaria (la obligación del contribuyente y el crédito tributario que han nacido con la realización del hecho imponible) se determina o declara generalmente por el ejercicio de la potestad tributaria complementaria o competencia tributaria. Por ello, esta actividad se caracteriza por ser meramente gestora: no se dirige a imponer el tributo —que ya ha sido impuesto y regulado por la ley— sino a liquidarlo 79.

Por otra parte, en esta competencia tributaria por lo que ahora nos interesa, puede distinguirse una duplicación de funciones: existe, de un lado, una actividad sustancial y final, y, de otro, una actividad meramente instrumental. De tal suerte, que es posible concebir, en correspondencia a esa distinción, una competencia tributaria principal, esencial y sustancial de imposición, a través de la cual se obtiene, en *concreto, de modo directo o inmediato*, respecto a determinados sujetos, *la actuación de la obligación tributaria* abstractamente impuesta por la norma tributaria, junto a una plu-

77. Cit., por F. Sainz de Bujanda, “El Nacimiento de la Obligación Tributaria”, *loc. cit.*, p. 335.

78. Cfr. F. Sainz de Bujanda, *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, cit., pp. 163 y 164.

79. Cfr. F. Sainz de Bujanda, *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, cit., p. 19. Por su parte, Giannini, en torno a ello ha expuesto claramente lo siguiente: “La ley, al asociar el nacimiento y la cuantía de la deuda impositiva a las circunstancias en que se produzca una determinada situación de hecho, no puede enunciar más que de un modo abstracto los presupuestos del tributo y los criterios para su determinación. Por lo tanto, para establecer en concreto, si una deuda impositiva ha surgido, y cuál es su importe, es necesario comprobar, cada vez, si los expresados presupuestos han tenido lugar, fijar su precisa naturaleza y entidad y valorar los restantes elementos preestablecidos para determinar la medida de la obligación”. Así, agrega el mismo autor, “La liquidación del impuesto, en sentido amplio, consiste, precisamente, en el acto o en la serie de actos necesarios para la comprobación y la valoración de los diversos *elementos constitutivos* de la deuda impositiva (presupuesto material y personal, base imponible), con la consiguiente aplicación del tipo de gravamen y la concreta determinación cuantitativa de la deuda del contribuyente (Idem, pp. 38 y 39). En esto consiste el ejercicio de la competencia tributaria.

ralidad de competencias instrumentales, dirigidas a un mejor ejercicio de la primera, y que deben, por tanto, reputarse accesorias e instrumentales respecto a esta última (por ejemplo: competencia para realizar investigaciones, de interrogar a los ciudadanos, de examinar libros de contabilidad, etc.). Estas últimas competencias señala Sainz de Bujanda, "se encuentran necesariamente coordinadas y preordenadas a la actuación de la potestad sustancial y principal" <sup>80</sup>.

Por otra parte, el ejercicio concreto de la potestad tributaria, es decir, la competencia tributaria (poder tributario complementario, según la terminología de Alessi) es un atributo exclusivo del poder de actuación unilateral del Ejecutivo (administración tributaria) pero con la esencial característica de ser absolutamente *vinculada o reglada* <sup>81</sup>. la discrecionalidad aparece aquí como fenómeno enteramente marginal y sólo se da en el área de las actividades que tienen carácter accesorio o instrumental respecto a la actividad que constituye el desarrollo efectivo de la potestad tributaria (por ejemplo: en las actuaciones de vigilancia, de control y otras similares). Este carácter vinculado —señala acertadamente Sainz de Bujanda—, se debe al hecho de que en el acto normativo (a través del que se desarrolla el poder tributario en el plano abstracto) se encuentra ya la previsión abstracta y, por tanto, la creación, siquiera sea en dicho plano abstracto, de una obligación tributaria a cargo de todos cuantos lleguen a encontrarse con un determinado presupuesto de hecho en una cierta relación igualmente hipotetizada por el legislador (*la norma impone*, en abstracto, a todas esas personas, la contribución coactiva, *no se limita a conceder la potestad de imponer* a la autoridad tributaria); la concreción de la obligación tributaria y, por tanto, su *constitución en concreto* a cargo de sujetos determinados, se produce, por tanto, desde el instante en que cobra existencia el presupuesto de hecho y la relación de éste con el sujeto concreto de que se trate <sup>82</sup>.

En todo caso, por ser una actividad esencialmente vinculada <sup>83</sup> y, por tanto no discrecional, la Administración no es libre de ejercerla, sino que está obligada a ello, tiene el *deber jurídico* de su ejercicio, pues su realización persigue un objetivo público: obtener la exacción coactiva de riqueza <sup>84</sup>. Así, claramente se ha sostenido también que "la actividad impositiva se desarrolla en virtud de un deber, no de una facultad" por lo que si "la

80. Véase F. Sainz de Bujanda, *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, cit., pp. 132 v 133.

81. Cfr. F. Contreras Quintero, Breve Estudio Comparativo de la Tramitación Administrativa y del Régimen de Impugnación de Reparos. . . , *loc. cit.*, p. 38. F. Sainz de Bujanda, *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, cit., p. 132.

82. Véase F. Sainz de Bujanda. El Nacimiento. . . , *loc. cit.*, p. 335; F. Sainz de Bujanda, *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, cit., p. 131.

83. Cfr. J. A. García-Trevijano Fos, Al señalar que "la obligación impositiva es *ex lege* v sólo actúa la Administración" acertando la que existe en la realidad, cit. por F. Sainz de Bujanda, *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, cit., p. 237.

84. Cfr. F. Sainz de Bujanda, *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, cit., p. 129; Cfr. asimismo, O. Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, Vol. II, Buenos Aires, 1950, p. 256, donde establece que "al obligar a los contribuyentes, la ley obliga al mismo tiempo al Poder Ejecutivo a realizar esta obligación".

Administración ha de cumplir la ley fiscal, no puede elegir entre exaccionar o no los tributos”<sup>85</sup>.

En esta forma, esta competencia tributaria de la autoridad administrativa, como actuación completa y esencialmente vinculada, se rige por todas las normas generales sobre la competencia administrativa: en primer lugar, las normas que fijan la competencia no pueden ser alteradas por quienes están llamados a ejercer los poderes que ellas acuerdan, ya que su cumplimiento es una obligación y no una facultad<sup>86</sup> siempre que el interés público lo exija, en estos supuestos, la realización de un *objetivo* público: obtener la exacción coactiva de riqueza<sup>87</sup>. En este sentido insiste Sainz de Bujanda que “la autoridad financiera no tiene una mera facultad para exigir el impuesto si lo estima pertinente, cuando el hecho imponible se produzca, sino *debe* exigirlo”<sup>88</sup>. Por otra parte, la Administración tributaria sólo puede actuar en la zona que le fija el derecho objetivo, debiendo fundarse siempre en textos expresos<sup>89</sup>. En tercer lugar, las reglas de competencia en el derecho público —administrativo o financiero—, son siempre de orden público y, en consecuencia, no admiten renuncia ni modificación por los interesados<sup>90</sup>.

Por tanto, la falta de ejercicio de la competencia tributaria acarrea responsabilidad para los funcionarios que dejan de ejercerla. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional establece expresamente que los empleados administradores y liquidadores de rentas nacionales responden de los derechos causados a cargo de los contribuyentes o deudores y que no hayan sido liquidados; y de los perjuicios causados al Fisco, que provengan de negligencia o impericia, en los actos de reconocimiento y aforo o de la falta de cumplimiento de las reglas establecidas para dichos actos<sup>91</sup>.

En todo caso, y ello es evidente de lo anteriormente expuesto y del carácter obligatorio y vinculado de la competencia tributaria, ésta, al igual que la potestad tributaria abstracta, también es esencialmente indisponible. Los órganos ejecutivos, hemos dicho, no podrían renunciar, ni parcial ni

---

85. Véase C. Albiñana Ga. Quintana, *Responsabilidades Patrimoniales Tributarias*, Madrid, 1951, pp. 92 y 93.

86. Cfr. E. Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Montevideo, 1953, p. 192; G. Jéze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, tomo III, Buenos Aires, 1949, p. 189.

87. Cfr. F. Sainz de Bujanda, *El Nacimiento...*, *loc. cit.*, p. 334.

88. Véase F. Sainz de Bujanda, *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, *cit.*, p. 278.

89. Cfr. Juan Colombo Campbell, *La Competencia*, Santiago de Chile, 1959, p. 183.

90. Cfr. Juan Colombo Campbell, *La Competencia*, *cit.*, pp. 182 y 183; Dictamen de la Procuraduría de la Nación de 24 de noviembre de 1955, en *Informes de la Procuraduría de la Nación al Congreso* 1956, p. 73; Dictamen de la Procuraduría de la Nación de 4 de septiembre de 1958, en *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso* 1957-1958, p. 273; Dictamen de la Procuraduría de la Nación de 13 de noviembre de 1959, en *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso* 1959, p. 496.

91. Artículo 142, ordinales 1 y 2.



temporalmente a ejercer su competencia tributaria pues ésta no es de libre ejercicio, sino de ejercicio obligatorio para la Administración. Por ello, contractualmente no podría admitirse una renuncia al ejercicio de la competencia administrativa, por ser violatoria no sólo del artículo 6º del Código Civil sino de los más elementales principios de derecho público —constitucional, administrativo y fiscal.

En este sentido Guicciardi aclara acertadamente que “las controversias relativas a los derechos generales del Estado deben considerarse *intransigibles*, ya que para ellas, las condiciones de existencia y el contenido de la relación entre Administración y ciudadano están fijadas en la ley y están, por lo tanto, sustraídas de la voluntad de ambas partes”<sup>92</sup>.

En este sentido, la misma Procuraduría de la Nación ha sostenido la indisponibilidad contractual de competencias fiscales. En efecto, en materia de crédito público ha sostenido que por vía contractual el Estado no puede limitarse la competencia para contratar empréstitos, en esta forma:

“En las leyes que definen las atribuciones y facultades del Poder Ejecutivo Nacional en materia presupuestaria y de crédito público, no existe autorización alguna en cuya virtud pueda el poder administrador limitarse, por vía contractual, la facultad de contratar empréstito, públicos internos o de efectuar gastos públicos. Además, si, como antes se expuso, la contratación sobre el poder de imposición atenta contra la soberanía del Estado y compromete la majestad y dignidad de la República, cuyo resguardo la nación venezolana proclama en el artículo 1º de la Constitución Nacional como razón primordial de su existencia, lo mismo sucedería con la contratación por el Estado sobre su propia facultad de realizar gastos públicos y de procurarse arbitrios fiscales por los medios que las leyes ponen a su disposición”<sup>93</sup>.

Por otra parte, debe señalarse que todo lo expuesto sobre la indisponibilidad del ejercicio concreto de la potestad tributaria (competencia tributaria) es aplicable asimismo a la potestad sancionadora. El Estado no puede renunciar a la misma ni la Administración puede renunciar a ejercerla frente a la infracción que la genera. En abstracto es irrenunciable también esta potestad, por lo que no podría el Ejecutivo negociar la potestad sancionadora, renunciando a ejercerla en general o en determinados casos y supuestos, parcial o temporalmente, sin atentar contra su propia soberanía y renunciar a su propia existencia<sup>94</sup>.

Ahora bien, con base en lo anteriormente expuesto sobre la competencia tributaria y su indisponibilidad dado su carácter obligatorio y vinculado,

92. Véase E. Guicciardi, *La Giustizia Amministrativa*, cit., p. 371.

93. Véase Dictamen de la Procuraduría General de la República de 4 de septiembre de 1957, en Allan Randolph Brewer-Carías, “Los Contratos de la Administración” en *Revista de la Facultad de Derecho*, U.C.V., Nº 31, 1965, p. 294.

94. Cfr. M. Montero Puerto, *La Infracción Administrativa*, cit., p. 329.

es necesario señalar que no podría el Ejecutivo Nacional en un contrato de transacción celebrado con un contribuyente, transar sobre el ejercicio de dicha competencia, y renunciar, por ejemplo, a estimar de oficio las rentas gravables a los efectos de la liquidación respectiva<sup>95</sup>.

Con base en ello, el Ejecutivo Nacional no puede renunciar a aplicar, por ejemplo, la Ley de Impuesto sobre la Renta pues la ley es de aplicación obligatoria por la Administración, y no de aplicación facultativa; como tampoco puede declarar extinguidos los derechos que pueda tener como resultado de estimaciones de oficio, pues los funcionarios de Hacienda están obligados a realizarlas y liquidar los impuestos causados que de ellas resulten y que no habían sido liquidados, obligatoriamente, en los supuestos establecidos en la Ley. De lo contrario son responsables por ello. En esta misma forma, esa renuncia a formular reparos derivados de estimaciones de oficio, no sólo no puede hacerse en relación con la competencia tributaria de la Administración, sino que en todo caso no podría abarcar las facultades

95. En efecto, sobre la naturaleza de la estimación de oficio, la Procuraduría General de la República ha establecido lo siguiente: La obligación de declarar que tiene el contribuyente, es una obligación de hacer y de ineludible cumplimiento. Permite una mejor fiscalización y constituye para el obligado eficaz elemento probatorio contra las pretensiones de la Administración; de allí la importancia que se le atribuye, y su inexistencia autoriza plenamente para "calificar, determinar o estimar de oficio" los enriquecimientos de los contribuyentes, cuando éstos no "declare(n) o no comprobare(n) satisfactoriamente" sus beneficios "o cuando se presumiere con fundados indicios que la declaración en cualquiera de sus partes, no es fiel exponente de (su) capacidad tributaria". De manera que el incumplimiento de esa obligación de hacer, *implica para el Fisco un grave perjuicio*, pues le priva de una fuente de información y control más o menos precisa. Para cubrir la emergencia se han creado entonces los otros medios de determinación ya comentados, de los que no se excluye la participación directa o mediata de terceros que tengan o hayan tenido con el contribuyente tratos jurídicos y económicos". Por tanto, la estimación de oficio es supletoria y la administración debe acudir a ella cuando los contribuyentes no declaren o comprueben satisfactoriamente sus beneficios, o cuando se presume, con fundados indicios, que la declaración, en cualquiera de sus partes, no es fiel exponente de su capacidad tributaria. Por ello es que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional declara responsables a los Administradores y Liquidadores de rentas nacionales por las liquidaciones hechas por cuota menor que la causada (y que, por tanto, no sean correlativas a la capacidad tributaria del contribuyente) y en general, por los derechos causados a cargo de contribuyentes y que no hayan sido liquidados (artículo 142, ordinal 1); y sólo quedan librados de dichas responsabilidades "cuando los derechos sean causados sin que el empleado respectivo tenga noticia de ello, y la falta de liquidación no provenga de su omisión, negligencia o error inexcusable" (artículo 142, ordinal 1º). Esta responsabilidad entonces, no es sino una consecuencia directa del carácter obligatorio del ejercicio de la competencia tributaria, concretamente de los actos de liquidación, incluyendo aquellos que se deriven de estimaciones de oficio y que no pueden dejar de realizarse cuando se den los supuestos legales para que procedan supletoriamente. La omisión de la estimación de oficio, formulación de reparos y subsiguiente liquidación hace responsable a los funcionarios de Hacienda respectivos (administrativos y liquidadores de rentas nacionales) por las cantidades no liquidadas, en los términos señalados y que determina la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Dictamen de la Procuraduría General de la República de 3 de agosto de 1964 en *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, 1964, p. 128.

des —obligaciones también— de formular reparos, de la Contraloría General de la República, en los casos que determina tanto la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional como la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República como deber —y no sólo como atribución—, pues también corresponde a este Organismo revisar si las liquidaciones han sido legalmente hechas y si han sido liquidados y pagados todos los impuestos causados cualquiera que sea el origen o modo de información por el cual lleguen a su conocimiento faltas relativas a liquidación o cobro de impuestos y, en su caso, formular a su vez los reparos a las cuentas de los funcionarios que revisen.

Por otra parte, tampoco podrá válidamente renunciar la Administración a ejercer su competencia sancionadora por vía de transacción pues también su ejercicio es obligatorio.

Siendo disposiciones imperativas para los órganos del Estado las que determinan los casos en que se debe el impuesto, las personas obligadas, su cuantía, los modos y forma en que el propio impuesto debe ser liquidado y recaudado, es evidente que también son imperativas las normas que prevén las sanciones que ha de aplicar la Administración en los supuestos de infracción tributaria, es decir, de “vulneración de las obligaciones nacidas de la relación jurídica impositiva”<sup>96</sup>.

En esta forma, tampoco podría el Ejecutivo renunciar a ejercer su competencia sancionadora de aplicar las multas a que hubiere lugar en los casos de infracciones tributarias. De ahí que la Contraloría General de la República en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional tenía el deber de verificar las cuentas de los administradores de rentas revisando no sólo si las liquidaciones habían sido legalmente hechas sino también si habían sido aplicadas las penas a todas las contravenciones comprobadas (artículo 168, ordinales 3 y 4, s.)

Por tanto, y en definitiva, en nuestro criterio no podría válidamente celebrarse una transacción que implique una renuncia al ejercicio de la competencia tributaria y sancionadora, que es obligatoria para la Administración y de orden público:

- Aº) Porque en todo caso, quedaría incólume la responsabilidad de los funcionarios de hacienda por las omisiones en las liquidaciones, estimaciones de oficios y reparos;
- Bº) Porque también, en todo caso, quedarían incólumes las atribuciones y deberes legales de la Contraloría General de la República, como órgano auxiliar del Congreso, de formular los reparos correspondientes también bajo la responsabilidad legal de sus funcionarios; y

---

96. Véase F. Sainz de Bujanda, *Hacienda y Derecho*, Vol. II, Madrid, 1962, p. 207.

- C<sup>o</sup>) Porque podría asimismo darse el supuesto de que un particular denunciara como derecho oculto, conforme al procedimiento previsto en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, las cantidades causadas y no pagadas <sup>97</sup>.

c. *La competencia tributaria de cobro y recaudación de tributos y su indisponibilidad*

Pero la actividad tributaria del Estado, como hemos dicho, no se agota con el establecimiento de las normas legales sobre tributos ni con el ejercicio de la competencia tributaria destinada a determinar o declarar en concreto la relación jurídico-impositiva con todas sus consecuencias, sino que también implica el ejercicio de la competencia tributaria tendiente a hacer efectivo el crédito fiscal (recaudación) que se determinó en el acto liquidatorio.

Este aspecto de la competencia tributaria, al igual que la comentada anteriormente, es también de ejercicio obligatorio y vinculado —no discrecional— por parte de la Administración, por lo que todos los principios antes enunciados le son enteramente aplicables aquí.

En efecto, tal como acertadamente ha señalado Sainz de Bujanda, “los intereses comunitarios son únicamente gestionados por la Administración, y ésta ha de acomodar su actuación a los mandatos de la ley. No puede la Administración, que está vinculada por la ley en la órbita tributaria, acordar libremente con el contribuyente cuánto, ni cómo, ni cuándo ha de pagarse el impuesto: todos esos aspectos, en un ordenamiento jurídico en el que rija el principio constitucional de legalidad tributaria, han de ser establecidos —y así ocurre, efectivamente— *por normas de acatamiento necesario*, que excluyen —o deben excluir— *las fórmulas contractualistas sobre tales materias*”, concluyendo que compete a la Administración

“la recaudación de tales impuestos con sujeción a las normas legales y, por tal razón, no podrá *disponer* de los créditos correspondientes. Esa disposición sólo podrá producirse por la vía legislativa, por ser al órgano legislativo al que constitucionalmente corresponde definir la voluntad del ente público sobre la expresada materia, lo que justifica que en todos los ordenamientos en los que rige el principio de la legalidad tributaria existan normas según las cuales no podrán concederse moratorias, amnistías ni reducciones de contribuciones —o lo que es lo mismo, no podrá *disponerse* de los créditos fiscales— más que por medio de leyes” <sup>98</sup>.

97. Véase en materia de transacción a nivel municipal lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en sentencia de 14-8-89, *Revista de Derecho Público*, N<sup>o</sup> 39, Caracas, 1989, pp. 119 y 120.

98. Véase F. Sainz de Bujanda, *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, cit., pp. 90 y 91.

En estos casos, en efecto, se trata también de una actividad a la que escapa cualquier tipo de *valoración* que no tenga carácter meramente técnico, *lo que excluye la posibilidad de cualquier discrecionalidad* verdadera y propia, tanto en lo que se refiere a la *percepción* coactiva de la exacción a cargo de sujetos concretos y determinados, como en lo que atañe a la *cuantía* de aquélla<sup>99</sup>. En definitiva, “la autoridad financiera *no tiene una nueva facultad para exigir el impuesto* si lo estima pertinente, cuando el hecho imponible se produzca, sino que *debe exigirlo*, ya que la norma no sólo vela obligaciones de pago para el contribuyente, *sino también deberes recaudatorios para el Fisco*”<sup>100</sup>.

De acuerdo a lo expuesto entonces, y siendo obligatorio para la Administración el exigir o cobrar los impuestos causados y determinados por los actos de liquidación, no pueden concederse beneficios a determinados contribuyentes sobre su deuda, sin que exista norma legal que los autorice. En este sentido, López Freyle señala que “los funcionarios públicos, por muy alta que sea su jerarquía, no poseen ese poder discrecional de redimir deudas, ya sea en forma expresa de manera indirecta cuando conceden rebajas a espaldas de la ley, es decir, sin que haya una norma que sustente el fundamento jurídico, ya que en materia tributaria los funcionarios no tienen atribuciones para hacer *graciosas concesiones*”<sup>101</sup>. De ahí que Paniol y Ripert establezcan con claridad meridiana que “el cobro de los impuestos, que interesa al orden público, no puede dar lugar a ninguna transacción válida”<sup>102</sup>.

Estos principios generales han sido recogidos y aceptados por nuestro ordenamiento jurídico, de ahí que el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional señale expresamente que “el producto de las rentas nacionales debe ser enterado directamente por el deudor o contribuyente en la Oficina del Tesoro Nacional encargada de la recepción de fondos y en virtud de liquidación autorizada por un funcionario competente”; y establezca responsabilidad de los Administradores y Liquidadores de rentas nacionales “por las cantidades liquidadas que no hayan ingresado al Tesoro” pudiendo liberarse de dicha responsabilidad sólo “cuando el empleado haya gestionado el cobro por todos los medios legales o cuando hubiere obtenido del contribuyente o deudor las garantías que la ley ha previs-

99. Cfr. F. Sainz de Bujanda, *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, cit., p. 132.

100. Véase F. Sainz de Bujanda, *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, cit., p. 278 (subrayado ARBC). Cfr. Isaac López Freyle, *Principios de Derecho Tributario*, Bogotá, 1962, p. 83, donde establece que “no es un derecho del Estado percibir impuestos, porque no es potestativo para él hacerlo, es obligatorio. Establecido por la ley un impuesto, el Fisco debe cobrarlo porque la Ley Tributaria obliga tanto al particular como al Estado”; Cfr. asimismo, O. Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, cit., Vol. II, p. 252.

101. Véase Isaac López Freyle, *Principios de Derecho Tributario*, ct., p. 84.

102. Véase Paniol y Ripert, *Derecho Civil Francés*, Vol. 11, La Habana, 1946, p. 936.

to”<sup>103</sup>. Corresponde asimismo a la Contraloría General de la República examinar si han sido liquidados y pagados todos los impuestos causados para formular los reparos correspondientes.

Ahora bien, un solo grupo de excepciones admite nuestro derecho positivo al principio de que “el producto de las rentas nacionales debe ser enterado directamente por el deudor o contribuyente en la oficina del Tesoro Nacional”<sup>104</sup>, lo que está obligada la Administración a gestionar, y son los previstos en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional según mención del mismo artículo 50 *eiusdem*.

Dicho artículo 49 establece lo siguiente:

“Pueden sacarse a remate público o contratarse con particulares, a juicio del Ejecutivo Nacional, las deudas atrasadas provenientes de cualquier renta que hayan pasado a figurar como saldos de años anteriores. En estos casos, el rematador o cesionario gozará, para el cobro, de los mismos privilegios que la ley acuerda al Fisco Nacional, al cual quedará subrogado”.

“Respecto a dichas *deudas* podrá también el Ejecutivo Nacional celebrar arreglos o *transacciones* con los deudores, así como conceder su remisión, rebaja o bonificación de las mismas o de sus intereses, o plazos para su pago, cuando a su juicio fueren conducentes tales concesiones”.

“No podrán llevarse a efecto cesiones, remisiones, rebajas o transacciones de cualquier género en lo concierniente a este artículo, sino cuando después de consultados el Contralor de la Nación y el Procurador de la Nación, estos funcionarios hayan informado por escrito, indicando la circunstancia de lo que se pretende”.

Esta norma, tal como lo ha señalado la Procuraduría General de la República, consagra facilidades que “son de carácter extraordinario, excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva”<sup>105</sup>. “De ahí que los arreglos o *transacciones* con los deudores de impuestos —agrega la Procuraduría—, que hayan pasado a figurar como saldos de años anteriores, así como la remisión, rebaja o bonificación de los mismos o de sus intereses, o plazos para su pago, son modalidades condicionadas a la *conurrencia de circunstancias extraordinarias* que, a juicio del Ejecutivo Nacional, hagan “conducentes tales concesiones”, como lo establece la citada disposición legal”<sup>106</sup>. A ello ha agregado la misma Procuraduría que “si se advierte en el origen, finalidades y evolución de la citada disposición, es forzoso concluir que las

103. Artículo 142, ordinal 3º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

104. Artículo 50 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

105. Véase Dictamen de la Procuraduría de la Nación del 17 de enero de 1959 en *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso 1959*, p. 485.

106. Véase Dictamen de la Procuraduría de la Nación de 23 de febrero de 1960 en *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso 1960*, p. 372.

facultades contenidas en ella no pueden erigirse en ningún caso, en modo regulares de extinción de las obligaciones fiscales, pues que ellas sólo propenden al saneamiento, administrativamente, de la Contabilidad Fiscal para despejarla de “deudas muertas” o, cuando más, a una equitativa y ponderada adecuación del rigor propio de la Ley Tributaria a las circunstancias especiales y personales de sus destinatarios, derivadas de su estado económico y, particularmente, de su insolvencia”<sup>107</sup>. De ahí que, como se dijo al inicio, el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional sea una norma de estricto derecho *adjetivo* (procedimental) —y no de derecho sustantivo— que complementa el artículo 49 de la misma ley, al exigir el cumplimiento de determinadas autorizaciones previas, para las transacciones que se lleven a cabo en causas fiscales distintas, por supuesto, a las que se refieren a “deudas atrasadas provenientes de cualquier renta que hayan pasado a figurar como saldos de años anteriores”.

En cuanto a las multas, algunas leyes especiales establecen la posibilidad para el Ejecutivo de eximir al contribuyente de su pago, o rebajar su monto, por vía de gracia, cuando concurren circunstancias que demuestren falta de intención dolosa en el contribuyente<sup>108</sup>.

Ahora bien, en todos estos supuestos, queda claro que no se trata de la revocación del acto administrativo de liquidación, sino de la atenuación de sus efectos por vía de concesión graciosa, excepcional, especialmente autorizada por la ley. El acto administrativo queda firme y válido, pues como se ha dicho, “en materia tributaria, por ser, precisamente, su gestión eminentemente reglada —no discrecional—, la administración pública tiene el poder de revisar sus propios actos y de anularlos, en su consecuencia, sólo por razones de ilegalidad, nunca de oportunidad o conveniencia —mérito—”<sup>109</sup>.

En efecto, en los casos de concesión de gracia respecto a multas, por ejemplo, lo que en nuestro criterio es aplicable para todos los supuestos a que se refiere el artículo ya citado, incluyendo las transacciones allí contempladas, “el Ministro, al conceder la gracia, *no revoca* el acto administrativo que sigue vigente, sino que *atenúa sus efectos*, rebajando o eximiendo del pago de una multa si es el caso”<sup>110</sup>. De ahí que la gracia y los beneficios del artículo 49 de la Ley Orgánica puedan solicitarse aun frente a actos definitivos y firmes, y aun cuando estén bajo la jurisdicción de los órganos jurisdiccionales del Estado.

---

107. Véase Dictamen de la Procuraduría de la Nación de 27 de junio de 1956 en *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso* 1957, p. 154.

108. Artículo 115 de la *Ley de Impuesto sobre la Renta* de 16 de diciembre de 1966.

109. Véase F. Contreras Q., “Breve estudio comparativo de la tramitación administrativa y del régimen de impugnación de Reparos...”, *loc. cit.*, p. 38.

110. Véase Allan Randolph Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo...*, cit., pp. 278 y 279.

Ello, por otra parte, y refiriéndonos concretamente a las transacciones, se evidencia del principio de la intransigibilidad de la legalidad. En efecto, los actos de liquidación fiscal y de formulación de reparos son actos administrativos fiscales y como tales, se rigen por todos los principios generales de los mismos. Especialmente rige para ellos su carácter vinculado o de emanación obligatoria y, por tanto, el que no puedan ser revocados discrecionalmente —por motivos de oportunidad y conveniencia— sino sólo por ilegalidad.

En este sentido, Florencio Contreras Q., ha señalado acertadamente lo siguiente: “Esa potestad anulatoria puede ejercerla la Administración Pública (por sólo motivo de ilegalidad), bien a instancia de los administrados —contribuyentes—, a través de los recursos administrativos que a éstos confieran las leyes, o bien de oficio, ya sea en sede administrativa, o, incluso, en sede jurisdiccional, porque aquéllos hayan deducido el recurso contencioso-fiscal, que es, ciertamente, un recurso subjetivo de anulación”<sup>111</sup>.

Por tanto, y cuando el conocimiento de un acto administrativo fiscal permanezca aún en la vía administrativa (en etapa de la reconsideración administrativa, por ejemplo), la Administración ciertamente puede revocar dicho acto pero sólo por motivos de ilegalidad como se ha dicho, y sin que medie, en ningún caso, como causa, una concesión recíproca propia de una transacción.

Aquí, por tanto, adquieren plena vigencia las palabras de De Valles al señalar que

“cuando en derecho administrativo se habla de transacciones, éstas pueden valer como confirmación, modificación o revocación de un acto administrativo precedente y que, por ello, debe tener todos los requisitos de forma y de sustancia que son propios del nuevo acto; independientemente de una *voluntas transigendi*, la cual puede valer como motivo (fin), no como presupuesto o causa del acto administrativo. En otros términos, en el derecho administrativo no existe, en mi criterio, la institución de la transacción y mucho menos del contrato de transacción; pero se puede admitir que en la *ordinaria* voluntad administrativa influya como motivo la voluntad de evitar o de dirimir una *litis*. Y ésta es transacción desde el punto de vista social, no desde el punto de vista jurídico”<sup>112</sup>.

En definitiva, si bien llega a admitirse que la Administración pueda considerar viciados de ilegalidad sus actos y, por ello, los pueda revocar, la causa de la revocatoria no puede estar nunca en una transacción, sino en la voluntad unilateral de la Administración de apreciar la legalidad o no de su acto.

111. Véase F. Contreras Q., “Breve estudio comparativo de la tramitación administrativa y del régimen de impugnación de Reparos...”, *loc. cit.*, p. 38.

112. Véase A. De Valles, “Le Transazioni degli Enti Pubblici”, *loc. cit.*, p. 48.



Ahora bien, aun habiendo pasado el conocimiento de la impugnación de un acto administrativo a los órganos jurisdiccionales del Estado, la Administración puede también ejercer su potestad revocatoria, igualmente, pero por solo consideraciones de legalidad, en cuyo caso, el órgano jurisdiccional no tendría materia sobre la cual decidir. En este sentido, Florencio Contreras Q., aun cuando considera que en materia de Impuesto sobre la Renta una vez pasada la oportunidad de reconsideración, la Administración no puede revocar sus actos, *refiriéndose al problema en general*, ha señalado con claridad que “la anulación, total o parcial, por parte de la Administración Pública, del acto administrativo impositivo ya recurrido jurisdiccionalmente, *no implica, en ningún caso, «allanamiento» suyo, ni «convenimiento» suyo, ni «convenimiento» en las pretensiones del recurrente, ni, mucho menos, «transacción» alguna*, así la anulación conduzca al «desistimiento» del recurso por parte del contribuyente interesado: *ello es así, porque la Administración-Fisco, ante la evidencia de la ilegalidad, total o parcial, de sus actos, debe anularlos o reformarlos, en orden a adecuarlos, en todo caso, a la legalidad que la rige*”<sup>113</sup>.

Por tanto, en estos supuestos de conocimiento jurisdiccional de los actos administrativos de liquidación, mucho menos puede la Administración transigir sobre la revocación de los mismos y conceder, como concesión recíproca, esa revocación. En esto también ha sido profundamente exacto Florencio Contreras al haber

“considerado siempre afectados de nulidad radical, más aún, jurídicamente inexistentes, por incompetencia absoluta de la misma —«toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos», dice el artículo 118 de la Constitución de la República—, entre otros vicios de no mayor gravedad que no son del caso señalar ahora, los «convenios» o «acuerdos», o «contratos» —burocráticamente denominados «transacciones», que nada tienen del instituto de la «transacción», y sí mucho, o todo, de verdaderas «exoneraciones» o «emisiones» parciales del impuesto, al margen, desde luego, de la Constitución y de las leyes—, que la Administración-Fisco suele celebrar con los contribuyentes para poner término a los procesos instaurados por ellos, ante el Tribunal de Apelaciones, con motivo de sus recursos contra los reparos formulados por aquélla. Remitido, en efecto, por la Administración, al Tribunal de Apelaciones, el «recurso de apelación» contra los reparos, y, deferida *ope legis*, en su consecuencia, al mismo, la composición de la «controversia», mal puede la Administración, sin extralimitarse en sus fun-

---

113. Véase F. Contreras Q., “Breve estudio comparativo de la tramitación administrativa y del régimen de impugnación de Reparos”, *loc. cit.*, p. 38 (subrayado A.R.B.C.).

ciones, como ya se dijo, auspiciar la amigable composición de aquélla y, menos aún, en materias de indiscutible orden público”<sup>114</sup>.

Por tanto, no podría llevarse a efecto válidamente una transacción en materia fiscal en la cual la Administración como “concesión recíproca”, se comprometería a “anular” o revocar actos administrativos de liquidación para dar por terminados determinados procedimientos administrativos o judiciales, porque la Administración sólo puede celebrar transacciones respecto a deudas atrasadas provenientes de cualquier renta que hayan pasado a figurar como saldos de años anteriores, conforme se establece en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el cual es de aplicación excepcional, de carácter extraordinario y de interpretación restrictiva, según el ya señalado criterio de la Procuraduría General de la República, y cuya aplicación, en ningún caso, podría dar lugar a la revocación de los actos administrativo-fiscales, los cuales sólo podrían ser revocados por motivos de ilegalidad con independencia absoluta de una *voluntas transigendi*.

Por lo tanto, insistimos, en una transacción no podría válidamente otorgar la República como concesión recíproca, y como efecto de la transacción, la “anulación” de los actos administrativos fiscales, pues éstos sólo pueden ser revocados, repetimos, por motivos de ilegalidad.

En definitiva, una transacción en la cual se renuncie al ejercicio de la competencia tributaria para exigir y cobrar las deudas fiscales ya liquidadas,

---

114. Véase F. Contreras Q., “Breve estudio comparativo de la tramitación administrativa y del régimen de impugnación de Reparos”, *loc. cit.*, p. 40. En estos supuestos entonces, y dada la imposibilidad de transigir mediante la revocación de un acto administrativo, como concepción recíproca, Giucciardi llega a admitir la transacción mediante un ingenioso procedimiento. Su argumentación es la siguiente, según las palabras de Jesús González Pérez: “la Administración puede dudar acerca de la validez de un acto y, por tanto, del éxito del proceso, en estos casos puede admitirse que tenga interés en inducir al demandante, transigiendo a desistir de la impugnación del acto. Ahora bien, ¿cómo se realiza la transacción? Porque la figura del contrato transaccional muy difícilmente es admisible en el campo del Derecho Administrativo. La fórmula que señala Giucciardi es la siguiente: el desistimiento del demandante, pero como el acto que se mantiene válido con el desistimiento implica una lesión en los intereses de aquél, la Administración le compensa por otra vía (la entrega de suma de dinero o la atribución de un derecho de naturaleza patrimonial); el demandante obtiene la satisfacción de su pretensión de otra manera”. Véase E. Giucciardi, *La Giustizia Administrativa*, cit., pp. 275, 276, 277 y 278; cit. por J. González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, tomo II, cit., p. 707. Con ello está conforme el propio González Pérez al señalar que dentro del Derecho Administrativo únicamente sería posible una transacción en la forma señalada por Giucciardi: “si el demandante se ha limitado a pedir la anulación del acto (como es el caso de las concesiones fiscales), la transacción deberá realizarse mediante la renuncia del demandante (contribuyente) al fundamento de la pretensión, renuncia que será compensada mediante una satisfacción en sentido distinto de la pretensión por parte de la Administración. Véase J. González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, tomo II, cit., p. 709.

que es de obligatorio cumplimiento para la Administración, y de orden público, no podría tampoco válidamente celebrarse, pues si se hiciera no tendría efecto jurídico alguno:

1. Porque, según criterio reiterado por la Procuraduría General de la República, la Administración fiscal sólo puede celebrar transacciones respecto de deudas atrasadas provenientes de cualquier renta que hayan pasado a figurar como saldo de años anteriores, conforme a la norma excepcional del artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional;

2. Porque la Administración no podría convenir en la "anulación" de actos administrativos fiscales y, en todo caso, en ausencia de transacción; sólo podría revocarlos unilateralmente por motivos de ilegalidad;

3. Porque la Administración fiscal no podría dar por terminados los juicios que cursan ante los órganos jurisdiccionales ni que se encuentran en etapa de reconsideración administrativa, como resultado de una concepción recíproca transaccional, sino sólo por la vía de revocación de los actos administrativos fiscales por motivos de la ilegalidad sin ánimo transaccional. Además, en materia de Impuesto sobre la Renta, tal como establecía la ley vencido el lapso de reconsideración, "se considerará extinguida la facultad de reconsideración y la vía administrativa", debiendo enviarse las actuaciones al Tribunal "en el estado en que se encuentran", por lo que en ese caso no sólo no procederá la revocación por mérito, sino que tampoco procederá por motivos de ilegalidad.

Sin embargo, a pesar de todos estos principios y normas legales expresas, en materia tributaria el Estado venezolano ha celebrado transacciones sobre puntos de derecho. El ejemplo más patente de esto, avalado incluso por el Congreso, está en el texto del Decreto Nº 1.135 de 18 de junio de 1986 <sup>118</sup> que ordenó realizar un examen y evaluación de las reclamaciones en proceso judicial y administrativo que existían contra las antiguas concesionarias de hidrocarburos, incluidas las de carácter tributario, supuestamente como "alcance" a las actas de avenimiento que se habían suscrito en 1975 con las mencionadas empresas, con motivo de la nacionalización petrolera, ordenándose en consecuencia a elaborar unas "actas finales del avenimiento" con el objeto de finiquitar los derechos y acciones recíprocas pendientes entre dichas empresas y la República, derivados de las actividades realizadas por éstas hasta el 31-12-1975 y del proceso de nacionalización. En consecuencia, en octubre de 1986 se suscribieron las mencionadas actas de avenimiento, aprobadas por el Congreso <sup>115</sup> en las cuales se "dan por terminadas las reclamaciones recíprocas" entre las cuales estaban las derivadas de liquidaciones y reparos en materia de Impuesto sobre la Renta, autorizándose al Ministro de Hacienda para anular las planillas de liqui-

---

115. G.O. Nº 33.511 de 14-6-86.

dación correspondientes. Se realizó así, en nuestro criterio, una transacción no autorizada legalmente en materia de puntos de derecho al amparo de un proceso de nacionalización que había concluido hacía una década.



# INDICE

PREFACIO .....	7
----------------	---

## I

### INTRODUCCION

1. LOS CRITERIOS TRADICIONALES .....	11
2. LA IMPORTANCIA DEL TEMA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....	13
3. EL PROBLEMA DE LA AUTONOMIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO .....	14

## II

### LAS DIVERSAS FORMAS CONTRACTUALES DEL ACTUAR ADMINISTRATIVO

1. LOS CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS .....	19
A. Los contratos entre entidades político-territoriales .....	20
B. Los contratos entre entes de derecho público territoriales y no territoriales .....	21
C. Los contratos entre personas jurídicas estatales de derecho público y de derecho privado .....	23
2. LOS CONTRATOS ADMINISTRACION-ADMINISTRADOS .....	23
A. Las diversas formas contractuales .....	23
B. Los contratos de contenido patrimonial .....	24
C. Los nuevos contratos no patrimoniales como técnica de administración .....	24

a.	El arreglo amigable expropiatorio .....	24
b.	Los convenios fiscales .....	25
c.	Los convenios de ejecución de planes y políticas de desarrollo .....	26
d.	Los convenios para la adquisición de divisas derivadas de las restricciones cambiarias impuestas en 1983 .....	28
3.	LA FIGURA AMPLIADA DE LOS CONTRATOS DE INTERES NACIONAL .....	28
A.	La noción de contrato de interés nacional .....	31
B.	La exigencia de aprobación del Congreso en los contratos de interés nacional .....	34

### III

#### EL SENTIDO ACTUAL DE LA DISTINCION ENTRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION

1.	EL ORIGEN DE LA DISTINCION .....	39
2.	EL CONCEPTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LA AUTONOMIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO .....	41
3.	EL REGIMEN COMUN DE DERECHO PUBLICO DE TODOS LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION .....	44
4.	EL REGIMEN PREPONDERANTE DE DERECHO PUBLICO EN LA EJECUCION DE CIERTOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION .....	46
A.	Algunos contratos con régimen preponderante de derecho público y sus consecuencias .....	46
B.	Las llamadas cláusulas exorbitantes .....	47
a.	Las decisiones unilaterales de la Administración en la ejecución de los contratos .....	47
b.	Los poderes de modificación unilateral de los contratos ....	48
c.	Los efectos de los contratos respecto de terceros .....	49
C.	La ausencia de un régimen jurídico unitario para los contratos de la Administración con régimen preponderante de derecho público ..	50
5.	EL SENTIDO DE LA DISTINCION ENTRE CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION .....	51

A. Algunas conclusiones .....	51
B. La distinción establecida en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para la atribución de competencias jurisdiccionales ....	53

#### IV

### LAS CARACTERISTICAS FUNDAMENTALES DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

1. EL ELEMENTO SUBJETIVO .....	61
2. LAS CONDICIONES DE VALIDEZ .....	61
A. La capacidad y competencia de los contratantes .....	61
a. La competencia .....	62
b. La capacidad .....	62
B. El consentimiento y sus vicios .....	64
a. El consentimiento legítimamente manifestado .....	64
b. Los vicios del consentimiento .....	65
a'. El error .....	65
b'. La violencia .....	67
c'. El dolo .....	67
C. El objeto .....	68
D. La causa .....	69
3. EL ELEMENTO DE SUBORDINACION .....	70
4. EL REGIMEN JURIDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION .....	71

#### V

### LA FORMACION DE LA VOLUNTAD ADMINISTRATIVA EN LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

1. FORMALIDADES PREVIAS A LA CONCLUSION DEL CONTRATO	75
A. La intervención de órganos consultivos .....	76
a. La consulta vinculante .....	76
b. La consulta no vinculante .....	77
B. La verificación presupuestaria: el control previo de compromisos	78
a. El control sobre el compromiso .....	79



a'. Control sobre la legalidad del compromiso .....	79
b'. Control sobre la disponibilidad del crédito .....	80
c'. El control sobre los precios .....	80
d'. El control de las garantías .....	80
b. El ámbito del control previo de compromisos y sus excepciones .....	81
a'. La excepción respecto de contratos sometidos a otros controles .....	81
b'. La excepción por razones de emergencia .....	82
c'. La excepción por la cuantía .....	82
d'. La excepción en los casos de contratos relativos a actividades de seguridad y defensa .....	82
c. Efectos del control previo de compromisos .....	83
a'. Efectos tradicionales del crédito presupuestario .....	83
b'. Efectos sobre el contrato .....	83
c'. Efectos de la ausencia del control previo .....	84
C. La autorización legislativa .....	85
a. La intervención del órgano legislativo en la contratación administrativa .....	85
b. La autorización .....	86
a'. Formas de la autorización legislativa .....	87
b'. Naturaleza de la autorización legislativa .....	88
c'. Efectos de la autorización .....	89
D. La decisión administrativa de contratar .....	89
a. La intervención del Consejo de Ministros en la celebración de contratos de la Administración .....	90
b. Efectos de la decisión del Consejo de Ministros .....	91
2. FORMALIDADES POSTERIORES A LA CONCLUSION DEL CONTRATO: LA APROBACION DEL CONTRATO .....	92
A. Naturaleza jurídica de la aprobación legislativa .....	93
B. Contratos que requieren la aprobación legislativa .....	94
C. Efectos de la aprobación legislativa .....	95
a. Efectos sobre el contrato .....	95
b. Efectos respecto a los poderes del Congreso .....	96
c. Efectos respecto a los terceros .....	96
d. Efectos de la ausencia de aprobación legislativa .....	97

VI  
EL PROCESO DE FORMACION DE LOS  
CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

1. LIMITACIONES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL: LA SELECCION DE CONTRATISTAS .....	101
A. Antecedentes del régimen .....	101
B. Ambito de aplicación de la Ley de Licitaciones .....	104
a. Ambito sustantivo de aplicación .....	104
b. Ambito subjetivo de aplicación .....	105
a'. La República .....	105
b'. Los institutos autónomos nacionales .....	105
c. Las empresas del Estado y las asociaciones civiles del Estado .....	105
d. Las fundaciones del Estado .....	107
e. Los Estados y Municipios .....	107
C. Formas de selección de contratistas .....	108
a. La adjudicación directa .....	108
b. La licitación .....	110
a'. La licitación general .....	110
b'. La licitación selectiva .....	111
c. El fraccionamiento de la contratación y la licitación .....	112
d. Efectos de la licitación respecto del control del contrato .....	112
D. Los sistemas administrativos establecidos para asegurar el procedimiento de selección de contratistas .....	112
a. El Sistema Nacional de Registros de Contratistas .....	113
a'. Constitución del sistema .....	113
b'. Obligaciones de los contratistas .....	114
c'. Obligaciones de los entes públicos .....	114
d'. Organización del sistema .....	114
e'. El procedimiento de inscripción .....	115
b. Las Comisiones de Licitación .....	116
E. El procedimiento de la licitación .....	117
a. Régimen común del procedimiento en la licitación general y en la licitación selectiva .....	117
b. Condiciones previas para la iniciación del procedimiento licitatorio .....	118
c. Iniciación del procedimiento .....	118
a'. Iniciación del procedimiento en la licitación general o pública .....	119

a".	La publicación inicial .....	119
b".	La preselección en la licitación general .....	119
b'.	Iniciación del procedimiento en la licitación selectiva o privada .....	120
d.	La invitación a los oferentes .....	120
e.	La presentación de las ofertas .....	121
f.	La apertura de las ofertas .....	122
g.	El rechazo de ofertas .....	122
h.	La selección de ofertas .....	122
a'.	La preselección de ofertas .....	123
i.	La adjudicación de la buena pro .....	124
j.	La declaratoria de la licitación como desierta .....	124
F.	Consecuencias jurídicas del proceso de selección .....	125
G.	El sistema sancionatorio .....	126
H.	La interpretación judicial de la ley .....	127
2.	<b>LIMITACIONES A LA IGUALDAD CONTRACTUAL: LAS CLAUSULAS OBLIGATORIAS Y LAS CLAUSULAS DE CONDICIONES GENERALES</b> .....	127
A.	Cláusulas obligatorias en la Constitución .....	129
a.	La inmunidad de jurisdicción .....	130
b.	La "Cláusula Calvo" .....	137
c.	La cláusula de reversión .....	138
d.	La cláusula temporal en las concesiones .....	140
B.	Cláusulas obligatorias previstas en leyes especiales .....	141
a.	Las cláusulas de garantías .....	141
b.	Cláusulas de denominación en moneda nacional .....	143
c.	Cláusulas presupuestarias .....	144
C.	Las cláusulas de condiciones generales de contratación y su inclusión obligatoria .....	145
3.	<b>LA CONCLUSION DEL CONTRATO</b> .....	147
A.	La competencia para concluir el contrato .....	148
a.	La celebración y la conclusión del contrato .....	148
b.	La autoridad competente para concluir el contrato administrativo .....	149
a'.	El Presidente de la República .....	149
b'.	Los Ministros .....	149
c'.	El Procurador General de la República .....	150

c. La incompetencia .....	151
d. Las prohibiciones .....	151
e. Los requisitos que deben reunir los co-contratantes de la Administración .....	153
B. Los efectos de la conclusión del contrato .....	154

## VII

### LOS EFECTOS DEL CONTRATO EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

1. PRINCIPIOS GENERALES .....	159
A. Los efectos respecto a terceros .....	159
B. Los efectos entre las partes .....	160
a. El principio de la teoría civilista: el artículo 1.159 del Código Civil .....	160
b. El principio en la contratación administrativa .....	160
a'. La fuerza obligatoria del contrato .....	160
b'. La mutabilidad del contrato .....	160
c'. La posibilidad de rescisión unilateral del contrato .....	161
c. Las relaciones entre las partes en la contratación administrativa .....	161
2. LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACION EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA .....	164
A. La facultad de dirección y control .....	164
B. La facultad de sancionar administrativamente el incumplimiento del co-contratante .....	165
C. La facultad de modificar unilateralmente el contrato .....	169
a. Las modificaciones unilaterales en los contratos de obras públicas .....	172
a'. Las modificaciones cuantitativas a la obra (aumento o disminución de la cantidad de obras previstas) .....	173
b'. Las modificaciones cualitativas a la obra .....	174
b. Los límites del poder de modificación unilateral .....	174
a'. Límites generales .....	175
b'. Los límites contractuales .....	176
c'. Límites derivados de los principios generales que informan la contratación administrativa .....	180
D. La facultad de rescisión unilateral del contrato .....	182

E. La facultad de tomar decisiones ejecutivas respecto a la inteligencia del contrato .....	185
<b>3. LOS DERECHOS DEL CO-CONTRATANTE DE LA ADMINISTRACION .....</b>	<b>185</b>
A. El equilibrio financiero del contrato y los derechos del co-contratante de la Administración .....	185
B. El derecho a la contraprestación económica .....	186
a. El derecho al precio y a su pago en la forma convenida en los contratos de obra pública .....	187
a'. La modalidad del pago a cuenta .....	187
b'. El derecho del contratista a la modalidad de pago ...	190
c'. La obligación de la Administración de cumplir la modalidad de pago .....	191
d'. La obligación de la Administración de pagar daños y perjuicios en casos de incumplimiento de las modalidades de pago .....	192
b. Las cláusulas de revisión o variación de precios y tarifas en los contratos de obras públicas y en las concesiones de servicio público .....	195
a'. La legalidad de las cláusulas de variación de precios de tarifas .....	197
b'. Los efectos de las regulaciones nacionales de precios de artículos de primera necesidad sobre las cláusulas de variación de tarifas .....	200
C. El derecho del co-contratante al mantenimiento del equilibrio económico del contrato .....	202
a. El equilibrio económico en los contratos administrativos ...	202
b. Las cláusulas de protección frente a la ruptura del equilibrio económico .....	208
c. Las diversas causas de ruptura de la ecuación económica del contrato y el derecho a indemnización .....	211
a'. El derecho de indemnización derivado de las modificaciones unilaterales del contrato: el área administrativa	211
b'. El derecho de indemnización derivado de la rescisión unilateral realizada por la Administración .....	218
c'. El derecho de indemnización derivado de actos de autoridades públicas distintas a la contratante y que rompen la ecuación económica del contrato: el área económica	220
a''. La ruptura de la ecuación económica por acto legislativo .....	221

b". La ruptura de la ecuación económica por acto jurisdiccional .....	222
c". El control de la constitucionalidad de las leyes y las consecuencias de la ruptura de la ecuación económica .....	224
d'. El estado de imprevisión: el álea económico .....	229
d. El monto de la indemnización .....	231
4. LAS OBLIGACIONES DEL CO-CONTRATANTE DE LA ADMINISTRACION .....	233
A. La obligación de ejecutar personalmente las obligaciones del contrato .....	233
a. La ejecución personal .....	233
b. La diligencia en la ejecución .....	234
B. La interpretación del contrato .....	234
C. Las garantías de cumplimiento .....	235

## VIII

### LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

1. LA INEJECUCION DE LAS OBLIGACIONES .....	239
A. El principio: los daños y perjuicios .....	239
B. El monto de los daños y perjuicios .....	241
2. LAS CAUSAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD .....	242
3. LA RESOLUCION JUDICIAL DEL CONTRATO .....	243
4. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS EN CASOS DE CONTRATOS INEFICACES DE LA ADMINISTRACION .....	243
A. Los efectos del control previo a cargo de la Contraloría General de la República sobre los contratos de la Administración .....	244
B. El enriquecimiento sin causa y el monto de la indemnización reclamable frente a la Administración .....	245
C. El enriquecimiento de la República y el empobrecimiento del particular .....	248
D. Conclusión .....	250

## IX

### EL CONTENCIOSO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

1. ANTECEDENTES .....	255
2. LA NOCION DE "CONTRATO ADMINISTRATIVO" Y EL PROBLEMA DE LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS JUDICIALES	257
3. EXTENSION DEL CONTENCIOSO DEL CONTRATO .....	260
4. LA COMPETENCIA JUDICIAL Y EL RECURSO AL ARBITRAMENTO .....	262
5. EL CONTENCIOSO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION Y EL CONTRATO DE TRANSACCION .....	265
A. La transacción y su admisibilidad en el derecho público .....	265
B. La transacción judicial en materia tributaria .....	270
a. La potestad tributaria y su indisponibilidad .....	271
b. La competencia tributaria de inspección y liquidación y su indisponibilidad .....	276
c. La competencia tributaria de cobro y recaudación de tributos y su indisponibilidad .....	283

SE TERMINÓ  
DE IMPRIMIR  
EN *Caracas*  
EL DÍA  
*veintisiete de febrero*  
DE MIL NOVECIENTOS  
NOVENTA Y SIETE  
EN EDITORIAL  
EXLIBRIS



