

# La manipulación legislativa del concepto de «contrato administrativo» como técnica confiscatoria

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

SUMARIO: I. LA INDUSTRIA PETROLERA NACIONALIZADA EN VENEZUELA Y LA CALIFICACIÓN LEGAL *EX POST FACTO* DE CIERTOS CONTRATOS COMO «CONTRATOS ADMINISTRATIVOS».—II. LA MANIPULACIÓN INDEBIDA DE LA NOCIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO Y SU RESURRECCIÓN TEMPORAL EN 2009.—III. EL TEMA DE LAS CLÁUSULAS EXHORBITANTES Y SU AUSENCIA EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CONEXOS CON LA INDUSTRIA PETROLERA.—IV. DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS CONEXOS CON LAS ACTIVIDADES PETROLERAS CELEBRADOS ANTES DE SU NACIONALIZACIÓN EN 2009.—REFLEXIÓN FINAL.

## I. La industria petrolera nacionalizada en Venezuela y la calificación legal *ex post facto* de ciertos contratos como «contratos administrativos»

La industria petrolera fue nacionalizada en Venezuela en 1975, cuando se reservó al Estado mediante Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (Ley de nacionalización petrolera)<sup>1</sup>, «todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en búsqueda de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al comercio exterior e interior de las sustancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiera» (art. 1).

Dicha reserva se realizó conforme a la previsión del artículo 97 de la Constitución de 1961 entonces en vigencia, que establecía, en el marco de la Constitución Económica de un sistema de economía mixta, la posibilidad de que el Estado pudiera «reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional»<sup>2</sup>. Desde el punto de vista

---

<sup>1</sup> Véase Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975, *Gaceta Oficial* n.º 35.754 de 17-07-1975. Véase en general, sobre la nacionalización petrolera de 1975, *Régimen Jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela. Homenaje del Instituto de Derecho Público al profesor Antonio Moles Caubet, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. VIII (1972-1979), Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

<sup>2</sup> Véase lo que hemos expuesto sobre la Constitución económica en el texto de 1961 en BREWER-CARIÁS, A. R., «Consideraciones sobre la Constitución Económica», en *Estudios sobre la*

del derecho administrativo, y en particular, desde el punto de vista de los «contratos administrativos,» con dicha nacionalización se puso término a la técnica de las «concesiones petroleras» que había caracterizado el régimen legislativo de la contratación para la explotación petrolera desde inicios del siglo xx, estableciéndose en su lugar, solo dos modalidades contractuales para la participación de los particulares o del sector privado en la industria, que fueron los «convenios operativos» y los «convenios de asociación» que se podían suscribir entre las empresas públicas nacionalizadas, con Petróleos de Venezuela S. A. (PDVSA) a la cabeza, y empresas privadas nacionales o extranjeras<sup>3</sup>. Los primeros, los «convenios operativos,» no afectaban ni incidían en forma alguna la reserva que se había hecho al Estado respecto de las actividades de la industria, pudiendo suscribirse sin limitación los que las empresas petroleras nacionalizadas considerasen necesarios para la mejor realización de sus actividades; y segundo, los «convenios de asociación,» los cuales sí incidían en las actividades reservadas, tratándose entonces de contratos públicos mediante los cuales las empresas nacionalizadas (PDVSA o alguna de sus filiales), se asociaban con empresas privadas para el desarrollo de las actividades reservadas, mediante la constitución de empresas mixtas sometidas al control estatal, los cuales para poder suscribirse requerían de la autorización del órgano legislativo<sup>4</sup> (art. 5). Dichos convenios de asociación, fueron calificados expresamente por la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia como «contratos administrativos»<sup>5</sup>.

Veinticinco años después de la nacionalización petrolera, en 2001, se sancionó la Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH)<sup>6</sup> mediante la cual se derogó y sustituyó la Ley de Nacionalización de 1975, produciéndose una reducción respecto de las actividades reservadas al Estado, las cuales quedaron concentradas solo a las actividades primarias de hidrocarburos, las cuales se definieron como las concernientes a «la exploración, la extracción de los hidrocarburos en estado natural, su recolección, transporte y almacenamiento inicial, así como, las relativas a las obras que su manejo requiera» (art. 9); a las actividades realizadas en las refinerías existentes al momento de dictarse la Ley Orgánica (no respecto de las nuevas refinerías); a las actividades de comercialización externa e interna de hidrocarburos naturales; y las actividades

---

*Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3839-3853.

<sup>3</sup> Véase en BOSCÁN DE RUESTA, I., *La actividad petrolera y la nueva ley Orgánica de Hidrocarburos*, Funeda, Caracas, 2002, pp. 127 y ss.

<sup>4</sup> Véase el Acuerdo autorizando la «celebración de los Convenios de Asociación para la explotación a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas», en *Gaceta Oficial* n.º 35.754 de 17-07-1995.

<sup>5</sup> Véase el texto de la decisión de la Corte en Pleno de 17-08-1999 en BREWER-CARÍAS, A. R. (comp.), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas, 2004, pp. 280-328, disponible en [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com) (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, n.º 22, 2004). En este caso, me correspondió junto con el profesor Román José Duque Corredor actuar en dicho juicio como abogado de PDVSA en la defensa de la constitucionalidad del Acuerdo del Congreso autorizando los Convenios de Asociación.

<sup>6</sup> *Gaceta Oficial* n.º 37.323 de 13-11-2001.

de comercialización externa e interna sobre los productos derivados cuya comercialización se reserve al Estado mediante Decreto, lo que no se aplicó, por ejemplo, a los servicios públicos de distribución de hidrocarburos para el consumo colectivo.

Ahora bien, todas las otras actividades no reservadas de la industria petrolera, relativas a actividades conexas o vinculadas con las actividades reservadas, consistentes en la prestación de servicios o la ejecución de obras, se podían realizar por las empresas privadas mediante contratos celebrados con las empresas petroleras nacionalizadas, los cuales por su objeto y régimen legal como contratos públicos, sin embargo, nunca se llegaron a considerar como «contratos administrativos». Esos contratos de servicios u obras, en general, se relacionaban particularmente en la zona del Lago de Maracaibo, con la inyección de agua, de vapor o de gas, y de compresión de gas en los pozos petroleros; o con los servicios de lanchas para el transporte de personal, y para mantenimiento; los servicios grúa para transporte de materiales; los servicios de remolcadores; los servicios de gabarras; los servicios de mantenimiento de buques en talleres, muelles y diques.

En todos esos casos, las filiales de PDVSA contrataron con empresas privadas la realización de dichas actividades que estaban destinadas a prestar servicios eminentemente técnicos a la propia empresa estatal, las cuales en ningún caso podían considerarse como actividades primarias de hidrocarburos ni constituían en sí mismas actividades de explotación petrolera.

Todas esas actividades, por ello, fueron objeto de un proceso específico de nacionalización en 2009, mediante la sanción de la «Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos»<sup>7</sup> (Ley de Reserva de 2009), en la cual dado su «carácter estratégico», se resolvió reservar al Estado «los bienes y servicios, conexos a la realización de las actividades primarias previstas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos» (art. 1), los cuales se enumeraron detalladamente en el artículo 2 de la misma ley, comprendiendo:

- «1. Los servicios de inyección de agua, de vapor o de gas, que permitan incrementar la energía de los yacimientos y mejorar el factor de recobro;
2. Los servicios de compresión de gas; y
3. Los servicios vinculados a las actividades en el Lago de Maracaibo, como los servicios de lanchas para el transporte de personal, buzos y mantenimiento; de barcazas con grúa para transporte de materiales, diesel, agua industrial y otros insumos; de remolcadores; de gabarras planas, boyeras, grúas, de ripio, de tendido o reemplazo de tuberías y cables subacuáticos; de mantenimiento de buques en talleres, muelles y diques de cualquier naturaleza (art. 2)».

Para materializar dicho proceso de nacionalización, el artículo 1 de la Ley de Reserva de 2009 dispuso, hacia el futuro, que las actividades mencionadas serían «ejecutadas, directamente por la República; por Petróleos de Venezuela, S. A.

<sup>7</sup> *Gaceta Oficial* n.º 39.173 de 07-05-2009.

(PDVSA) o por la filial que esta designe al efecto; o, a través de empresas mixtas, bajo el control de Petróleos de Venezuela, S. A., o sus filiales» (art. 1).

Respecto de las actividades relativas a dichos servicios conexos que siendo realizadas en ese momento mediante contratos, la ley delegó en el Ministerio de Energía y Petróleo, la determinación, mediante Resolución, de los bienes y servicios de empresas o sectores que se encontraban dentro de las actividades reservadas, disponiéndose como consecuencia que al dictarse dichas Resoluciones ministeriales, *los contratos que se hubieran celebrado entre las empresas petroleras estatales y empresas privadas para la realización de las actividades que con la ley se reservaban al Estado, «se extinguirán de pleno derecho en virtud de la presente Ley» (art. 3).*

Esta reserva al Estado, además, tuvo efectos inmediatos, previendo la propia ley que PDVSA o la filial que esta designase, debía *tomar posesión de inmediato* «de los bienes, y control de las operaciones referidas a las actividades reservadas,» lo que efectivamente ocurrió. Esto fue considerado en la Exposición de Motivos de la Ley, como un «mecanismo expedito, acorde a las necesidades de la industria petrolera, que permitirá a Petróleos de Venezuela (PDVSA) o la filial que esta designe, tomar posesión de los bienes, y control de las operaciones referidas a las actividades reservadas, como paso previo al inicio del proceso expropiatorio» (art. 4). Para ello, la ley obligó a «las personas naturales o jurídicas vinculadas a la materia, a colaborar en la entrega pacífica y ordenada de las operaciones, instalaciones, documentación, bienes y equipos afectos a las actividades a las que se refiere la ley, so pena de la aplicación de las sanciones administrativas y penales que pudieran corresponder, de conformidad con el ordenamiento jurídico» (art. 4). Para asegurar la transferencia de todos los bienes y servicios, además, el artículo 8 de la ley dispuso que todos «los permisos, certificaciones, autorizaciones y registros vigentes, pertenecientes a los operadores de las actividades reservadas, o que recaigan sobre bienes utilizados por las mismas, *pasarán de pleno derecho, a la titularidad de Petróleos de Venezuela S. A., (PDVSA) o a la filial que ésta designe.*»

La nacionalización de los mencionados bienes y servicios conexos, y la asunción inmediata de los mismos por parte de PDVSA, en el Estado Constitucional implicaba la obligación para el Estado de compensar a los accionistas privados de las empresas, lo cual sin embargo en la ley no se estableció obligatoriamente, sino solo se previó como una potestad que el Estado podía realizar (*podrá*) para «decretar la expropiación, total o parcial de las acciones o bienes de las empresas que realizan los servicios referidos» de conformidad con lo previsto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, en cuyo caso «el ente expropiante será Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) o la filial que ésta designe» (art. 6).

En todo caso, al día siguiente de dictarse la Ley de Reserva de 2009, conforme a sus previsiones, el Ministerio de Energía y Petróleo dictó la Resolución n.º 051 de 8 de mayo de 2009<sup>8</sup>, en la cual enumeró una larga lista de servicios de empre-

---

<sup>8</sup> *Gaceta Oficial* n.º 39.174 de 08-05-2009.

sas o sectores y bienes que quedaban «afectadas por las medidas de *toma de posesión*» (art. 1), instruyéndose a PDVSA, o la filial que esta designase, «a *tomar el control de las operaciones y posesión inmediata de las instalaciones, documentación, bienes y equipos*» mencionados (art 2). A ese efecto, además, debía dejarse asentada la información específica de las instalaciones, bienes y equipos afectados, mediante evaluación y levantamiento de acta que debía ser suscrita entre representantes de PDVSA o de la filial designada, y de las empresas afectadas; o mediante el mecanismo de levantamiento de un acta de inspección judicial o acta notarial, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles. Dejó a salvo la Resolución que «[e]n todo caso, si de la referida evaluación se determinase que no existe interés en la toma de posesión de los Servicios de Empresa o Sectores y Bienes enunciados anteriormente quedará sin efecto su afectación por parte de esta Resolución». El Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, además, se reservó la aplicación de las medidas que considere necesarias, para garantizar la continuidad de las actividades afectadas por dicha Resolución; y asimismo, también se reservó el derecho de determinar otros bienes, servicios de empresas o sectores y empresas afectadas por la Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos (art. 3).

Posteriormente, mediante Resolución n.º 54 de 13 de mayo de 2009<sup>9</sup>, el mismo Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo enunció una serie de empresas que prestaban servicios y poseían bienes esenciales (como de compresión de gas) que eran conexos con la realización de las actividades primarias previstas en la LOH, y que consideró se «subsumían» en las indicadas en el artículo 2 de la Ley de Reserva de 2009, con la advertencia de que «las enunciaciones en cuestión no tienen carácter taxativo sino meramente enunciativo» (art. 1).

Como consecuencia, todos los bienes y servicios conexos con la industria petrolera como los de inyección de agua, de vapor o de gas, de compresión de gas; y los servicios vinculados a las actividades petroleras desarrolladas en el Lago de Maracaibo (lanchas, barcas, remolcadores; gabarras, mantenimiento de buques), pasaron de inmediato a control y posesión del Estado, sin compensación alguna. Luego se iniciaron procedimientos para indemnizar a algunas de las empresas, pero ello no ocurrió en forma general, particularmente cuando las empresas privadas no aceptaron lo ofrecido por PDVSA.

La Ley de Reserva de 2009, por otra parte, a los efectos de poner término de inmediato a todos los contratos que se habían suscrito entre la empresa filial de PDVSA y las empresas privadas para la prestación de los servicios y obras relativos a las actividades conexas, estableció en su artículo 3, que «reconocía» *ex post facto*, por supuesto, que dichos contratos eran (habían sido) «contratos administrativos» (art. 3). Se trataba de una especie de declaración de efectos «declarativos» y no constitutivos, que reconocía que los contratos eran contratos administrativos, para

<sup>9</sup> *Gaceta Oficial* n.º 39.177 de 13-05-2009.

agregar a renglón seguido que una vez que PDVSA tomara posesión de los bienes y servicios «nacionalizados,» sin compensación, al dictarse las Resoluciones ministeriales mencionadas, dichos contratos «se extinguirán de pleno derecho en virtud de la presente Ley».

Es decir, se recurrió legalmente a calificar como «contratos administrativos», a ciertos contratos estatales que en la terminología tradicional del derecho administrativo podían considerarse como típicos «contratos de derecho privado de la Administración», quizás pensando el legislador que en esa forma podía justificarse la rescisión unilateral de los mismos mediante ley, sin obligación para el Estado de pagar compensación, lo cual no tenía sentido, pues en cualquier caso, incluso aplicando la teoría del hecho del príncipe, procedía la compensación. Se trató, sin duda, de una manipulación de un concepto fundamental y tradicional del derecho administrativo, como es el de «contrato administrativo» como técnica para pretender justificar la confiscación de derechos contractuales de los contratistas de la Administración que se vieron despojados de sus bienes y derechos, muchos de los cuales sin ser expropiados formalmente, ni indemnizados.

## **II. La manipulación indebida de la noción de contrato administrativo y su resurrección temporal en 2009**

En efecto, los contratos que habían suscrito las empresas filiales de PDVSA con empresas o consorcios privados antes de que se procediese a la nacionalización de 2009, para la prestación de los servicios conexos de la industria petrolera, en ningún caso podían haberse considerado como «contratos administrativos» en el sentido que dicho término ha tenido en la historia del derecho administrativo venezolano. Se trataba, sí, de contratos públicos o contratos del Estado, por haber sido suscrito por una persona jurídica estatal (empresa filial de una empresa del Estado), pero de los conocidos como «de derecho privado», los cuales en la terminología tradicional del derecho administrativo, siempre que a esta se le diese algún sentido, no podían ser considerados como contratos administrativos.

En efecto, contratos públicos, contratos del Estado o contratos estatales son todos aquellos contratos en los cuales una de las partes (pueden ser las dos —contratos inter-administrativos—) es una persona jurídica estatal<sup>10</sup>, es decir, un sujeto de derecho integrado en la organización general del Estado, sea que se trate de una persona jurídica de derecho público territorial (República, Estados, Municipios), o no territorial (p. ej. los institutos autónomos o públicos) o de una persona jurídica de derecho privado estatal (como por ejemplo, las sociedades anónimas del Estado o empresas del Estado).

---

<sup>10</sup> Véase BREWER-CARÍAS, A. R., «Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999», en *Derecho Público Contemporáneo: Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, Estudios del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, enero-abril 2003, vol. 1, pp. 48-54.

Esa noción de contratos públicos o estatales, que en Venezuela se recogió muy tardíamente en la Ley de Contrataciones Públicas de 2008<sup>11</sup>, puede considerarse como equivalente a las clásicas nociones castellanas de *contratos públicos*<sup>12</sup>, *contratos del Estado*,<sup>13</sup> o *contratos de la Administración*<sup>14</sup>; o a la noción inglesa de *Public Contract*<sup>15</sup>; a la francesa de *contrats de l'administration*<sup>16</sup>; a la italiana de *contratti della pubblica amministrazione*<sup>17</sup>; o a la portuguesa de *contratos de administração pública*<sup>18</sup>; todas tendientes a identificar contratos en los cuales una de las partes de la relación contractual es el «Estado», es decir, un órgano de la Administración Pública o una entidad estatal, los que además, en general, tienen fines de interés público.

Dichos contratos públicos, en general, aparte de las regulaciones generales de orden constitucional en las cuales se establecen cláusulas obligatorias para todos ellos, como la cláusula de la inmunidad relativa de jurisdicción o la cláusula Calvo (art. 151)<sup>19</sup> en Venezuela, hasta 2008 nunca fueron objeto de una regulación legal general que normara toda la actividad contractual de la Administración, como había sucedido en muchos otros países, por ejemplo, en España, en el pasado, con la Ley de Contratos del Estado (1965), la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (1995), y más recientemente con la Ley de Contratos del Sector Público (2007); y en Colombia, con la Ley de Contratos del Estado (1993). Solo fue en 1999 cuando se dictó la *Ley Orgánica de Promoción de Inversión Privada bajo el Plan de Concesiones* de 1999<sup>20</sup>, que reguló fundamentalmente los contratos administrativos de concesión «de servicios públicos», «de obra pública» y en general, destinados a promocionar el «desarrollo» del país, otorgados por una «autoridad pública» (arts. 1,2). Y luego, en 2008, cuando se sancionó la mencionada *Ley de Contrataciones Públicas*, destinada a regular los contratos del Estado que tienen por objeto «la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras» (art. 1), con la cual se sustituyó la vieja Ley de Licitaciones.

<sup>11</sup> La ley fue dictada mediante Decreto-ley 5.929, de fecha 11 de marzo de 2008, y reformada por ley publicada en *Gaceta Oficial* n.º 39.165 de 24-04-2009. Véase sobre la Ley de Contrataciones Públicas, los diversos comentarios en el libro de BREWER-CARÍAS, A. R.; GARCÍA SOTO, C.; LINARES BENZO, G.; HERNÁNDEZ MENDIBLE, V.; HERNÁNDEZ G., J. I.; HERRERA ORELLANA, L. A.; MÓNACO, M.; ROJAS PÉREZ, M. y SUBERO MUJICA, M., *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008; 2.ª ed., Caracas, 2009.

<sup>12</sup> ÁLVAREZ GUENDÍN, S., *Los contratos públicos*, Madrid, 1934.

<sup>13</sup> ROMERO PÉREZ, J. E., *Los contratos del Estado*, San José, Costa Rica, 1993.

<sup>14</sup> PÉREZ VIVES, A., *De los contratos de la Administración*, Bogotá, 1984.

<sup>15</sup> D'ALBERTI, M., *I «Public contracts» nell'esperienza Britannica*, Napoli, 1984.

<sup>16</sup> DE LAUBADÈRE, A., *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 3 vols., Paris, 1956.

<sup>17</sup> DI RENZO, F., *I contratti della pubblica amministrazione*, Milano, 1969; PAOLO PUGLIESE, F., *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d'America*, Padova, 1974.

<sup>18</sup> DE OLIVEIRA, J., *Licitações e Contratos de Administração Pública*, Sao Paulo, 1993.

<sup>19</sup> Véase BREWER-CARÍAS, A. R., «Principios especiales y estipulaciones obligatorias en la contratación administrativa», en *Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, pp. 91-124.

<sup>20</sup> *Gaceta Oficial* n.º 5.394 Extr. de 25-10-1999.



En dichas leyes, como se ha indicado, se habla en general de contratos estatales, o contratos públicos, no estableciéndose nada en relación con la denominación tradicional de «contratos administrativos», la cual siempre se ha utilizado en Venezuela.

En efecto, dentro del universo de los contratos estatales o contratos públicos (y dejando aparte la denominación constitucional de «contratos de interés público», art. 150), durante la segunda mitad del siglo pasado en Venezuela se elaboró una amplia y en muchos casos, confusa doctrina jurisprudencial sobre los denominados «contratos administrativos», basada exclusivamente en motivos adjetivos o procesales que permitían atraer la competencia jurisdiccional de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo, que es la máxima instancia judicial en lo contencioso administrativo<sup>21</sup>, para el conocimiento de ciertas causas. Así se desarrolló la noción de contratos administrativos para calificar ciertos contratos públicos o estatales que estaban sometidos a un régimen preponderante de derecho público, distinguiéndolos de los otros contratos públicos o estatales tradicionales denominados «contratos de derecho privado de la Administración» que estarían sometidos a un régimen preponderantemente de derecho privado.

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, la cual fue sustituida por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, había utilizado la expresión «contrato administrativo» a los solos efectos de atribuir competencia exclusiva a la sala Política Administrativa del supremo Tribunal para conocer de las controversias que resultasen de los mismos cuando eran suscritos por la República, los Estados y los Municipios (art. 5.25). Para ello, y solo para determinar la competencia judicial para resolver los conflictos o disputas referidos a los contratos administrativos, a cargo, en única instancia, de la Sala Política Administrativa, se desarrolló la noción; quedando los conflictos relativos a los otros contratos, los «de derecho privado de la Administración» al conocimiento de los tribunales ordinarios, primero, y luego de los inferiores en la jurisdicción contencioso administrativa, según la cuantía.

Por ello, y como lo mostró la práctica judicial, la noción de «contrato administrativo» siempre se utilizó en la práctica en forma *ex post facto*<sup>22</sup>, como excepción o defensa judicial, de manera que en caso de conflicto respecto de cualquier contrato público suscrito por la República, los Estados y los Municipios, el mismo podía ser «convertido» en un «contrato administrativo» si el ente público contratante decidía utilizar sus poderes públicos extraordinarios en relación con su cumplimiento y ejecución. Igualmente, si en relación con cualquier contrato público

---

<sup>21</sup> Véase BREWER-CARÍAS, A. R. y ORTIZ ÁLVAREZ, L., *Las grandes decisiones de la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa 1961-1996*, Caracas, 1999, pp. 174 y ss.

<sup>22</sup> Véase «La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo», en *Las Formas de la Actividad Administrativa: II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías»*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, p. 59.



o estatal, se introducía una demanda judicial, siempre se planteaba la excepción de la competencia, por una u otra parte, con el único y exclusivo propósito de atraer o no la competencia de la Sala Político Administrativa de la Corte o Tribunal Supremo para decidir los conflictos contractuales correspondiente, y excluir o no la competencia de la jurisdicción ordinaria, o de los tribunales inferiores contencioso administrativa. Planteada la excepción de competencia, correspondía a dicha Sala Político Administrativa decidir si consideraba o no el contrato público como un «contrato administrativo», afirmando o no su propia competencia para resolver las controversias que derivasen de su ejecución.

La elaboración de esa noción y de la teoría general de los contratos administrativos en Venezuela, por tanto, con tales fines básicamente de orden adjetivo se desarrolló desde mitades del siglo pasado, por supuesto, siguiendo las orientaciones del derecho francés, distinguiéndose, así entre los contratos celebrados por el Estado, entre aquellos considerados como «contratos administrativos» y aquellos considerados como «contratos de derecho privado de la Administración»<sup>23</sup>. Por supuesto, durante los últimos cincuenta años que fue precisamente cuando se desarrolló el derecho administrativo contemporáneo en Venezuela, en ausencia de leyes generales sobre contratación administrativa, todos los que nos hemos ocupado en una forma u otra de esta disciplina, contribuimos a la construcción doctrinal de esa idea del «contrato administrativo»<sup>24</sup>, particularmente al comentar la

<sup>23</sup> Véase sobre la jurisprudencia y la doctrina administrativa inicial y tradicional, en BREWER-CARÍAS, A. R., «Los contratos de la administración en la jurisprudencia venezolana» (comp.), en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 26, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963, pp. 127-154; «Los contratos de la Administración en la doctrina de la Procuraduría General de la República» (comp.), en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 30, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1964, pp. 173-232; y «Los contratos de la Administración en la doctrina de la Consultoría Jurídica» (comp.), en *Revista del Ministerio de Justicia*, n.º 48, Año XIII, Caracas, enero-marzo 1964, pp. 27-75.

<sup>24</sup> Véase por mi parte, entre otros trabajos, BREWER-CARÍAS, A. R., «Los contratos de la administración en la jurisprudencia venezolana», en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 26, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963, pp. 127-154; «La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos», en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 61-112, publicado también «con referencias al derecho uruguayo por Horacio Casinelli Muñoz», en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 62, n.º 2-3, Montevideo, 1965, pp. 25-56; «La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos», en *Libro-Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, pp. 755-778, publicado también «con especial referencia a los contratos de obra pública en el derecho venezolano», en *Revista de Derecho Español y Americano*, Instituto de Cultura Hispánica, n.º 19, Año XIII, Madrid, enero-marzo 1968, pp. 101-117; «Algunas reflexiones sobre el equilibrio financiero en los contratos administrativos y la aplicabilidad en Venezuela de la concepción amplia de la Teoría del Hecho del Príncipe», en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, Año XIII, n.º 65, Contraloría General de la República, Caracas, 1972, pp. 86-93; «Consideraciones sobre los efectos de la ruptura de la ecuación económica de un contrato administrativo por una ley declarada nula por inconstitucional», en *Cuadernos de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, n.º 2, Mérida, 1976, pp. 5-26; «La evolución del concepto de contrato administrativo», en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de

mencionada muy rica y variada jurisprudencia establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia.

Se trató, por tanto, de una construcción jurisprudencial y doctrinal, ya que no hubo nunca una definición legal del concepto. Por lo demás, en las Constituciones solo se previeron normas relativas a otra noción, la de contratos de interés público nacional, estatal o municipal, fundamentalmente a los efectos de regular la intervención del órgano legislativo para su aprobación o autorización (art. 150 y 151 de la Constitución)<sup>25</sup>. A nivel legislativo, sin embargo, si bien nunca se definió el concepto de «contrato administrativo», en el pasado si se lo utilizó en dos leyes específicas: en la ya mencionada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con exclusivos fines procesales y en la ley que reguló el régimen forestal<sup>26</sup>.

En cuanto a la primera, ya hemos mencionado la regulación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, y de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, que utilizaron la expresión «contrato administrativo» a los solos efectos de atribuir competencia a algunos órganos de la jurisdicción contencioso administrativa; previsión y terminología que en todo caso, desapareció de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010<sup>27</sup>, y además, no fue

---

Venezuela, Caracas, 1981, pp. 41-69, y en *Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, pp. 61-90; «Evolução do conceito do contrato administrativo», en *Revista de Direito Público*, n.º 51-52, Sao Paulo, July-December 1979, pp. 5-19; «Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa», en *Revista de Derecho Público*, n.º 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1982, pp. 40-54; «Las cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa», en Allan R. BREWER-CARÍAS, *Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, pp. 91-124; «Consideraciones sobre los derechos del contratista en los contratos de obra pública: el derecho al precio y a su pago en la forma convenida», en *Revista de Derecho Público*, n.º 28, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1986, pp. 35-46; «El régimen de selección de contratistas en la Administración Pública y la Ley de Licitaciones», en *Revista de Derecho Público*, n.º 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1990, pp. 5-25; *Contratos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos, n.º 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, Reimpresión: Caracas 1997; «Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela», en *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 417-451.

<sup>25</sup> Véase en general: CABALLERO ORTIZ, J., «Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999», en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 139-154; y «¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?», en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1765-1777; BREWER-CARÍAS, A. R., «Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa» en *Revista de Derecho Público*, n.º 11, Caracas, 1982, pp. 40-54; *Contratos Administrativos*, ob. cit., pp. 28-36; y *Debate Constituyente, Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, tomo II, Caracas, 1999, p. 173.

<sup>26</sup> Véase CABALLERO ORTIZ, J., «¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?», en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1773; BADELL MADRID, R., *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, pp. 49-50.

<sup>27</sup> *Gaceta Oficial* n.º 39.522 de 01-10-2010.

utilizada en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010<sup>28</sup>, en la cual solo se establece en general que todas las controversias relativas a contratos del Estado, de cualquier tipo que sean, son del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa distribuyéndose la competencia entre los diversos tribunales según la cuantía. En las leyes anteriores, en todo caso, a los efectos de delimitar las competencias judiciales, en cambio, e identificar los «contratos administrativos» sin duda fue de gran utilidad el origen francés de la distinción entre «contrato administrativo» y «contrato de derecho privado suscrito por la Administración Pública», que fue lo que dio origen a la distribución de competencias judiciales entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción judicial ordinaria<sup>29</sup>. Para tal fin, la noción francesa de «*service public*» fue también utilizada y seguida por la doctrina<sup>30</sup>; noción que, como tantas otras, en su momento entró en crisis, originando luego la crisis de la misma noción de contrato administrativo, los cuales dejaron de ser identificados solamente por la única «finalidad de servicio público». En todo caso, como se ha dicho, a los efectos de determinar la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración desapareció, perdiendo todo interés adjetivo.

Pero en segundo lugar, aparte del uso, ya abandonado, con sentido adjetivo en las leyes relativas al Tribunal Supremo, hasta 2009 solo fue en la Ley Forestal, de Suelos y Aguas de 1965<sup>31</sup>, y esta vez con carácter sustantivo, donde se utilizó la expresión «contrato administrativo» para calificar específicamente a las concesiones de explotación forestal (art. 65). Dicha terminología, sin embargo, también desapareció en 2008 con motivo de la sanción de la Ley de Bosques y Gestión Forestal, que derogó la Ley de 1965<sup>32</sup>.

Aparte de esas dos utilizaciones legales de la noción de «contratos administrativos» ninguna otra ley la utilizó en Venezuela hasta que en 2009 se incorporó, precisamente, en la Ley de Reserva de 2009 de los bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos<sup>33</sup>. Dada esta consagración expresa en el derecho positivo, a pesar de que desde hace lustros hemos considerado que la expresión «contrato administrativo» había perdido interés, amerita sin duda que se tenga que volver sobre la misma.

En la Ley de Reserva de 2009, en efecto, al referirse a los contratos que habían sido celebrados por empresas del Estado con empresas o consorcios particulares para la realización de actividades conexas dentro de la industria petrolera, que antes de que se dictara la ley *no se habían reservado al Estado*, ni eran parte del pro-

<sup>28</sup> *Gaceta Oficial* n.º 39.447 de 16-06-2010.

<sup>29</sup> Véase BREWER-CARIAS, A. R., *Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 39.

<sup>30</sup> *Idem*, pp. 40, 51.

<sup>31</sup> *Gaceta Oficial* n.º 1.004 Extr. de 26-01-1966.

<sup>32</sup> *Gaceta Oficial* n.º 38.946 de 05-06-2008.

<sup>33</sup> *Gaceta Oficial* n.º 39.173 de 07-05-2009.

ceso de explotación petrolera, a partir de su entrada en vigencia se les «reconoció» el carácter de «contratos administrativos» (art. 3). Entre estos contratos estaban por ejemplo, los relativos a bienes y servicios de inyección de agua, de vapor o de gas en los pozos petroleros; de compresión de gas; y los vinculados a las actividades realizadas en el Lago de Maracaibo (servicios de lanchas, barcasas, remolcadores, gabarras, y de mantenimiento de buques).

Ante todo debe observarse que la denominación legal de dichos contratos como «contratos administrativos», a pesar de pretender dársele carácter «declarativo» derivado del uso del verbo «reconocer», en realidad, debe decirse que es de efectos constitutivos, *ex nunc*, a partir de la entrada en vigencia de la ley; efectos que además fueron efímeros, pues el artículo 3 de la ley dispuso que tales contratos, cuando se dictasen «las resoluciones» respectivas que los identificaran como parte de las actividades reservadas, quedarían extinguidos «de pleno derecho en virtud de la presente Ley». Por tanto, ejecutada como fue la Ley de Reserva de 2009, días después de su publicación al dictarse las Resoluciones ministeriales mencionadas, todos aquellos contratos a los que se «reconoció» momentáneamente como «contratos administrativos», desaparecieron como institución jurídica de base legal.

De ello resulta que al haber quedado extinguidos dichos «contratos administrativos» apenas entró en vigencia la ley que los «reconoció» como tales, puede decirse que dejaron de existir contratos con esa denominación legal, lo que sin embargo, no impide que se siga utilizando la expresión en la teoría del derecho administrativo para identificar algunos contratos del Estado o contratos públicos los cuales, por su objeto, tienen un régimen preponderante de derecho público.

Ello sucede, por ejemplo, con ciertos contratos tradicionalmente calificados y considerados como tales «contratos administrativos», como es el caso, por ejemplo, de los relativos a la prestación de «servicios públicos», a la construcción de obras públicas, al uso de bienes públicos, a la explotación de obras públicas o de recursos naturales o de monopolios fiscales y que han sido objeto de regulaciones específicas, por ejemplo, en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en la Ley Orgánica de promoción de inversiones mediante concesiones, en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en la Ley del Servicio Eléctrico o en la Ley de Minas<sup>34</sup>. Del estudio de ese tipo de contratos la doctrina elaboró una teoría de los contratos administrativos, de manera que, por ejemplo, en uno de los primeros estudios contemporáneos de derecho administrativo venezolano que se elaboraron sobre ella fue un Capítulo de nuestra tesis de grado *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, redactada entre 1962 y 1963, mientras seguíamos los cursos de postgrado en la Facultad de Derecho de la antigua Universidad de París; texto que por ello estuvo influenciado por la doctrina

---

<sup>34</sup> Véase BADELL MADRID, R., *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, pp. 50-51.

y jurisprudencia francesas de derecho administrativo de la época<sup>35</sup>. En ese trabajo, los contratos administrativos frente a los «contratos de derecho privado» que pudiera suscribir la Administración Pública, conforme a la jurisprudencia, eran aquellos relativos precisamente a los servicios públicos o las obras públicas en los cuales la Administración podía hacer uso de sus poderes o prerrogativas públicas dado el interés público envuelto en el objeto del contrato<sup>36</sup>. Conforme a esa aproximación los ejemplos que se daban sobre contratos administrativos, como se dijo, eran precisamente los de obra pública, los de empréstito público, los de suministro de bienes a la Administración Pública, los de transporte público, los de uso de bienes del dominio público, y los de concesiones de servicios públicos<sup>37</sup> los cuales, además, siempre eran suscritos por personas morales de derecho público territorial (República, Estados, Municipios), ya que la noción de empresa del Estado no había sido todavía desarrollada.

Pero como bien sabemos los que nos hemos ocupado de esta disciplina, una de las características fundamentales del derecho administrativo es su mutabilidad y adaptabilidad respecto de la transformación del Estado y de la actividad de su Administración Pública, por lo que el propio concepto de «contrato administrativo» basado en una ecuación cerrada y clásica de «*interés público o finalidad de servicio público/régimen de derecho administrativo/control por la jurisdicción contencioso administrativa*», ha sido cuestionada y superada por la doctrina, no solo en Venezuela, sino en los demás países de régimen administrativo. Por eso es que por ejemplo, se ha escrito sobre el «contradictorio y confuso criterio» utilizado en relación con los contratos administrativos<sup>38</sup>, o sobre «la mutabilidad de la figura de los contratos administrativos», destacándose «la dificultad de construir de una vez por todas la institución del contrato administrativo» considerando que su «evolución aún no ha terminado»<sup>39</sup>.

Yo mismo en 1981 me referí al tema de «La evolución del concepto de contrato administrativo»<sup>40</sup>, que desarrollé posteriormente en mi libro sobre *Contratos Administrativos* (Caracas, 1992), donde cuestioné el concepto mismo de «contratos

<sup>35</sup> Véase BREWER-CARÍAS, A. R., *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 162.

<sup>36</sup> Véase por ejemplo, las sentencias de la Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944, de la Corte Federal de 3 de diciembre de 1959 y de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 12 de diciembre de 1961 y de 13 de agosto de 1964, en BREWER-CARÍAS, A. R., *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, tomo III, vol. 2, Caracas, 1977, pp. 727-733.

<sup>37</sup> Véase BREWER-CARÍAS, A. R., *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 162.

<sup>38</sup> Véase BADELL MADRID, R., *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, p. 32.

<sup>39</sup> Véase GÓMEZ FERRER, R., «La mutabilidad de la figura del contrato administrativo», en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, tomo II, pp. 1749-1764.

<sup>40</sup> Véase BREWER-CARÍAS, A. R., «La evolución del concepto de contrato administrativo», en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, tomo I, Caracas, 1982, pp. 41-69.

administrativo» basado en la sola relación que implicaba que el «contrato administrativo» estaba sometido al derecho administrativo y el «contrato de derecho privado de la Administración», al derecho privado, la cual llegamos a calificar entonces de absolutamente inadmisibles<sup>41</sup>. En realidad, además de a las cláusulas mismas del contrato (que tienen fuerza de ley entre las partes) y a las del carácter supletorio de las disposiciones del Código civil, puede decirse que todos los contratos del Estado o contratos públicos están sujetos, en una forma u otra, al derecho público, y particularmente al derecho administrativo, al menos en relación con las regulaciones relativas a las competencias de los entes y órganos públicos para suscribirlos, o a la selección de los contratistas (licitación), o en relación con su ejecución, de manera que no hay contratos públicos que estén solo sujetos al derecho privado supuestamente opuestos a los contratos administrativos sujetos al derecho administrativo<sup>42</sup>.

Por ello, he sostenido que «la noción de contrato administrativo solo puede ser aceptada para identificar un tipo de contrato público (contratos de Administración Pública)» que en virtud de una finalidad pública específica perseguida que puede ser, por ejemplo, la prestación de un servicio público, la construcción de una obra pública, el uso de bienes públicos, un empréstito público, «está sujeto preponderantemente a un régimen de derecho público, pero no con el objeto de distinguir entre contratos públicos sometidos al derecho público y otros supuestamente sujetos a un régimen de derecho privado. La preponderancia de uno u otro régimen es ahora lo importante»<sup>43</sup>. Es decir, no existe en el ordenamiento jurídico venezolano un «régimen jurídico propio (distinto aunque no excluyente de los preceptos del derecho civil y comercial)» exclusivamente aplicable a los «contratos administrativos». Lo que existe es un régimen jurídico que no es ni único ni uniforme y que es aplicable a todos los contratos públicos o contratos del Estado, conformado por normas de derecho público y de derecho privado

<sup>41</sup> Véase BREWER-CARÍAS, A. R., *Contratos administrativos*, ob. cit., p. 13.

<sup>42</sup> *Idem*, pp. 14, 42, 43, 52, 53, 55, 71, 72.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 14. Una de las más recientes críticas respecto de la noción de contratos administrativos fue el trabajo de CABALLERO ORTIZ, J., «¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?», en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI: Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, tomo II, pp. 1765-1778, en el cual se ha referido, en términos similares a los usados por R. BADELL MADRID («criterio confuso y contradictorio»). Véase BADELL MADRID, R., se refiere al vago e impreciso criterio utilizado para su identificación, en *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, p. 32. Ello ha llevado a algunos distinguidos administrativistas a considerar que la noción de contrato administrativo es inútil y sin efecto, como es el caso de Gonzalo PÉREZ LUCIANI, en «Los contratos administrativos en Venezuela», en BREWER-CARÍAS, A. R. (dir.), *Derecho Público en Venezuela y Colombia: Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Caracas, 1986, p. 253. Otros autores consideran que la noción ha sido abandonada frente al régimen uniforme establecido en la legislación, considerando que establecerla «no luce tarea coherente». Véase HERNÁNDEZ, J. I., «El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana», en BREWER-CARÍAS, A. R.; GARCÍA SOTO, C.; LINARES BENZO, G.; HERNÁNDEZ MENDIBLE, V.; HERNÁNDEZ G., J. I.; HERRERA ORELLANA, L. A.; MÓNACO, M.; ROJAS PÉREZ, M. y SUBERO MUJICA, M., *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, p. 235.

(incluyendo las cláusulas contractuales) que se interaplican y que pueden tener preponderancia en uno u otro contrato según el grado de regulación legal específico que exista en relación con el objeto del contrato específico. De allí el sentido de la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración.

También he sostenido, al insistir en el mismo tema sobre la evolución del concepto de contrato administrativo, en un estudio sobre «La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huída y recuperación del derecho administrativo», que «las actividades de la Administración Pública están sujetas tanto al derecho público como al derecho privado, en un grado de preponderancia que varía de acuerdo con sus finalidades y naturaleza»; y que «todos los contratos públicos están siempre sometidos tanto al derecho público como al derecho privado»<sup>44</sup>.

En todo caso, y a pesar de la evolución del concepto de contrato administrativo y las discrepancias doctrinales sobre el mismo<sup>45</sup>, y a pesar de la imprecisión de algunas decisiones de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia y actual Tribunal Supremo de Justicia, es indubitable que ciertos contratos públicos han sido siempre considerados como «contratos administrativos», como es el caso de aquellos celebrados por la Administración Pública en ejercicio de potestades públicas para asegurar la prestación de servicios públicos como prestaciones obligatoriamente asignadas por ley a los entes públicos, como es el caso de las concesiones de servicios públicos de transporte público, de gas para consumo masivo, de suministro de electricidad, de distribución de agua potable, de recolección de desechos sólidos, de servicio de teléfonos; de las concesiones para el uso de bienes públicos o para la explotación de recursos naturales renovables y no revocables; las concesiones para la construcción o explotación de obras públicas; y de los contratos de obra pública<sup>46</sup>. En todos esos contratos, dado el régimen legal que regula su objeto que es preponderantemente de derecho público, el ente

<sup>44</sup> Véase BREWER-CARIAS, A. R., «La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huída y recuperación del derecho administrativo», en *Las Formas de la Actividad Administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías»*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 58-60.

<sup>45</sup> Por ejemplo, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en la sentencia dictada en el caso *Apertura petrolera* en agosto de 1999, al referirse a los criterios del contrato administrativo, que «han sido aceptados por gran parte de la doctrina extranjera y también venezolana, no obstante que aun existen estudiosos del tema que restan relevancia a la distinción que se hace de los contratos administrativos frente a los de derecho común, y que insisten en que la misma solo ha obedecido a razones puramente pragmáticas, dirigidas a la determinación del órgano jurisdiccional competente para su conocimiento». Véase sentencia de la Corte en Pleno de 17 de agosto de 1999 en BREWER-CARIAS, A. R. (comp.), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas, 2004, pp. 280-328, disponible en [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com) (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, n.º 22, 2004).

<sup>46</sup> Véase BREWER-CARIAS, A. R., *Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 46; BADELL MADRID, R., *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, pp. 50-51.



público contratante o concedente se considera que dispone de poderes públicos extraordinarios en relación con su ejecución que deben estar explícitos en las competencias que les son atribuidas por ley.

Conforme a esta aproximación tradicional en relación con el tema de los contratos administrativos, resulta, por tanto, que no todos los contratos del Estado podían considerarse como tales, pues existen algunos contratos públicos que no son contratos administrativos y al contrario pueden considerarse como «contratos de derecho privado de la Administración». De eso se trata, en definitiva, cuando se establece la noción de contrato administrativo, para distinguirlo de los contratos de derecho privado de la Administración. En los primeros, el régimen jurídico aplicable es preponderantemente de derecho público, y en los segundos, es preponderantemente de derecho privado excluyendo la existencia de poderes públicos extraordinarios. Calificar como «contratos administrativos» a los segundos en una ley, no solo es impropio y confuso, sino que revela una manipulación indebida del término, lo que precisamente ocurrió con la Ley de Reserva de 2009, eliminando toda base seria en la distinción.

La distinción, por más manipulación legal que se pueda hacer, se puede establecer, como se dijo, conforme a la preponderancia del régimen jurídico aplicable a los contratos públicos, pudiendo partirse para ello de las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Entre las muchas que se han dictado, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 puede mencionarse la sentencia dictada en fecha 17 de agosto de 1999 (caso *Apertura petrolera*), en la cual la Sala precisó las notas identificatorias de los contratos administrativos y del «régimen especial que regula su tratamiento jurídico», indicando que esas notas esenciales son «la noción de “servicio público” y la consecuente incorporación en su texto —tácita o expresamente— de las «cláusulas exorbitantes». Sobre estas últimas, dijo la Corte:

«Estas cláusulas exorbitantes se presentan como disposiciones implícitas en el contrato administrativo, que recogen prerrogativas en favor de la Administración Pública, justificadas por el interés colectivo involucrado en esa contratación, y cuya proporción es de tal magnitud que en una relación contractual común resultan inaceptables.

Son pues las cláusulas exorbitantes, notas consustanciadas con la naturaleza misma de las contrataciones de carácter administrativo. Es precisamente esta desproporción que se patentiza entre los intereses del particular frente a los del colectivo, lo que define las cláusulas exorbitantes. Se trata así, de aquellas disposiciones que un particular no aceptaría insertar en un contrato con otro particular, porque son ellas las que en definitiva ponen de relieve o materializan en el negocio jurídico las potestades administrativas. Potestades no discutidas; y, por el contrario, recibidas por el particular contratante que entiende y acepta que no se trata de un capricho de la voluntad administrativa, sino una herramienta diseñada por el Derecho Público para garantizarle al colectivo, la protección de sus intereses encomendados a la Administración, concretándose con ella, la for-

ma más eficaz de asegurar la salvaguarda del interés general, imposibilitado de controlarlo directamente y permanentemente»<sup>47</sup>.

La Corte indicó, además, en dicha sentencia, que esos criterios «han sido aceptados por gran parte de la doctrina extranjera y también venezolana, no obstante que aún existen estudiosos del tema que restan relevancia a la distinción que se hace de los contratos administrativos frente a los de derecho común, y que insisten en que la misma sólo ha obedecido a razones puramente pragmáticas, dirigidas a la determinación del órgano jurisdiccional competente para su conocimiento»<sup>48</sup>. La Corte aceptó, en todo caso, que las cláusulas exorbitantes —insertas expresa o tácitamente en el contrato— en realidad lo definen como tal «contrato administrativo», «por ser una consecuencia y no un elemento determinante de éste»; concluyendo entonces que «la característica que por antonomasia identifica un contrato administrativo es el servicio público que se pretende con él, el interés general o la utilidad pública perseguida».

Por otra parte, entre las múltiples sentencias dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1999, puede hacerse referencia a la de la Sala Político Administrativa 357 de 14 de abril de 2004, en la cual el Tribunal Supremo consideró que:

«Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han señalado como características esenciales de los contratos administrativos, las siguientes: a) que una de las partes contratantes sea un ente público; b) que la finalidad del contrato se encuentre vinculada a una utilidad pública o servicio público; c) y como consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la administración en dichos contratos consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto de los mismos»<sup>49</sup>.

En otra decisión, la n.º 384 de 21 de abril de 2004, la misma Sala decidió:

«Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han señalado como características esenciales de los contratos administrativos, las siguientes: (a) que una de las partes contratantes sea un ente público; (b) que la finalidad del con-

<sup>47</sup> Véase el texto de la decisión de la Corte en Pleno de 17 de agosto de 1999 en BREWER-CARÍAS, A. R. (comp.), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas, 2004, pp. 280-328, disponible en [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com) (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, n.º 22, 2004). El Experto Legal quien suscribe actuó en dicho juicio como abogado de PDVSA en la defensa de la constitucionalidad del Acuerdo del Congreso autorizando los Convenios de Asociación.

<sup>48</sup> Es la tesis que hemos sostenido desde hace años en BREWER-CARÍAS, A. R., «La evolución del concepto de contrato administrativo», en *El Derecho Administrativo en América Latina, Curso Internacional*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1978, pp. 143-167; en *Jurisprudencia Argentina*, n.º 5.076, Buenos Aires, 13-12-1978, pp. 1-12; en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 41-69; y en *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 61-90.

<sup>49</sup> Caso: *Empresa Constructora Irpresent vs. Alcaldía San Carlos de Austria del Estado Cojedes* disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00357-140404-2004-0146.htm>. Véase también en *Revista de Derecho Público*, n.º 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 312-314.

trato se encuentre vinculada a una utilidad o servicio público (aspecto éste que puede evidenciarse cuando la actividad contratada resulte importante para la prestación de un servicio público, cuando sea de tal forma inherente o conexas con la actividad pública o de servicio público que sin aquélla no se podría llevar a cabo esta última, o cuando el contrato en cuestión suponga un subsidio evidente a favor del beneficiario del servicio y a cargo de una de las partes contratantes). Como consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la administración en dichos contratos, consideradas como exorbitantes, aún cuando no se encuentren expresamente plasmadas en el texto del mismo»<sup>50</sup>.

De todas estas sentencias, y dejando a salvo nuestro señalado cuestionamiento a la distinción en el sentido de que no puede hablarse de «contratos de derecho privado de la Administración» en el sentido de sometidos solo al derecho privado; dado que el interés de la misma haya resucitado, aun cuando sea momentáneamente con motivo de la sanción de la Ley de Reserva de 2009, es evidente que no podrían adoptarse como «criterios» para identificar un contrato administrativo, la versión más amplia de esas condiciones, es decir, que una de las partes contratantes fuera un ente público, que la finalidad del contrato se encontrase vinculada a un interés general o una utilidad pública; y que la Administración pudiera hacer uso de ciertas prerrogativas que puedan considerarse como exorbitantes y que no estén plasmadas en el texto de los mismos. Si se adoptase este espectro amplio en la aplicación de las características, sin duda habría que llegar a la conclusión que todo contrato público o estatal sería un «contrato administrativo», pues siempre se celebran por un ente público, persiguen en alguna forma un fin de utilidad pública o interés general, y la Administración conforme a la ley, siempre puede hacer uso de sus poderes; lo que vaciaría de sentido a la propia noción de contratos administrativos y a su distinción, basada en la preponderancia del régimen jurídico aplicable, con los llamados contratos de derecho privado de la Administración, pues estos participarían de las mismas características.

### **III. El tema de las cláusulas exorbitantes y su ausencia en los contratos de prestación de servicios conexos con la industria petrolera**

Los contratos para la prestación de los servicios conexos con la industria petrolera que se celebraron entre las empresas filiales de PDVSA y diversas empresas o consorcios privados, como todos los contratos suscritos por PDVSA, en general no solo respondían en su texto a un modelo contractual suministrado por la propia empresa estatal, regulando exhaustivamente las relaciones entre las partes, sino que ni en el texto de los mismos, ni en la legislación que pudiera serles aplicable,

---

<sup>50</sup> Caso: *David Goncalves Carrasqueño vs. Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia*, disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00384-210404-2003-0654.htm>

había cláusula exorbitante del derecho común alguna que pudiese haber autorizado a la empresa filial de PDVSA para adoptar decisiones no reguladas en los contratos o contrarias a las que en los mismos se establecían. El régimen jurídico que les era aplicable, por tanto, era un régimen jurídico preponderantemente de derecho privado que era el que en general regía a las empresas filiales de PDVSA.

Es decir, en relación con el objeto de los contratos para la prestación a la empresa filial de PDVSA de los servicios conexos por parte de empresas privadas, dicha empresa del Estado no tenía atribuido por ley «poder exorbitante» alguno, ni en las cláusulas contractuales se podía conseguir, en general, previsión alguna de poderes exorbitantes que hubiera podido haber utilizado en la ejecución del mismo, estando sus derechos expresamente regulados en el texto del contrato. En dichos contratos, en realidad, lo único que regía en su ejecución era el texto mismo de sus cláusulas (elaboradas en general por la misma empresa estatal), en las cuales, por lo demás comúnmente, se regularon entre las partes derechos contractuales incluyendo, por ejemplo, la posibilidad de terminación unilateral de los contratos por las partes, y la modificación unilateral de los mismos. Lo cierto es que, en general, ni en las cláusulas de dichos contratos, ni en la legislación aplicable a su ejecución, se podía identificar poderes extraordinarios algunos, siendo su régimen preponderantemente de derecho privado.

En esta materia debe observarse que incluso cuando se trata de contratos administrativos —que no era el caso de los contratos para los servicios conexos de la industria petrolera— la consecuencia fundamental de que un contrato se considere como un «contrato administrativo» es la posibilidad de que el ente público contratante pueda hacer uso de ciertas prerrogativas públicas, llamadas como *cláusulas exorbitantes de derecho común*, es decir, poderes extraordinarios que corresponden a las entidades públicas con el objeto de preservar el interés público, y que no se encuentran en los contratos de derecho privado. Pero lo contrario no puede afirmarse. Es decir, no es correcto decir que porque en un contrato haya posibilidad de que el ente público haga uso de cláusulas exorbitantes entonces el contrato es administrativo. Tal como lo decidió la antigua Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 17 de agosto de 1999 (*Caso Apertura Petrolera*), dichos poderes extraordinarios no definen el contrato administrativo como tal, ya que las mismas son la consecuencia y no la condición para su determinación; agregando que el hecho de que un contrato tenga o no esas cláusulas no es sino la consecuencia de la necesaria y obligatoria protección del interés general<sup>51</sup>.

En efecto, como lo expresó la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Plena en la antes referida sentencia, al referirse a los contratos administrativos, «estas cláusulas exorbitantes se presentan como disposiciones implícitas en el contrato

<sup>51</sup> Véase el texto de la decisión de la Corte en Pleno de 17 de agosto de 1999 en BREWER-CARÍAS, A. R. (comp.), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas, 2004, pp. 280-328, disponible en [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com) (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, n.º 22, 2004).

administrativo, que recogen *prerrogativas en favor de la Administración Pública*, justificadas por el interés *colectivo* involucrado en esa contratación, y cuya proporción es de tal magnitud que en una relación contractual común resultan inaceptables», agregando que se trata de «disposiciones que un particular no aceptaría insertar en un contrato con otro particular, porque son ellas las que en definitiva ponen de relieve o materializan en el negocio jurídico las potestades administrativas»<sup>52</sup>. Estos poderes o prerrogativas públicas que *siempre tienen que tener una fuente legal* pues no hay competencia pública que pueda ejercerse por un ente público si una ley atributiva de la misma, se han considerado como inherentes o implícitas en los contratos administrativos, no siendo necesario que estén incorporados en las cláusulas contractuales<sup>53</sup>. Así se admitió, por ejemplo, por la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n.º 384 de 21 de abril de 2004, al señalar que «los poderes atribuidos por ley a la Administración Pública, incluso cuando no estén expresamente incorporados en el texto del contrato, deben considerarse insertos en el mismo»<sup>54</sup>, pero con la importante observación de que como lo indicó la Corte, no estando explícitamente en el texto del contrato, tales poderes tienen que estar «atribuidos por ley». De allí precisamente el régimen de derecho público aplicable. Como lo ha sostenido José Ignacio HERNÁNDEZ, «si las cláusulas exorbitantes son en realidad poderes extracontractuales, su fuente no puede anclarse en el objeto del contrato sino en realidad, en la Ley. Es la Ley —y no el contrato— quien legitima a la Administración para desplegar esas potestades, por lo que su ejercicio mal podría supeditarse al objeto del contrato, o sea a su carácter administrativo». De resto, agrega HERNÁNDEZ, «estas facultades sólo podrán ejercerse en tanto ellas hayan sido expresamente consagradas en el texto del contrato»<sup>55</sup>.

Estas cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos, son, por ejemplo, los poderes que tiene la Administración contratante para dirigir y controlar la ejecución del contrato; para sancionar los incumplimientos de la contraparte en el contrato; para modificar unilateralmente las cláusulas del contrato, o para resolver unilateralmente la rescisión del contrato<sup>56</sup>. Dichos poderes, por otra parte, por el principio de la atribución de competencia mediante ley, siempre tienen que estar regulados en algún texto legal, como por ejemplo sucede con las provisiones de la Ley de Promoción a la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones

---

<sup>52</sup> *Idem.*

<sup>53</sup> Véase BREWER-CARÍAS, A. R., *Contratos Administrativos*, ob. cit., pp. 43, 47 y 164.

<sup>54</sup> Véase Caso *David Gonçalves Carrasqueño vs. Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia* disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00384-210404-2003-0654.htm>

<sup>55</sup> Véase HERNÁNDEZ, J. I., «El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana», en BREWER-CARÍAS, A. R. et al., *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 234-235.

<sup>56</sup> Véase GARCÍA SOTO, C., «Posición de la Administración en su actividad contractual. El caso de la Ley de Contrataciones Públicas», en BREWER-CARÍAS, A. R. et al., *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, p. 184; BREWER-CARÍAS, A. R., *Contratos administrativos*, ob. cit., pp. 164-185.

de 1999<sup>57</sup>, donde se regula expresamente las potestades de la Administración concedente, de inspección y control (art. 37); de interpretación unilateral (art. 38); de modificación unilateral (art. 39); de orden sancionatorio por faltas del concesionario (art. 43); de rescisión unilateral del contrato debido a incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario [art. 46.c)]; y de rescatarse anticipado de la concesión por causa de utilidad o interés público (art. 53).

Dichas prerrogativas o poderes extraordinarios de la Administración contratante, por supuesto, también podrían estar expresamente regulados y establecidos en el texto de las cláusulas de los contratos, lo que generalmente ocurre en los que tradicionalmente se han calificado como «contratos administrativos», por ejemplo, en los contratos de obra pública o de concesión de servicios públicos, de cuya práctica precisamente derivan las normas de la mencionada Ley de Promoción a la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones. Por ello, por ejemplo, en relación con los contratos de obra pública, el viejo reglamento que establecía las Condiciones Generales de Contratación, con el carácter de cláusulas obligatorias (Decreto 1.417)<sup>58</sup>, preveía expresamente los poderes que el ente público contratante podía ejercer para supervisar y controlar la ejecución de los trabajos<sup>59</sup>.

Pero en todo caso, el tema de las cláusulas exorbitantes que se ha desarrollado respecto de los contratos administrativos, no se aplica en forma alguna a los contratos de derecho privado de la Administración celebrados por las empresas filiales de PDVSA con empresas o consorcios privados para la prestación a la misma de los servicios conexos con la industria petrolera. En relación con dichos contratos no había, ni hay previsión alguna en el ordenamiento jurídico que le hubiera asignado a una empresa del Estado, filial de PDVSA, el ejercicio explícito o implícito de poderes extraordinarios algunos. Por ello, su «reconocimiento» en la ley de reserva de 2009, no tiene mayor sentido, salvo el de ser una extraña manipulación legal del concepto.

En efecto, en general, los derechos de las partes en dichos contratos relativos a los servicios conexos con la industria petrolera estaban en las cláusulas de los mismos, de manera que incluso en relación con el posible uso de poderes extraordinarios, cuando los mismos están establecidos y regulados expresamente en las cláusulas contractuales, la Administración contratante no puede en ningún caso ejercerlos contrariando su contenido. El artículo 1159 del Código civil, aplicable a todo tipo de contrato, dispone que las cláusulas del contrato tienen fuerza de ley entre las partes, por lo que incluso tratándose de contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, sus cláusulas son obligatorias para las partes. E incluso, en caso de que puedan existir poderes extraordinarios que no están establecidos en el contrato, sino en normas legales, su ejercicio cuando co-

<sup>57</sup> *Gaceta Oficial*, n.º 5.394 Extr. de 21-10-1999.

<sup>58</sup> Decreto n.º 1821, de 30-08-1991, *Gaceta Oficial* n.º 34.797 de 09-09-1991.

<sup>59</sup> Véase BREWER-CARIAS, A. R., *Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 165.

rrsponda por la Administración contratante tampoco podría ignorar las cláusulas contractuales, si en las mismas, precisamente, se reguló su ejercicio.

En el caso de los contratos celebrados para la prestación de los servicios conexos de la industria petrolera antes de la entrada en vigencia de la Ley de Reserva de 2009, que no eran contratos administrativos, la realidad que se derivaba del texto uniforme que tenían los mismos era que, en ausencia de poderes legales asignados a la empresa contratante filial de PDVSA para ejercer potestades públicas, era en las propias cláusulas de los contratos donde se regularon expresamente lo que podría ser equivalente a lo que en contratos administrativos serían las mencionadas «cláusulas exorbitantes», en particular, la posibilidad de suspensión de las actividades objeto del contrato; la posibilidad de terminación anticipada unilateral del contrato; y la posibilidad de modificación o cambio unilateral del contrato.

En efecto, en general, en dichos contratos, por ejemplo, respecto de la posibilidad para la Administración contratante, es decir, de la filial de PDVSA de poder introducir cambios o modificaciones en los contratos, en general se dispuso que solo podían hacerse mediante documento complementario firmado por los representantes autorizados de ambas partes; y en cuanto a los cambios en el servicio, es decir, alteraciones, modificaciones, ampliaciones o reducciones del alcance de los servicios, esos solo podían solicitarse por la filial de PDVSA al contratista, siguiendo determinados pasos regulados en el texto de los contratos. Con cláusulas como estas, ningún otro cambio se permitía realizar en los contrato a iniciativa de la filial de PDVSA, y por supuesto, ningún cambio en las cláusulas económicas de los contratos podía adoptarse por el ente público contratante, ya que estas son siempre inamovibles en cualquier contrato, e incluso en materia de contratos administrativos<sup>60</sup>.

Por ello, si un ente público contratante, sea en la ejecución de un contrato administrativo o de un contrato de derecho privado de la Administración, mediante decisiones unilaterales afecta derechos del co-contratante previstos en las cláusulas contractuales, particularmente si se trata de las cláusulas económicas o de protección del co-contratante, entonces la Administración esta obligada a indemnizar al co-contratante por los daños y perjuicios que le cause. Por ello es que incluso el ejercicio de poderes extraordinarios cuando no se regulan en las cláusulas contractuales, nunca pueden afectar las cláusulas económicas o de protección del co-contratante, y si los derechos contractuales resultasen afectados o disminuidos ello siempre implica la obligación por parte de la Administración contratante de indemnizar al co-contratante<sup>61</sup>. Como lo indicó hace años ELOY LARES MAR-

---

<sup>60</sup> Véase LARES MARTÍNEZ, E., *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1983, p. 335; BREWER-CARÍAS, A. R., *Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 191.

<sup>61</sup> Véase LINARES BENZO, G., «El equilibrio financiero del contrato administrativo en el decreto Ley de Contrataciones Públicas», en BREWER-CARÍAS, A. R. et al., *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 187-197; MÓNACO, M., «El derecho al precio del contratista en los contratos administrativos», en *Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado, VIII*



TÍNEZ, incluso en los llamados «contratos administrativos» las cláusulas económicas del mismo son siempre «intocables e inmutables»<sup>62</sup>, y constituyen, incluso, el límite esencial al poder de modificación unilateral de los contratos administrativos. De ello se trata cuando se habla de la inmutabilidad de las cláusulas económicas de los contratos públicos, que en ningún caso pueden modificarse sino en la forma prevista en las cláusulas contractuales, de manera que si no se restablece el equilibrio económico del contrato y se satisface el derecho a una justa compensación que resulte de cualquier alteración de las cláusulas económicas por la Administración, resultaría en definitiva en una confiscación de los derechos contractuales, lo que está prohibido en el artículo 116 de la Constitución.

De lo anterior resulta, que en los contratos públicos, e independientemente de su consideración o no como «contrato administrativo», cualquier modificación de las cláusulas económicas contractuales por la Administración, es una violación al contrato, la cual no puede encubrirse con el supuesto ejercicio de poderes exorbitantes por parte de la misma, que no existen ni pueden existir en materia de contratos públicos para justificar la ruptura o violación de los contratos.

De todo lo anteriormente expuesto, en consecuencia, resulta evidente que los contratos que había suscrito la empresa filial de PDVSA con empresas o consorcios privados antes de la nacionalización de los servicios conexos de la industria petrolera en 2009, y que no eran actividades reservadas, por su objeto y el régimen jurídico preponderantemente de derecho privado que les era aplicable, eran de los llamados «contratos de derecho privado» de la Administración, es decir, no eran «contratos administrativos», pues en los mismos y conforme al modelo de contrato elaborado por la empresa estatal, no había cláusulas exorbitantes del derecho común alguna que autorizasen a la empresa filial de PDVSA para poder adoptar decisiones no reguladas en el texto de los propios contratos o contrarias a las que en los mismos se establecían. Es decir, en relación con el objeto de los contratos, la empresa filial de PDVSA no tenía atribuido por ley «poder exorbitante» alguno, ni en las cláusulas contractuales había previsión alguna de poderes exorbitantes que hubiera podido utilizar en la ejecución del mismo, estando sus facultades expresamente reguladas en el texto del contrato. La empresa filial de PDVSA, en dichos contratos y conforme al modelo que había elaborado, no tenía facultad alguna para ejercer «potestades públicas» ni tenía «posición de privilegio» alguna, rigiendo en su ejecución el texto de sus cláusulas, incluso de aquellas previstas por las partes para regular, por ejemplo, la terminación unilateral del contrato, y la modificación unilateral del contrato.

---

*Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías»*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2006, tomo II, pp. 134-137; BREWER-CARIAS, A. R., *Contratos Administrativos*, ob. cit., pp. 160, 211 y ss.

<sup>62</sup> Véase LARES MARTÍNEZ, E., *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1983, p. 335; BREWER-CARIAS, A. R., *Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 191.

#### **IV. Derecho aplicable a los contratos para la prestación de los servicios conexos con las actividades petroleras celebrados antes de su nacionalización en 2009**

Las cláusulas de los contratos, sean contratos públicos o privados, y en relación con los primeros, independientemente de que se trate de contrato administrativo o de un contrato de derecho privado de la Administración, constituyen la ley entre las partes, la cual derivaba del propio texto de los mismos y de las leyes que supletoriamente se les puedan aplicar.

En el caso de los contratos suscritos por la empresa filial de PDVSA con empresas privadas para la prestación de los servicios conexos con la industria petrolera, rigieron y se ejecutaron hasta su extinción de pleno derecho en 2009, de conformidad con la legislación de la República; teniendo los contratistas en general, la obligación de cumplir con todas las leyes, reglamentos, decretos, resoluciones y demás normas legales nacionales, estatales y municipales, incluyendo ordenanzas locales relativas a la ejecución de los contratos, y en particular por el tipo de servicios conexos con la industria petrolera, la legislación ambiental. Además, es evidente, conforme a las cláusulas contractuales, los contratistas tenían la responsabilidad de obtener todas las aprobaciones, permisos y licencias que pudieran exigir las leyes. En consecuencia, aparte de las leyes específicas que se hubiesen sancionado, y que en alguna manera incidieran en una forma u otra el objeto de los contratos, y de lo dispuesto en los mencionados tratados internacionales de protección de inversiones, el derecho aplicable a los contratos estaba conformado fundamentalmente por lo que establecían sus propias cláusulas y por las disposiciones del Código civil que son supletorias respecto de las mismas. Ese derecho del contrato, preponderantemente de derecho privado, era la ley entre las partes.

Pero ello no excluía, por supuesto que pudiera haber previsiones de derecho administrativo que pudieran haber sido aplicables a los contratos para la ejecución de los servicios conexos de la industria petrolera suscritos antes de 2009, como era el caso, por ejemplo, de las normas de la Ley Orgánica de la Administración Pública, de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, de la Ley Orgánica del Ambiente y de la Ley Penal del Ambiente, para solo mencionar algunas. Estas leyes especiales, en general, proporcionaban un marco legal importante para toda la actividad contractual del Estado aplicable a todos los contratos, tanto a los contratos administrativos, como a los de derecho privado de la Administración, como era el caso de los contrato para la prestación de los servicios conexos de la industria petrolera. Por ejemplo, la Ley Orgánica de la Administración Pública que regula a los entes públicos y sus órganos<sup>63</sup>, incluso la competencia específica para contratar, y en particular de los institutos autónomos o públicos y empresas del Estado, que

---

<sup>63</sup> Decreto-ley 6.217 15-07-2008, *Gaceta Oficial* n.º 5.890 Extr. de 31-07-2008. Esta ley derogó la ley que se había dictado en 2001, en *Gaceta Oficial* n.º 37.305 de 17-10-2001. Véase BREWER-CARÍAS, A. R. et al., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas, 2009, pp. 14-17; 68-81.

en la práctica administrativa son los entes que generalmente suscriben contratos con los particulares (art. 29.32). Así, en cuanto a los contratos celebrados por personas estatales de derecho privado (empresas del Estado), como era el caso de los contratos para los servicios conexos, el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Administración Pública define a las empresas del Estado, en este caso las filiales de PDVSA, como sociedades mercantiles en las cuales un ente público estatal sea titular de más del 50% del capital social, siendo incluso posible su creación con un solo accionista (art. 105). La personalidad jurídica de las mismas, al igual que la de cualquier sociedad mercantil, se adquiere mediante el registro de los estatutos en el registro mercantil conforme al Código de Comercio (art. 103).

Pero aparte de ese orden jurídico de derecho público que en cada caso le puede ser aplicable a los contratos del Estado, incluyendo los contratos de derecho privado de la Administración celebrados para la prestación de los servicios conexos con la industria petrolera antes de 2009, los mismos se regían básicamente, primero, y ante todo, por las cláusulas establecidas en el texto de los contratos mismos, y, por supuesto por las normas del Código civil, siendo este de aplicación supletoria en el sentido que sus normas rigen aquellas materias no reguladas expresamente por las partes en los textos contractuales. En consecuencia, las partes en los contratos del Estado, y salvo las cláusulas obligatorias constitucional o legalmente establecidas<sup>64</sup> y las previsiones de leyes específicas que regulen materias de orden público, en principio tenían completa libertad para establecer el contenido de sus obligaciones y relaciones contractuales en las cláusulas que estimasen convenientes a sus intereses particulares como parte contractual, sin estar sujetas a las regulaciones generales o específicas del Código civil salvo en materias de orden público. La consecuencia de lo anterior, es que en materia contractual, el principio sigue siendo que salvo las mencionadas regulaciones legales, las del Código civil son supletorias a la voluntad de las partes y solo se aplican en ausencia o insuficiencia de las previsiones adoptadas por ellas.

Por ello es que de acuerdo con el artículo 1270 del Código civil, las obligaciones contenidas en los contratos deben cumplirse precisamente como se han contraído; y de acuerdo con el artículo 1160 del mismo Código, los contratos deben cumplirse de buena fe y las partes están obligadas no solo a cumplir con lo expresamente establecido en el contrato, sino con todas las consecuencias que resulten de los mismos, de acuerdo con la equidad, el uso y la ley. Incluso, en muchos de los contratos suscritos por la empresa filial de PDVSA para la prestación de servicios conexos, se indicaba expresamente que las partes reconocían que el artículo 1160 del Código civil de Venezuela era aplicable al contrato y que, en consecuencia, todas las obligaciones previstas en el mismo serían cumplidas «de buena fe y conforme a la equidad, al uso y la Ley».

---

<sup>64</sup> Véase BREWER-CARIAS, A. R., «Principios especiales y estipulaciones obligatorias en la contratación administrativa», en *Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986 pp. 91-124.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico venezolano, en consecuencia, la relación contractual entre las partes en cualquier contrato es la establecida en el texto del contrato, siendo como límite legal básico, al regularlas, de acuerdo con el artículo 6 del Código civil, el que mediante contrato las partes puedan alterar las regulaciones legalmente establecidas o contrarias al orden público y a las buenas costumbres. El concepto de orden público, en el sistema legal venezolano, se refiere a situaciones en las cuales la aplicación de una disposición legal concierne al orden legal general e indispensable para la existencia de la propia comunidad, el cual no puede ser relajado por la voluntad de las partes, concepto que por supuesto, no se aplica en los asuntos que solo conciernen a las partes en una controversia contractual. Por ejemplo, normas de orden público son aquellas que establecen competencias o atribuciones de los entes y órganos del Estado, incluso las competencias de los jueces, y aquellas que conciernen a los poderes tributarios de las entidades públicas. En el campo del derecho privado, por ejemplo, todas las leyes o normas relativas al estado de las personas (por ejemplo, *patria potestas*, divorcio, adopción) son normas en las cuales está interesado el orden público y las buenas costumbres<sup>65</sup>.

En otros casos, es el mismo legislador el que ha indicado expresamente, en ciertas leyes, que las mismas son de orden público, en el sentido de que sus normas no pueden ser modificadas mediante relaciones contractuales. Es el caso, por ejemplo, precisamente, de la misma Ley Orgánica de reserva de 2009, en cuyo artículo 7 se estableció que «las disposiciones de la presente Ley son de orden público y se aplicarán con preferencia a cualquier otra disposición legal vigente en la materia»<sup>66</sup>. Declaratoria que por supuesto no tiene ni puede tener efecto retroactivo por prohibirlo la Constitución y solo tiene vigencia a partir de mayo de 2009, no siendo aplicable en forma alguna a los contratos suscritos por las empresas filiales de PDVSA para la prestación de servicios conexos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley.

En consecuencia, puede decirse que, en general, las cláusulas de dichos contratos de derecho privado de la Administración para la prestación de los servicios conexos de la industria petrolera, habiendo sido elaborados por la empresa estatal y no conteniendo previsiones contrarias al orden público o a las buenas costumbres, en general tenían fuerza de ley entre las partes (art. 1159 CC), y las obligaban a cumplir lo que estaba expresamente regulado en las cláusulas contractuales y cumplir las obligaciones precisamente como fueron contraídas (arts. 1160 y 1270 CC.).

En virtud de ese carácter que tienen los contratos, incluyendo los contratos del Estado, de tener la fuerza de ley entre las partes, las obligaciones contractuales, particularmente en los contratos estatales de derecho privado de la Administración

---

<sup>65</sup> Véase BREWER-CARÍAS, A. R., *Contratos Administrativos*, ob. cit., pp. 265-268.

<sup>66</sup> Véase *Gaceta Oficial* n.º 39.173 de 07-05-2009.

como dichos contratos para la prestación de los servicios conexos, tenían que configurarse conforme a las cláusulas contractuales, a las normas legales que resultaban aplicables en el sector de la actividad económica en el cual se concluyeron los contratos (hidrocarburos), y supletoriamente, conforme a las normas del Código civil. Y no podría pretenderse en estos casos que se pudiera invocar alguna cláusula supuestamente «exorbitante» del derecho privado para contradecir el texto expreso de los contratos. Ello, además, de ser improcedente, atentaría contra la seguridad jurídica, la buena fe y el principio de confianza legítima, entre otros.

A los contratos para la prestación de los servicios conexos con la industria petrolera suscritos entre las empresas filiales de PDVSA y empresas o consorcios privados, por tanto, como sucede con cualquier tipo de contrato, y salvo exclusión expresa en sus cláusulas o en una ley, les eran aplicables supletoriamente las previsiones del Código civil. Entre esas normas supletorias previstas en el Código civil, por ejemplo, estaba la cláusula del artículo 1168 referida a los contratos bilaterales conforme a la cual «cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones». Dicha cláusula, como toda cláusula supletoria, sin embargo, para aplicarse en cualquier contrato, está condicionada por las disposiciones de las cláusulas del propio contrato bilateral en relación al cumplimiento de las obligaciones de cada parte, por los remedios establecidos en el contrato frente a los incumplimientos de cada parte; y en los contratos públicos o del Estado, además, por el objeto mismo del contrato y el grado de diligencia que se exija en el contrato al co-contratante.

Por ejemplo, si se tratase de un contrato administrativo para la prestación de un servicio público, como por ejemplo el previsto en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos para «el suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos *destinados al consumo colectivo interno*», respecto de los cuales la misma ley impone la necesidad de «garantizar el suministro, la eficiencia del servicio y evitar su interrupción»; el contratista concesionario del servicio no solo estaría obligado a cumplir la prestación con diligencia máxima<sup>67</sup>, sino que estaría limitado en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por el ente público, en cuanto a poder invocar pura y simplemente la cláusula *non adimpleti contractus* del Código civil para proceder a «interrumpir» la prestación del servicio público. Sobre esta cláusula respecto de los contratos públicos hemos indicado que:

«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

<sup>67</sup> Es lo que hemos indicado en BREWER-CARÍAS, A. R., *Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 242.

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>68</sup>.

Las referidas «limitaciones provenientes del interés público» son precisamente, por ejemplo, las que se imponen en materia de servicios públicos para asegurar su continuidad y no interrupción, y son las que han dado origen una jurisprudencia restrictiva respecto de la posibilidad de invocación de la cláusula *non adimpleti contractus* en materia de contratos administrativos. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia n.º 175 de 11 de abril de 2000 (*caso Pedarca*) dictada por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo, en materia de contratos de obra pública, en la cual sostuvo que «cuando la Administración reclama del co-contratante el cumplimiento de alguna previsión contenida en un contrato administrativo, este queda imposibilitado para oponer la excepción *non adimpleti contractus*» a cuyo efecto la Sala citó como antecedente la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1945 (*caso Astilleros La Guaira*)<sup>69</sup>. Dicha sentencia, en todo caso, también se refería a un contrato administrativo de obra pública, y segundo, siempre y exclusivamente a casos en los que la cláusula *non adimpleti contractus* no podría ser «opuesta» por el co-contratante a la Administración contratante cuando esta le reclama el cumplimiento de alguna previsión. Es decir, la limitación establecida por la jurisprudencia en materia de contratos administrativos ni siquiera se refiere a que la cláusula no podría ser alegada frente a la Administración contratante, sino solo a que la misma en forma particular no podría ser «opuesta» por el co-contratante a la Administración durante la ejecución del contrato cuando esta le reclamase el cumplimiento de una obligación<sup>70</sup>.

Ello, por tanto, ni siquiera en materia de contratos administrativos implica rechazo alguno general a la posibilidad eventual de aplicación de la cláusula *non adimpleti contractus* por el co-contratante frente a incumplimientos de la Administración contratante. Por tanto, de dicha jurisprudencia no hay rechazo alguno a la posibilidad de que el co-contratante pueda invocar la *exceptio non adimpleti contractus* ante la Administración, cuando por ejemplo, dicho contratista exija en un proceso judicial posterior, una indemnización por supuestos daños y perjuicios que se hubiesen podido haber derivado de la inejecución durante la ejecución del contrato de alguna obligación por el co-contratante. En esta materia puede decirse que rige el principio de la igualdad ante las cargas públicas, de manera que incluso en materia de contratos administrativos, como por ejemplo lo expresó MARIENHOFF, «en homenaje a la satisfacción del interés público, no puede pretenderse el sacrificio de una sola persona ni aceptarse, entonces, la ruina económica

<sup>68</sup> Véase BREWER-CARÍAS, A. R., *Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 88.

<sup>69</sup> Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00789-110400-175.htm> En igual sentido, e igualmente en relación con contratos administrativos de obra pública, véase la sentencia n.º 845 de la misma Sala de 16 de julio de 2008 (*Caso Constructora Oryana*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00845-17708-2008-2006-0649.html>

<sup>70</sup> *Idem*, p. 183.

del co-contratante, agregando que el contratista, en el supuesto de una larga morosidad administrativa, no puede ser constreñido a cumplir igualmente el contrato,» por cuanto ello implicaría obligarlo a que actúe como financiador de las obras estatales<sup>71</sup>.

En tal sentido, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia de de 17 de noviembre de 1994 (caso *Sateca Nueva Esparta*) dictada con motivo de la rescisión de un contrato de concesión de prestación del servicio público de aseo urbano, en una forma similar estableció que los contratos administrativos, «deben ejecutarse de buena fe (art. 1160 del Código civil) y la Administración estaría actuando de mala fe y en forma arbitraria si asfixia económicamente a una empresa concesionaria por falta de pago y, a su vez, le exige la prestación del servicio en términos óptimos so pena de rescindir el contrato. En este caso, la Administración estaría usando sus poderes con fines distintos al interés público y estaría violando los derechos económicos fundamentales de la concesionaria que son el derecho a percibir un pago por sus servicios o a cobrar a los usuarios una tasa y el derecho a mantener la concesión por el tiempo previsto». (Consultada en original).

## Reflexión final

La distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, a pesar de que la hayamos cuestionado en el sentido de que no puede haber contratos públicos sometidos solo al derecho privado, sin duda persiste en el derecho administrativo, basada en la preponderancia del régimen jurídico que les es aplicable. Así, partiendo del supuesto que a todo contrato público se le aplican necesariamente normas de derecho público, en su ejecución puede haber una preponderancia del régimen jurídico aplicable: preponderancia del régimen de derecho público en el caso de los contratos administrativos; o preponderancia del régimen de derecho privado en los contratos de derecho privado de la Administración.

Por tanto, y a pesar de la evolución que el concepto de contrato administrativo ha tenido en el derecho administrativo contemporáneo, la distinción puede decirse que tiene la utilidad de servir para identificar, dentro del universo de los contratos estatales o contratos públicos, cierto tipo de contrato que por su objeto vinculado, en general, con la prestación de servicios públicos, con la construcción, uso o explotación de obras públicas o con la explotación de bienes públicos, tienen un régimen jurídico preponderantemente de derecho público que permite sea en sus cláusulas o en la legislación general o sectorial que le son aplicables, identificar la posibilidad para la Administración de poder hacer uso de poderes

---

<sup>71</sup> Véase MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. III-A, Buenos Aires, 1983, p. 382, citado por BADELL, R., *Régimen Jurídico del contrato administrativo*, Caracas, 2001, p. 165.



«exorbitantes» respecto de los que se pueden encontrar en la ejecución de los contratos de la Administración, en los cuales el derecho aplicable es preponderantemente de derecho privado.

Con base en ello, por tanto, no le es dable al legislador, arbitrariamente, calificar a contratos públicos con régimen preponderante de derecho privado, como «contratos administrativos», o pretender «reconocerle» dicho carácter con efectos retroactivos, para buscar justificar una confiscación de derechos contractuales con motivo de una nacionalización, como la que ocurrió en 2009 en Venezuela, con la Ley Orgánica que reservó al Estado los bienes y servicios conexos con actividades primarias de hidrocarburos. Con ello, en realidad, lo que se ha hecho es una manipulación indebida de los términos, vaciando completamente de sentido a la distinción entre contratos administrativos (con régimen preponderantemente de derecho público) y contratos de derecho privado de la Administración (con régimen preponderantemente de derecho privado).