

TESIS  
DA 2006  
T4

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"  
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO DE POSTGRADO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

APROBACIÓN

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS PRIVADOS  
CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACIÓN

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista, en Derecho Administrativo.

En la ciudad de Caracas, a los 28 días del mes de marzo del año 2006.

2006

Trabajo Especial de Grado,  
presentado como requisito  
parcial para optar al Grado de  
Especialista, en Derecho  
Administrativo.

Autora: Abog. Gabriela Teriús  
Padrón

Asesor: Rafael Badell Madrid

Caracas, 28 marzo de 2006

## ÍNDICE

	pág
Portada.....	i
Aprobación del asesor.....	ii
Aprobación del Jurado.....	iii
Dedicatoria.....	iv
Índice.....	v
Resumen.....	ix
A MANERA DE INTRODUCCIÓN.....	1
<b>I. EL ORIGEN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS</b>	
A. La teoría de los contratos administrativos en Francia.....	9
B. La forma como adoptaron la teoría de los contratos administrativos otros países:	
1. España.....	17
2. Colombia.....	30
3. Inglaterra.....	33
4. Alemania.....	36
5. Venezuela.....	38
<b>II. CONFIGURACIÓN MATERIAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.</b>	
A. Definición.....	40
B. Clasificación de los contratos administrativos.....	45
1. Contrato de obra.....	49
2. Contrato de concesión de obra pública.....	51
3. Contrato de suministro.....	51
4. Contrato de servicio público.....	53
5. Contrato de empleo público.....	53
C. Características de los contratos administrativos.....	54
1. Requiere el cumplimiento de ciertas formalidades.....	54
2. Plantea una situación de desigualdad entre las partes contratantes.....	55
a. <i>Ius Variandi</i> .....	56
b. Ejecución forzada.....	57
c. Rescisión unilateral.....	57
3. Es un contrato " <i>intuito personae</i> ".....	59
4. Puede producir efectos frente a terceros.....	60
5. La inaplicabilidad de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i> .....	62
D. Elementos característicos de los contratos administrativos.....	63
1. Criterio subjetivo.....	69
2. Teoría del servicio público.....	72

3. Teoría del fin de utilidad pública.....	79
4. Teoría de la cláusula exorbitante.....	81
5. Criterio formal.....	88
6. Criterio de la jurisdicción .....	89
7. Criterio de la calificación legislativa.....	91
E. Elementos característicos de los contratos privados que celebra la Administración.....	91
<b>III. POSICIONES QUE JUSTIFICAN LA EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LAS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DE LOS MISMOS</b>	
A. Elementos característicos de las posiciones que justifican la existencia de los contratos administrativos.....	97
B. Elementos característicos de las posiciones que niegan la existencia de los contratos administrativos.....	104
1. Doctrina privatista.....	105
2. Doctrina de la unilateralidad.....	111
3. Doctrina de la yuxtaposición de dos actos unilaterales.....	114
4. Doctrina de la relatividad.....	114
5. Otras doctrinas.....	117
<b>IV. LEGISLACIÓN VENEZOLANA QUE REGULA EL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS</b>	
A. Normas Constitucionales que regulan los contratos administrativos.....	122
B. Leyes Venezolanas que hacen referencia a los contratos administrativos.....	130
1. Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.....	130
2. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.....	131
3. Ley Forestal de Suelos y Aguas.....	131
4. Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.....	132
5. Ley Orgánica de Régimen Municipal.....	132
6. Ley Orgánica del Poder Público Municipal.....	133
7. Ley de Licitaciones que regula la contratación administrativa....	134
8. Ley de Telecomunicaciones.....	134
9. Ley del Servicio Eléctrico.....	135
10. Ley de Minas.....	136
11. Estatuto Orgánico de la Renta Nacional de Fósforos.....	136
12. Reglamento Parcial N° 1 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, sobre las Transferencias de Servicios y Competencias a los Estados y los Acuerdos previos a la Transferencia de Servicios y la Cogestión.....	136

## **V. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA EN LA CONCEPCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**

A. Primeros Criterios que se establecieron en Venezuela con relación a los contratos administrativos.....	139
B. Criterio Actual	
13. En cuanto a la definición de los contratos administrativos.....	142
14. Con relación a los parámetros utilizados para identificar a los contratos administrativos.....	142
3. En cuanto a la extinción de los contratos administrativos.....	153
4. Órganos competentes para conocer de las cuestiones que se susciten con relación a los contratos administrativos.....	154
5. En cuanto al procedimiento.....	158
6. En lo que respecta al lapso de impugnación y los terceros ajenos a la relación contractual.....	160
7. Con respecto al uso de las expresiones "contratos de interés nacional" o "contratos de interés público".....	161

## **VI. PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS PRIVADOS CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACIÓN**

A. Principios que rigen los contratos administrativos	
1. Principio de legalidad.....	166
2. Principio de igualdad.....	169
3. Principio de libre concurrencia.....	172
4. Principio de publicidad.....	174
5. Principio de transparencia.....	177
6. Principio de eficiencia, uniformidad y celeridad de las actuaciones administrativas.....	179
7. Principio de interés público.....	180
8. Principio de responsabilidad.....	181
9. Principios de mutabilidad y adaptabilidad.....	182
10. Principio de fiscalización.....	183
11. Principio de buena fe.....	184
12. Principio de formalismo "moderado".....	185
13. Principio de equilibrio de intereses.....	187
14. Principio de imparcialidad.....	187
15. Principio de la verdad material.....	188
B. Principios que rigen los contratos privados celebrados por la Administración	
1. Reglas de competencia.....	190
2. Reglas de Procedimiento Administrativo.....	190

3. Reglas relativas a las formalidades previas previstas en ciertas relaciones contractuales.....	190
4. Reglas relativas a las previsiones presupuestarias y al control fiscal externo.....	192
5. Reglas de selección de contratistas.....	193

**VII. EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCION DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

A. Conceptualización del arbitraje.....	194
B. Procedencia del arbitraje en los contratos De derecho privado celebrados por la Administración.....	197
C. El arbitraje en los contratos administrativos.....	198
1. Características del arbitraje público o administrativo .....	211
2. Materias del contrato administrativo que pueden ser objeto del arbitraje público.....	212
3. Materias del contrato administrativo que no pueden ser objeto del arbitraje público.....	213
4. Evolución de la jurisprudencia Patria en materia arbitral.....	214

**CONCLUSIONES**

**BIBLIOGRAFÍA**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"**  
**DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**ÁREA DE DERECHO**  
**ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS PRIVADOS  
CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACIÓN**

Autora: Abog. Gabriela Teriús Padrón  
Asesor: Rafael Badell Madrid  
Fecha: 27 de marzo de 2006

**RESUMEN**

La intención que se tiene al elaborar la investigación, es revisar a profundidad el problema que se presenta con los contratos administrativos y su diferenciación con los contratos privados que celebra la administración. Se podrá evidenciar que las leyes venezolanas no hacen diferencia a la diferenciación de estos tipos contractuales, por lo que le ha correspondido a la jurisprudencia desarrollar esa materia. Sin embargo, se observará que entre autores que han escrito sobre este tema, existen diferencias, pues algunos consideran que no se justifica la existencia de los contratos administrativos, mientras que otros consideran lo contrario. Parece entonces, que estas diferencias, unidas a la falta de legislación producen inseguridad jurídica para quienes quieran realizar contrataciones en la Administración. Se intentará determinar si efectivamente es necesaria la mencionada diferenciación. El trabajo será un estudio monográfico a nivel descriptivo, que tendrá apoyo en la revisión bibliográfica.

## A MANERA DE INTRODUCCIÓN

---

En el universo de los sujetos que actúan en el campo del derecho administrativo, se destacan las personas jurídicas estatales, en las cuales, se ubican no sólo los sujetos de derecho con forma jurídica de derecho público, sino también, los entes jurídicos de derecho privado que forman parte de la organización general del Estado. No hay duda –como señala BREWER–, que, por ejemplo, *“los contratos que excedan de la normal administración y que suscriban las empresas del Estado con forma societaria serían auténticos contratos de interés nacional, no sólo sometidos a la aprobación previa del Congreso, (hoy Asamblea Nacional) sino también al régimen jurídico propio de los que tradicionalmente se califican como contratos administrativos”*<sup>1</sup>.

La figura de los contratos de interés nacional ha venido entonces a ampliar la categoría de contratos administrativos, dentro de las cuales encontramos todos aquellos contratos que aun cuando no estén suscritos por un ente de derecho público, sin embargo, se consideran como de interés nacional y, por ende se encuentran sometidos al mismo régimen, preponderante de derecho público, propio de los contratos administrativos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Brewer. A. (1997). **Contratos Administrativos**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. Pág. 29.

<sup>2</sup> Ibid., pág. 30

BREWER concluye este punto señalando, que en todo caso, en cuanto a las relaciones entre las nociones de contrato administrativo y contrato de interés nacional, debe señalarse que ambas ni son comparables ni son equivalentes, toda vez que los contratos de interés nacional son *“contratos administrativos en los cuales hay una preponderancia de régimen de derecho público, pero, por supuesto, no todos los contratos administrativos son contratos de interés nacional, pues, por ejemplo, hay contratos administrativos celebrados por los Estados y Municipios que sólo serían de interés estatal o municipal”*<sup>3</sup>. Los contratos de interés nacional, tal y como ha señalado el autor se derivan *“del principio de repartición vertical del Poder de nuestro sistema federal o político-territorial”*<sup>4</sup>, en consecuencia son aquellos *“celebrados por las entidades políticas administrativas nacionales (República, Institutos Autónomos y otros establecimientos públicos estatales, nacionales y empresas del Estado nacionales”*<sup>5</sup>.

En efecto, como bien es sabido la Administración pública puede celebrar dos tipos de contratos: 1) los que satisfagan directa o indirectamente un interés general o cuyo objeto es la atención de un servicio público; y 2) los que no persiguen como finalidad el interés público, o no cumplen con la atención de un servicio público, de tal manera que *“los contratos celebrados por las Administraciones Públicas para dar satisfacción al interés general o al servicio público (términos empleados como sinónimos) se someterán al Derecho Administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa. Los otros contratos celebrados por las Administraciones Públicas que no persiguen esa finalidad, se sujetaran al Derecho Privado y a la jurisdicción ordinaria. Según se trate de contratos administrativos o contratos de la*

---

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid., pág. 34

<sup>5</sup> Ibid.



*Administración (como se denomina a los acuerdos que no son contratos administrativos) la Administración queda sometida a dos jurisdicciones: la contenciosa administrativa, en el primer supuesto, y la jurisdicción civil u ordinaria, en el segundo”<sup>6</sup>.*

En razón de ello, consideramos que para estudiar los antecedentes de lo que se conoce como “contratos administrativos” se hace necesario, en principio, realizar una revisión de la forma como se incorporó tal figura en el derecho comparado, a los fines de precisar cuales son sus bases o fundamentos, en especial estudiaremos a países como España, Colombia, Inglaterra, Alemania, para culminar con las posiciones establecidas en nuestro país, todo lo cual constituye el contenido del capítulo I de la presente investigación.

Seguidamente pasaremos en el II capítulo, a determinar la configuración material de los contratos administrativos, haciendo especial énfasis en los conceptos establecidos por distintos autores, entre los cuales podemos citar a BADELL, BERÇAITZ, BIELSA, CORREA, DORMÍ, MARIENHOFF y CASSAGNE, entre otros, estableciendo las similitudes así como las discrepancias existentes entre las distintas definiciones dadas a este tipo de contratos.

En este capítulo igualmente estudiaremos, la clasificación de los contratos administrativos, a los fines de profundizar en las distintas clasificaciones que se han dado de estos contratos, en función de los sujetos que en él intervienen, del objeto y de la normativa aplicable, estableciendo al efecto, las modalidades establecidas por diversos autores, haciendo especial énfasis en los contratos de obra pública, de concesión de obra pública, de

---

<sup>6</sup> Hernández, J. (2005). **Contratos de la Administración y Contencioso Administrativo**. En VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. (Comp. 2005). **Los Contratos Administrativos “Contratos del Estado”**. Caracas: FUNEDA. Pág. 463.

suministro, de servicio público y de empleo público; asimismo precisaremos las características de los contratos administrativos, entre las cuales tenemos: 1.- requiere el cumplimiento de ciertas formalidades. 2. - plantea una situación de desigualdad entre las partes contratantes, desigualdad esta que se refleja en: a) *ius variandi*, o posibilidad de modificar el contenido del contrato y b) rescisión unilateral. 3. Es un contrato "*intuito personae*". 4. - puede producir efectos frente a terceros y 5.- la inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*.

Reviste particular importancia, la disertación que se pretende plantear sobre los elementos característicos de los contratos administrativos, en nuestro país observamos que la jurisprudencia ha sido la encargada de preceptuar los elementos que distinguen los contratos administrativos de los contratos de derecho privado celebrados por la Administración, así vemos que en reiteradas oportunidades la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha establecido que los contratos serán administrativos cuando: a) una de las partes contratantes sea una persona jurídica estatal (ente público contratante); b) el objeto se relacione con la prestación de un servicio; y c) contengan cláusulas exorbitantes<sup>7</sup>. Posición esta compartida por el Dr. BADELL.

En este mismo orden de ideas, y una vez establecidas las premisas que determinan los elementos característicos de los contratos administrativos, indicaremos los diversos criterios que se han fijado a los fines de diferenciar los contratos administrativos de los contratos de derecho privado, en tal sentido, consideramos relevante referirnos de manera especial la

---

<sup>7</sup> Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de fecha 13 de julio de 2000, (caso: Inversiones Luixu 2051, C.A.).

clasificación realizada por BERÇAITZ<sup>8</sup>, quien se encargó de agrupar los diferentes criterios o teorías que estudian estos elementos diferenciadores de la siguiente forma: a) criterio subjetivo; b) criterio de la jurisdicción; c) criterio formal; d) teoría del servicio público; e) teoría del contrato administrativo por su naturaleza; f) teoría del fin de la utilidad pública; y g) teoría de la cláusula exorbitante, por último expondremos los elementos característicos de los contratos privados que celebra la Administración, para así establecer lo disímil de éstos respecto de los contratos administrativos celebrados por Administración.

El capítulo III está relacionado con el punto central de la investigación, esto es, las posiciones que justifican la existencia de los contratos administrativos, así como las que niegan la existencia de los mismos, para lo cual determinaremos los elementos característicos de ambas posiciones, en primer lugar en lo que respecta a las teorías que justifican la existencia de los contratos administrativos se estudiarán las distintas doctrinas existentes: 1.- doctrina privatista. 2. - doctrina de la unilateralidad. 3. - doctrina de la yuxtaposición de dos actos unilaterales. 4. - doctrina de la relatividad, así como otras posiciones que no puedan ser ubicadas en ninguna de las doctrinas anteriores, en contraposición se establecerán igualmente, los elementos característicos de las posiciones que niegan la existencia de los contratos administrativos.

Asimismo se observarán las distintas leyes que en nuestro país regulan el régimen de los contratos administrativos, comenzando en primer lugar por las normas constitucionales establecido en las Constituciones derogadas, así como en la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y

---

<sup>8</sup> Ibid., pág. 190.

otras leyes venezolanas que hacen referencia a los contratos administrativos, entre las cuales podemos citar, la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la Ley del Tribunal Supremo de Justicia, la Ley Forestal de Suelos y Aguas, el Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la Ley de Licitaciones que regula la contratación administrativa, la Ley de Telecomunicaciones, la Ley del Servicio Eléctrico, la Ley de Minas, el Estatuto Orgánico de la Renta Nacional de Fósforos y el Reglamento Parcial N° 1 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Publico, sobre las Transferencias de Servicios y Competencias a los Estados y los Acuerdos previos a la Transferencia de Servicios y la Cogestión, lo cual constituye el contenido del capítulo IV de la presente investigación.

Continuando con el capítulo V, haremos un recorrido por la evolución de la jurisprudencia venezolana en la concepción de los contratos administrativos, desde los primeros criterios que se establecieron con relación a éstos, así como el criterio actual, toda vez que en nuestro país la jurisprudencia y la doctrina constituyen las bases que regulan los contratos administrativos, ya que no tenemos en nuestro país una normativa que expresamente este referida a los contratos administrativos.

En esta investigación buscaremos igualmente, analizar los principios más importantes que existen hoy en día en la materia de contratación administrativa, y que constituyen la base al momento de que la Administración utilice su capacidad de Derecho Privado para contratar y obtener así, la satisfacción de sus necesidades y poder cumplir con la satisfacción de los intereses de los particulares, la cual constituye el fin último de la Administración, en tal sentido en el capítulo VI estudiaremos los

principios de legalidad, de igualdad, de libre concurrencia, de publicidad, de transparencia, de eficiencia, de uniformidad y celeridad de las actuaciones administrativas, de interés público, de responsabilidad, de mutabilidad y adaptabilidad, de fiscalización, de buena fe, de formalismo “moderado”, de equilibrio de intereses, de imparcialidad culminando con el de la verdad material. El estudio de estos principios es importante para la investigación que se realiza, visto que éstos son integradores del Derecho, que vienen a constituir la base de determinada rama jurídica, y van a estar implícitamente en las relaciones de Derecho público y privado que realice la Administración

Por último y no menos importante, el capítulo VII se referirá al arbitraje como medio de solución de conflictos en la contratación administrativa, determinado al efecto la procedencia de esta figura en los contratos privados celebrados por la Administración, así como en los contratos administrativos. De igual forma se determinarán las características del arbitraje público o administrativo, las materias del contrato administrativo que pueden ser objeto del arbitraje público y las que no pueden ser objeto del arbitraje público, para así terminar con la evolución de la jurisprudencia patria en materia arbitral.

Gran relevancia presenta este capítulo, toda vez que con la publicación de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual en el artículo 258 dispone que *“La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces de paz serán elegidos por votación universal, secreta y directa, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”*<sup>9</sup>, se consagra el deber que tiene el órgano legislativo nacional de promover al arbitraje como medio alternativo de solución de

---

<sup>9</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (CRBV, 1999). Gaceta Oficial de la república de Venezuela N° 5453 (Extraordinaria), 24 de marzo de 2000.

conflictos, frente a las disputas en sede judicial, superando la interpretación restrictiva de la aplicación del arbitraje en los contratos administrativos, presentando una marcada influencia en la jurisprudencia subsiguiente a la publicación del nuevo texto constitucional, al permitir la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos administrativos, lo cual constituye la constitucionalización de los medios alternativos para la solución de conflictos.

# **CAPÍTULO I**

## **EL ORIGEN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

---

Sumario: I. EL ORIGEN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. A. La Teoría de los contratos administrativos en Francia. B. La forma como adoptaron la teoría de los contratos administrativos otros países. 1. España. 2. Colombia. 3. Inglaterra. 4. Alemania. 5. Venezuela.

### **I. EL ORIGEN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Al hablar del origen de los contratos administrativos, ineludiblemente tenemos que remontarnos a Europa, particularmente Francia, país que comenzó a desarrollar la teoría de los contratos administrativos.

#### **A La Teoría de los Contratos Administrativos en Francia**

Como una primera aproximación a la idea de lo que es la contratación administrativa, conviene hacer una breve referencia al proceso evolutivo a través del cual se llega a la Administración Pública actual, observamos que históricamente, la Administración Pública funcionaba más bien como un aparato meramente represor y al servicio del monarca absoluto, sin someterse a las normas jurídicas en su funcionamiento.

A raíz de la Revolución Francesa (1789), la soberanía de un país deja de residir en el monarca y pasa a ser ostentada por el pueblo, y ello, con una

consecuencia fundamental: la Administración pasa a estar al servicio del ciudadano y su funcionamiento queda sujeto a normas jurídica<sup>10</sup>, sin embargo, el núcleo esencial de esa primera Administración moderna seguía girando, fundamentalmente, en torno a unas actividades específicamente públicas, sin correspondencia posible con la actividad de los particulares, por lo que las normas jurídicas destinadas a regular su funcionamiento tenían que ser, necesariamente, de exclusiva aplicación a la Administración.

Estas normas específicamente públicas, al irse desarrollando e incrementando, con el tiempo dieron lugar al nacimiento de una rama especial del Derecho, el Derecho administrativo, como Derecho regulador del funcionamiento y de los derechos y obligaciones de la Administración Pública, diferenciado del Derecho privado, cuyo ámbito quedó circunscrito únicamente a las relaciones entre particulares<sup>11</sup>.

En aquellos primeros momentos del Derecho administrativo, no existían los contratos administrativos como figura jurídica diferenciada, ya que el aparato administrativo era autosuficiente para atender, por sí mismo, las necesidades de la sociedad en el reducido sector en que ésta intervenía, entonces conviene formularnos la interrogante realizada por VELÁSQUEZ: *¿cómo nacieron los contratos administrativos como contratos dotados de una regulación distinta a la de los contratos privados?*<sup>12</sup>.

Pues bien, para que ello se produjera, fue necesario un proceso de profunda evolución en el que, partiendo inicialmente de un grado muy reducido de intervención administrativa, se va evolucionando hacia un volumen muy

---

<sup>10</sup> Velásquez, F. (2003). **Manual Practico de Contratación Administrativa**. 2da. Edición. Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. Pág. 5.

<sup>11</sup> Ibid., pág. 6.

<sup>12</sup> Ibid.



elevado de actuaciones públicas en todas las áreas que afectan al funcionamiento de la sociedad, y cuyas etapas más significativas fueron las siguientes:

Inicialmente, el Estado moderno nacido de la Revolución Francesa era acérrimamente liberal, lo cual suponía la menor injerencia posible de la Administración en los asuntos privados de los ciudadanos, esto, unido a la Revolución industrial que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, hizo nacer lo que conocemos por capitalismo, que en poco tiempo llevó a extremo la explotación de unos ciudadanos por otros, hasta el punto de generar situaciones sociales insostenibles en el país<sup>13</sup>.

Como consecuencia de aquel proceso, observamos que provocó en la mayoría de países europeos, el surgimiento de focos prerrevolucionarios que, reaccionaban contra el liberalismo capitalista, propugnando el predominio absoluto de los intereses de la sociedad, del colectivo y, por tanto, del Estado sobre los intereses particulares de cada individuo, en efecto los intereses personales no podían estar por encima de los intereses de la sociedad.

Tras estos estallidos revolucionarios, la concepción del Estado empieza a evolucionar hacia lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho, es decir, un Estado preocupado por el bienestar medio de la mayoría de los ciudadanos y que, para conseguir tal objetivo, fomenta, por una parte, la actividad económica privada, fortaleciendo las infraestructuras y el entramado económico y social del país y, por otra parte, interviene

---

<sup>13</sup> Ibid.

corrigiendo desigualdades y prestando un mayor número de servicios a los ciudadanos.

Este progresivo e importante incremento de las actuaciones del Estado provoca que la Administración Pública necesite utilizar, cada vez más, la contratación con particulares para hacer frente a la realización de determinados servicios y, por fin, cuando tales contrataciones se generalizan, surgen definitivamente los contratos administrativos<sup>14</sup>.

No obstante ello, observamos que inicialmente no existía diferenciación alguna entre los contratos administrativos y los contratos privados celebrados por la Administración, y esto se debía a que la Administración tenía una jurisdicción a la que le competía el conocimiento de todas sus actuaciones, esto incluye a todos los contratos que celebraba la Administración, es decir, que la repartición de competencias en Francia, se basaba en un criterio orgánico, en el cual, la jurisdicción administrativa era la competente para conocer de las relaciones jurídicas en las que era parte la Administración, incluyendo todos los contratos que ésta celebre, y la jurisdicción judicial, la cual tenía competencia para conocer de los actos entre particulares.

En efecto, la dualidad de jurisdicción es una derivación histórica de la formación del Derecho Administrativo en Francia, el cual nace a partir de la exclusión de las Administraciones Públicas de la justicia ordinaria, debido a que los revolucionarios franceses no confiaban en los jueces civiles, por ende si la Administración era excluida de la justicia ordinaria también debía

---

<sup>14</sup> Ibid., pág. 7.

excluirse del Derecho Común. La Administración se somete, así, al Derecho que le es propio y exclusivo -el Derecho Administrativo-<sup>15</sup>.

Entonces si la Administración era excluida del Derecho Común, los contratos celebrados por ella igualmente debían ser excluidos del Derecho Común. Sin embargo, el Tribunal de Conflictos Francés consideró la opción de residenciar el conocimiento del Consejo de Estado sobre la base de un criterio objetivo: servicio público, por ende todo lo que estuviere relacionado con el servicio público, se sometía al Derecho Administrativo y al control del Consejo de Estado, aplicando ese régimen de igual forma a los contratos celebrados por la Administración, cuando su objeto fuese un servicio público, esta teoría se extrae de la decisión del Tribunal de Conflictos de 8 de febrero de 1873, en el caso Blanco<sup>16</sup>.

El criterio del servicio público cambia esta situación, así vemos que con la decisión en el caso ARRÊT TERRIER de 1903, referida a una controversia planteada por la falta de pago de recompensa, en un contrato verbal celebrado entre la Administración y todo particular que colaborará con el Estado en la caza de serpientes a cambio de una contraprestación. El señor TERRIER se presentó con las serpientes a cobrar su remuneración y la Administración se negó a pagar alegando razones presupuestarias. Al respecto, el Consejo de Estado Francés consideró el asunto como propio de su competencia por estar estrechamente vinculado con la ejecución de un servicio público, -la caza de serpientes-, se estableció que todo lo relativo a la organización y funcionamiento de los servicios públicos, ya sea que la Administración actúe por vía de contrato o de autoridad, constituye una

---

<sup>15</sup> Hernández, J. Op cit., pág. 464.

<sup>16</sup> Ibid.

operación administrativa, que por su naturaleza, era del dominio de la jurisdicción administrativa<sup>17</sup>.

Es evidente entonces, que a raíz de la noción de servicio público fue que se comenzó a distinguir entre contratos administrativos y contratos privados que celebra la Administración, en consecuencia, un contrato será administrativo cuando tenga por objeto la organización o ejecución de un servicio público y será civil en caso contrario, y en vista que JÈZE fue el conductor de la Escuela de Burdeos, le correspondió desarrollar la teoría de los contratos administrativos<sup>18</sup>.

El criterio del servicio público fue ratificado en la famosa decisión THÉROND del 4 de marzo de 1910, referido al contrato celebrado por la Administración para la captura, encierro y eliminación de gatos errantes, en la que se consideró dicho contrato como administrativo y, por tanto, de la competencia de la jurisdicción administrativa<sup>19</sup>.

Esta doctrina del *“servicio público como elemento característico del contrato administrativo”* tiene un receso en su aplicación por parte del Consejo de Estado Francés, observado en la decisión *Société des Granits des Vosges* del 31 de julio de 1912, en la cual se introdujo la noción de *“la cláusula exorbitante como elemento distintivo del contrato administrativo”*<sup>20</sup>, señalándose que no resultaba suficiente que el contrato tuviera por objeto el funcionamiento de un servicio público, sino que debería atenderse a la

---

<sup>17</sup> Grau, M. (2005). **Principios Generales de los Contratos Administrativos**. (En línea). Disponible: [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com) [Consulta: 2005, Noviembre 25].

<sup>18</sup> Brewer. A. (1997). **Contratos Administrativos**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. Pág. 40.

<sup>19</sup> Grau, M. Op cit.

<sup>20</sup> Badell, R. (2001). **Régimen Jurídico del Contrato Administrativo**. Caracas: (Autor). Pág. 13.

naturaleza del contrato independientemente de la persona contratante y de su objeto<sup>21</sup>. En esta decisión, la sociedad antes mencionada había demandado a la ciudad de Lille, motivada por un contrato por medio del cual se obligaba a suministrar adoquines para unas calles, en ella se decide que el contrato no tiene carácter administrativo, en vista de que los trabajos a ejecutar tenían como único objeto un suministro según las reglas y condiciones de los contratos que se celebran entre particulares<sup>22</sup>.

Hablamos de receso de la noción del servicio público, porque en la sentencia EPOUX BERTIN del 20 de abril de 1956, es asumida nuevamente la doctrina del Consejo de Estado, como elemento característico de los contratos administrativos. En esta decisión se consideró como administrativo un contrato verbal celebrado por los esposos BERTIN con el Jefe de un centro de repatriación de refugiados soviéticos, a través del cual los particulares se obligaron a suministrar alimentos a los afectados y la Administración se obligó a realizar un pago. Asimismo, se estimó que *“el citado contrato tiene por objeto la ejecución misma del servicio público (...) que ésta circunstancia es suficiente por sí sola para imprimir al contrato de que se trata el carácter de un contrato administrativo (...) sin que sea necesario buscar si el citado contrato lleva consigo cláusulas exorbitantes del derecho común”*<sup>23</sup>.

Como podemos observar, el precitado contrato, tenía por objeto confiar a unos particulares la ejecución misma del servicio público, lo que implicaba su calificación como contrato administrativo. Esta posición fue ratificada en el fallo *Ministre de l' agriculture contre consorts grimaoud* de la misma fecha<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Caballero, J. (2003). *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI*, tomo II. Madrid: Civitas Ediciones, S.L. Pág. 1767.

<sup>23</sup> Badell, R. Op cit, pág. 13.

<sup>24</sup> Grau, M. Op cit

Por su parte CABALLERO ORTIZ señala, que la jurisprudencia francesa posterior a las anteriores decisiones:

“no se limitó, para caracterizar al contrato administrativo de acuerdo a la noción del servicio público, al concepto de ejecución misma del servicio público, sino que lo ha extendido a la participación directa del cocontratante en el funcionamiento del servicio público, sin que tenga a su cargo la verdadera ejecución del servicio; también lo ha extendido al contrato que asocia al cocontratante a la ejecución del servicio público o el que constituye una de las modalidades de la ejecución del servicio público. Por ello, con razón ha dicho Chenot que el diagnóstico en este punto es incierto, controversial y variable, en virtud de la dificultad de delimitar la consistencia de la misión de servicio público. Al efecto, el suministro de televisores a un hospital lo ha considerado la jurisprudencia como administrativo; en cambio, el mismo suministro a un establecimiento carcelario no lo es”<sup>25</sup>.

En definitiva, debemos señalar que según los criterios jurisprudenciales del derecho francés, los cuales originaron los contratos administrativos, un contrato será administrativo *“bien cuando tiene por objeto la ejecución de un servicio público o bien cuando posee cláusulas exorbitantes del derecho común que configuran prerrogativas a favor de la Administración que de estar insertas en un contrato de derecho común se estimarían ilícitas. Sin embargo, si bien ambos criterios son utilizados para distinguir un contrato como administrativo, en la actualidad, el criterio del servicio público prevalece por sobre la noción de las cláusulas exorbitantes de derecho común”*<sup>26</sup>. En efecto, el criterio del servicio público es acogido por gran parte de la jurisprudencia y doctrina como elemento diferenciador de los contratos administrativos.

---

<sup>25</sup> Caballero, J. Op cit, pág. 1768.

<sup>26</sup> Badell, R. Op cit, pág. 14.

## **B La forma como adoptaron la teoría de los contratos administrativos otros países**

Aun cuando Francia es el país donde se originó la teoría de los contratos administrativos, es importante estudiar la forma como fue adoptada en otras latitudes esta teoría, así como, el establecimiento de las posiciones fijadas por países como España, Alemania, Inglaterra, Colombia, entre otros, en los cuales conseguimos criterios que avalan o detractan la existencia de los mismos.

En efecto, existe un conglomerado de países que han contribuido de una u otra forma con un aporte invaluable en el estudio de estos contratos y en tratar de diferenciarlos de los contratos privados celebrados por la Administración, lo cual constituye el objeto primordial de esta investigación. En tal sentido, consideramos estudiar en primer lugar los países que apoyan la existencia de los contratos administrativos, para culminar con los que niegan o detractan la existencia de los mismos, aun cuando se dan casos de falta de uniformidad doctrinaria de sus países respectivos.

### **1. España:**

En sus comienzos los contratos que celebraba la Administración no tenían ningún elemento diferenciador con relación a los demás contratos, excepción originada por el hecho de que una de las partes era la Administración. Estos contratos se regían por el Derecho Privado, surgiendo de las Cortes de Cádiz

en consonancia con su concepción judicialista (Decreto de 13 de septiembre de 1813)<sup>27</sup>.

En opinión de VELÁSQUEZ CURBELO, tanto el Derecho Administrativo como el desarrollo posterior de la figura del contrato administrativo, diferenciada del derecho privado, *“son productos derivados del surgir de una administración Pública moderna, que tiene como núcleo esencial el principio básico del servicio al ciudadano y la satisfacción de sus necesidades derivadas de su convivencia en sociedad”*<sup>28</sup>.

Posteriormente, a través de la Ley de 2 de abril de 1845 y de sus normas complementarias, se estableció que la fiscalización de los conflictos relacionados con los contratos de obras públicas y de servicios públicos le correspondía al Consejo Real y los Consejos Provinciales, situación ésta importada del Derecho Francés. Se observa que en el Derecho Español el desarrollo de la teoría general de los contratos administrativos ha estado influenciado por las tendencias del Derecho Francés, cabe destacar igualmente, que dicha diferenciación fue producto de la necesidad de agilizar los procesos que no se lograba realizar a través de la jurisdicción civil<sup>29</sup>.

En la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, se fueron consolidando diferentes peculiaridades de índole material, sustantivo o de naturaleza de los contratos celebrados por la Administración, y así poco a poco se va creando un derecho contractual, CAYUELA<sup>30</sup> señala como ejemplo de estas peculiaridades sustantivas:

---

<sup>27</sup> Cayuela, L. (1997): **Los Contratos de las Administraciones Públicas**. España. (3ª. ed.), Madrid: Ediciones Estudios Financieros. Pág. 33.

<sup>28</sup> Velásquez, F. Op cit, pág. 5.

<sup>29</sup> Cayuela, L. Op cit, pág. 33.

<sup>30</sup> Ibid.



- “- La jurisprudencia del propio Consejo Real.
- El Real Decreto de 28 de octubre de 1859, incorporando cláusulas exorbitantes en los contratos, exigidas por su finalidad pública.
- El Pliego General de Condiciones Generales, de 13 de marzo de 1903, de Obras Públicas, y sucesivos para otros ramos. En todos ellos existe ya una clara supremacía a favor de la administración.
- El Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, que regulaba los procedimientos de selección de los contratistas, establecía el carácter supletorio del Derecho común que queda desplazado por el Derecho administrativo.
- En 1917 se regula de forma administrativa la revisión de precios.
- La aparición de la doctrina del servicio público en Francia también propició y reforzó la singularidad del contrato administrativo como algo diferente, como otro género distinto del contrato privado”.

La Ley de Régimen Local, de 16 de diciembre de 1950, desarrollada por el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953, le da a la materia una regulación de fondo, que hasta los momentos no había tenido, así como también influyó en la legislación posterior, hasta el presente<sup>31</sup>.

La Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, dictada en virtud de la Ley de Bases de Contratos del Estado, de 28 de diciembre de 1963, consolidó la categoría del contrato administrativo, como institución propia de Derecho Público, así como también establece la competencia para conocer de los litigios, en relación a los contratos administrativos, a la jurisdicción contencioso-administrativa, los procedimientos de selección de contratistas, la preparación, ejecución y extinción del contrato. Esta Ley señalaba las

---

<sup>31</sup> Ibid., pág. 34.

excepciones a su aplicación, y el Derecho común adquirió el carácter de supletorio en cuanto a la regulación de las obligaciones y derechos contractuales<sup>32</sup>.

Con el pasar del tiempo se produjo una dispersión de la normativa contractual. El cuerpo central lo componían la mencionada Ley de Contratos del Estado y sus reformas, y el Reglamento General de Contratación del Estado, de 25 de noviembre de 1975, que regulaba los llamados contratos administrativos *per se* o típicos: obras, gestión de servicios públicos y suministros. Igualmente, se encontraban regulados los contratos especiales, de revisión de precios, de órganos *ad hoc*, normativa singular para los contratos de equipos y sistemas informáticos, compras a través del Servicio Central de Suministros, entre otros<sup>33</sup>.

En 1978 con la promulgación de la Constitución, el nuevo Estado de las Autonomías y por el artículo 149.1.18 (y artículo 12 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, de Proceso Autonómico), se presagiaba una nueva regulación que acogiese de forma definitiva la legislación básica como competencia exclusiva del Estado en materia de contratos y concesiones administrativas (anteriormente se había hecho por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, y por el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre) y sobre todo, después de la sentencia del Tribunal Constitucional 141/1993, de 22 de abril, que modifica aquel Real Decreto Legislativo ofreciendo unos criterios claros para la determinación de la legislación básica respecto de las Comunidades autónomas, despojando a algunos preceptos del carácter de

---

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid.

básicos. Ambos bloques legislativos, por supuesto, incidirán en la contratación local<sup>34</sup>.

Transcurridos más de dos años de deliberaciones es aprobada por el Pleno del Congreso la Ley 13/1995, de 18 de mayo, observamos que la aplicación de esta nueva Ley de Contratos era pretendida por muchos sectores de la sociedad, entre los cuales tenemos a la Administración, partidos políticos, empresarios y sindicatos, siendo necesaria según afirmación de CAYUELA por las siguientes razones: *“la búsqueda de mayor eficacia en la contratación, la alta deuda contraída por las administraciones Públicas con las empresas, como instrumento de lucha contra la corrupción y por la imprescindible adecuación de las normas de contratación administrativa al ordenamiento comunitario y, además, desde un punto de vista de organización, por la gran dispersión de la normativa aplicable relacionada con esta materia”*<sup>35</sup>.

Con la implementación de esta ley, se pretendió cumplir con los principios inspiradores o razones que la justificaban, los cuales se encontraban recogidos en su exposición de motivos:

1. Adecuación de la legislación interna al ordenamiento jurídico comunitario;
2. Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas, para dar cumplimiento al mandato del artículo 149.1.18 de la Constitución Española;
3. Regulación propia de cada contrato administrativo;
4. Propósito de agrupar de forma sistemática la legislación sobre contratación pública; y
5. Simplificación del procedimiento jurídico-administrativo de contratación.

---

<sup>34</sup> Ibid., pág. 35.

<sup>35</sup> Ibid., pág. 45.

Igualmente, considera el citado autor que la Ley 13/1995 se hacía indispensable, por la necesaria apertura del mercado contractual a los fines de:

“eliminar discriminaciones por motivo de la nacionalidad, en la medida en que es preceptivo el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ser Estado miembro de la Comunidad Europea en cuanto al acatamiento del Derecho vinculante de la Comunidad (art. 395 del acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas), unido a la simplificación de los procedimientos de contratación que demandaban tanto a los empresarios como la propia Administración y, en fin, en el contexto social, económico y político en que nos encontrábamos como medida de lucha contra la corrupción que con frecuencia ha emergido a la superficie relacionada con la contratación administrativa (la ley se presentó como una medida del llamado ‘impulso democrático’ y como cumplimiento a los compromisos que derivaron del último debate del Estado de la Nación)”<sup>36</sup>.

Posteriormente esta ley experimentó varias modificaciones, en virtud de la Ley 9/1996, de 15 de enero, en la que se adoptan medidas extraordinarias excepcionales y urgentes en materias de abastecimiento hidráulicos, la Ley 11/1996, de 27 de diciembre, de Medidas de Disciplina Presupuestaria y la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Ley de Acompañamientos)<sup>37</sup>.

En la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de fecha 16 de junio, se introduce una importante novedad, al declarar aplicable de manera directa su contenido normativo, no sólo a la Administración General del Estado, sino también a las

---

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid., pág. 36.

administraciones de las comunidades autónomas y de la Administración local.

**“Artículo 1. Ámbito de aplicación subjetiva.**

1. Los contratos que celebren las Administraciones públicas se ajustarán a las prescripciones de la presente Ley.

2. Se entiende por Administraciones Públicas a los efectos de esta Ley:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las entidades que integran la Administración Local (...)<sup>38</sup>.

Este ámbito de aplicación se extiende a los organismos autónomos y entidades de Derecho público en las que se den determinados requisitos, tal y como continúa señalando el precitado artículo:

“3. Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público (...)<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup>En línea. Disponible: [www.igsap.map.es/cia/dispo/34125.htm](http://www.igsap.map.es/cia/dispo/34125.htm). [Consulta 2006, Enero 3].

<sup>39</sup>Ibid.

Asimismo observamos, aunque con un matiz notablemente más restringido, por afectar exclusivamente a la difusión de la licitación, que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas declara expresamente la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia en las contrataciones que realicen las entidades mercantiles, en cuyo capital la Administración tenga participación mayoría, tal y como se evidencia de la Disposición adicional 6ª, la cual contiene una modificación realizada por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo.

**“Disposición adicional sexta. Principios de contratación en el sector público.**

Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios. **(Disposición modificada por Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo)**<sup>40</sup>.

Por otra parte, la precitada ley determina que los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado, y esta diferenciación es de una trascendencia fundamental a la hora de delimitar el régimen jurídico que resulte aplicable al negocio a celebrar o en la ejecución del contrato, así como el orden jurisdiccional competente para conocer de las controversias que surjan entre las partes. Asimismo, establece cuales son los contratos administrativos, atendiendo fundamentalmente a su objeto y al

---

<sup>40</sup> En línea. Disponible: [www.igsap.map.es/cia/dispo/34125.htm](http://www.igsap.map.es/cia/dispo/34125.htm). [Consulta 2006, Enero 3].

grado de vinculación del objeto con las potestades de la Administración contratante, disponiendo al efecto:

**“Artículo 5. Carácter administrativo y privado de los contratos.**

1. Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado.

2. Son contratos administrativos:

a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos. **(Modificado por Ley 13/2003)**

b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley”.

Este mismo artículo, preceptúa cuales son los contratos privados celebrados por la administración, al disponer:

“3. Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan

por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos”<sup>41</sup>.

Respecto de esta norma, puede observarse tal y como señala BADELL, que *“la legislación española adopta la noción de servicio público como elemento distintivo de los contratos administrativos, por encima de la teoría de las cláusulas exorbitantes. Por consiguiente, en consecuencia un contrato será administrativo cuando tenga por objeto la organización o ejecución de un servicio público y será civil en caso contrario”*<sup>42</sup>.

De igual forma la precitada ley contiene una lista de negocios y contratos excluidos de su ámbito de aplicación; en este sentido, es en el artículo 3 donde está ubicada esta lista, preceptuando que estos negocios se regularán por sus normas especiales, así como la aplicación de los principios de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse, asimismo contiene modificaciones realizadas por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, que disponen al efecto:

**“Artículo 3. Negocios y contratos excluidos.**

1. Quedan fuera del ámbito de la presente Ley:

- a) La relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral.
- b) Las relaciones jurídicas derivadas de la prestación por parte de la Administración de un servicio público que los administrados tienen la facultad de utilizar mediante el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general a los usuarios.
- c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus

---

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Badell, R. Op cit, pág. 18.



respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, (...) **(Párrafo modificado por Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo)**

d) Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado (...).

e) Los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de derecho internacional público.

f) Los contratos de suministro relativos a actividades directas de los organismos autónomos de las Administraciones públicas de carácter comercial, industrial, financiero o análogo (...).

g) Los contratos y convenios derivados de acuerdos internacionales celebrados de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (...).

h) Los contratos y convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas.

i) Los contratos y convenios efectuados por el procedimiento específico de una organización internacional.

j) Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación.

k) Los contratos relacionados con la compraventa y transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros y los servicios prestados por el Banco de España. Se entienden asimismo excluidos los contratos relacionados con la instrumentación de operaciones financieras de cualquier modalidad realizadas para financiar las necesidades previstas en las normas presupuestarias aplicables (...).

l) Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública. **(Párrafo añadido por Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo)**

2. Los supuestos contemplados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> En línea. Disponible: [www.igsap.map.es/cia/dispo/34125.htm](http://www.igsap.map.es/cia/dispo/34125.htm). [Consulta 2006, Enero 3].

Por otra parte, el Real Decreto Legislativo 2/2000 establece la competencia de la jurisdicción contencioso administrativo para conocer de los contratos administrativos, al señalar:

**“Artículo 7. Régimen jurídico de los contratos administrativos. (Modificado por la Ley 13/2003)**

1. Los contratos administrativos, con la salvedad establecida en el apartado siguiente, se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, los contratos administrativos especiales, que se definen en el artículo 5.2, párrafo b), se regirán por sus propias normas con carácter preferente.

2. El contrato de concesión de obras públicas se regirá, con carácter preferente a lo dispuesto en el apartado anterior, por las disposiciones contenidas en el título V del libro II de esta Ley, sus disposiciones de desarrollo y por la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a dicho título, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 125 y 133 a 135 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

3. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos”<sup>44</sup>.

Asimismo, el precitado Decreto dispone la competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de los contratos privados celebrados por la Administración, en los términos siguientes:

**“Artículo 9. Régimen jurídico de los contratos privados.**

1. Los contratos privados de las Administraciones públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto

---

<sup>44</sup> Ibid.

a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado. A los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas.

2. Los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, se adjudicarán conforme a las normas contenidas en los capítulos II y III del Título IV, Libro II, de esta Ley.

3. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción<sup>45</sup>.

A manera de conclusión es importante hacer notar, que en el derecho español un contrato es administrativo cuando tiene por objeto la ejecución de un servicio o una obra pública, sin embargo, aun cuando el criterio predominante en ese país es aceptar la existencia de los contratos administrativos, existen autores como ALBI citado por BADELL, quien niega la existencia de los mismos, señalando al efecto, que *“la dualidad de jurisdicciones existente en esta materia, derivada de razones puramente teóricas o históricas, ha determinado una distinción artificial y arbitraria en los contratos en que es parte la Administración pública. Tomando como base un pretendido desdoblamiento de las actividades de dicha administración –en*

---

<sup>45</sup> Ibid.

*cuanto actuando como autoridad se encamina a regular y satisfacer servicios públicos, y en cuanto funcionando como persona jurídica se dedica a gobernar su propio patrimonio como un simple particular– se ha admitido por la jurisprudencia y por los tratadistas dos distintas especies de contratos: administrativos y civiles*<sup>46</sup>.

## **2. Colombia:**

En Colombia la teoría del contrato administrativo tal y como señala ESCOBAR GIL<sup>47</sup>, puede ser dividida en cinco grandes etapas, en las cuales se produce la transición de una regulación civilista del contrato, a un régimen jurídico especial de Derecho Público.

La primera etapa (siglo XIX): Se caracteriza porque todos los contratos celebrados por la Administración estuvieron sometidos de manera exclusiva a las normas del Derecho Civil.

La segunda etapa (aparición de la Ley 53 de 1909): En esta etapa considera el mencionado autor que se produce “*el origen la transformación ius publicista de los contratos celebrados por la Administración Pública*”<sup>48</sup>. El artículo 5 de la mencionada ley otorga a los Ministerios la facultad de declarar unilateralmente la caducidad de los contratos de obra pública y ejecución de servicios por el incumplimiento de los contratistas. De esta manera, -bajo la figura de la cláusula exorbitante incorporada implícitamente a este tipo de contratos- consagra a favor de la Administración una potestad de orden público que le permitiría hacer frente a aquellos incumplimientos del

---

<sup>46</sup> Badell, R. Op cit, pág. 19.

<sup>47</sup> Escobar, R. (1999): ***Teoría General de los Contratos de la Administración Pública***. Legis. Pág. 49

<sup>48</sup> Badell, R. Op cit, pág. 29.

contratista que pudieran poner en peligro el interés general que estaba llamado a tutelar.

Sin embargo aún cuando este aspecto específico se encontraba sometido a un régimen de derecho público, el resto de las controversias derivadas de dichos contratos y de otros tipos contractuales seguían sometidas a las normas del derecho común, lo cual se debió según ESCOBAR GIL citado por BADELL, a que la doctrina y la jurisprudencia colombiana consideraran tradicionalmente *“que la gestión contractual del Estado se enmarcaba en el dominio del derecho privado, contribuyendo a esta interpretación la Constitución de 1886 que le confería a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer de negocios contenciosos en que tenga parte la Nación, derogada en la Reforma Constitucional de 1945, la Corte sostenía reiteradamente que los contratos administrativos se sometían forzosamente al régimen de los contratos comunes, mientras no operara un cambio legislativo”*<sup>49</sup>.

Con el Decreto 167 de 1941 se ratifica esta interpretación jurisprudencial, excluyendo de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa el control de las resoluciones de conflictos de los funcionarios o autoridades de la Administración que tuvieran su origen en un contrato<sup>50</sup>.

En la tercera etapa, el Consejo de Estado influenciado por el Derecho Francés, así como por doctrinarios colombianos, revisa el criterio sentado en la segunda etapa y comienza a plantear la necesidad de que se produzca un

---

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Ibid.

cambio legislativo que le confiera a la jurisdicción administrativa la competencia para conocer de los contratos administrativos<sup>51</sup>.

Consideramos tal y como señala BADELL<sup>52</sup>, que de esta forma se produjo en el derecho colombiano la dualidad entre los contratos civiles y los administrativos aparejada de la necesidad de conferir a la justicia administrativa la competencia para conocer de los contratos administrativos, la cual se concretó en la Ley 167 de 1941, artículo 254 en el cual se disponía la inclusión de manera obligatoria de la cláusula de caducidad en todos los contratos celebrados por la Administración que tuvieran por objeto la construcción de obras, prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado.

No obstante ello, la dualidad de jurisdicciones se establece efectivamente cuando se dicta el Decreto 528 de 1964, otorgándole a la justicia administrativa la competencia para conocer de los contratos administrativos, pero no se establece un criterio para distinguir los contratos civiles de los administrativos, motivo por el cual la jurisprudencia consideró como contratos administrativos a aquellos que tuvieran incorporada la cláusula de caducidad, los cuales se someterían al conocimiento de la justicia administrativa<sup>53</sup>.

La cuarta etapa está marcada por la promulgación de la Ley 19 de 1982 y un año después el Decreto 222 de 1983, constituyendo en opinión de ESCOBAR GIL citado por BADELL *“el más brillante ejemplo de la falsa teoría de la dualidad de los contratos de la Administración Pública, y de la falta de técnica jurídica del legislador al adoptar unas teorías totalmente revisadas en*

---

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Ibid., pág.30.

*el marco del derecho Comparado”, por su parte BADELL consideró que esta afirmación se debió a que “si bien esos textos normativos establecieron los criterios que permitieron distinguir los contratos administrativos de los contratos de derecho privado de la Administración, el legislador, apartándose de su propia clasificación, sujetó ambas modalidades a una acentuada regulación ius publicista, sometiéndolas además al conocimiento de la justicia administrativa”<sup>54</sup>.*

Finalmente la quinta etapa está signada con la promulgación de la Ley 80 de 1993, en la cual se consagra la teoría de la unidad de los contratos de la Administración Pública, en ella se elimina la dualidad que había surgido influenciada por el derecho francés, precisando que se consideraban contratos administrativos a todos *“los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de voluntad”<sup>55</sup>*

Como hemos visto, todas las anteriores etapas evidencian la transición de la regulación civilista del contrato administrativo, a un régimen jurídico especial de Derecho Público.

### **3. Inglaterra:**

En Inglaterra el Derecho ha permanecido teóricamente fiel, hasta ahora al modelo del *common law*. Los contratos celebrados por la Corona británica se encuentran sometidos a las regulaciones del Derecho Común, con algunas particularidades derivadas de especiales *statutes* o de seculares *royal*

---

<sup>54</sup> Ibid., pág. 30

<sup>55</sup> Ibid.

*prerrogatives*, que han configurado el estatuto jurídico de la Corona tradicionalmente, se trata entonces de privilegios de la Corona y no de normas contractuales especiales, los cuales pueden afectar de manera indirecta a las relaciones existente entre el contratista y el Estado<sup>56</sup>.

Cabe agregar, que en este derecho las reglas y procedimientos bajo los cuales se celebran y ejecutan los contratos del Estado no son, en rigor, normas jurídicas (Derecho objetivo), ni otorgan derechos a los ciudadanos, sino que son *internal departmental instructions*, es decir, puras instrucciones de servicio de orden interno, que no son publicados con carácter general<sup>57</sup>.

La jurisdicción competente corresponde a los tribunales ordinarios (*High Court of Justice o county courts*), a menos que las partes hayan decidido someter la resolución de sus diferencias a un sistema de arbitraje, el cual es admitido en Gran Bretaña para solucionar los conflictos de la Corona<sup>58</sup>.

TURPIN citado por EXPÓSITO considera que el derecho general de los contratos se aplica sólo de manera subsidiaria a los contratos del Gobierno británico, “*por la sencilla razón de que el Derecho primariamente aplicable a ellos es el que el propio contrato establece en un detallado texto que el Gobierno aprueba y que existe especialmente para los contratos de suministros y obras públicas*” concluyendo que es excepcional “*que un tribunal tenga ocasión de aplicar las reglas del derecho común a un contrato*

---

<sup>56</sup> Expósito, J. (2003). ***La Configuración del Contrato de la Administración Pública en el Derecho Colombiano y Español***. Colombia: Universidad Externado de Colombia. Pág. 29.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Ibid.



*del Gobierno, pues las disputas se resuelven normalmente sin acudir al litigio*<sup>59</sup>.

Resulta oportuno señalar, que en el Derecho Inglés, si bien los contratos celebrados por la Corona Británica están sujetos a las normas de Derecho Común y a los tribunales ordinarios, lo cierto es que sus privilegios como la *police power*, el privilegio de inejecutabilidad y la prohibición de dictar contra ella mandamientos de hacer, dejaban sin eficacia al contrato y sin garantía al contratista. En ese sentido en 1968 se creó el *Review Board for Government Contrats*, organismo de arbitraje encargado de decidir todos los conflictos contractuales que se presenten en el ámbito de la Corona y ejercer funciones consultivas, cuyas decisiones configuran la base de desarrollo de todo un sistema de poderes exorbitantes de la Administración y de compensaciones económicas al contratista que se pactan mediante la adhesión de éste a un pliego de condiciones<sup>60</sup>.

Por su parte la doctrina de ARIÑO y PARADA, citados por BADELL,<sup>61</sup> considera en relación a esta regulación, que si bien tales contratos *“no han sido calificados expresamente por el derecho inglés como ‘administrativos’ la realidad de los casos permite afirmar que se trata de una figura que no es contrato en absoluto, o que de serlo, impone deberes al particular más no le otorga derechos”*.

En el marco de las observaciones anteriores, podemos señalar, que los cambios ocurridos en el Derecho Británico no corresponden a cambios pasajeros, sino a un proceso inexorable, la progresiva publicación, en su

---

<sup>59</sup> Ibid., pág. 30

<sup>60</sup> Badell, R. Op cit, pág. 20.

<sup>61</sup> Ibid.

naturaleza y en su regulación específica de los contratos del Estado en unos países que se han caracterizado por la doctrina del carácter privado de los contratos gubernamentales, evolución ésta que se ha producido en opinión de EXPÓSITO *“a pesar de los pesares: a pesar de la fuerza mítica de los principios del common law, en los que el mundo anglosajón ha creído tener siempre la mejor garantía de sus derechos y libertades; a pesar de la inexistencia hasta fecha reciente de tribunales administrativos, a pesar de la repulsión innata del jurista anglosajón a construir una doctrina del contrato público; a pesar del abandono del tema por parte de los profesores, que son siempre los faiseurs de Systèmes, y –last but not least- a pesar de los muchos intereses en juego que salen perdiendo con el cambio”*<sup>62</sup>.

Concluye el autor señalando, que el hecho de que en la actualidad no exista una doctrina coherente *“no es motivo de elogio, sino de crítica. La confusa situación actual no es ningún logro, sino más bien un fracaso, y así ha sido reconocido por los propios interesados”*<sup>63</sup>.

#### **4.- Alemania**

En Alemania el Estado siempre a gobernado de manera unilateral, y el contrato suscrito entre éste y el particular, con la radical situación de desigualdad entre ambos, no tiene lugar posible en el Derecho Público, en consecuencia cuando el Estado contrata, siempre lo hará como lo haría cualquier particular, sometido al derecho privado.

EXPÓSITO considera que en la actualidad la posición dualista de los ordenamientos se mantiene en el modelo germánico, *“aunque con algunas*

---

<sup>62</sup> Expósito, J. Op cit, pág. 32.

<sup>63</sup> Ibid.

*grietas, sobre todo desde la Ley de Procedimientos administrativos del 22 de mayo de 1976, que da una cierta base legal a la figura del contrato público (arts. 54 a 62). Pero los supuestos a los que se aplica la figura no son los mismos que en el derecho español o francés, sino contratos que dicen relación al ejercicio (pactado) de potestades, con contraprestación<sup>64</sup>.*

La doctrina que ha sido y sigue siendo en la actualidad doctrina común que admite solamente la existencia de “contratos públicos” (*Offentlichrechtlichen Verträge*) entre personas o entidades administrativas, en situación de igualdad, que acuden a esta figura para la regulación de sus relaciones y ordenación de tareas comunes (son los llamados “contratos de coordinación”). Junto a éstos, también es admitida la figura del contrato público para determinadas operaciones que, con carácter excepcional pueden tener lugar entre la Administración y los particulares sobre materias típicas del Derecho Público<sup>65</sup>.

Resulta oportuno señalar, que los contratos que en Francia y España son calificados como contratos administrativos, en Alemania por el contrario son, o bien “actos necesitados de aceptación”, es decir, que necesitan el consentimiento del particular, o bien “contratos civiles” propios del fisco de la Administración fiscal (*Fiskalische Verwaltung*) y no de la Administración de poder.

En este orden de ideas observamos la posición de FLEINER citado por EXPÓSITO quien advierte al respecto, que la jurisprudencia ha afirmado de manera reiterada que los contratos de suministro de electricidad en un municipio, de transporte público, contratos de obras, contratos de

---

<sup>64</sup> Ibid., pág. 35.

<sup>65</sup> Ibid., pág. 36.

suministros, contratos de alquiler y/o compra de inmuebles, aun cuando implican una ocupación del dominio público (caso de los contratos de suministro de electricidad o del transporte urbano), siguen siendo relaciones de derecho privado, sometidas en principio, a las normas del derecho civil o mercantil y son competencia de los tribunales ordinarios<sup>66</sup>.

No obstante todo ello, se observa que poco a poco y de manera excepcional tal y como señala EXPÓSITO, la doctrina jurídica alemana, la cual juega un papel decisivo para la configuración del orden jurídico, en ese país se *“va admitiendo la existencia de contratos administrativos al modo francés, aunque sea con carácter de excepción, para, por ejemplo, la gestión de determinados servicios públicos, la ordenación y fomento de la economía desde el Estado (subvenciones, conciertos económicos, etc.), y otros campos, en los que el estado aparece en posición dominante”*<sup>67</sup>.

## **5. Venezuela:**

En nuestro país, la teoría de los contratos administrativos no ha tenido una evolución tan desarrollada como la de Europa, y a diferencia de países como España, carecemos de una normativa que de manera especial profundice sobre la contratación administrativa.

Ahora bien, aun cuando no tenemos desarrollada la parte legislativa, a excepción de la Carta Magna y algunas leyes que las consagran, la jurisprudencia patria se ha encargado en cierta forma de profundizar en el estudio de los contratos administrativos, tomando como base para ello, el derecho comparado.

---

<sup>66</sup> Ibid., pág. 37

<sup>67</sup> Ibid., pág. 38 y ss

En efecto, tal y como señaláramos anteriormente cuando nos referimos a los orígenes de la teoría de los contratos administrativos en Francia, se precisó que el Tribunal de Conflictos francés estableció el criterio objetivo del servicio público, por ende todo lo que estuviere relacionado con el servicio público, se sometía al Derecho Administrativo y al control del Consejo de Estado, aplicando ese régimen de igual forma a los contratos celebrados por la Administración, esta teoría fue trasladada al Derecho venezolano, principalmente por la jurisprudencia, en efecto en la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944, caso Astilleros La Guaira, se hace evidente el establecimiento de un criterio objetivo del servicio público al afirmar *“que los contratos administrativos son aquellos cuyo objeto es el interés general del funcionamiento regular del servicio público”*<sup>68</sup>.

A los fines de profundizar en el desarrollo de la teoría de la contratación administrativa, realizaremos en capítulos posteriores un estudio pormenorizado de las propuestas de la doctrina nacional, leyes que se refieren a la materia, así como de la jurisprudencia patria, a los fines de determinar el alcance de la contratación administrativa en Venezuela.

---

<sup>68</sup> Hernández, J. Op cit., pág. 465.

## **CAPÍTULO II**

### **CONFIGURACIÓN MATERIAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

---

Sumario: I. CONFIGURACIÓN MATERIAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. A. Definición. B. Clasificación de los contratos administrativos. 1. Contrato de obra. 2. Contrato de concesión de obra pública. 3. Contrato de suministro. 4. Contrato de servicio público. 5. Contrato de empleo público. C. Características de los contratos administrativos. 1. Requiere el cumplimiento de ciertas formalidades. 2. Plantea una situación de desigualdad entre las partes contratantes. a) *Ius Variandi*. b) Ejecución forzada. c) Rescisión unilateral. 3. Es un contrato “*intuitu personae*”. 4. Puede producir efectos frente a terceros. 5. La inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*. D. Elementos característicos de los contratos administrativos. 1. Criterio subjetivo. 2. Teoría del servicio público. 3. Teoría del fin de utilidad pública. 4. Teoría de la cláusula exorbitante. 5. Criterio formal. 6. Criterio de la jurisdicción. 7. Criterio de la calificación legislativa. E. Elementos característicos de los contratos privados que celebra la Administración.

## **I. CONFIGURACIÓN MATERIAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

### **A. Definición**

El punto de partida de la sistematización que pretendemos formular se fundamenta en el contrato como género o dicho de otra manera, la categoría jurídica genérica del contrato.

Aun cuando se pueden presentar dificultades al momento de proponer una definición, en especial la de los contratos administrativos, no hay duda

alguna de que estamos en presencia de una figura que tiene existencia propia y autónoma, su definición resulta científicamente indispensable<sup>69</sup>.

BERÇAITZ precisa en este sentido que si existen los contratos administrativos *“como especie del genero ‘contrato’, no hay duda de que han de poder ser definidos como algo distinto de la especie ‘contratos de derecho privado’”*<sup>70</sup>.

Según BIELSA la convención que crea derechos y obligaciones para el Estado, como persona de derecho público, con otra persona pública o privada con un fin público es un contrato de derecho público, de lo que se infiere que *“el contrato administrativo es el que la Administración celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública”*<sup>71</sup>.

CORREA por su parte considera que los *“contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizado por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto esta constituido por un fin jurídico propio de la Administración y que llevan explicita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado”*<sup>72</sup>.

DORMÍ señala, que este tipo de contratos es una forma jurídica en la que se exterioriza la actividad administrativa, definiéndola como *“toda declaración*

---

<sup>69</sup> Berçaitz, M. (1980). **Teoría General de los Contratos Administrativos** (2ª. ed.). Buenos Aires: Depalma. Pág. 219.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Badell, R. Op cit., pág. 24.

<sup>72</sup> Barra, R. y otros (1988). **Contratos Administrativos**. (reimpresión, tomo I). Buenos Aires: Astrea. Pág. 383.

*bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa*<sup>73</sup>.

Para MARIENHOFF el contrato administrativo es un "acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas"<sup>74</sup>.

CASSAGNE expresa, que el contrato administrativo es "todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del Derecho Privado, susceptible de producir efectos, con relación a terceros"<sup>75</sup>.

Por su parte, ESCOLA define los contratos administrativos como los que son "celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del Derecho Privado o que coloquen al contratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta"<sup>76</sup>.

En el orden de las ideas anteriores, observamos que BERÇAITZ<sup>77</sup> disiente de MARIENHOFF, por considerar que un acuerdo generador de obligaciones puede ser un acuerdo colectivo o complejo, que no constituye un contrato

---

<sup>73</sup> Dromi, R. (1997). **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Astrea. Pág. 326.

<sup>74</sup> Marienhoff, M (1998). **Tratado de Derecho Administrativo** (4ª. Ed. Tomo III-A). Buenos Aires: Abeledo Perrot. Pág. 34.

<sup>75</sup> Barra, R. y otros. Op Cit., pág. 37.

<sup>76</sup> Escola, H. (1997). **Tratado Integral de los Contratos Administrativos**. Vol. I. Buenos Aires: Editorial Depalma. Pág. 37.

<sup>77</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 244.



cuando las voluntades que lo generan no son opuestas. Critica la posición de CASSAGNE,<sup>78</sup> porque considera que se omite consignar que el régimen exorbitante regula la subordinación del cocontratante, y con respecto a la definición de ESCOLA<sup>79</sup> repara que no tiene en cuenta los casos en los cuales el contrato se refiere a ocupaciones del dominio público para una actividad completamente privada y que no precisa lo relativo a las cláusulas exorbitantes. También difiere de BIELSA porque no hace énfasis en la subordinación jurídica y porque *"deja fuera de la definición aquellos contratos que no tienen por objeto una prestación de utilidad pública, como son los relacionados a concesiones de ocupación del dominio público en beneficio de interés privado"*<sup>80</sup>.

Realizadas las respectivas críticas por parte de BERÇAITZ a las definiciones de los contratos administrativos presentadas por los referidos autores, pasa a definir éstos señalando que por su "naturaleza" los contratos administrativos son *"aquellos celebrados por la Administración pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir a los cocontratantes derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la Administración pública en una situación de subordinación jurídica"*<sup>81</sup>.

De igual forma propone otra definición, pero distinta de su naturaleza, señalando que son *"aquellos que el legislador ha sometido a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al*

---

<sup>78</sup> Ibid., pág. 245.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Ibid., pág. 244.

<sup>81</sup> Ibid., pág. 246 y ss.

*cocontratante de la Administración pública en una situación de subordinación jurídica, a pesar de no celebrarse con un fin público, ni afectar su ejecución la satisfacción de una necesidad pública colectiva*<sup>82</sup>.

La opinión de MARIENHOFF, resulta valiosa, al formularse la pregunta *¿existen contratos administrativos?*, dado que un sector importante los niega, admitiendo únicamente el contrato que se celebra entre entes administrativos. Este autor sigue al sector doctrinario que admite la contratación, sea entre entes administrativos o con particulares y administrados, que es la doctrina que prevalece en la actualidad<sup>83</sup>.

Por nuestra parte, compartimos como definición de los contratos administrativos, la señalada por BADELL, quien considera que en Venezuela cabe hablar de los contratos administrativos *“como una modalidad concreta de los contratos celebrados por la Administración”*<sup>84</sup>, en consecuencia, son aquellos contratos celebrados *“directa o indirectamente, la Administración pública, en cualquiera de sus manifestaciones –central y descentralizada, territorial o funcionalmente– con otro sujeto de derecho –público o privado– para satisfacer una necesidad pública y gobernado fundamentalmente por las normas de derecho administrativo, tanto en la etapa previa a su formación –licitación, concurso, subasta–; como en su ejecución –cláusulas exorbitantes–; y revisión –jurisdicción contencioso administrativa–”*<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> Ibid., pág. 247.

<sup>83</sup> Marienhoff, M. Op. Cit., pág. 22.

<sup>84</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 35.

<sup>85</sup> Ibid., pág.10.

## **B. Clasificación de los contratos administrativos**

Revisado el concepto de los contratos administrativos, resulta necesario para nuestra investigación profundizar en las distintas modalidades de estos contratos, en función de los sujetos que en él intervienen, del objeto y de la normativa aplicable.

En los contratos administrativos, por intervenir como sujeto del contrato la Administración Pública e incidir determinadas circunstancias directamente relacionadas con la satisfacción de necesidades de carácter público, se les otorga una regulación específica sujeta al derecho administrativo. La Administración, como cualquier particular, necesita contratar con terceros determinados servicios para atender a sus necesidades de funcionamiento<sup>86</sup>.

Tal y como hemos visto anteriormente, cuando el creciente intervencionismo de la Administración provoca el incremento del número de necesidades a satisfacer y, con ello, la utilización generalizada de contratos con particulares para hacer frente a las mismas, surge la necesidad de modificar el contenido de los derechos y obligaciones de los contratos privados, para adaptarlos a las peculiaridades de su uso por la Administración.

Nace así la figura de los contratos administrativos, diferenciados de los contratos civiles en función del sujeto, del objeto y de la causa del contrato, con una regulación jurídica específica, determinada fundamentalmente por una doble exigencia: 1) Las peculiaridades de los procedimientos de actuación de la Administración, derivadas, entre otros motivos, de la necesidad de controlar el gasto público, así como garantizar la igualdad de

---

<sup>86</sup> Velásquez, F. Op. Cit., pág. 11.

oportunidades entre los ciudadanos, y 2) Las peculiaridades derivadas de la salvaguarda del interés público a la hora de garantizar el buen fin del objeto contractual, y las que, a tal efecto, se derivan de la posición dominante de la Administración<sup>87</sup>.

En consecuencia, cuando la Administración necesita contratar con un tercero lo hará mediante un contrato administrativo o mediante un contrato privado, dependiendo de la voluntad del legislador, la determinación de las modalidades de contratos que, en un momento social determinado adquieran la condición de administrativos, en función de la propia evolución histórica de la actividad administrativa pública<sup>88</sup>.

Al momento de establecer la clasificación de los contratos administrativos, encontramos una diversidad de criterios, según el enfoque de cada uno de los autores, comenzaremos entonces con BIELSA citado por BERÇAITZ quien realiza una clasificación primaria en dos categorías: “a) *directamente relativos a los servicios públicos*; b) *indirectamente relativos a los servicios públicos*”<sup>89</sup>, posición descartada por BERÇAITZ al considerar que el servicio público no es un criterio que caracterice a los contratos administrativos.

No compartimos el criterio fijado por BERÇAITZ, pues consideramos que el servicio público es una de las características fundamentales que tienen los contratos administrativos, y que los diferencian de los contratos privados que celebra la Administración.

---

<sup>87</sup> Ibid., pág. 11.

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 251.

LAUBADÈRE citado por BERÇAITZ considera que la clasificación que se aplica a los contratos civiles con base en sus elementos sustanciales, *“es aplicable a los contratos de la administración, tanto administrativos como de derecho privado. La circunstancia de que ciertas reglas de fondo de algunas categorías de derecho civil, no puedan serlo en derecho administrativo, no afecta, a su criterio, la aplicación de esas clasificaciones. Y señala a continuación las principales: sinalagmáticos y unilaterales, onerosos y gratuitos, conmutativos y aleatorios”*<sup>90</sup>.

Por su parte DIEZ sigue el criterio de LAUBADÈRE, y ESCOLA se adhiere a tal criterio *“con la salvedad de las particularidades y alteraciones que son propias del contrato administrativo”*<sup>91</sup>, y formula una clasificación más completa: *“1) unilaterales y bilaterales; 2) a título oneroso y a título gratuito; consensuales y reales; 4) nominados e innominados; 5) conmutativos y aleatorios; 6) principales y accesorios; 7) simples y complejos o mixtos; 8) instantáneos y continuados”*<sup>92</sup>

MARIENHOFF, realiza una clasificación diferente a las anteriores: *“1) contratos administrativos por razón de su objeto por contener cláusulas exorbitantes; 2) contratos de atribución y de colaboración; 3) contratos nominados e innominados”*<sup>93</sup>, aun cuando estos últimos, son parte integrante de la clasificación de ESCOLA.

GORDILLO señala que en la actualidad existe un acercamiento de los extremos de los contratos de la Administración –civiles y administrativos–, que *“no alcanza a ser total y deja subsistentes matices susceptibles de*

---

<sup>90</sup> Ibid.

<sup>91</sup> Ibid.

<sup>92</sup> Ibid., pág. 252.

<sup>93</sup> Marienhoff, M. Op. Cit., pág. 93.

*agrupación en tres grandes conjuntos*<sup>94</sup>. Dentro de la zona cubierta por los contratos administrativos ubica como más próximos al derecho administrativo clásico de fines del siglo pasado y comienzos del presente “a las concesiones y licencias de servicios públicos en condiciones monopólicas o de exclusividad, al contrato de empréstito público interno y en menor medida la concesión de obra pública. Es la aplicación más intensa del derecho público”<sup>95</sup>.

El segundo grupo se integra –a su decir– por “el contrato de función pública, la concesión y el permiso de uso del dominio público y privado del Estado; en menor grado, los contratos de suministro y de obra pública”. Y más cerca del derecho privado ubica como tercer grupo “el contrato de compraventa de inmuebles, el de locación y luego los demás contratos: cesión, permuta, donación, préstamo, etc.”<sup>96</sup>.

Por su parte LUIS CORREA<sup>97</sup> clasifica los contratos administrativos, con base en su perfeccionamiento en: a) empleo público, b) obra pública, c) contrato de concesión de obra pública, d) contrato de suministro, y e) contrato de empréstito.

CASSAGNE señala que existen distintas modalidades dentro del género que conducen a la necesidad de marcar ciertas distinciones, y propone la siguientes clasificación: a) Contratos de atribución y de colaboración, b) Según su tipicidad y c) Nominados e innominados<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> Gordillo, A. (2001). *Tratado de Derecho Administrativo* (Ed. Vziana. Tomo I). Caracas: FUNEDA. Pág. XI-36.

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> Correa, J. Op. Cit., pág. 406 y ss.

<sup>98</sup> Barra, R. y otros. Op. Cit., pág. 39.

En lo que respecta a la clasificación según su tipicidad considera que la actual doctrina administrativa distingue la categoría de los contratos típicos y atípicos, en la medida en que estén reglados o no por una disciplina concreta y detallada en la ley de los llamados contratos nominados e innominados, donde lo que cuenta es la existencia o no de *nomen iuris*<sup>99</sup>.

De seguidas pasaremos a referirnos a algunos de los contratos administrativos más comunes en Venezuela, entre los cuales tenemos a: 1. Contrato de obra pública, 2. Contrato de concesión de obra pública, 3. Contrato de suministro, 4. Contrato de servicio público, 5. Contrato de empleo público.

### 1. Contrato de obra pública:

Entre los contratos administrativos nominados encontramos al contrato de obra pública, ahora bien antes de referirnos al contrato como tal resulta imprescindible en primer lugar definir que se entiende por “obra pública”, expresión esta que a su vez presenta dos acepciones, una de ellas es la de considerar como obras públicas a los trabajos sobre bienes inmuebles que la Administración realiza, o que otras personas ejecutan por cuenta de la Administración, la segunda acepción considera que “*son obras públicas los resultados obtenidos por efectos de aquellas actividades, es decir, las cosas hechas, las obras concluidas*”<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> Pérez, G. (1991). **Los Contratos de Interés Nacional**. En: Fundación de la Procuraduría General de la República. (Comp. 1991). **Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos**. Caracas: Fundación de la Procuraduría General de la República. Pág. 158.

En Uruguay al igual que en Venezuela, este contrato tiene bases reglamentarias y esta constituido por pliegos respectivos, sin perjuicio de la aplicación de manera directa de los principios generales de derecho, y de manera subsidiaria de las normas del Derecho común, en vista de que no existe una ley que regule orgánicamente este contrato, sino que al respecto solamente existen disposiciones aisladas<sup>101</sup>.

Estos contratos en opinión de VELÁSQUEZ CURBELO, son aquellos que tienen por objeto a) la construcción de un inmueble, pudiendo citar entre otros: edificios, puentes, presas, carreteras, etc; b) la realización de trabajos que modifiquen el terreno, por ejemplo dragados, prospecciones, sondeos, etc; y c) los destinados a reforzar, reparar, conservar o demoler un inmueble<sup>102</sup>.

Tradicionalmente se ha definido el contrato de obra, como un contrato que la Administración celebra para la ejecución de una obra pública, retribuyendo a la empresa contratista mediante un precio<sup>103</sup>.

En lo que respecta a la ejecución de este contrato DELPIAZZO señala que ésta enfrenta al análisis de los derechos y obligaciones de la Administración por una parte, y por la otra de los derechos y obligaciones del contratista, tratándose de la ejecución de un contrato sinalagmático y bilateral<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Delpiazzo, C. (2005). *Contratos de Obra Pública y de Concesión de Obra Pública*. En: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". (Comp. 2005). *Los Contratos Administrativos "Contratos del Estado"*. Caracas: FUNEDA. Pág. 199 y ss.

<sup>102</sup> Velásquez, F. Op. Cit., pág. 13.

<sup>103</sup> Sayagues, E. (1959). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, Uruguay. Tomo II. Pág. 89.

<sup>104</sup> Delpiazzo, C. (1994). *Manual de contratación administrativa*. Tomo II., Montevideo, Uruguay. Pág. 201.



El contrato de obra pública es un de los contratos administrativos típicos, en el cual la potestad de dirección y control se pone de manifiesto con mayor intensidad, toda vez que independientemente del riesgo asumido por el empresario, la obra es del Estado y se ejecuta para satisfacer una finalidad o interés público, en el cual el Estado aparece como titular de la misma y además como gestor de ese interés, el que realiza a través de los órganos de la Administración<sup>105</sup>.

## **2. Contrato de concesión de obra pública**

Este contrato se diferencia del contrato de obra pública, en la forma como se efectúa el pago de la obra, ya que éste, no lo hace directamente el Estado, sino los usuarios de la obra, cuya explotación o uso se realiza y puede ser a través de tarifas, peajes u otras formas de retribución<sup>106</sup>.

En España las semejanzas existentes con el contrato de obra pública han determinado que de manera normativa se establezca la aplicación supletoria del régimen de obras públicas en la medida que no se oponga a la normativa que gobierne la concesión. Se ha establecido que en este tipo de contratos la Administración posee poderes inalienables, vinculados fundamentalmente a la etapa de concesión<sup>107</sup>.

## **3. Contrato de suministro**

A través del contrato de suministro el Estado se provee de los bienes muebles que necesita para poder desenvolverse. En este contrato, a

---

<sup>105</sup> Gordillo, A. (1988). *Contratos Administrativos* (Tomo I. remip.). Buenos Aires: Astrea. Pág. 510.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> Ibid.

diferencia del contrato de obra y de concesión de obra pública, la potestad de dirección y control no posee la intensidad que posee en aquellos, siendo uno de los contratos llamados de Atribución.

En España, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, define al contrato de suministro como el que tiene por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento, con o sin opción de compra, o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo los relativos a propiedades incorpóreas y valores negociables, que se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso<sup>108</sup>. De igual forma el artículo 172 *eiusdem* incluye los siguientes contratos de suministro:

a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.

b) La adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión del derecho de uso de estos últimos, así como de equipos y sistemas de telecomunicaciones.

c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración, aun

---

<sup>108</sup> Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. (2000). Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.”<sup>109</sup>.

#### **4. Contrato de servicio público**

Son aquellos contratos a través de los cuales la Administración otorga a un particular (persona jurídica o física), la gestión de un servicio público, dirigido especialmente a la satisfacción directa de las necesidades de la sociedad.

En la legislación española, encontramos que esta especie de contrato establece cuatro modalidades a saber: concesión administrativa, gestión interesada, concierto y mediante la creación de una sociedad mixta.

#### **5. Contrato de empleo público**

En este contrato las potestades analizadas se vinculan a un elemento fundamental de los contratos administrativos, que en este caso asume formas propias, en él se habla de subordinación jurídica y tiene como correlativo el deber de obediencia del agente<sup>110</sup>.

El fundamento de este contrato es la *“finalidad perseguida por el Estado, que no puede lograrse con un actuar desintegrado de los agentes de la Administración, que es a través de los cuales el Estado Manifiesta su voluntad”*<sup>111</sup>. Y se perfecciona con el acto administrativo de nombramiento que debe ser la culminación del procedimiento de selección por concurso<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> Ibid.

<sup>110</sup> Gordillo, A. (1988). Op. Cit., pág. 521.

<sup>111</sup> Ibid., pág. 522.

<sup>112</sup> Ibid., pág. 406.

En Argentina este contrato se encuentra regulado en el ámbito nacional por la Ley 25.164, donde el control se encuentra acentuado respecto al régimen anterior y tiene su correlativo en las jurisdicciones provinciales denominadas en algunos de los estatutos de empleados públicos<sup>113</sup>.

### **C. Características de los contratos administrativos**

Los contratos administrativos presentan ciertas características que igualmente permiten diferenciarlos de los contratos de derecho privado, las cuales determinan su naturaleza y nos permiten identificarlos con mayor precisión, entre las cuales podemos señalar:

#### **1. Requiere el cumplimiento de ciertas formalidades:**

La Administración se encuentra limitada en cuanto a las posibilidades de contratar, en vista de que no puede elegir con quien contrata, en que manera lo va a realizar, ni que finalidad persigue con el contrato, sino que todo ello viene impuesto por la norma que otorgó la atribución de celebrar el contrato. En efecto, existen una serie de recaudos que limitan y encauzan el obrar de la Administración, los cuales vienen fijados por la norma de aplicación, la cual determina la forma de seleccionar el contratista, la manera en que se va a celebrar el contrato y la finalidad que éste va a perseguir<sup>114</sup>, norma que puede ser constitucional, legal o reglamentaria<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Ibid., pág. 522.

<sup>114</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 345.

<sup>115</sup> Barra, R. y otros. Op. Cit., pág. 428.

En definitiva el contrato requiere para su celebración del cumplimiento de ciertas formalidades, sin las cuales no puede subsistir, y cuya omisión en la mayoría de los casos no puede ser susceptible de subsanación<sup>116</sup>.

## **2. Plantea una situación de desigualdad entre las partes contratantes:**

La Administración conjuntamente con los derechos y obligaciones que se originan con el contrato, también es titular de una serie de prerrogativas, en atención, y como consecuencia del ámbito en el cual se desarrolla y produce efectos el contrato administrativo. En consecuencia, el contrato de derecho público presenta características de subordinación, con existencia de cláusulas que son exorbitantes del derecho privado, las cuales pueden aparecer de manera explícita o implícita<sup>117</sup>.

El cocontratante de la Administración persigue, evidentemente, un fin económico privado, en cambio, la Administración vela por el interés público, por las necesidades colectivas y persigue una finalidad de servicio público, en consecuencia, el fundamento de esta desigualdad existente entre el particular y la Administración, es el fin público o la finalidad de servicio público por la cual contrata la Administración<sup>118</sup>.

Observamos que esta atribución no siempre se encuentra pactada en el contrato, no obstante es inherente del ejercicio de la función pública, tratándose entonces de *“una cláusula exorbitante virtual que existe por principio, aun cuando no exista un texto expreso que la consagre”*<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> Ibid., pág. 429.

<sup>118</sup> Brewer, A. Op. Cit., pág. 71.

<sup>119</sup> Ibid., pág. 430.

BERÇAITZ por su parte considera, que la desigualdad jurídica de las partes se traduce en que la Administración pública tiene con respecto al contrato, la atribución de “a) *adaptar el contrato a las necesidades públicas colectivas, variando consiguientemente, dentro de ciertos límites, condiciones y circunstancias, la naturaleza y extensión de las obligaciones a cargo del cocontratante; b) ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del cocontratante, en forma directa y unilateral y por cuenta de éste; y c) dejarlo sin efecto directa y unilateralmente, en caso de incumplimiento del cocontratante o cuando las necesidades públicas colectivas lo exijan*”<sup>120</sup>.

Esta desigualdad también refleja una mutabilidad existente en los contratos administrativos, fundamentada en la circunstancia de que si el interés público lo justifica, podría adaptarse o modificarse, es decir, plantea una flexibilidad, frente a la rigidez de los contratos de derecho privado, la cual se manifiesta en opinión de GORDILLO<sup>121</sup> en: a.) El *ius variandi*; b.) La posibilidad de que se produzca una ejecución forzada y; c.) La facultad de rescisión del contratante público.

**a) *ius variandi*:** La Administración puede variar o modificar el objeto de la prestación del contrato en forma unilateral. La regla es la mutabilidad, sin perjuicio de los límites que tal atribución tiene.

Esta potestad que tiene la Administración de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las

---

<sup>120</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 345 y ss.

<sup>121</sup> Barra, R. y otros. Op. Cit., pág. 12.

especialidades que presentan los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex inter partes*).

En España, la regulación de esta materia establecida con el objeto de limitar las modificaciones de los contratos, se encuentra contenida en el artículo 101 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de fecha 16 de junio, cuyo apartado primero prevé que una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

**b) Ejecución forzada:** Como una opinión aislada, al referirnos a las manifestaciones sobre la desigualdad existente entre las partes en la contratación administrativa, la señalada por GORDILLO, según la cual la Administración puede obtener la ejecución forzada del contrato por un tercero o hacerlo ella misma en cualquier momento, toda vez que en los contratos administrativos se plantea una flexibilidad, frente a la rigidez de los contratos de derecho privado. Expresa el autor, que en la contratación administrativa, la ejecución forzada constituye uno de los aspectos donde más claramente se evidencia “*la violación de algunos principios de derecho privado a que alude la jurisprudencia*”, toda vez que a los fines de cumplir con el propósito de servicio público que lo origina, se reconoce a la Administración ciertas prerrogativas<sup>122</sup>.

**c) Rescisión unilateral:** La Administración puede dejar sin efecto el contrato en cualquier momento, de manera unilateral, por sí y ante sí, sin ocurrir a la

---

<sup>122</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 113.

justicia, no sólo por incumplimiento del contratista sino también por razones de interés público, mereciendo destacarse en este sentido la figura del rescate”<sup>123</sup>.

La Administración actúa en los contratos administrativos como poder público, en vista de un fin público o de una necesidad pública, en esta relación su cocontratante –el particular– no puede oponer reparo alguno que frustre las decisiones que tome en virtud del estado de subordinación jurídica en que se encuentra respecto del contrato<sup>124</sup>.

ESCOLA citado por BERÇAITZ considera en este sentido que el contrato administrativo, es ley entre las partes y las obliga con idéntica fuerza que en las convenciones realizadas en los contratos de derecho privado, no obstante ello, admiten cierto grado de mutabilidad *“que queda restringida a límites reducidos, ya que lo estipulado por las partes en el contrato administrativo debe respetarse en su esencia, de modo que no resulten alterados el objeto y el contenido de la convención celebrada”*<sup>125</sup>. En consecuencia, la mutabilidad del contrato es uno de los caracteres típicos de los contratos administrativos, sin perjuicio de los condicionamientos y limitaciones como facultades de la Administración en la ejecución de los contratos<sup>126</sup>.

La rescisión o modificación unilateral realmente no afectan la esencia del contrato, y lo que puede hacer el cocontratante, es alegar la ilicitud en el poder de modificación unilateral y demandar el cumplimiento a la Administración. El incumplimiento en las obligaciones de hacer siempre es

---

<sup>123</sup> Barra, R. y otros (1988). **Contratos Administrativos**. (reimpresión, tomo I). Buenos Aires: Astrea. Pág. 429.

<sup>124</sup> Berçaitz, M. Op. Cit , pág. 361.

<sup>125</sup> Ibid., pág. 350.

<sup>126</sup> Ibid., pág. 351.



posible, y la incoercibilidad del cumplimiento específico de éstas es sustituido con la indemnización. En consecuencia, la legalidad de la decisión unilateral que modifique o extinga un contrato, está vinculada al interés público envuelto y sus límites son los de discrecionalidad, por lo que no puede ser arbitraria<sup>127</sup>.

La modificación unilateral de los contratos de la Administración y que proviene de decisiones unilaterales de ésta, constituye en sí una facultad que tiene respecto de todos los contratos que suscribe, sean de derecho público o de derecho privado, por ende su aplicación a las relaciones contractuales será siempre posible y dependerá entonces de la apreciación del interés general en cada caso particular<sup>128</sup>.

### **3. Es un contrato “*intuitu personae*”:**

La autonomía de la voluntad presenta como consecuencia inmediata la libertad de las partes, la cual no se encuentra presente en el contrato administrativo. De igual forma observamos, que la intrasferibilidad es una característica fundamental de la naturaleza de los contratos administrativos.

La Administración no puede contratar con cualquier persona, según su gusto o comodidad, dadas las características de la Administración, como gestora del bien común, así como de la naturaleza del objeto que se pretende contratar (satisfacción de una necesidad pública), *“ya que la actuación del funcionario que ocupa el órgano cuyas atribuciones se ejercen en el caso particular está regulada por un conjunto de normas tendientes a evitar,*

---

<sup>127</sup> Brewer, A. Op. Cit., pág. 48 y ss.

<sup>128</sup> Ibid., pág. 49.

*precisamente, que su sola discreción sea la determinante para la selección del cocontratante*<sup>129</sup>.

Por tales motivos, están previstos una serie de mecanismos y recaudos tendentes a seleccionar el contratante de la Administración, quien a su vez debe cumplir con ciertos requisitos. A través de estos medios se pretende adoptar la solución más factible para la comunidad, contratando sólo con el particular que ofrezca a la Administración las condiciones más convenientes a esta y que además debe reunir determinadas cualidades que aseguren su idoneidad, para el cumplimiento de la prestación que se esta comprometiendo a realizar, tales como capacidad técnica, solvencia económica y moral, etc.<sup>130</sup>.

Asimismo observamos, que el contrato administrativo generalmente reviste la forma de un contrato de adhesión, en el cual la Administración llama a los particulares a colaborar con ella en la satisfacción de necesidades colectivas, estableciendo para ello, las condiciones en las cuales será sustentada esa colaboración, ya sea con reglas contenidas en las leyes respectivas, reglamentos administrativos y pliegos de condiciones generales y particulares. En consecuencia, sólo existe de manera excepcional la libertad del cocontratante para discutir esas condiciones, libertad que se reduce en la mayoría de los casos a contratar o a no contratar<sup>131</sup>.

#### **4. Puede producir efectos frente a los terceros:**

---

<sup>129</sup> Barra, R. y otros Op. cit., pág. 431.

<sup>130</sup> Ibid., pág. 432.

<sup>131</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 345.

Esto no ocurre en el derecho privado, por el contrario en los contratos administrativos pueden producirse efectos respecto de terceros extraños a la relación contractual.

En este sentido, BREWER considera que como consecuencia de ciertos contratos administrativos, en especial de las concesiones, en las cuales los terceros pueden quedar afectados por cargas específicas, por ejemplo, en las concesiones de hidrocarburos, el concesionario por subrogación de la potestad estatal podía ejercer la potestad de expropiar inmuebles de propiedad particular necesarios para la explotación y exploración del objeto de la concesión; en los contratos de obra pública, el cocontratante puede ocupar de manera temporal propiedades de terceros a los fines de cumplir con la construcción contratada, en fin en las concesiones de servicios públicos, los concesionarios tienen derecho a percibir las tasas por la prestación del servicio, y a ejercer potestades de policía del servicio público<sup>132</sup>.

LAUBADÈRE citado por BREWER destaca en este sentido que lo que se califica como efectos respecto de terceros *“no provienen, en realidad, del contrato Administración-Administrado, sino directamente de la ley”*<sup>133</sup>.

Refiriéndonos a esta posición de LAUBADÈRE observamos que en nuestro país, las leyes de Expropiación por Causa de Utilidad Pública, Minas, de Ferrocarriles, de Hidrocarburos, de la Procuraduría General de la República y los demás cuerpos normativos locales de servicios públicos, son los que prevén estos efectos respecto de terceros, en consecuencia no son los

---

<sup>132</sup> Brewer, A. Op. Cit., pág. 49 y ss.

<sup>133</sup> Ibid.

contratos los que tienen efectos respecto de los terceros, sino las previsiones legales respectivas concretadas en una relación contractual<sup>134</sup>.

Consideramos que las previsiones legales que afectan a terceros de la relación contractual, se pueden catalogar como una cuota de sacrificio que tiene el particular para lograr el bien común, el cual se materializa en este caso con la efectiva protección de un servicio público.

### **5. La inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*:**

Esta referida a que el contratista no tiene derecho a exceptuarse del cumplimiento de sus obligaciones en el caso de que la Administración no haya cumplido con las suyas, conforme a este criterio, aun cuando la Administración no cumpla con las obligaciones que ha asumido de manera contractual, el contratista por su parte, debe cumplir fielmente con su parte del contrato porque él *“ha tomado a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera y a costa de cualquier sacrificio”*<sup>135</sup>.

BERÇAITZ considera a la *exceptio non adimpleti contractus*, como otro de los elementos característicos de la “subordinación” en que se encuentra el cocontratante, toda vez que no puede ampararse en que la Administración haya dejado de cumplir con sus obligaciones para dejar de cumplir las suyas<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Ibid., pág. 50.

<sup>135</sup> Barra, R. y otros. Op. Cit., pág. 13.

<sup>136</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 370.

El particular ha tomado a su cargo la satisfacción de una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera, y en el caso de ocupación de un bien de dominio público para un fin específico, el particular tiene que ejecutar todos aquellos actos que hagan factible la satisfacción de las necesidades colectivas afectadas por esa ocupación<sup>137</sup>.

Es inaplicable esta excepción por parte de un particular, ya que siempre estará en juego un interés público superior a cualquier interés económico éste. El interés que importa satisfacer es el interés público, y el cocontratante que ha aceptado colaborar con la Administración pública en esa satisfacción, debe cumplir con ese deber a su cargo<sup>138</sup>, o como dice ESCOLA, *“si es realmente un colaborador debe aportar en todo momento su esfuerzo para que se alcance la finalidad del contrato (...) y los intereses generales que están comprometidos”*<sup>139</sup>.

#### **D. Elementos característicos de los contratos administrativos**

Como bien se conoce, el Derecho Administrativo tiene su origen en Francia, siendo los españoles quienes siguieron muy de cerca, el desarrollo de esta rama del derecho, tomando gran parte de los lineamientos establecidos en Francia, para desarrollarlos en su propio país. En razón de ello, para estudiar los elementos característicos de los contratos administrativos, así como de los contratos de derecho privado celebrados por la Administración, se hace necesario, en principio, realizar una revisión de la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como extranjera, para así establecer las diferencias existentes entre ambos.

---

<sup>137</sup> Ibid.

<sup>138</sup> Ibid.

<sup>139</sup> Ibid.

Señalan GARCÍA DE ENTERRIA Y FERNÁNDEZ<sup>140</sup>, que tanto en el Derecho Francés, como en el Español se ha realizado una calificación de los contratos celebrados por la Administración, en la cual parte de éstos contratos se califican como privados, por lo tanto su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria, mientras que los otros contratos son calificados como Administrativos, por ser regulados por el Derecho Administrativo, y revisados por la jurisdicción contencioso-administrativa.

La mencionada diferenciación de tipos contractuales se inicia como una simple distinción en el plano procesal y no tiene ningún tipo de relevancia en el plano sustantivo. El contrato es considerado como una actuación que realiza la Administración despojada del *imperium*, colocándose ésta al mismo nivel de los particulares, sin embargo por razones prácticas y de utilidad, se atribuye el conocimiento de algunos de estos contratos a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Consideran los mencionados autores, que *“A todo lo largo del siglo XIX, tanto la Ley como la doctrina y la jurisprudencia, lo mismo en Francia que en España, serán muy conscientes de que la única singularidad de los contratos administrativos es una singularidad de régimen jurisdiccional, que no afecta en ningún caso ni a su naturaleza ni a su regulación de fondo, que siguen siendo las propias de toda cuestión civil”*<sup>141</sup>.

En este sentido, son remitidos a la jurisdicción contencioso-administrativa aquellos contratos que se refieren a obras y servicio público, las razones

---

<sup>140</sup> García E. y Fernández. T. (2002). *Curso de Derecho Administrativo I* (11° ed). Madrid: Civitas. Pág. 683.

<sup>141</sup> Ibid., pág. 683.

prácticas por las cuales se remiten estos contratos a dicha jurisdicción es que ésta conoce mejor el funcionamiento de la Administración, lo cual tiene como consecuencia, que la decisión en estos casos sea más rápida que la que pudiesen dar los tribunales ordinarios.

Con relación a esta diferenciación, JÈZE citado por GARCÍA<sup>142</sup> señala que los contratos civiles suponen la existencia de la igualdad entre las partes contratantes, mientras que en el caso de los contratos administrativos las partes se encuentran en desigualdad de condiciones, ya que una de ellas representa el interés general, es decir, el servicio público, y la otra solamente representa su interés propio. En razón de ello, la Administración, que es titular del servicio público está en la obligación de realizar todo lo necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio.

Se observa, que no sólo la desigualdad entre las partes contratantes, pasa a ser un elemento característico de los contratos administrativos, pues también lo constituye la posibilidad que tiene la Administración de modificar, la contratación, es decir, el *ius variandi* que se manifiesta sólo cuando los intereses superiores que representa así lo justifiquen.

Finalmente, otro de los elementos que se ha considerado como identificadores de los contratos administrativos son las cláusulas exorbitantes, pues bien, a estos contratos se aplica un régimen de Derecho Público, dándoseles un tratamiento diferente a los contratos privados, a los cuales se les imponen las prerrogativas de la Administración, que en caso de no estar contenidas de forma expresa en el contrato, se consideran que están implícitas en éstos.

---

<sup>142</sup> Ibid., pág. 685.

Esta es la forma como se inicia el estudio de los contratos administrativos, en principio, se le daba un tratamiento igual, a todos los contratos celebrados por la Administración, posteriormente, se comienza a realizar una distinción, pero solamente con finalidades prácticas, pues resultaba más rápido como se señaló anteriormente, que la jurisdicción contencioso-administrativa conociera de los asuntos relativos a las obras y servicios públicos (ya que dominan de mejor forma la materia Administrativa que los tribunales civiles). Posteriormente, se desarrolló una diferencia más allá de la práctica, y es como se verá a continuación, el comienzo de muchas teorías que se han manejado con relación a los contratos que celebra la Administración.

Para BERÇAITZ la naturaleza de este contrato administrativo *“está determinada por el fin que el Estado se propone alcanzar con él o por la necesidades colectivas que puede afectar, de donde derivan una serie de consecuencias particularísimas que más adelante analizaremos y que lo colocan ineludiblemente bajo el imperio de normas de derecho público, normas que lo rigen inclusive en los elementos patrimoniales que lo integran, aun cuando subsidiariamente puedan aplicársele normas de las cuales se ha apropiado el derecho privado, por primogenitura, incompatible con su propia esencia”*.<sup>143</sup>

MARIENHOFF por su parte, nos señala que existen variados criterios para distinguir a los contratos administrativos de los contratos privados que celebra la Administración, entre los cuales tenemos:

- i. Una de las partes que celebra el contrato debe ser la Administración.

---

<sup>143</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 187.



- ii. Son Administrativos cuando así lo determine el legislador.
- iii. Son contratos Administrativos cuando el órgano competente para dirimir los litigios sea el tribunal contencioso-administrativo.
- iv. Cuando las partes lo califiquen como Administrativo.
- v. Cuando la prestación del cocontratante esté destinada a asegurar el funcionamiento de un servicio público.
- vi. El carácter de administrativo de un contrato no puede derivarse de que la facultad para llevarlo a cabo surja de una ley administrativa.
- vii. Contrato Administrativo es aquél que involucra prerrogativas para la Administración, que se manifiestan en las cláusulas exorbitantes del derecho privado.
- viii. Contrato Administrativo es aquel cuyo objeto sea el servicio público o la utilidad pública<sup>144</sup>.

Continúa señalando el citado autor, que ninguno de los criterios antes mencionados por sí solos son suficientes para determinar cuando un contrato es Administrativo o no *“los contratos de la Administración pueden ser ‘administrativos’, stricto sensu, por dos razones: 1º por su ‘objeto’, en cuyo caso aparejan cláusulas virtuales o implícitas exorbitantes de derecho privado; 2º cuando, no siendo ‘administrativos’ por su objeto, contengan cláusulas ‘expresas’ exorbitantes del derecho privado”*<sup>145</sup>.

CAYUELA precisa en este sentido, que para que un contrato sea administrativo *“es necesario que se den dos elementos: un elemento subjetivo y otro objetivo. Por un lado, es condición sine qua non que uno de los sujetos o partes del contrato sea un sujeto o Entidad Pública y, por otra parte, el elemento objetivo del contrato ha de ser la persecución de una finalidad pública concreta propia del giro del órgano contratante”*<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Marienhoff. M. Op. Cit., pág. 53.

<sup>145</sup> Ibid., pág. 53.

<sup>146</sup> Cayuela, L. Op. Cit., pág. 83

Así las cosas, los contratos administrativos tienen elementos comunes al contrato de derecho privado pero con variantes que dependen de su contenido, de su fin, de los distintos intereses que afecta y de su régimen jurídico propio.

En Venezuela, la jurisprudencia ha sido la encargada de preceptuar los elementos que distinguen los contratos administrativos de los contratos de derecho privado celebrados por la Administración, así vemos que en reiteradas oportunidades la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha establecido que los contratos serán administrativos cuando: a) una de las partes contratantes sea una persona jurídica estatal (ente público contratante); b) el objeto se relacione con la prestación de un servicio; y c) contengan cláusulas exorbitantes<sup>147</sup>.

Establecidas las premisas que determinan los elementos característicos de los contratos administrativos, es importante señalar, que se han establecido diversos criterios a los fines de diferenciar los contratos administrativos de los contratos de derecho privado, en tal sentido, consideramos relevante estudiar de manera especial la clasificación realizada por BERÇAITZ<sup>148</sup>, quien se encarga de agrupar los diferentes criterios o teorías que estudian estos elementos diferenciadores de la siguiente forma: a) criterio subjetivo; b) criterio de la jurisdicción; c) criterio formal; d) teoría del servicio público; e) teoría del contrato administrativo por su naturaleza; f) teoría del fin de la utilidad pública; y g) teoría de la cláusula exorbitante:

---

<sup>147</sup> Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de fecha 13 de julio de 2000, (caso: Inversiones Luixu 2051, C.A.).

<sup>148</sup> Ibid., pág. 190.

En tal sentido, de seguidas, analizaremos cada uno de los elementos que de manera general han sido señalados tanto por la doctrina patria como extranjera, a los fines de precisar la diferencia existente entre los contratos administrativos los contratos privados celebrados por la Administración, elementos éstos que serán ubicados respectivamente dentro de “teorías” o “criterios” –al igual que BERÇAITZ–, a los fines de facilitar la investigación:

### 1. Criterio subjetivo

Los sujetos de los contratos públicos son “la Administración Pública” en cualquiera de sus grados o clases y “los particulares”, individual o colectivamente, o también la Administración, es decir, pueden ser sujetos de la contratación administrativa: las personas físicas o naturales, las personas jurídicas privadas que en el caso ejerzan función administrativa por delegación estatal y las personas jurídicas públicas, estatales o no estatales. En todos los casos los principios aplicables son los mismos, las reglas son análogas, pues siempre será parte un órgano estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa.

Según este criterio son contratos administrativos, *“aquellos en los cuales el estado es parte, aquellos que se concluyen con la Administración pública, o los concluidos por ésta obrando como poder público”*<sup>149</sup>. En consecuencia para que un contrato sea catalogado como administrativo, es necesario que una de las partes sea un órgano de la Administración Pública.

En lo que respecta a la posibilidad de que las personas jurídicas estatales puedan celebrar contratos administrativos BADELL considera que *“si bien de*

---

<sup>149</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 190.

*acuerdo a la doctrina más autorizada las personas jurídicas estatales con formas de derecho privado no celebran –en principio– contratos administrativos, y ello se comprende en virtud de que generalmente los fines que persiguen esas organizaciones estatales son fundamentalmente de carácter privado, es lo cierto que mediante la descentralización de competencias administrativas, es posible que, por intermedio de una disposición legal, se transfiera a tales personas jurídicas de derecho privado la posibilidad de celebrar contratos en materias de servicios públicos, en cuyo caso el eventual contrato que celebre en ejecución de esa competencia pública tendrá carácter administrativo”<sup>150</sup>.*

Cuando hablamos de los particulares (contratistas) de la Administración Pública, nos referimos a las personas privadas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, las personas públicas estatales y las personas públicas no estatales. En el contrato de concesión de servicios públicos, obra pública, suministro, etc., generalmente se tratará de una persona jurídica, aun cuando nada obsta para que sea una persona física.

Es importante señalar al momento de referirnos al elemento subjetivo, que el mismo se encuentra integrado por los conceptos "competencia" y "capacidad", toda vez que ambos atañen a la validez del contrato, pues se exige que los sujetos contratantes tengan aptitud legal para celebrar y ejecutar el contrato. Por lo tanto, como presupuestos del consentimiento, se exige la capacidad jurídica del contratista de la Administración y la competencia del órgano estatal o del ente que ejerce la función administrativa.

---

<sup>150</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 54 y ss.

La formación de la voluntad contractual se produce al otorgar los contratantes su consentimiento mediante el procedimiento legal y reglamentario correspondiente, pues la voluntad estatal debe expresarse según las formas especiales que el derecho público prevé, las cuales están constituidas por:

- i) Capacidad jurídica del contratista. Mediante la cual se determina que podrán ser contratistas las personas naturales o jurídicas que se hallen en plena posesión de su capacidad jurídica y de obrar. El artículo 1144 del Código Civil<sup>151</sup> establece expresamente quiénes no pueden contratar. Así carecen de capacidad los incapaces absolutos y los incapaces relativos en los casos en que les está prohibido. Estos incapaces pueden contratar a través de sus representantes legales.
  
- ii) Competencia de la Administración contratante: La competencia del órgano estatal para contratar se extiende a la facultad que tiene por ejemplo para aprobar y modificar los pliegos de condiciones; suspender el procedimiento de selección; adjudicar, acordar la recepción definitiva, disponer la resolución y rescisión contractual, etc.

En otro orden de ideas, observamos que en Francia si bien de manera excepcional es aceptable la posibilidad de que se considere como administrativo al contrato celebrado entre dos particulares, cuando el objeto del contrato guarde relación con el servicio público confiado a uno de los contratantes –decisión tomada en el caso Peyrot del 8 de julio de 1963–, no obstante la jurisprudencia ha limitado cada vez más esa posibilidad

---

<sup>151</sup> Código Civil de Venezuela. (CCV, 1982). Gaceta Oficial de Venezuela N° 2.990 (Extraordinaria), 26 de Julio de 1982.

restringiéndola a los casos relacionados con las obras de vialidad. Sin embargo, se acepta la posibilidad de que un mandatario en representación del Estado contrate con un particular la ejecución de un servicio público, caso en el cual se considera un contrato administrativo (decisión del Consejo de Estado de 30 de mayo de 1975, caso: *Sté d' équipement de la région montpelliéraine*)<sup>152</sup>.

Este criterio en opinión de CASSAGNE resulta fácilmente desechable, por cuanto la presencia de la Administración en un contrato no es suficiente a los fines de calificarlo de “contrato administrativo”, toda vez que éste, *“aparte que puede acudir a las formas y técnicas de contratación privada, celebra también contratos con otras entidades estatales descentralizadas que no ostentan un régimen jurídico similar”*<sup>153</sup>.

Consideramos respecto de esta teoría, fundamentada en el hecho de que un contrato será administrativo cuando una de las partes sea el Estado, actuando como poder público, que lo único cierto de la misma, es el hecho de que para que exista un contrato administrativo una de las partes involucradas obligatoriamente debe ser el Estado, toda vez que no es factible un contrato administrativo entre particulares.

## **2. Teoría del servicio público:**

En Francia el Tribunal de Conflictos, en su celebre fallo del caso Blanco, asentó un rudo golpe a la teoría de los actos de autoridad y de gestión, al declarar que correspondía intervenir al Consejo de Estado en todos los

---

<sup>152</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 26.

<sup>153</sup> Barra, R. y otros. Op. Cit., pág. 30.

juicios en que se reclamara una indemnización como consecuencia de un cuasidelito ocurrido con ocasión de la prestación de un servicio público<sup>154</sup>.

No obstante ello, todo lo relativo a los contratos quedaba mientras tanto en manos de la jurisdicción civil, así se llega al caso TERRIER, en el cual tal y como señaláramos en el primer capítulo de esta investigación, se reclamó un pago por la matanza de víboras, debido al crédito de 200 francos otorgado por el Consejo General de SAONE-ET-LOIRE, a los fines de conceder una prima de 25 céntimos a quien matara una víbora. Agotado el crédito de 200 francos se presentó el señor TERRIER y reclamó el pago por las serpientes que él había matado<sup>155</sup>.

Al respecto el Consejo de Estado precisó que correspondía *“a la jurisdicción establecer, para las personas públicas locales, o aun para el Estado, en qué casos se halla en presencia de un servicio público funcionando con sus reglas propias y su carácter administrativo, o al contrario, ante actos que, interesando a toda la comunidad, teniendo la forma de gestión privada, se mantienen exclusivamente en el terreno de las relaciones de particular a particular, en las condiciones del derecho privado”*<sup>156</sup>.

Años más tarde, en el caso THÉRON, la Municipalidad de Montpellier concluyó un compromiso por la captura de perros sueltos o gatos errantes, planteado el conflicto entre la Municipalidad y el señor THÉRON el Consejo de Estado de Francia declaró su competencia sosteniendo que la Municipalidad había procedido *“teniendo en vista la higiene y la seguridad*

---

<sup>154</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 195.

<sup>155</sup> *ibid.*

<sup>156</sup> *Ibid.*, pág. 196.

*de la población, y ha tenido en consecuencia, como fin, asegurar un servicio público*<sup>157</sup>.

Para DUGUIT esta es su doctrina pura, considerando al efecto que *“si hay contratos que dan lugar a la competencia de los tribunales administrativos eso no puede ser más que en razón del fin en vista del cual ellos son hechos (...). No hay diferencia en cuanto al fondo entre un contrato civil y un contrato administrativo. Lo que da a un contrato carácter administrativo y funda la competencia de los tribunales administrativos, es el fin del servicio público en vista del cual es hecho*<sup>158</sup>.

Este elemento “servicio público” relacionado íntimamente al objeto del contrato, resulta fundamental a los fines de determinar *¿qué contrato de los celebrados por la Administración reviste el carácter de contrato administrativo?*, la respuesta a esta pregunta otorga tal carácter, en este sentido serán contratos administrativos aquellos cuyo objeto sea “asociar” o “confiar” al cocontratante la realización de una actividad relacionada con la prestación de un servicio público.

MARIENHOFF considera al respecto, que un contrato será administrativo en razón del objeto:

“1. Cuando, tratándose de una prestación a cargo del cocontratante (contrato de ‘colaboración’), dicha prestación se relacione, directa e indirectamente, con alguna de las funciones esenciales o específicas del Estado, con los ‘fines públicos’ propios de éste.

2. Cuando tratándose de una prestación a cargo de la administración Pública (‘Estado’) –contrato de ‘atribución’-,

---

<sup>157</sup> Ibid., pág. 197.

<sup>158</sup> Ibid.



la prestación se refiere a un objeto que, dentro de lo jurídicamente posible como acto convencional o contractual, excluya la posibilidad de ser materia de un contrato entre particulares, sea por tratarse de un contrato cuya finalidad sea exclusiva del Estado, sea por tratarse de un objeto o de una figura jurídica que, perteneciendo exclusivamente al trato o comercio del derecho público, resulta insusceptible de ser utilizado en las convenciones o contratos que celebren los particulares entre si (...). También aquí el carácter 'administrativo' del contrato es obvio, porque en cumplimiento de sus funciones esenciales o específicas – fines públicos stricto sensu– la Administración, desenvuelve su actividad en el campo del derecho público, actuando como órgano estatal propiamente dicho. El derecho privado o común no interviene para regular este tipo de relaciones contractuales”<sup>159</sup>.

Igualmente señala, que el criterio basado en el servicio público requiere la aclaración de dos cuestiones: 1) Qué debe entenderse por servicio público; y 2) Qué grado de vinculación debe tener el contrato con el servicio público, formulándose respecto de este último término la interrogante, de cómo debe manifestarse la actividad del cocontratante “¿en forma directa, inmediata, personal o indirecta, mediata, impersonal?”<sup>160</sup>.

Con respecto de la interrogante ¿qué ha de entenderse por servicio público? BERÇAITZ señala que en la opinión de MARIENHOFF se omitió señalar “*una noción conceptual concreta por considerar innecesario hacer referencia ‘al alcance que debe dársele a la expresión ‘servicio publico’ ..., pues el ‘servicio público’ sólo debe considerarse en cuanto ‘integre’ o pueda integrar las funciones esenciales y específicas del estado, los ‘fines públicos’ propios de éste coincidiendo con tales finalidades*”<sup>161</sup>. No obstante ello, igualmente

---

<sup>159</sup> Marienhoff, M. Op. Cit., pág. 57 y ss.

<sup>160</sup> Ibid., pág. 54.

<sup>161</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 200.

expresa que la noción conceptual del servicio público es muy controvertida en el terreno doctrinal.

CAYUELA como exponente de la doctrina española, en la cual ya existe una legislación que rige toda la materia de los contratos administrativos, considera que el elemento objetivo del contrato administrativo puede ser entendido en un doble sentido:

“a) Desde un punto de vista concreto y específico podemos considerar que el objeto de los contratos administrativos se asimila a la clasificación que por su objeto directo efectúa la LCAP. Así, el objeto del contrato sería, según los casos: una obra pública, la gestión de servicios públicos, la prestación de suministros, la consultoría y asistencia, los servicios, los trabajos específicos y concretos no habituales, amén de la posibilidad de celebración de contratos mixtos o contratos especiales.

b) Pero desde un punto de vista más amplio y general, conviene tener en cuenta los requisitos que para el objeto de los contratos ha elaborado el derecho privado. Así, el Código Civil en sus artículos 1.271 a 1.273 dispone que el objeto debe ser posible, lícito y determinado (o determinable), de forma que no podrán celebrarse contratos en los que la prestación del contratista quede condicionada por indicaciones administrativas después de su celebración. En este mismo sentido, el artículo 13 de la LCAP dispone que el objeto debe ser determinado y, además, le confiere una concepción finalista, ya que se exige que en el expediente deban justificarse los fines del servicio público correspondiente”<sup>162</sup>.

Es de hacer notar, que las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de los contratos privados, pero sí pueden serlo de los contratos de la Administración, como ocurre con los bienes del dominio público; por ejemplo,

---

<sup>162</sup> Cayuela, L. (1997). **Los Contratos de las Administraciones Públicas** (3ª. ed.). Madrid: Estudios Financieros. Pág. 137.

una concesión de uso especial de la dominialidad pública. En el contrato administrativo la Administración, durante la ejecución de él, puede variar unilateralmente, dentro de ciertos límites, y en razón del interés público el objeto del contrato. En fin el contenido del contrato debe ajustarse estrictamente a las normas del derecho objetivo, debiendo el objeto ser cierto, posible, determinable o determinado y lícito, siendo nulo el contrato que contenga un objeto ilícito.

Por su parte LAUBADÈRE, citado por BERÇAITZ distingue distintas modalidades de vinculación del contrato administrativo con el servicio público, ubicándolos en tres grupos a saber: 1) Los contratos en los cuales el particular está asociado a la gestión misma del servicio público; él se obliga frente a la Administración a hacer funcionar el servicio público. 2) Los contratos en los cuales el particular se obliga a proveer a la Administración, una prestación destinada a ayudarla en hacer funcionar el servicio público. 3) Los contratos en los cuales, al contrario, el servicio público se obliga a proveer prestaciones al particular cocontratante<sup>163</sup>.

BERÇAITZ disiente de la teoría del servicio público, por considerar que no obstante ser un criterio superior sobre el criterio formal, de la jurisdicción y el subjetivo, establecidos con la finalidad de diferenciar a los contratos administrativos, “*evidenció inmediatamente su impotencia para resolver el problema*”<sup>164</sup>, considerando al efecto, que en Francia en el caso TERRIER se precisó la existencia de contratos relativos a servicios públicos en los cuales la Administración no invoca el beneficio de su situación de persona pública y se coloca de manera voluntaria en las condiciones de un particular. Luego, en el caso COMPAGNIE DE ASSURANCES LE SOLEIL se decidió que la locación

---

<sup>163</sup> Ibid., pág. 201.

<sup>164</sup> Ibid., pág. 198.

de un inmueble para el alojamiento de militares, no constituía, a pesar de su fin de servicio público, un contrato administrativo<sup>165</sup>.

Posteriormente, el gobierno de LÉON BLUM en SOCIÉTÉ DE GRANITS DE MILLE y en SOCIÉTÉ DE GRANITS PORFIROIDES DES VOSGES, se pronunció de manera semejante al señalar:

“Cuando se trata de contrato, hay que buscar, no en vista de qué objeto ese contrato se ha concluido, sino qué es ese contrato por su naturaleza misma”. (...) “Para que el juez administrativo sea competente, no es suficiente que la provisión objeto del contrato, deba utilizarse de inmediato en un servicio público; es necesario que ese contrato por sí mismo y por su naturaleza propia, sea de esos que sólo puede concluir una persona pública; que sea por su forma y su contextura, un contrato administrativo”<sup>166</sup>.

Concluye este autor, que el servicio público cuya satisfacción es perseguida con la ejecución de un contrato, no es suficiente para determinar que un contrato es administrativo, ni su esencia es suficiente para excluirlo de sus cuadros, caracterizándolo sin otras discriminaciones, pura y simplemente como contrato de derecho privado<sup>167</sup>.

Por su parte CASSAGNE considera que el criterio del servicio público es inconveniente para centrar en él la noción conceptual del contrato administrativo, bien porque la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre los alcances del concepto, o bien por la aparición de los llamados en Francia

---

<sup>165</sup> Ibid.

<sup>166</sup> Ibid., pág. 199.

<sup>167</sup> Ibid., pág. 204.

*“servicios públicos industriales o comerciales”*, que en un principio se encuentra sometida a las reglas de Derecho Privado<sup>168</sup>.

A manera de conclusión, consideramos que, el hecho de que el objeto tenga directa e inmediata relación con la prestación de un servicio público, y que éste sirva para diferenciar a los contratos administrativos de los contratos privados celebrados por la Administración, constituye el elemento más importante al momento de determinar si un contrato es administrativo o no, teniendo inclusive preeminencia sobre las cláusulas exorbitantes, o en palabras de BADELL, *“este elemento más que una causa debe considerarse efecto de la condición administrativa del contrato”*<sup>169</sup>.

### **3. Teoría del fin de “utilidad pública”:**

Los conceptos de “servicio público” y “utilidad pública” para MARIENHOFF son útiles a los fines de la distinguir los contratos administrativos de los contratos privados celebrados por la Administración, pero no se puede limitar la existencia de los contratos administrativos al servicio público o a la utilidad pública, agrega en este sentido que el concepto de contrato administrativo puede integrarse con el servicio público y con la utilidad pública, pero es un concepto más amplio; tanto es así que no todos los contratos administrativos tienen en cuenta el servicio público, *stricto sensu*, ni la utilidad pública, pues bien puede tratarse de la utilidad privada<sup>170</sup>.

Algunos autores consideran que lo determinante del contrato administrativo es una prestación de utilidad pública, sin perjuicio de otros elementos que lo

---

<sup>168</sup> Barra, R. y otros. Op. Cit., pág. 32.

<sup>169</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 66.

<sup>170</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 206.

integran, tales como la intervención de un sujeto de derecho público y la posibilidad de que la Administración pueda variar de manera unilateral el convenio<sup>171</sup>.

El concepto restringido del servicio público es ampliado por el fin de utilidad pública que se le otorga al contrato administrativo. Esta teoría es rechazada igualmente por BERÇAITZ, por considerar que puede ser objeto de la mayor parte de las críticas realizadas a la teoría del servicio público<sup>172</sup>.

Por su parte BIELSA, señala que la prestación de utilidad pública constituye el objeto del contrato administrativo, a la par de que la Administración sea uno de los sujetos de la relación contractual, no obstante, fuera de lo impreciso de la noción de utilidad pública *“es evidente que muchos contratos administrativos (concesión de uso de un bien del dominio público) no persiguen fines de utilidad pública y se encuentran dentro del ámbito de la función administrativa”*<sup>173</sup>.

Respecto de esta teoría, fundamentada en el hecho de que estamos en presencia de un contrato administrativo cuando la prestación a cargo del cocontratante sea de utilidad pública, consideramos que aún cuando la utilidad pública sea una noción más amplia que la de servicio público, se merece algunas críticas, ya que hay contratos administrativos en los cuales su contenido no tiene ninguna relación con la utilidad pública.

---

<sup>171</sup> Ibid.

<sup>172</sup> Ibid., pág. 207.

<sup>173</sup> Barra, R. y otros. Op. Cit., pág. 32.

#### 4. Teoría de la cláusula exorbitante:

Para que exista un contrato administrativo se requieren dos voluntades que concurren a su formación, una de ellas es la de la Administración y la otra la del contratista, es decir que se exige para la validez del contrato, por un lado, la competencia del órgano que ejerce la función administrativa, y por otro, la capacidad del contratista. El consentimiento es un recaudo existencial del acto que importa la manifestación de voluntad coincidente de las partes como expresión de la voluntad válida común, determinando la existencia del contrato.

El contrato es entonces un negocio bilateral resultante de manifestaciones provenientes de dos o más partes, en el cual las modalidades propias del derecho administrativo y la finalidad de la actividad de la Administración Pública, hacen que la conjunción de voluntades generalmente se opere adhiriéndose el administrado contratista a cláusulas prefijadas por el Estado para los respectivos casos, operando en tales casos la fusión de voluntades sin discusión, por adhesión del administrado (contratante adherente), quien se limita a aceptar las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el Estado, no obstante la falta de discusión de las cláusulas del contrato no impide que éste exista, aunque en él prevalezcan cláusulas reglamentarias (por ejemplo, pliego de condiciones)<sup>174</sup>.

Estas cláusulas son conocidas como cláusulas exorbitantes, las cuales constituyen otro de los criterios invocados por la jurisprudencia a los fines de distinguir los contratos administrativos y los de derecho común.

---

<sup>174</sup> Noillet, A. **Contratos Administrativos. Selección del Contratante.** (En línea). Disponible en: <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. [Consulta: 2006, Enero 3].

Esta figura tiene igualmente su origen en el derecho francés, el cual las define como estipulaciones *“cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales”* o *“cláusulas que por su naturaleza difieren de aquellas que pueden insertarse en un contrato análogo de Derecho civil”*<sup>175</sup>.

Así pues, en vista de la insuficiencia que presentaba la teoría del servicio público, como criterio determinante del contrato administrativo provocó en la doctrina y la jurisprudencia francesa la aparición de una corriente que creyó encontrar la solución a este problema, al advertir la presencia en la mayoría de los contratos administrativos de cláusulas exorbitantes de derecho común<sup>176</sup>.

Igualmente observamos que en 1983 PAUL AMSELEK citado por CABALLERO<sup>177</sup> había puesto de manifiesto *“que la sumisión del contrato administrativo a un régimen exorbitante no era propiamente un criterio que lo calificase, sino su noción misma”*, y el Tribunal de Conflictos para finales del siglo XIX afirmaba *“que basta la presencia de una cláusula exorbitante para calificar a un contrato como administrativo”*<sup>178</sup>.

En el fallo dictado por el Consejo de Estado el 23 de diciembre de 1921, en el recurso promovido por la *Société Générale d'Armements* el comisario de gobierno Rivet señaló que *“el interés general en vista del cual se ha concluido la convención, importa frecuentemente exigencias particulares de*

---

<sup>175</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 62

<sup>176</sup> Barra, R. y otros. Op. Cit., pág. 32.

<sup>177</sup> Caballero, J. Op. Cit., pág. 1768.

<sup>178</sup> Ibid.



*las que resulta la elaboración de las cláusulas exorbitantes del derecho común*<sup>179</sup>.

En Francia, incluso se llegó a expresar que un contrato es “administrativo” cuando contiene una cláusula exorbitante, sin que sea un requisito que éste tenga por objeto la prestación de un servicio público por el particular contratante (C.E. 23 de diciembre de 1953. Dame Vve. Lillo), quedan exceptuados de ésta afirmación los contratos firmados por un servicio público industrial y comercial con un usuario, ya que éstos se presumen de derecho privado aun cuando posean cláusulas exorbitantes. (T.C. 26 de mayo de 1954. Capitaine du navire Tropembourg y C.E. 13 de octubre de 1961. Etablissements Campanon-Rey)<sup>180</sup>.

Para MARIENHOFF una cláusula puede resultar exorbitante del derecho privado *“cuando ella sea inusual en los contratos de derecho común, o cuando su inserción en éstos resulte ilícita por contrariar el orden público”*<sup>181</sup>.

Señala este autor, que inclusive, si en un contrato de naturaleza privada que celebre la Administración se introducen de modo expreso tales cláusulas exorbitantes, convierte a dicho contrato en administrativo porque se le reconocen a la Administración prerrogativas de poder que no se conciben en los contratos entre personas particulares. Empero, tales prerrogativas se justifican sólo para servir el interés general<sup>182</sup>.

BERÇAITZ por su parte indica que la cláusula exorbitante es *“la exteriorización de algo que todo contrato administrativo lleva en su seno y que, llegado el*

---

<sup>179</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 207.

<sup>180</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 62.

<sup>181</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 212.

<sup>182</sup> Ibid.

*caso, esté escrito o no esté escrito expresamente, se materializa en reglas jurídicas de carácter excepcional*<sup>183</sup>.

En virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control excepcional, toda vez que puede modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etc. En consecuencia, los límites de estas cláusulas están señalados por la juridicidad de la actividad administrativa, tanto en su aspecto reglado como en el discrecional<sup>184</sup>.

Estas cláusulas han sido definidas en Venezuela por la jurisprudencia como aquellas que *“constituyen expresiones de potestades o prerrogativas que le corresponden a la administración en cuanto ella ejercita su capacidad para actuar en el campo de Derecho Público”* son cláusulas *“que insertas en un contrato de derecho común, resultarían inusuales o ilícitas por contrariar la libertad contractual”*<sup>185</sup>.

La Sala Político Administrativa de nuestro Máximo Tribunal, ha establecido la teoría de las cláusulas exorbitantes, como criterio determinante a los fines de determinar cuando un contrato es administrativo, así observamos que en la sentencia del 23 de enero de 1993 (caso: Hotel Isla de Coche II fue analizado el contenido y significado de las referidas cláusulas, disponiendo al efecto:

“dentro de los criterios utilizados para conceptuar el contrato administrativo y distinguirlo de los contratos de derecho

---

<sup>183</sup> Ibid., pág. 222.

<sup>184</sup> Noillet, A. Op cit.

<sup>185</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 63 y ss.

privado que celebra la administración se encuentra en la Teoría de las Cláusulas Exorbitantes que como su nombre lo indica, alude a las estipulaciones creadoras de privilegios de la Administración que rompen el principio de igualdad de las partes en la contratación, de tal naturaleza que de figurar en un contrato de derecho privado estarían afectadas de nulidad e incluso incidirían en el mismo sentido sobre la totalidad del contrato. El motivo por el cual se incluyen y justifican dichas cláusulas radica en la necesidad de la Administración de ejercer su potestad de supremacía en una relación contractual específica para así tutelar mejor los intereses que le han sido asignados<sup>186</sup>”.

En este mismo orden de ideas, es importante señalar que no constituye una regla el hecho de que las cláusulas exorbitantes se traduzcan en beneficios, privilegios o ventajas para la Administración, toda vez que si es necesario para cumplir con el objeto de contrato, excepcionalmente pueden ser establecidas a favor del particular contratante, así fue establecido en decisión de la Sala Político-Administrativa del 11 de agosto de 1983 (caso: Cervecería de Oriente, C.A.), en la cual se reconoció que las cláusulas exorbitantes era aquellas *“que consagraban en el convenio a favor o en contra de la administración un régimen excepcional por comparación al de Derecho Privado”*<sup>187</sup>.

Respecto a las cláusulas exorbitantes, consideramos que el contrato administrativo se caracteriza por contener las mismas, quedando desvirtuada la igualdad de las partes, ya que por ley se establece que debe prevalecer la Administración, en particular respecto de la interpretación, modificación y rescisión de los contratos, además de que en muchos casos el particular no está en condiciones de discutir el contenido de la mayoría de las cláusulas

---

<sup>186</sup> Ibid., pág. 63 y ss.

<sup>187</sup> Ibid., pág. 64.

que por ley deben contener los contratos, así como también está sometido a las facultades de fiscalización y control que la ley establece.

BERÇAITZ clasifica a las cláusulas exorbitantes en dos grandes grupos:

- 1) aquellas por las cuales la administración pública se atribuye sobre su cocontratante, derechos que un particular no podría atribuirse en ningún contrato, porque las leyes no lo autorizan para hacerlo;
- 2) aquellas por las cuales la Administración pública otorga a su cocontratante poderes respecto a terceros, que un particular no podría conferir en ningún contrato, porque las leyes en vigor lo invalidarían<sup>188</sup>

Concluyendo al respecto –el citado autor- con la afirmación, de que si el contrato celebrado por la Administración contiene las anteriores cláusulas agrupadas en éstos dos grupos, el contrato será administrativo, por el contrario, si el contrato no las contiene será de derecho privado<sup>189</sup>.

En lo que respecta a las críticas que se realizan a la teoría de las cláusulas exorbitantes a los fines de diferenciar los contratos administrativos de los contratos de derecho privado, BERÇAITZ señala que se han realizado dos clases de objeciones, en primer termino, *“un contrato será administrativo o no, según que las partes lo deseen o no. En segundo lugar, pueden existir contratos administrativos que no contengan entre sus cláusulas ninguna que sea exorbitante del derecho privado, o remita a un reglamento o a un pliego de condiciones –cahier de charges– que contenga disposiciones que excedan la orbita del derecho común”*<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 213.

<sup>189</sup> Ibid.

<sup>190</sup> Ibid.

Por último, éste autor concluye su opinión respecto de las cláusulas exorbitantes como elemento diferenciador de los contratos administrativos, indicando que:

“cuando un contrato no contenga cláusulas exorbitantes del derecho privado que permitan diferenciarlo como administrativo, será preciso analizar si su no ejecución estricta en la forma pactada, o su ejecución pura y simple, puede afectar un interés público superior de la colectividad. Si puede llegar a afectarlo, será igualmente un contrato administrativo, ya que, pese a la ausencia de toda cláusula exorbitante, la Administración pública podrá modificarlo, ejecutarlo, hacerlo ejecutar, revocarlo o declararlo caduco, por sí y ante sí, directa y unilateralmente”<sup>191</sup>.

El criterio de la cláusula exorbitante ha sido objeto de muchas críticas, por el hecho de considerar que un contrato sería administrativo si las partes la incluían o no. CASSAGNE opina al respecto, que no siempre acontece éste supuesto, por cuanto pueden encontrarse presentes aun en los contratos parcialmente reglados por el derecho privado; pero de todas formas, la afirmación sería válida cuando la Administración actué únicamente en el campo del Derecho Público<sup>192</sup>.

Respecto de esta teoría, en la cual se exige la presencia en el texto del contrato de las cláusulas exorbitantes, consideramos que la misma resulta insuficiente, toda vez que existen contratos administrativos en los que no se encuentran presentes de manera expresa las cláusulas exorbitantes.

---

<sup>191</sup> Ibid., pág. 224.

<sup>192</sup> Barra, R. y otros. Op. Cit., pág. 33.

## 5. Criterio formal

Al hablar de este criterio debemos en primer lugar distinguir entre las formalidades y la forma en los contratos administrativos. Las formalidades son los recaudos que han de observarse para la celebración del contrato. Pueden ser anteriores (pliego de condiciones), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (aprobación), al encuentro de ambas voluntades. La forma es uno de los elementos del contrato que se refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual.

La no observancia respecto de las formas prescriptas por leyes y reglamentos para instrumentalizar los contratos administrativos, vicia de invalidez a éstos.

La verificación o demostración de la relación jurídica depende de que los contratos tengan o no una forma determinada. En ese caso, no se juzgarán probados si no estuvieren formalizados en la forma prescripta. El perfeccionamiento de los contratos depende del derecho positivo, podemos señalar las siguientes formas:

- a) La manifestación recíproca de voluntad de los contratantes;
- b) La notificación o comunicación fehaciente de la aceptación, adjudicación, por parte de la Administración;
- c) La formalización escrita o instrumentación,
- d) La autorización o aprobación del contrato por otro órgano administrativo o por el órgano legislativo.

Esta forma de distinción en opinión de FERNÁNDEZ DE VELAZCO citado por BERÇAITZ constituye otro criterio que se ha utilizado a los fines de distinguir el

contrato administrativo del contrato privado, constituido por el procedimiento empleado por la Administración pública para su concertación<sup>193</sup>.

BERÇAITZ disiente de este criterio diferenciador, por considerar que es totalmente insuficiente a los fines perseguidos, y carece además de base jurídica<sup>194</sup>.

Por su parte CASSAGNE también discrepa de este criterio sostenido por la antigua doctrina española, por considerar, que cuando la Administración Pública celebra un contrato parcialmente reglado por el Derecho Privado pueden ser aplicados los requisitos formales del Derecho Público *“sin perjuicio de la mayor o menor aplicación del principio de la libertad formal, cuando la elección de la forma fuera discrecional para la administración Pública”*<sup>195</sup>.

Consideramos en relación a esta teoría, fundamentada en que a los fines de diferenciar los contratos administrativos de los contratos privados celebrados por la Administración, se debe analizar el procedimiento seguido por el Estado para la celebración y formalización de ese contrato, que la misma resulta inaceptable, porque en algunos de los contratos de derecho privado, la Administración Pública también sigue el procedimiento licitatorio.

## **6. Criterio de la jurisdicción**

Algunos autores son partidarios de este criterio a los fines de diferenciar los contratos administrativos, sostienen que son contratos administrativos,

---

<sup>193</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 192.

<sup>194</sup> Ibid., pág. 195.

<sup>195</sup> Barra, R. y otros. Op. Cit., pág. 30.

aquellos en los cuales compete conocer a la jurisdicción administrativa, bien sea porque a si ha sido dispuesto por una normativa, o por haberse pactado. Este criterio en opinión de BERÇAITZ no sirve a los fines de diferenciar a los contratos administrativos, toda vez que sólo podrá determinarse si corresponde a la jurisdicción administrativa después de establecerlo ésta, es decir, posterior al examen particular de las modalidades especiales del contrato, siendo evidente que esta manera de diferenciar a éstos contratos carece de toda base jurídica<sup>196</sup>.

Por su parte el Consejo de Estado francés, ha establecido que la cláusula por la cual se atribuye a la justicia administrativa la facultad de resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la ejecución del contrato *“no puede ser por sí misma atributiva de competencia”*<sup>197</sup>, aun cuando pueda utilizarse a los fines de precisar cual ha sido *“la común intención de las partes en lo que concierne al carácter de la convención concluida entre ellas”*<sup>198</sup>.

Este criterio en opinión de CASSAGNE tampoco es suficiente, para calificar la naturaleza del contrato, sino que la llamada jurisdicción contencioso administrativa es consecuencia de esa disímil naturaleza de los contratos celebrados por la Administración<sup>199</sup>.

En relación con esta teoría, según la cual el contrato será administrativo cuando la resolución de los conflictos que genere esa relación contractual, sea competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea por expresa disposición de la ley, por voluntad de las partes o por la naturaleza propia del contrato, consideramos que tampoco es viable, toda vez que no

---

<sup>196</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 191.

<sup>197</sup> Ibid., pág. 192.

<sup>198</sup> ibid.

<sup>199</sup> Barra, R. y otros. Op. Cit., pág. 30.



podemos dilatar la definición de la naturaleza jurídica de un contrato a la espera que se produzca un conflicto.

### **7. Criterio de la calificación legislativa:**

La calificación legislativa como criterio determinante del concepto de contrato administrativo, independientemente de su naturaleza, puede surgir de manera expresa o implícitamente. Expresamente, será cuando la normativa legal establezca que determinados contratos ostentan el carácter de contratos administrativos, y de manera implícita, en los supuestos en que se estatuya que la encargada de dirimir cualquier controversia que pudiera presentarse, es la jurisdicción contenciosa administrativa<sup>200</sup>.

En este sentido BERÇAITZ indica que los contratos administrativos no son evidentemente contratos de Derecho Privado *“por cuanto en su ejecución y efectos no están sometidos a las normas que rigen los contratos de Derecho Privado, sino que, por el contrario, los regulan los mismos principios que gobiernan los contratos administrativos. Son por lo tanto, verdaderos contratos administrativos, pero no por su naturaleza (...), sino por disposición expresa de la ley”*<sup>201</sup>.

### **E. Elementos característicos de los contratos privados que celebra la Administración**

Los contratos privados son aquellos en que las partes intervinientes persiguen intereses particulares y mantienen una situación de igualdad respecto a los derechos y obligaciones que se originan del contrato, siendo

---

<sup>200</sup> Barra, R. y otros. Op. Cit., pág. 31.

<sup>201</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 211.

regulados, con carácter general, por el Derecho civil y, con carácter especial, por el Derecho mercantil y el Derecho laboral.

El objeto del contrato es la obligación que por él se constituye, obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, pretendida por las partes. El objeto del contrato, en otros términos, es la consecuencia que se persigue al celebrarlo como factor determinante de la voluntad de las partes.

Con respecto a los contratos privados que celebra la Administración no existe un criterio uniforme que permita determinar su carácter, así observamos que CAYUELA considera que esta categoría contractual surgida también en el siglo XIX, se originó *“con una definición negativa o residual: eran aquellos de los celebrados por la Administración que no entraban dentro de la categoría de administrativos, es decir, los que no tenían por objeto directo las obras o los servicios públicos y, en el reparto jurisdiccional que se efectuó, a éstos les correspondía la jurisdicción civil. Se reducían a los contratos de gestión del patrimonio privado de la Administración y en ellos se dilucidaban fundamentalmente cuestiones de propiedad (derecho paradigma del Derecho privado)”*<sup>202</sup>.

Las modalidades establecidas en el capítulo II de esta investigación constituyen el conjunto de contratos administrativos, tanto ordinarios como especiales y mixtos, por ende en los demás contratos que pueda realizar la Administración, al no ser significativamente frecuentes en el funcionamiento ordinario de aquélla, ni requerir procedimientos especiales para respetar los principios básicos del funcionamiento administrativo público, y en los que no se

---

<sup>202</sup> Cayuela, L. Op. Cit., pág. 81.

aprecian unas especiales circunstancias que justifiquen una normativa específica para salvaguardar el interés público, se regirán por la rama del Derecho que les corresponda, como cualquier contrato hecho entre particulares, si bien las normas de procedimiento administrativo, en cuanto a la preparación y adjudicación serán siempre de aplicación, en base a la ya comentada necesidad de controlar el gasto público y salvaguardar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos.

GORDILLO advierte que los contratos de la Administración que se regulan únicamente por el derecho civil o comercial, calificados como contratos de derecho privado –son muy raros–, si es que los hay. Asimismo cita la posición de SAYAGUÉS quien considera más acertado *“prescindir de la expresión contrato administrativo, que sugiere la idea de oposición con los contratos de derecho privado (...) y referirse, en cambio, a los contratos de la administración”*<sup>203</sup>.

En España podemos observar que el artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de fecha 16 de junio establece que los restantes contratos celebrados por la Administración serán considerados contratos privados, en particular, *“los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables”*, así como los referidos *“a contratos de seguros y bancarios y de inversiones”*, y *“los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos”*<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> Barra, R. y otros. Op. Cit., pág. 16.

<sup>204</sup> En línea. Disponible: [www.igsap.map.es/cia/dispo/34125.htm](http://www.igsap.map.es/cia/dispo/34125.htm). (Consulta 2006, Enero 3).

En cuanto a su régimen jurídico, el artículo 9 del citado cuerpo normativo dispone que los contratos privados de las Administraciones públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la referida Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado. En consecuencia a los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporables y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas<sup>205</sup>.

Por último observamos que el artículo referido establece que la jurisdicción civil será la competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados, si bien, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción<sup>206</sup>

Ahora bien, después de las consideraciones anteriores, observamos que cuando nos referimos a los elementos de los contratos privados –celebrados por la Administración–, encontramos que éstos presentan los mismos elementos existentes en todos los contratos privados, referidos de manera general al consentimiento, objeto y causa.

---

<sup>205</sup> Ibid.

<sup>206</sup> Ibid.

### **CAPÍTULO III**

## **POSICIONES QUE JUSTIFICAN Y NIEGAN LA EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

---

Sumario: I. POSICIONES QUE JUSTIFICAN Y NIEGAN LA EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. A. Elementos característicos de las posiciones que justifican la existencia de los contratos administrativos. B. Elementos característicos de las posiciones que niegan la existencia de los contratos administrativos. 1. Doctrina privatista. 2. Doctrina de la unilateralidad. 3. Doctrina de la yuxtaposición de dos actos unilaterales. 4. Doctrina de la relatividad. 5. Otras doctrinas.

### **I. POSICIONES QUE JUSTIFICAN LA EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LAS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DE LOS MISMOS**

No existen dudas respecto de que los avances de nuestra jurisprudencia en la materia, la legislación y el valioso aporte realizado por la doctrina nacional y extranjera permiten afirmar la existencia en Venezuela de contratos administrativos, como una modalidad concreta de los contratos celebrados por la Administración, perfectamente diferenciada del resto de los convenios suscritos por ésta.

No obstante ello, existen diferentes orientaciones a nivel mundial sobre la existencia o inexistencia de los contratos administrativos, dentro de las cuales encontramos a la teoría antigua o negatoria, según la cual los

contratos celebrados por la Administración están sometidos al derecho privado y la teoría clásica o positivista, que admite la existencia de los contratos administrativos.

La creciente contratación celebrada por el Estado, tal y como señala BENOIT citado por BADELL, aunado a la divergencia existente en la distinción entre los contratos civiles y administrativos, ha originado en Francia el establecimiento de una presunción favorable a la naturaleza administrativa del contrato, por lo que sólo en el supuesto de que exista una cláusula expresa de sumisión al derecho privado el contrato se someterá a las reglas de derecho público<sup>207</sup>.

Sin embargo, aun cuando la posición predominante es la que apoya la existencia de los contratos administrativos, observamos que cuando se produjo la aparición en el esfera jurídica del derecho administrativo de este tipo de contratos, surgieron innumerables reacciones por parte de detractores que negaban su existencia, por considerar que los mismos constituían un resabio de los principios de derecho civil.

Así vemos, que en Alemania, algún sector de la doctrina representado por MAYER quien señala que el contrato administrativo es un simple acto administrativo cuya eficacia está sujeta al consentimiento del particular, y por su parte FLEINER afirma que es un conjunto de condiciones establecidas por la Administración a los fines de cumplir con la relación establecida con el particular (doctrina de la unilateralidad)<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 14.

<sup>208</sup> Ibid., pág. 23.

En Francia observamos igualmente, que algunos autores –HARIOU y DUGUIT–, citados por BADELL niegan la existencia de los contratos administrativos, HARIOU señala que *“mediante tales contratos la administración pública procura obtener, por conducto de un empresario, objetos muebles, mercancías, materiales y servicios, todo ello mediante operaciones que, en definitiva, se resumen en una compraventa o en una locación de obra”*. DUGUIT por su parte funda su tesis en la noción de que tanto los contratos de derecho público como los de derecho privado, están integrados por elementos idénticos entre sí, en consecuencia no existen diferencias de fondo entre ellos<sup>209</sup>.

En Italia –CAMMEO y RANNELETI– exponentes de la tesis negativa consideran que en la contratación administrativa se evidencian dos manifestaciones unilaterales de voluntad independientes entre sí, la del particular y la de la Administración, una de las cuales –la del particular– condiciona la eficacia de la otra<sup>210</sup>.

CAYUELA por su parte, explica la importancia que tiene la diferenciación de los contratos administrativos y los contratos privados celebrados por la Administración, aduciendo al efecto, que *“La progresión del número de contratos celebrados por la Administración hizo necesario, a su vez, la distinción entre los contratos celebrados por la Administración de naturaleza administrativa, en los que se justificaría el ejercicio de prerrogativas administrativas, compensadas con ciertas garantías, sobre otros, también celebrados por la Administración en los que sus potestades se reducen y en los que existe un equilibrio o plano de igualdad con la otra parte de la relación contractual. Estos contratos citados en segundo lugar pasarán a*

---

<sup>209</sup> Ibid., pág. 15.

<sup>210</sup> Ibid., pág. 21.

*denominarse contratos privados de la administración quedando sometidos al régimen jurídico privado*<sup>211</sup>.

Establecidas como han sido, las premisas que justifican o rechazan la existencia de los contratos administrativos, pasaremos seguidamente a analizar los diferentes elementos que caracterizan las posiciones, lo cual constituye uno de los objetivos fundamentales de la presente investigación.

#### **A. Elementos característicos de las posiciones que justifican la existencia de los contratos administrativos**

Al referirnos a las posiciones que sostienen la existencia de los contratos administrativos, observamos una gran lista de expositores del derecho comparado, entre los cuales, tenemos a JELLINEK, BARASSI, WALINE, LABAND, JÈZE, PÉQUIGNOT, BRANDAO CAVALCANTI, BIELSA, HIMARIO, ROUVIERE, CASSAGNE, CRETELLA JUNIOR, GARRIDO FALLA, LAUBADÈRE, FORSTHOFF, MARIENHOFF, DIEZ, GARCÍA OVIEDO, ESCOLA, CANASI, GORDILLO, ZANOBINI, VITTA, FIORINI, ROYO VILLANOVA, entre otros.

Estos autores, nos presentan sus posiciones, a los fines de justificar la existencia de los contratos administrativos, constituyendo en sí, los fundamentos de la teoría clásica que predomina en la actualidad, siendo la teoría antigua o negativa, la que rechaza la existencia de tales contratos.

Como exponente de esta teoría encontramos en Francia a WALINE citado por BADELL, quien al pronunciarse a favor de esta categoría contractual, manifiesta que la teoría general del contrato adquiere visos particulares en el campo del derecho administrativo, señalando igualmente que *“el contrato*

---

<sup>211</sup>Cayuela, L. Op. Cit., pág. 31 y ss



*administrativo -cuya existencia y validez se reconoce claramente- se caracteriza por tener un régimen jurídico especial, el cual a su vez origina en la existencia de un interés público de la administración que integra el objeto propio del contrato*<sup>212</sup>.

En Argentina, DIEZ se pronuncia también, en un sentido positivo respecto de la existencia de los contratos administrativos, considerando al efecto, que *“el contrato es una institución de carácter general, que corresponde a todo el derecho, aunque sea en el derecho civil donde ha alcanzado una aplicación más depurada, pero no por eso deja de ser una institución de derecho administrativo*<sup>213</sup>.

En este mismo orden de ideas, GARCÍA OVIEDO expresa que la contratación constituye un medio que dispone la Administración *“para el cumplimiento de sus fines de interés público (...) a través de una forma jurídica accionada, convencional que es típica del derecho privado*<sup>214</sup>. Y en opinión de MARIENHOFF, el marco jurídico de la contratación administrativa, se concreta, *“en normas positivas aisladas, en resoluciones jurisprudenciales y, sobre todo, en las enseñanzas de la doctrina científica, la cual encuentra expresión sea a través de libros o en las conclusiones de congresos especialistas (...). Si no hubiera otros elementos de valoración, para establecer lo atinente al derecho que ha de aplicarse en materia de contratos administrativos, podrá recurrirse a los mismos criterios aceptados para establecer cual es el derecho que rige en materia de actos administrativos*<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 13 y ss

<sup>213</sup> Ibid., pág. 24

<sup>214</sup> Ibid.

<sup>215</sup> Marienhoff, M. Op. Cit., pág. 34.

Con respecto a los criterios determinantes de los contratos administrativos, la doctrina argentina representada por –MARIENHOFF y DORMÍ–, distingue entre los contratos administrativos en razón del objeto que persiguen, vinculado en sí, con la prestación de un servicio público y los que contiene cláusulas exorbitantes, no obstante ello, ambos son contratos administrativos, tal afirmación se desprende de la siguiente clasificación dada por los precitados autores, al señalar:

- (i) Contratos que son administrativos por razón de su objeto por estar vinculados a la prestación de un servicio público, con independencia de que dicho contrato contemple expresamente cláusulas exorbitantes del derecho común, pues se entiende que en ese tipo de contratos dichas cláusulas se encuentran implícitas dado el interés general que la Administración está llamada a proteger.
- (ii) Contratos que son administrativos no por razón de su objeto, sino porque contiene cláusulas exorbitantes del derecho común. En tales casos, aún cuando por su objeto el contrato no sea administrativo, el sólo hecho de contemplar alguna de estas cláusulas exorbitantes lo hace partícipe de tal calificación<sup>216</sup>.

La doctrina Italiana representada por ZANOBINI, admite la posibilidad de la existencia de contratos administrativos, como una institución distinta de los contratos civiles, *“aunque refiriendo el problema, en forma directa, a las previsiones que al respecto existan en el derecho positivo, razón por la cual teniendo en cuenta la legislación italiana, desconoce el carácter de administrativos a los contratos de concesión, de servicios públicos, empleo público, empréstito, suministro y obra pública”*<sup>217</sup>.

---

<sup>216</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 26.

<sup>217</sup> Ibid., pág. 22.

Por su parte VITTA, otro exponente de la doctrina italiana, reconoce la posibilidad de que exista una categoría de contratos entre la Administración pública y los particulares regidos por el derecho público, indicando al efecto, que en la relación contractual ordinaria la posición jurídica de las partes se encuentra establecida desde el principio de la relación contractual, pero en los contratos en que es parte la Administración pública, esta actúa con supremacía dentro de la relación en razón de la finalidad pública involucrada. Sin embargo, en lo que respecta a los contratos de suministro y de obra pública, dicho autor se adhiere a la posición ZANOBINI incluyéndolo dentro de los contratos de derecho privado<sup>218</sup>.

ROYO VILLANOVA al admitir que la Administración pública pueda celebrar contratos con los particulares, da como ejemplo los contratos de adquisición de bienes o construcción de obras públicas, los cuales, reconoce, se regulan por normas distintas de las que se aplican a los contratos civiles<sup>219</sup>.

En España, GARRIDO FALLA considera que, partiendo del reconocimiento que se hace a la Administración Pública, de la capacidad para ser sujeto activo o pasivo en relaciones jurídicas en derecho privado, se puede aplicar directamente a la contratación administrativa, los principios de derecho civil, a través del análisis de los elementos esenciales del contrato –objeto posible, lícito, determinable y cierto, sujeto capaz, causa y en algunos casos, la forma–<sup>220</sup>.

En opinión del tratadista BERÇAITZ, existe evidentemente *“una marcada diferencia esencial entre los contratos civiles y los contratos administrativos,*

---

<sup>218</sup> Ibid., pág. 22.

<sup>219</sup> Badell, R. (2001). **“Contratos Administrativos”**. (En línea). Disponible: [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com). [Consulta: 2005, Diciembre 10]

<sup>220</sup> Ibid.

*pero esto no conduce ni puede conducir a negar los últimos*<sup>221</sup>. En efecto, a nuestro parecer, el hecho de que se diferencien ambos contratos, no implica que se deba negar la existencia de los contratos administrativos.

BRANDAO CAVALCANTI citado por BERÇAITZ expresa en este sentido, que *“si el contrato público o administrativo estuviese totalmente equiparado a los demás, no existiría esta categoría especial de contratos cuyas normas son generalmente dictadas por el Estado, y que se rigen por principios especiales que el particular acepta cuando asume las obligaciones contractuales*<sup>222</sup>.

Esta opinión es compartida por MARIENHOFF<sup>223</sup> al señalar, que el contrato en el derecho público administrativo, aparece caracterizado *“por las respectivas notas propias de este último derecho: desigualdad de las partes, prerrogativas especiales correspondientes a la Administración pública durante el lapso de ejecución y vigencia del contrato; finalidad propia de la Administración pública, o sea, cumplimiento de fines estatales típicos*<sup>224</sup>.

En lo que respecta al consentimiento, como elemento integrante de los contratos, observamos que LABAND considera, que el contrato administrativo viene a ser una consecuencia directa del estado de derecho, de ese Estado, que no puede exigir de los particulares ningún acto positivo o negativo, sino en virtud de un principio jurídico, enfatiza su posición al indicar que, si la ley no autoriza al Estado *“para hacerlo unilateralmente, sólo puede lograrlo*

---

<sup>221</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 185.

<sup>222</sup> Ibid., pág. 185

<sup>223</sup> Marienhoff, M. Op. Cit., pág. 590

<sup>224</sup> Ibid., pág. 185

*mediante el consentimiento libre de quien voluntariamente se obliga a ello*<sup>225</sup>.

En este sentido BERÇAITZ,<sup>226</sup> señala que:

“Ese consentimiento, manifestación de voluntad de quien se aviene a colaborar con el Estado, a prestar un servicio o dar una cosa, unido al consentimiento de la Administración pública para que así se haga, exteriorizado con las formalidades legales propias en que debe expresarse la voluntad del Estado, sumados, constituyen innegablemente, por la contraposición de intereses que comprenden y por los efectos que producen, un contrato.

La naturaleza de este contrato esta determinada por el fin que el Estado se propone alcanzar con él o por las necesidades colectivas que puede afectar, de donde derivan una serie de consecuencias particularísimas (...) y que lo colocan ineludiblemente bajo el imperio de normas de derecho público, normas que lo rigen inclusive en los elementos patrimoniales que lo integran, aun cuando subsidiariamente puedan aplicársele normas de las cuales se ha apropiado el derecho privado, por primogenitura, incompatibles con su propia esencia”.

CAYUELA por su parte advierte, que las teorías positivas que afirman la existencia de los contratos administrativos “*se basan en que el contrato administrativo, a pesar de su adjetivo, encuadra perfectamente en la teoría general del contrato, que abarca o comprende sus elementos (sujeto o consentimiento, objeto, causa y forma), clases y eficiencia; si bien con unos elementos caracterizadores propios del Derecho administrativo y del fuero procesal que le corresponde en la jurisdicción contencioso-administrativo*<sup>227</sup>.”

---

<sup>225</sup> Berçaitz, M. (1980). **Teoría General de los Contratos Administrativos** (2ª. ed.). Buenos Aires: Depalma. Pág. 186.

<sup>226</sup> Ibid., pág. 187

<sup>227</sup> Cayuela, L. Op. Cit., pág. 81

En nuestro país, la existencia de los contratos administrativos como una figura diferenciable, por contener características propias, ha sido y sigue siendo un tema que ha generado múltiples debates y posiciones contrapuestas, entre los autores que se inclinan por reconocer la existencia y sustantividad de este tipo de contratos, podemos citar a RONDÓN DE SANSÓ, FARÍAS MATA, RODRÍGUEZ GARCÍA, IRIBARREN MONTEVERDE, ARAUJO JUÁREZ Y BADELL MADRID, quienes además consideran a los contratos administrativos como una categoría contractual distinta de los convenios de derecho común.

Al respecto BADELL precisa la posición de FARÍAS MATA, quien considera, que los rasgos característicos del régimen de los contratos administrativos, aparecen fundamentalmente concretados en dos direcciones: *“de una parte, el atentado que dicho régimen supone contra los principios básicos de la técnica contractual del derecho privado, el de la ‘libertad contractual’ y el de la ‘igualdad de las partes’, el último tan tradicional como el primero, pero que la mentalidad jusprivatista juzgó con criterio menos dogmático, una vez que fue puesto en crisis por la innegable realidad (que los llamados contratos de adhesión pusieron en evidencia) de las profundas diferencias existentes entre los contratistas, desigualdad que en la práctica somete a uno de ellos a la voluntad del otro”*<sup>228</sup>.

Por otra parte señala *“que la fidelidad que el contrato administrativo guarda, sin embargo, hacia los principios de derecho privado, reflejada, sobre todo, en la salvaguarda de los derechos y ventajas (especialmente económicas) que en el contrato se establece a favor del particular cocontratante. (...) Entre esos dos extremos -sujeción a las normas de derecho civil y violación de algunos de los principios de derecho privado justificada por razones de*

---

<sup>228</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 33.

*interés público- encuentra su adecuado y paradójico juego la peculiar teoría del contrato administrativo*<sup>229</sup>.

Para concluir señalaremos, que los elementos característicos de las posiciones que justifican la existencia de los contratos administrativos están relacionadas con los sujetos que en ellos intervienen, siendo un factor determinante la presencia del Estado como ente contratante, así como las cláusulas exorbitantes, aun cuando, en el caso que no se encuentren escritas en el contrato, se entiende que están implícitas en el mismo, y por último que tengan por objeto la prestación de un servicio público.

#### **B. Elementos característicos de las posiciones que no justifican la existencia de los contratos administrativos**

Ahora bien, contrario a los que sostienen la existencia de los contratos administrativos existen autores que la rechazan, BERÇAITZ<sup>230</sup> agrupa a los detractores de la siguiente manera: a) los que afirman que se trata de simples contratos de derecho privado; b) los que afirman que se trata de actos unilaterales del Estado; c) los que afirman que se trata de la yuxtaposición de dos actos unilaterales; y d) los que señalan que no hay contratos de derecho administrativo, ni contratos de derecho público y privado, por considerar que no existe diferencia alguna entre el derecho público y el derecho privado.

A continuación, pasaremos a revisar cuales son las posiciones sostenidas por estos grupos de autores, las cuales serán ubicadas conforme a las doctrinas ya establecidas, a los fines de detractar la existencia de los

---

<sup>229</sup> Ibid.

<sup>230</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 154.

contratos administrativos, y así obtener, una mejor visión del fundamento de las mismas:

### 1. Doctrina Privatista:

Esta conformada por todos aquellos autores que afirman que se trata de simples contratos de derecho privado, entre los cuales podemos citar a SANTAMARÍA DE PAREDES, ROYO VILLANOVA, ALFARO y CABALLERO citados por FERNÁNDEZ DE VELAZCO, quienes consideran que fuera de los cuadros del contrato de derecho privado, no existe contrato, ellos señalan por ejemplo, que tanto los contratos de obras públicas como los de servicios públicos, son contratos esencialmente civiles<sup>231</sup>.

Esta posición es compartida por NICETO ALCALÁ ZAMORA citado por BERÇAITZ, al afirmar que:

“Los contratos administrativos son tan sólo una variedad de los contratos de derecho civil y que ‘la construcción de un buque de guerra, o de una fortaleza terrestre, o de un palacio de justicia, cosas que simbolizan la fuerza y soberanía del Estado, son meros contratos de arrendamiento de obra, sustancialmente idénticos al encargo por un ciudadano de una casa de recreo o de un mueble de lujo’. La emisión de un empréstito es gemela, en naturaleza jurídica, del préstamo más miserable”<sup>232</sup>.

BERÇAITZ por su parte, enumera los siguientes argumentos jurídicos aducidos por la doctrina privatista, a los fines de fundamentar la inexistencia de los contratos administrativos, los cuales en la medida en que sean reproducidos,

---

<sup>231</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 158.

<sup>232</sup> Ibid.



de igual forma será objeto de las respectivas críticas propuestas por los diferentes autores detractores de dicha doctrina, a saber:

“Primero: Que el contrato implica la igualdad de las partes cuyas voluntades se funden para su concertación. Esta paridad jurídica significa no sólo libertad de contratar en forma que nadie pueda obligar a nadie a contratar, sino que también libertad contractual, es decir, que nadie pueda imponer unilateralmente el contenido del contrato a su cocontratante. La ausencia de esta paridad jurídica constituye un elemento probatorio de que se está fuera del contrato.

Donde existe una diferencia de poder jurídico entre las partes no existe contrato, que es lo ocuriente en el contrato administrativo, donde el Estado no abdica su soberanía frente a su cocontratante para imponerle una conducta determinada, en resguardo de los intereses públicos que representa, distintos, como es óbice, de los intereses privados perseguidos por el particular.

En consecuencia, para que pueda hablarse de contrato entre el Estado y el particular, el primero debe renunciar a sus prerrogativas y colocarse en un mismo plano de igualdad jurídica con su cocontratante para que pueda operarse la fusión de ambas voluntades, lo que sólo puede ocurrir y ocurre en el contrato de derecho privado”<sup>233</sup>.

Este argumento es refutado por el mencionado autor, por considerar que cuando *“el particular toma contacto con la Administración para concertar un contrato administrativo, lo hace libre y espontáneamente en ejercicio de su ‘libertad de contratar’, lo cual resulta fundamental para caracterizar ese vínculo como voluntario y, por ende, contractual”*<sup>234</sup>.

Por su parte, expresa VITTA citado por BERÇAITZ que *“si son admisibles y subsisten contratos de derecho privado entre un particular y la*

---

<sup>233</sup> Ibid., pág. 160 y ss.

<sup>234</sup> Ibid., pág. 162 y ss.

*Administración pública, no se ve por qué deberá negarse a priori la posibilidad de negocios contractuales regulados por el derecho público”.*

La desigualdad jurídica en que se encuentra el particular frente al Estado en el contrato administrativo, en opinión de ZANOBINI citado por BERÇAITZ, puede producirse igualmente en el contrato entre un ente público menor y el Estado, lo que no impide que tal circunstancia sea óbice para considerar tal relación contractual o plurilateral como administrativa<sup>235</sup>.

Compartimos la opinión de BERÇAITZ, VITTA y ZANOBINI, toda vez que el particular cuando celebra un contrato con la Administración lo hace de manera consensual, sin que el hecho de que no exista una paridad jurídica sea óbice para que no existan los contratos administrativos.

El segundo argumento de esta doctrina según BERÇAITZ se fundamenta en el objeto, al afirmar que:

“Segundo: El objeto del contrato administrativo se halla fuera del comercio”<sup>236</sup>.

Autores como MARIENHOFF, GARRIDO FALLA, ZANOBINI y ALESSI objetan este argumento, señalando al efecto que *“la prohibición de celebrar contratos cuyo objeto se halla fuera del comercio, sólo tiene vigencia para los contratos privados. Además, esta nota se da en algunos contratos administrativos: concesión de servicios públicos, concesión de uso del dominio público, concesión de uso del dominio público, concesión de obra pública, de función*

---

<sup>235</sup> Ibid., pág. 164.

<sup>236</sup> Ibid., pág. 161.

*o empleo público, etc., ocurriendo que en muchos contratos de suministro y de obra pública, se trata de cosas que están en el comercio*<sup>237</sup>.

En efecto, este argumento de la doctrina privatista para su fundamentación, a nuestro parecer carece de sustento, ya que puede darse el caso tal y como señalan los precitados autores de que el objeto del contrato si esté en el comercio.

Encontramos de igual forma, el tercer argumento de la teoría negativa, según el cual:

“Tercero: El contrato debe referirse siempre a un cambio de libre concurrencia, en tanto el contrato administrativo se desenvuelve en un campo de monopolio y exclusividad”<sup>238</sup>.

Se considera que este argumento, se considera que el mismo es carente de fuerza, toda vez en el mundo de los negocios pueden existir contratos privados bajo igual régimen de derecho, como en el caso de la explotación de una patente de inversión, sin que por ello ningún civilista, como señala VITTA, haya negado que en tales supuestos no existan relaciones de tipo contractual<sup>239</sup>.

Compartimos la opinión de ZANOBINI al afirmar en este sentido, que la pretendida incompatibilidad, no mira al contrato como figura jurídica, sino a los efectos sustanciales del intercambio, lo cual no deviene de forma alguna en la inexistencia del contrato<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> Ibid.

<sup>238</sup> Ibid.

<sup>239</sup> Ibid., pág. 165

<sup>240</sup> Ibid., pág. 165

El cuarto argumento de la tesis que niega la existencia de los contratos administrativos, esta referido al contenido del contrato, al señalar:

“Cuarto: El contenido del contrato administrativo está regulado por la ley, lo que excluye la presencia de la autonomía de la voluntad que caracteriza al contrato, y las consiguientes tratativas entre ambas partes concurrentes que le son propias”<sup>241</sup>.

Aun cuando es cierto que el contenido de muchos contratos administrativos aparece regulado legislativamente, esto no constituye una norma general y absoluta, pues a decir de ZANOBINI no siempre falta en ellos la presencia de la autonomía de la voluntad y su consecuencia, la libre deliberación de sus cláusulas, lo cual ocurre a la inversa en la mayoría de los contratos de concesión, principalmente en los de obra pública y de uso de bienes del dominio público, cuya concertación se ve precedida de largas tratativas<sup>242</sup>.

En efecto, tal y como señalan los detractores de esta teoría, consideramos que no constituye una regla general la falta de deliberación de las cláusulas de los contratos administrativos, ya que la mayoría de los contratos de concesión, tal y como lo señaló ZANOBINI esta presente la autonomía de la voluntad de las partes a los fines de llegar a una concertación.

Por último, tenemos al quinto argumento que precisa BERÇAITZ, referido a la incompatibilidad, expresando lo siguiente:

“Quinto: Es incompatible con el contrato la variación de su contenido unilateralmente por una de las partes durante su ejecución, como ocurre en las relaciones que vinculan a la

---

<sup>241</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 161.

<sup>242</sup> Ibid., pág. 165.

Administración y al particular en el llamado contrato administrativo<sup>243</sup>.

Este autor señala, que la variación realizada por una de las partes en el contrato administrativo para ajustarlo a las necesidades públicas cambiantes y para cuya satisfacción se conviene, no sirve para destruir su naturaleza jurídica de contrato. Esa posibilidad de variación unilateral, expresa o no, es de la esencia del contrato, y por tanto, expresa o implícitamente queda aceptada por el cocontratante al establecer espontáneamente su vínculo contractual con la Administración. Además su inclusión en el contrato de derecho privado no lo invalida y no resulta, en consecuencia, extraña a su ámbito, como ocurre especialmente en los contratos de transporte aéreo, en algunos de publicidad y también de transferencia de tecnología<sup>244</sup>.

CRETELLA JUNIOR citado por BERÇAITZ, por su parte señala que es preciso dejar a un lado el preconcepto romanista de la absoluta inalterabilidad del contrato, no sólo en el dominio del derecho público, sino también en el de derecho privado<sup>245</sup>.

Compartimos la posición de BERÇAITZ a los fines de refutar este último argumento de la doctrina privatista, toda vez que no es suficiente a los fines de desvirtuar la existencia de los contratos administrativos, el hecho de que el Estado puede variar las cláusulas establecidas en el contrato para ajustarse a las necesidades públicas cambiantes.

---

<sup>243</sup> Ibid., pág. 161

<sup>244</sup> Ibid., pág. 165.

<sup>245</sup> Ibid., pág. 166

## 2. Doctrina de la Unilateralidad:

Esta posición tiene su origen en el derecho alemán, en ella se sostiene la inexistencia de una categoría de contratos –administrativos– diferenciada de los contratos de derecho civil; y se fundamenta en la consideración de que los contratos celebrados por la Administración son manifestaciones unilaterales de voluntad. Entre sus exponentes encontramos entre otros: MAYER, FLEINER, VON TUREGG y GIESE<sup>246</sup>.

OTTO MAYER citado por BERÇAITZ considera que el contrato en sentido propio *“es inaplicable en el derecho administrativo; los que se llaman ‘contratos’ son, en realidad, actos administrativos, los cuales pueden resultar eficaces únicamente con el consentimiento del interesado”*<sup>247</sup>.

Por otra parte sostiene el mencionado autor, que las limitaciones a la propiedad y a la libertad, solo pueden ser impuestas por la Administración en aplicación de una ley, o de un acto de sumisión mediante el consentimiento del interesado, precisando al respecto que *“Los actos administrativos por sumisión se restringen a las cargas, obligaciones que según nuestros usos, podrían ser igualmente impuestos por un contrato de derecho civil. Por eso se les llama contratos, aunque por su estructura jurídica no lo son. Para distinguirlos de los verdaderos contratos de derecho civil se les denomina contratos de derecho público”*.<sup>248</sup>

Finaliza MAYER su posición, señalando que los contratos de derecho público no son verdaderos contratos, por existir una desigualdad jurídica de las

<sup>246</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 23.

<sup>247</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 166.

<sup>248</sup> Ibid.

partes, la cual es el resultado del plano superior en el cual actúa el Estado, aproximándose más a una requisición que al contrato, la diferencia existente entre ambos, radica en que, en la “requisición” la Administración impone la prestación que debe cumplirse mediante su sola voluntad, dentro del marco autorizado por el derecho objetivo, y en el “contrato” sólo puede hacerlo en virtud de un acto de sumisión del particular que de manera voluntaria se obliga a ello.

FRITZ FLEINER, otro partidario de esta teoría, considera que solamente puede hablarse de contrato cuando la voluntad de ambas partes tiene la misma fuerza jurídica, lo cual a su decir no ocurre generalmente en las relaciones de derecho público, porque éstas están reguladas de manera unilateral por la voluntad del Estado; concluye su posición indicando que la *“mayoría de los contratos administrativos llamados contratos de derecho público, son ordenes unilaterales cuya legitimidad esta supeditada al consentimiento del interesado”*<sup>249</sup>.

Ahora bien, dentro del grupo de detractores de la teoría de la unilateralidad, reviste particular importancia la posición de JELLINEK quien considera que el acto unilateral del Estado no puede ser confundido con el acto mediante el cual manifiesta su voluntad coincidente con la de un particular para la ejecución de un hecho, toda vez que en el “acto unilateral” actúa con plenitud de su *imperium*, en función de soberanía, en consecuencia tiene un poder incondicionado, limitado sólo por el mismo, de interpretar y de imponer directamente la ejecución de lo requerido, poder del cual ningún individuo puede sustraerse. En cambio en los actos bilaterales, si bien el Estado puede establecer relaciones de evidente superioridad jurídica sobre su

---

<sup>249</sup> Ibid., pág. 168.

cocontratante, la fuente de sus derechos ya no es el *imperium*, sino la voluntad de ese particular que ha aceptado la obligación de hacer o no hacer, de dar o recibir, esto o aquello, mediante tales o cuales condiciones, fijadas ya sea unilateralmente por el Estado, o previa deliberación de las partes<sup>250</sup>.

BERÇAITZ señala en este sentido, que el acto unilateral cuya existencia esta condicionada a la solicitud de un particular, no es un contrato, toda vez que mediante él la Administración no adquiere ningún derecho que no posea, salvo pocas excepciones, tales actos sólo tienen por objeto autorizar o permitir a los administrados la obtención de un beneficio particular, removiendo para ello los obstáculos jurídicos que se oponen a su realización. En cambio, cuando sin el concurso del particular el acto carece de eficacia jurídica; cuando, para producir sus efectos propios, es necesario que concurra la manifestación de voluntad del Estado y del particular, persiguiendo intereses opuestos materialmente a los del Estado, produciéndose una fusión entre ambas, no hay lugar a dudas de que el acto así formado es contractual<sup>251</sup>.

Según esta doctrina alemana podemos concluir que el Estado representado por la Administración, no puede celebrar contratos con los particulares, porque no existe igualdad entre las partes, no hay margen para que exista un contrato, sino en los casos en que la voluntad de las partes tenga el igual valor jurídico para conseguir cierto resultado.

En consecuencia esta doctrina germánica, a nuestro parecer, carece de solidez jurídica, toda vez que para la formación de los contratos

---

<sup>250</sup> Ibid., pág. 168.

<sup>251</sup> Ibid., pág. 171 y ss.



administrativos es necesario que exista la manifestación de voluntad tanto del particular como del Estado, de lo contrario, es decir, sin el acuerdo entre las partes, no podría hablarse de relación contractual alguna.

### **3. Doctrina de la yuxtaposición de dos actos unilaterales:**

Con respecto a los doctrinarios que afirman que se trata de una yuxtaposición de dos actos unilaterales, encontramos a CAMMEO y RANELLETTI citados por BADELL quienes señalan como fundamento de su posición que *“no es posible la formalización de un contrato entre un ente público y un particular, ya que la distinta naturaleza jurídica de sus manifestaciones de voluntad no pueden fundirse en un único y mismo acto, sino que se yuxtaponen, manteniendo su individualidad”*<sup>252</sup>, existiendo en consecuencia dos actos unilaterales coligados, en el que uno de ellos, el particular, condiciona la eficacia de otro.

No compartimos esta teoría, toda vez que es perfectamente posible la contratación entre el Estado y un particular, sin que esto sea óbice para considerar que uno se yuxtapone a otro y que siguen siendo actos unilaterales, ya que es posible la fusión de mas manifestaciones de voluntad.

### **4. Doctrina de la relatividad:**

Reviste particular importancia, el hecho de que existen doctrinarios que si bien aceptan la existencia de los contratos administrativos, es como punto intermedio entre las posiciones contractualistas o no. Este reconocimiento es

---

<sup>252</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 21 y ss.

relativo, ya que aun cuando se reconoce la realidad legal y jurisprudencial sobre los contratos administrativos, caracterizando como tales, a todos los celebrados por la Administración, en opinión de BREWER CARÍAS<sup>253</sup> carece de interés jurídico sustantivo diferenciar a los contratos administrativos de los contratos privados.

Este autor se niega a admitir la existencia de los contratos administrativos, como una categoría diferenciada de los demás acuerdos concluidos por la Administración, al sostener que *“toda la actividad de la Administración es de carácter administrativo. No hay contratos privados de la Administración. Todos los contratos de la Administración tienen un régimen mixto de derecho público y de derecho privado. Una parte sustancial de dicho régimen es común a todos los contratos y es de derecho público o preponderantemente de derecho privado, según la finalidad de servicio público perseguida por la Administración. Pero ello no autoriza a plantear una distinción y régimen estático. La gestión del interés general puede hacer variar las condiciones de ejecución, según la apreciación de la Administración, y, por tanto, la preponderancia del régimen”*.

En este mismo orden de ideas encontramos a GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ, quienes consideran que la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración carece de base sustantiva obedeciendo a razones pragmáticas, posición ésta que como se dijo anteriormente es compartida por CANOVA GONZÁLEZ, quien si bien acepta la diferenciación entre los contratos administrativos y los contratos privados celebrados por la Administración, destaca, siguiendo así

---

<sup>253</sup> Brewer. A. Op. Cit., pág. 29 y ss

la posición de GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ, que tal distinción es netamente pragmática más que sustantiva.

Por último tenemos la posición de ORTIZ ÁLVAREZ, quien es partidario de una posición ecléctica, por considerar, que sí tiene algo de sentido sustantivo y sobre todo pragmático la diferenciación de los contratos administrativos y los contratos privados celebrados por la Administración:

“(bien que, sustantivamente, tal distinción no sea radical pues efectivamente en los contratos de la Administración suelen estar presentes dosis simultaneas de derecho privado y de derecho público, pudiendo acudirse con fines de diferenciación a los criterios de la preponderancia y a las nociones de servicio público, interés general y poderes de autotutela), siendo pertinente, en nuestro criterio, que la jurisdicción competente para conocer de todos los contratos administrativos de cualquier ente público o persona –incluso privada- actuando en misión de servicio público o función administrativa (giro o tráfico administrativo) sea la jurisdicción contencioso administrativa, así como que tal jurisdicción sea la competente para conocer de los llamados actos separables e igualmente de todos los casos de responsabilidad patrimonial contractual y extracontractual de tales entes o personas actuando en dicha misión o función”<sup>254</sup>.

Por último tenemos dentro de los exponentes de la teoría de la relatividad al Profesor LÁRES MARTÍNEZ quien ha reexaminado su posición original sobre el tema, y se manifiesta de acuerdo con la tesis que predica la relatividad de la noción de contrato administrativo.

---

<sup>254</sup> Ortiz, L. y Mascetti, G. (1999) *Jurisprudencia de Contratos Administrativos*. Caracas: Editorial Sherwood. Pág. 19 y ss.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, a manera de conclusión consideramos importante referirnos a la opinión de BADELL, la cual compartimos, por considerar que en nuestro país cabe hablar del contrato administrativo como *“una modalidad concreta de los contratos celebrados por la Administración, tanto más cuando –además del valioso aporte de la doctrina nacional o extranjera– la jurisprudencia y legislación venezolanas demuestran que entre los contratos administrativos y los demás contratos celebrados por la Administración existen sustanciales diferencias”*; en consecuencia, se puede deducir de la legislación y la jurisprudencia venezolana la noción de contrato administrativo, la cual se encuentra en un todo conforme con la definición de la doctrina argentina –MARIENHOFF–, *“conforme a la cual el contrato administrativo es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, y otro órgano administrativo o un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”*<sup>255</sup>.

### **5. Otras doctrinas:**

Existen igualmente otras posiciones que no se encuadran dentro de las mencionadas anteriormente, entre las cuales podemos señalar, la del doctrinario francés DUGUIT, citado por BERÇAITZ, quien presenta una visión diferente con relación a este tema, señalando que: *“Hablar de contrato de derecho privado y de contrato de derecho público es hablar de cosas que no existen; y, en consecuencia, no se los puede oponer, como tampoco, por las mismas razones, no se puede hablar de actos de gestión y de actos de autoridad, y oponer los unos a los otros. Existen contratos realizados por el*

---

<sup>255</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 35.

*Estado y actos ejecutados por él que no son contratos, pero oponer los contratos de derecho público a los contratos de derecho privado, es dar apariencia jurídica a procedimientos más o menos hábiles por los cuales los detentadores del poder tienden frecuentemente a sustraerse a compromisos regularmente contraídos. Es preciso, de una vez por todas, borrar de la lengua del derecho esta expresión contrato de derecho privado y contrato de derecho público y hablar solamente de contrato*<sup>256</sup>.

Como podemos ver, este exponente de la doctrina francesa niega la existencia de los contratos administrativos, fundando su tesis en la noción de que los contratos de derecho público y los de derecho privado están integrados por los mismos elementos, y cuando estos se reúnen existe un contrato que siempre tendrá las mismas características y efectos, por lo que no existe diferencias de fondo entre un contrato civil y un contrato administrativo, lo cual a nuestro parecer carece de fundamentación ya que como ha quedado demostrado de todas las teorías expuestas la existencia de los contratos administrativos como una categoría de los contratos celebrados por la Administración plenamente diferenciada de los contratos privados.

Algún sector de la doctrina patria, específicamente -PÉREZ LUCIANI y MELICH ORSINI- citados por BADELL niegan la existencia de los contratos administrativos. LUCIANI<sup>257</sup> sostiene que *“los contratos que se llaman administrativos en Venezuela, por el traslado de nociones similares de la dogmática francesa, son un problema de eruditos que nada tiene que ver con la realidad jurídica venezolana y que tampoco, tales conceptos trasladados, tienen que ver con enunciados constitucionales venezolanos como contratos*

<sup>256</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 154 y ss.

<sup>257</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 35.

*de interés nacional y contratos de interés público, cuyas connotaciones parecen más propias de una política local, que de una distinción jurídica que parece imposible de precisar*". Por su parte ORSINI previene acerca de las "incertidumbres" que crea la utilización de la teoría de los contratos administrativos por los tribunales nacionales<sup>258</sup>.

Es importante en este punto, traer a colación la posición de CAYUELA quien señala, que las teorías negativas rechazaban los elementos primordiales del contrato por considerar que no hay autentica libertad para contratar, no hay equilibrio de intereses, no hay autonomía de la voluntad, no obstante estas premisas de libertad, equilibrio y autonomía, como ha sido demostrado tanto por la doctrina española como por la nuestra, no están ausentes del contrato administrativo, sino que están estructuradas de un modo específico, por el carácter que, de forma obligada, le confiere el que una parte de la relación sea la Administración investida de su autotutela, o como dice GARCÍA DE ENTERRÍA "variante que introduce la presencia subjetiva sobre la abstracta institución contractual"<sup>259</sup>.

CABALLERO ORTIZ por su parte tiene una opinión más radical, al formular la pregunta si *¿debían subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?* considerando al efecto, que es una verdadera necesidad excluir a los contratos administrativos en una futura legislación, bastando observar que la circunstancia de que una determinada actividad guarde relación con un servicio público, o sea inherente al desarrollo del mismo –como lo sostiene la jurisprudencia más reciente– *"dejan poco margen para que un contrato no ingrese dentro de esa categoría. Hemos llegado así, a una*

---

<sup>258</sup> Ibid., pág. 35.

<sup>259</sup> Cayuela, L. Op. Cit., pág. 80.

*errónea conclusión: asimilar contratos administrativos con contratos de la Administración*<sup>260</sup>.

---

<sup>260</sup> Caballero, J. Op. Cit. ,pág. 1778.

## **CAPÍTULO IV**

### **LEGISLACIÓN VENEZOLANA QUE REGULA EL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

---

Sumario: I. LEGISLACION VENEZOLANA QUE REGULA EL REGIMEN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. A. Normas constitucionales que regulan los contratos administrativos. B. Leyes venezolanas que hacen referencia a los contratos administrativos. 1 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. 2. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. 3. Ley Forestal de Suelos y Aguas. 4. Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. 5. Ley Orgánica de Régimen Municipal. 6. Ley Orgánica del Poder Público Municipal. 7. Ley de Licitaciones que regula la contratación administrativa. 8. Ley de Telecomunicaciones. 9. Ley del Servicio Eléctrico. 10. Ley de Minas. 11. Estatuto Orgánico de la Renta Nacional de Fósforos. 12. Reglamento Parcial N° 1 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Publico, sobre las Transferencias de Servicios y Competencias a los Estados y los Acuerdos previos a la Transferencia de Servicios y la Cogestión.

#### **I. LEGISLACIÓN VENEZOLANA QUE REGULA EL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Como hemos venido señalando en el desarrollo de la presente investigación, Venezuela a diferencia de otros países, carece de una legislación especial que desarrolle a profundidad este tema, no obstante contamos con algunas leyes que hablan sobre el tema sin llegar a profundizar en el mismo.



De seguidas pasaremos a realizar, un estudio pormenorizado de la legislación patria que de una u otra forma se ha encargado de regular el régimen de los contratos administrativos.

#### **A. Normas constitucionales que regulan los contratos administrativos**

En algunos países como por ejemplo España, el asunto que nos ocupa, es decir, el problema que se presenta con los contratos que celebra la Administración (en sus dos modalidades) ha sido de alguna manera, mejor manejado que en Venezuela, y es que la diferencia que existe, es que en España tienen leyes que regulan los contratos de la Administración, distinto a lo que ocurre en nuestro país. De la revisión de la legislación venezolana se observa:

En la primera Constitución Federal venezolana de 1864 estableció por primera vez la expresión “*contrato de interés nacional*”, así en todas las Constituciones sucesivas hasta comienzos del siglo XIX, la Carta Magna señalaba dentro de las atribuciones del Presidente de la República:

“Artículo 76. 3° Celebrar los contratos de interés nacional, con arreglo a las leyes, y someterlos al Congreso para su aprobación o improbación, sin cuyo requisito no podrán ponerse en ejecución”<sup>261</sup>.

Seguidamente se estableció dentro de las atribuciones del Congreso:

---

<sup>261</sup> Pérez, G. Op cit., pág. 131.

“Artículo 44.16° Aprobar o negar los *contratos de interés nacional* que celebre el Presidente de la Unión, los cuales no podrán llevarse a efecto sin su aprobación”<sup>262</sup>.

En la Constitución de 1893, se introduce la expresión “*contrato de interés público*”, adoptando la siguiente redacción:

“Artículo 149. Ningún *contrato de interés público* celebrado por el Gobierno Nacional o por el de los Estados, podrá ser traspasado, en todo ni en parte, a gobierno extranjero. En todo *contrato de interés público* se establecerá la cláusula de que las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre su inteligencia y ejecución serán decididas por los Tribunales venezolanos y conforme a las leyes de la república, sin que puedan tales contratos ser en ningún caso, motivo de reclamaciones extranjeras”<sup>263</sup>.

Seguidamente la Constitución de 1901 dispone:

“Artículo 139. Ningún *contrato de interés público* celebrado por el Gobierno Nacional o por el de los Estados, o por cualquier otro Poder Público, podrá ser traspasado, en todo o en parte, a Gobierno extranjero; y en todos ellos se considerará incorporada, aunque no lo esté, la cláusula siguiente: Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo o por ninguna causa puedan ser origen de reclamaciones extranjeras: ‘Las sociedades que en ejercicio de dichos contratos se formen deberán establecer domicilio legal en el país, para todos sus efectos, sin que esto obste para que lo puedan tener a la vez en el extranjero’”<sup>264</sup>.

La Constitución de 1914, se estableció como atribuciones de las Cámaras del Congreso como cuerpos colegiadores:

---

<sup>262</sup> Ibid.

<sup>263</sup> Ibid.,pág. 134.

<sup>264</sup> Ibid.

“Artículo 58.10° Aprobar o negar

- a) Los títulos y concesiones de minas y las enajenaciones de tierras baldías y cualesquiera bienes inmuebles de la Nación.
- b) Las concesiones para construir vías de comunicación.
- c) Los demás *contratos de interés nacional* autorizados por esta Constitución y las leyes, que celebre o prorogue el Ejecutivo Federal<sup>265</sup>.

En la Constitución de 1925, la norma citada *ut supra* es modificada con pocas variantes, al señalar:

“Artículo 78. La Cámara de Diputados y la del Senado funcionando como Cuerpos Colegiados, tienen las siguientes atribuciones:

(...)

6° Aprobar o negar los contratos para la construcción de líneas férreas, cables aéreos de tracción, establecimiento de comunicaciones telegráficas o inalámbricas, inmigración y los demás de interés nacional autorizados por esta Constitución o las Leyes, que celebre el Ejecutivo Nacional. No están sujetos a la aprobación del Congreso las concesiones mineras ni los títulos de tierras baldías que se otorguen conforme a las respectivas leyes.

7° Autorizar al Poder Ejecutivo para enajenar bienes inmuebles de la propiedad nacional<sup>266</sup>.

La Constitución de 1947, mezcla las expresiones “*contratos de interés nacional*” y “*contratos de interés público*” para dar origen a la siguiente redacción:

“Artículo 107. Ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipal, podrá ser celebrado por gobiernos extranjeros ni traspasado a ellos en todo o en parte. Tampoco podrán celebrarse con sociedades que no estén

---

<sup>265</sup> Ibid., pág. 132.

<sup>266</sup> Ibid.

domiciliadas en Venezuela ni traspasarse a éstas los suscritos con terceros.

Para celebrar tales contratos con entidades extranjeras con personería jurídica autónoma, o para traspasarlos a ellas, en todo o en parte, se requerirá en cada caso, la autorización de las Cámaras Legislativas o de la Comisión Permanente, si fueren urgentes y estuvieran las Cámaras en receso”<sup>267</sup>.

“Artículo 108. En los contratos a que se refiere el artículo anterior, si fuere procedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerara incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula por la cual se establezca que las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”<sup>268</sup>.

Asimismo observamos, que en esta Constitución se cambia la expresión de “aprobar o negar los contratos” por el verbo “autorizar” al disponer:

“Artículo 162. Las Cámaras Legislativas, como Cuerpos Colegiadores, tienen las siguientes atribuciones:

(...)

8° Autorizar al Poder Ejecutivo Federal, so pena de nulidad, para enajenar bienes inmuebles del patrimonio privado de la Nación, y para celebrar contratos de interés nacional, los cuales no serán válidos ni entrarán en vigencia, sino después que hayan sido aprobados por las Cámaras. Se exceptúan los contratos o títulos mineros y de tierras baldías, y los demás que fueren necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública, salvo en los casos que determine la ley”<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup> Ibid., pág. 134.

<sup>268</sup> Ibid., pág. 135.

<sup>269</sup> Ibid., pág. 132 y ss.

Luego que la Constitución de 1953, elimina la expresión de “*contrato de interés nacional*”, la Constitución de 1961<sup>270</sup>, dispone:

“Artículo 126. Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún *contrato de interés nacional*, salvo los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permita la ley. No podrá en ningún caso procederse al otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos ni de otros recursos naturales que determine la ley sin que las Cámaras en sesión conjunta, debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes, lo autoricen, dentro de las condiciones que fijen y sin que ello dispense del cumplimiento de las formalidades legales  
Tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeras, ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación del Congreso”.

Como puede observarse, esta norma establecía para la celebración de los contratos de interés nacional, era necesaria la aprobación del Congreso, salvo en el caso de contratos que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública. Asimismo, indicaba el mencionado artículo una limitación con respecto a la celebración de este tipo de contratación, pues no estaba permitida la celebración de contratos de interés público nacional, estatal o municipal con Estado o entidades oficiales extranjeras a ellos, sin la aprobación del Congreso, finalmente, dicho artículo establece textualmente: “*La ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público*”.

---

<sup>270</sup> Constitución de la República de Venezuela (1961). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N<sup>o</sup> 662 (Extraordinario), 23 de enero de 1961.

Asimismo, el artículo 127 del mismo texto Constitucional<sup>271</sup> establecía que en los *contratos de interés público* se considerará incorporada una cláusula en la que se establezca que en caso de dudas y controversias que se puedan suscitar con respecto a los contratos, las mismas serán decididas por los tribunales competentes de la república, sin que puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Por otra parte, el artículo 190 de la mencionada Constitución<sup>272</sup> señalaba las atribuciones y deberes del Presidente de la República, y en especial en el numeral decimoquinto: “Celebrar los contratos de interés nacional permitidos por esta Constitución y las leyes”.

Como se puede advertir, la Constitución<sup>273</sup> sólo hacía referencia a los contratos de interés público, que se pueden presentar de diferentes maneras, es decir, los contratos de interés público nacionales, estatales y municipales. Sin embargo es notorio que no se hace referencia alguna, a las características que identifican a estos contratos de los demás tipos contractuales, así como tampoco se hace una definición de estos, es aquí donde comienza a presentarse el problema con relación a los contratos que celebra la Administración.

Aunado a lo anterior, observamos en todo este recorrido que hemos realizado de los textos constitucionales sin llegar a adentrarnos en la Constitución vigente, que han sido utilizadas de manera indistinta las expresiones “*contratos de interés nacional*” y “*contratos de interés público*”,

---

<sup>271</sup> Ibid., artículo 127.

<sup>272</sup> Ibid., artículo 190

<sup>273</sup> Ibid.

términos éstos que han sido objeto de diversas opiniones a los fines de su diferenciación, los cuales serán objeto de estudio mas adelante.

Siguiendo con la revisión de la normativa venezolana, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>274</sup> en el segundo aparte del artículo 129 establece que *“En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley”*.

De igual forma puede observarse tal y como disponía la Constitución derogada, el artículo 150 del nuevo texto Constitucional<sup>275</sup> dispone que *“la celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley. No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional. La ley podrá exigir en los contratos de interés público determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías”*.

En el mismo sentido que la Carta Magna derogada<sup>276</sup>, la novísima establece en su artículo 151<sup>277</sup> que en los casos de contratos de interés público, se

---

<sup>274</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Op. Cit., artículo 129.

<sup>275</sup> Ibid., artículo 150.

<sup>276</sup> Constitución de la República de Venezuela. Op. Cit.

considerará como incorporada una cláusula que establezca que en caso de suscitarse controversias con dichos contratos, serán los Tribunales de la República los competentes para conocer de dichas causas.

Por otra parte, se observa que dentro de las competencias de la Asamblea Nacional, establecidas en el artículo 187, expresa el numeral 9 que corresponde a la Asamblea Nacional: *“9. Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. Autorizar los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela”*.

En este sentido, el artículo 236<sup>278</sup>, que establece las atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: *“14. Celebrar los contratos de interés nacional conforme a esta Constitución y la ley”*.

Finalmente, el artículo 247 de la Constitución<sup>279</sup> señala que la Procuraduría General de la República, organismo que se encarga de asesorar, defender y representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, *“será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional”*.

Como se evidencia de la revisión de los artículos constitucionales que hacen referencia a los contratos que celebra la Administración, al igual que en las Constituciones derogadas, no se hace referencia alguna a los elementos que caracterizan a los “contratos administrativos”, simplemente se limitan a

---

<sup>277</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Op. Cit.

<sup>278</sup> Ibid., artículo 236.

<sup>279</sup> Ibid., artículo 247.



establecer algunos lineamientos para la celebración de los contratos de interés público o contratos de interés nacional, sin especificar cuáles contratos deben ser considerado como uno u otro.

## **B. Leyes venezolanas que hacen referencia a los contratos administrativos**

### **1.- Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (derogada):**

Por otra parte, se observa que la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia<sup>280</sup>, expresaba que era competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República, el conocimiento de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades (numeral 14 del artículo 42).

Se evidencia entonces, una distinción entre los términos utilizados en las Constituciones mencionadas anteriormente y el de la hoy derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pues en las primeras se hace referencia a los “contratos de interés público” o “contratos de interés nacional”, mientras que, en la segunda, se refiere a los “contratos administrativos”, la interpretación que se le ha dado a esta diferencia es que los contratos de “interés público” o de “interés nacional” son “contratos administrativos”, pero hasta los momentos ninguna Ley ha regulado este tipo de contratación.

---

<sup>280</sup> Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Op. Cit., artículo 42, numeral 14.

## **2. Ley del Tribunal Supremo de Justicia:**

Finalmente el 20 de mayo de 2004, se dictó la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia<sup>281</sup>, la cual establece en su artículo 5, numeral 25, que es competencia del Tribunal Supremo de Justicia: *“Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los estados o los municipios, si su cuantía excede de setenta mil unidades tributarias (70.000 U.T)”*.

Es de observar, que no se especifica cuál es la sala competente para conocer de los recursos interpuestos con relación a los contratos administrativos. Igualmente, queda un vacío de gran importancia, pues la Ley no especifica a que tribunal tiene la competencia para conocer de recursos que tengan relación con los contratos administrativos y que su cuantía sea menos a setenta mil unidades tributarias (70.000 U.T”).

## **3. Ley Forestal de Suelos y Aguas**

Es importante mencionar que para 1965, la noción de contrato administrativo figuraba en nuestro derecho positivo sólo en la Ley Forestal de Suelos y Aguas, al establecerse que *“el aprovechamiento de productos forestales en terrenos baldíos y cualesquiera otros terrenos que fueren del dominio privado de la Nación, cuando no fuere practicado directamente por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Agricultura y Cría, podrá ser ejecutado por particulares mediante contratos administrativos otorgados de*

---

<sup>281</sup> Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. (2004). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.942, 20 de mayo de 2004.

*conformidad con las disposiciones de esta Ley y su Reglamento” (artículo 65)<sup>282</sup>.*

#### **4. Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario:**

En esta ley se dispone que las competencias atribuidas comprenden el conocimiento de todas las acciones que por cualquier causa, bien sean intentadas con ocasión a la actividad u omisión de los órganos administrativos en materia agraria, incluyendo el régimen de los contratos administrativos, el régimen de las expropiaciones, las demandas patrimoniales y demás acciones con arreglo al derecho común que sean interpuestas contra cualesquiera de los órganos o los entes agrarios (artículo 172)<sup>283</sup>.

#### **5. Ley Orgánica de Régimen Municipal:**

En esta ley se regula la concesión como un tipo contractual que es evidentemente un “contrato administrativo”, en efecto el artículo 42 contiene las normas básicas sobre las concesiones de obras públicas y servicios públicos Municipales, así como para el uso y aprovechamiento del erario municipal; al señalar que cuando se trate de las concesiones de servicios públicos o de las concesiones para la explotación de bienes de la entidad por particulares, regirán las siguientes condiciones mínimas relacionadas con el plazo de la concesión, precio que pagará el concesionario por los derechos que le otorgue la concesión, la participación del Municipio en las utilidades o ingresos brutos que produzca la explotación de los bienes o servicios; la

<sup>282</sup> Ley Forestal de Suelos y Aguas. (1966). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.004 (Extraordinaria), 26 de enero de 1966.

<sup>283</sup> Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.323, 13 de noviembre de 2001.

garantía fideyusoria vigente durante el plazo de la concesión el capital que debe invertir el concesionario y forma de su amortización; la tarifa o precio por cobrar a los usuarios de sus servicios o compradores de sus bienes, la forma de supervisión de la gestión del concesionario, del mantenimiento y del uso apropiado de los equipos e instalaciones empleados en la explotación de la concesión; el derecho del Municipio a intervenir temporalmente la concesión y de asumir su prestación por cuenta del concesionario cuando el servicio sea deficiente o se suspenda sin su autorización; así como de revocar en cualquier momento la concesión, previo el pago de la indemnización correspondiente, y por último el traspaso gratuito al Municipio, libre de gravámenes, de todos los bienes derechos y acciones objeto de la concesión al extinguirse ésta por cualquier causa.

De igual forma expresa, que cuando por la naturaleza del servicio se requieran inversiones adicionales a las previstas en el contrato original, la reversión operará de acuerdo con las condiciones establecidas en los contratos suplementarios que se suscriban al efecto y en los cuales se establecerán la forma de indemnizar al concesionario la parte no amortizada<sup>284</sup>.

## **6. La Ley Orgánica del Poder Público Municipal**

Esta ley al igual que la derogada Ley Orgánica del Régimen Municipal igualmente prevé en su artículo 73 que la prestación de los servicios públicos municipales podrá ser objeto de concesión, sólo mediante licitación pública a particulares y bajo las siguientes condiciones mínimas establecidas en el contrato de concesión, referidas al plazo de la concesión, precio que pagará

---

<sup>284</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>

el concesionario, garantía de fiel cumplimiento, el derecho del Municipio a revisar periódicamente los términos del contrato, así como para intervenir de manera temporal el servicio y asumir su prestación por cuenta del concesionario, derecho de revocatoria por parte del Municipio sin menoscabo de la indemnización por el monto de las inversiones no amortizadas y por último el traspaso gratuito al Municipio, libre de gravámenes, de los bienes, derechos y acciones objeto de la concesión, al extinguirse ésta por cualquier título.

### **7. Ley de Licitaciones que regula la contratación administrativa:**

En esta ley se establece como objeto regular los procedimientos de selección de contratistas, para la ejecución de obras, la adquisición de bienes muebles y la prestación de servicios distintos a los profesionales y laborales, asimismo dispone que el Presidente de la República, actuando en Consejo de Ministros, dictará medidas que aseguren la transparencia, eficiencia y honestidad en los procedimientos de selección de cocontratantes en servicios profesionales y otros contratos excluidos de la aplicación de esta Ley (artículo 1)<sup>285</sup>.

### **8. Ley de Telecomunicaciones:**

En esta Ley se prevé las concesiones para el uso y aprovechamiento del espectro radioeléctrico, disponiéndose al efecto que las habilitaciones administrativas para la prestación de servicios de telecomunicaciones, así como las concesiones para el uso y explotación del dominio público radioeléctrico, sólo serán otorgadas a personas domiciliadas en el país, salvo

---

<sup>285</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>

lo que establezcan los acuerdos o tratados internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela. De igual forma la participación de la inversión extranjera en el ámbito de las telecomunicaciones sólo podrá limitarse en los servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta, de conformidad con lo que al efecto prevean las normas legales y reglamentarias correspondientes (artículo 9)<sup>286</sup>.

### **9. Ley del Servicio Eléctrico:**

Esta ley regula el desarrollo de actividades de transmisión y distribución de energía eléctrica. De igual forma a los fines de permitir la participación en el sector eléctrico se establece un régimen de autorizaciones y concesiones. En lo que respecta a las actividades de generación y comercialización especializada se establece el mecanismo autorizatorio y para el desarrollo de actividades en el área de distribución y transmisión se prevé la figura de la concesión. En su Título VI establece un régimen uniforme de autorizaciones y concesiones, así vemos que en lo que respecta a las actividades de generación (incluidas las de autogeneración y cogeneración), así como para la comercialización especializada, establece el requisito de obtener autorización; mientras que para el desarrollo de actividades en las áreas de transmisión y distribución, se requiere obtener una concesión.

En ese sentido, la Ley del Servicio Eléctrico prevé un régimen especial para las concesiones en el sector eléctrico y regula en los artículos 46 al 53 su duración, el área geográfica para su desarrollo, el contenido del contrato respectivo, la reversión de los bienes y la intervención de la concesionaria, entre otros aspectos, finalmente, prevé la aplicación supletoria del Decreto-

---

<sup>286</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>

Ley sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales<sup>287</sup>.

#### **10. Ley de Minas:**

En ella se regula todo lo concerniente a las concesiones mineras, en efecto dentro de las modalidades establecidas en la ley para el ejercicio de las actividades mineras, referidas a la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos mineros, encontramos las concesiones de exploración y subsiguiente explotación (artículo 7)<sup>288</sup>.

De igual forma el capítulo IV de la ley regula a través de un amplio articulado que va desde el artículo 24 hasta el 47, todo lo concerniente a la concesión minera, siendo ésta el acto del Ejecutivo Nacional mediante el cual se otorgan derechos e imponen obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de recursos minerales existentes en el territorio nacional<sup>289</sup>.

#### **11. Estatuto Orgánico de la Renta Nacional de Fósforos:**

En este estatuto desde el año 1950 se regulan las concesiones para ejercer la industria de la fabricación de fósforos.

#### **12. Reglamento Parcial N° 1 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, sobre las Transferencias de Servicios y Competencias a los Estados y los Acuerdos previos a la Transferencia de Servicios y la Cogestión:**

---

<sup>287</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>

<sup>288</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>

<sup>289</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>

En este reglamento se establece que en las transferencias se determinarán con precisión, “las concesiones y los contratos administrativos” con terceros beneficiarios afectados por las mismas, quedando el Estado como beneficiario de la transferencia automáticamente subrogado en los derechos y los deberes de la Administración Pública Nacional a la fecha de entrada en vigor de la transferencia. En el convenio respectivo, sin embargo, podrán establecerse que las obligaciones con terceros, derivadas de ejercicios anteriores a la fecha de la transferencia del servicio, sean asumidas por la República (artículo 13)<sup>290</sup>.

Finalmente, debemos señalar que luego de realizada una revisión de las leyes venezolanas, no conseguimos norma alguna que establezca la diferencia que existe entre los contratos administrativos y los contratos privados que celebra la Administración, lo cual evidencia la necesidad de que se dicte una normativa que regule esta materia, así como lo han hecho países como España.

---

<sup>290</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>



## **CAPÍTULO V**

### **EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA EN LA CONCEPCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

---

Sumario: I. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA EN LA CONCEPCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. A. Primeros criterios que se establecieron en Venezuela con relación a los contratos administrativos. B. Criterio actual. 1. En cuanto a la definición de los contratos administrativos. 2.- Con relación a los parámetros utilizados para identificar a los contratos administrativos. 3. En cuanto a la extinción de los contratos administrativos. 4. Órganos competentes para conocer de las cuestiones que se susciten con relación a los contratos administrativos. 5. En cuanto al procedimiento. 6. En lo que respecta al lapso de impugnación y los terceros ajenos a la relación contractual. 7. Con respecto al uso de las expresiones “contratos de interés nacional” o “contratos de interés público”

#### **I. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA EN LA CONCEPCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Cuando nos referimos a la evolución que ha tenido la jurisprudencia patria, observamos que la misma tuvo como base o fundamento al derecho francés y al español, los cuales fueron pioneros en desarrollar la teoría de los contratos administrativos, y en especial la distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados celebrados por la Administración.

Así con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia<sup>291</sup>, y específicamente conforme a lo establecido en el ordinal 14° del artículo 42, el cual dispone: *“Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República (...) 14.- Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades”*, adquiere esta distinción un respaldo normativo, respondiendo tal distinción a la necesidad de determinar cuál es la jurisdicción competente para conocer de las controversias que se susciten de la ejecución de los mismos<sup>292</sup>.

Por lo que podemos concluir, que con base en la citada norma, e inclusive con anterioridad a la misma, la jurisprudencia contencioso administrativa ha aceptado la distinción entre estos dos tipos contractuales y ha venido articulando el alcance de la misma.

#### **A. Primeros criterios que se establecieron en Venezuela con relación a los Contratos Administrativos**

A continuación realizaremos un resumen cronológico de las sentencias dictadas por la extinta Corte Federal con respecto a los contratos administrativos. En este sentido se podrá observar que la jurisprudencia

---

<sup>291</sup> Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. (1976). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1893 (Extraordinaria), 30 de julio de 1976.

<sup>292</sup> Es importante destacar, tal y como lo pudimos observar en el Capítulo IV del presente trabajo, que con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.942, de fecha 20 de mayo de 2004 se otorga la competencia a la Sala Político Administrativa para conocer de los contratos administrativos si su cuantía excede de las setenta mil unidades tributarias (70.000 UT), sin especificar a quien le compete el conociendo de las causas cuando el monto sea menor de esa cantidad.

desde sus inicios ha realizado un aporte sumamente importante, porque complementa todas las faltas legislativas que existen en esta materia.

En sentencia de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1944, se comienza a hablar de la subordinación del particular con respecto de la Administración, al suscribir un contrato donde esté interesado el servicio público, disponiendo al efecto:

“Cuando en un contrato está interesado el servicio público, el particular que celebra contrato con la administración, se ha convertido en colaborador del servicio público y por lo tanto, está aceptando quedar subordinado al interés general, y sometido al derecho público”<sup>293</sup>.

En este mismo orden de ideas la jurisprudencia posterior continuó fundamentada en el precedente fallo, haciendo especial énfasis en que los contratos administrativos son aquellos que interesan a los servicios públicos, y por ende se contraponen a los contratos de derecho privado.

Asimismo, la Corte Federal<sup>294</sup> se pronunció con respecto a algunas de las características que tienen los contratos administrativos, en los siguientes términos:

“Conforme se expresó anteriormente en este mismo fallo, una de las cuestiones que tipifican o caracterizan los contratos administrativos, es la facultad de la Administración pública para adoptar decisiones ejecutivas en cuanto se refiere al cumplimiento, inteligencia, rescisión y otros efectos de dichos contratos.

---

<sup>293</sup> Citado por Brewer, A. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo, t. III, Vol. 2. Pág. 733.

<sup>294</sup> Corte Federal, sentencia de fecha 12 de noviembre de 1954, (Caso: Alberto Machado-Conejos mestizos).

Así, en cuanto haya de por medio un contrato administrativo, la situación individual del derecho de los particulares es menos estable que la situación individual nacida de los contratos civiles, y ya se dijo también que tal desigualdad se explica y justifica por la supremacía y el imperio de los intereses públicos”.

Como podemos ver del anterior fallo se precisa como característica de los contratos administrativos, la facultad de la Administración pública para adoptar decisiones ejecutivas en todo lo que respecta al cumplimiento, inteligencia, rescisión y otros efectos tales contratos.

Asimismo, esta sentencia señaló que en el momento en que la Administración Pública celebra con un particular *“un contrato que tiene como objeto una prestación de utilidad pública nos encontramos sin duda frente a un contrato administrativo”*<sup>295</sup>.

Seguidamente, pasaremos a revisar las decisiones dictadas por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, así como también del actual Tribunal Supremo de Justicia en materia de contratos administrativos, haciendo un especial énfasis en los criterios establecidos con relación a la competencia, los elementos, las características, el procedimiento, los lapsos para la interposición de las demandas en esta materia, los efectos con respecto a los terceros y la extinción de los mismos.

---

<sup>295</sup> Ibid.

## **B. Criterio actual**

### **1. En cuanto a la definición de los contratos administrativos:**

La Sala Político Administrativa de nuestro Máximo Tribunal, ha reiterando las definiciones dadas por la doctrina de los contratos administrativos, así podemos ver que en sentencia de fecha 16 de mayo de 2000<sup>296</sup> indicó que: *"cuando la Administración Pública, obrando como tal, celebra con otra persona, pública o privada, física o jurídica, un contrato que tiene por objeto una prestación de utilidad pública, nos encontramos frente a un contrato administrativo, y tal interés general puede ser de la Nación o Estado, o de las Municipalidades"*<sup>297</sup>.

### **2.- Con relación a los parámetros utilizados para identificar a los contratos administrativos:**

En sentencia de la Sala Político Administrativa se establecieron parámetros para identificar a los contratos administrativos, en los siguientes términos:

“Con vista de todo lo cual, la Corte concluye:

1° Legislativa, doctrinaria y jurisprudencialmente es admitida en Venezuela la posibilidad de que tanto la administración nacional, como la estatal y la municipal celebren contratos administrativos.

2° Característica de éstos la noción de servicio público, inspirada en el interés general cuya consecuencia preside la

---

<sup>296</sup> Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de fecha 16 de mayo de 2000, (Caso: Domingo González).

<sup>297</sup> Definición ésta que ha sido reiterada por la jurisprudencia, tal y como lo podemos observar en la sentencia de fecha 23 de mayo de 2000 (Caso: Francisco Buysse vs. República de Venezuela) dictada por la misma Sala.

actuación administrativa, queda dicha finalidad puesta en evidencia cuando cláusulas exorbitantes del derecho común aparecen en él.

3° Han de considerarse también incorporadas al contrato aquellas cláusulas exorbitantes previstas en la normativa vigente al tiempo de la celebración, las cuales, en esas condiciones, revelan también el carácter administrativo que el contrato tiene.

4° Con sus reglas propias, distintas de las de Derecho Común, el contrato administrativo autoriza a la Administración contratante para rescindirlos unilateralmente juzgando el incumplimiento del particular que con ella lo suscribiera, a quien en todo caso queda abierta la vía del contencioso para asegurarse, en un debate ante el juez competente, la preservación de la ecuación económica del contrato, si la causa de la rescisión no le fuere imputable, como lo sentara este Supremo Tribunal en la citada sentencia de 12-11-54 (Corte Federal): ‘...en el campo de acción de los contratos administrativos, y aunque no conste en la cláusulas de la convención, la rescisión de ellos, cuando así lo demandan los intereses generales y públicos, es una facultad que la Administración no puede enajenar ni renunciar; y, así, conforme lo decidió la Corte Federal y de Casación, hoy extinguida, en sentencia de fecha 5 de diciembre de 1945, en esos contratos administrativos, por cuanto en ellos va en vuelto el interés general, el particular contratista no puede oponer a la Administración la regla *inadimplenti non est adimplendum*’<sup>298</sup>.

Podemos observar, que la jurisprudencia ha sido la encargada de perfilar los elementos que distinguen a los contratos administrativos de los contratos de derecho privado celebrados por la Administración.

Entre los criterios que se han utilizado para diferenciar a los contratos administrativos de los contratos privados celebrados por la Administración,

---

<sup>298</sup> Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 14 de junio de 1983, (Caso: Acción Comercial, S.A.).

existe la Teoría de la Cláusulas Exorbitantes, analizada por la Sala Político Administrativa, (Caso: ACCIÓN COMERCIAL, S.A.), en los siguientes términos:

“El motivo por el cual se incluyen y justifican dichas cláusulas radica en la necesidad de la Administración de ejercer su potestad de supremacía en una relación contractual específica, para así tutelar mejor los intereses que le han sido asignados. Ahora bien, existen casos en los cuales la Administración sacrifica su situación privilegiada en aras del fin de servicio público o de interés público (...). En todo caso, las cláusulas exorbitantes pasan a ser consideradas como las estipulaciones que revelan el poder de supremacía de la Administración frente al contratante y la existencia de un interés superior al de los simples particulares, como objeto de la tutela contractual, cuya realización obliga al sacrificio de determinadas potestades. De allí, que habrá cláusulas exorbitantes en los casos en los cuales este poder de supremacía de la Administración se pone de manifiesto justificado por la necesidad de proteger un interés jurídico en forma de manifiesto justificado por la necesidad de proteger un interés jurídico en forma especial confiado a su competencia, el cual, implícita o expresamente se establece en el contrato”<sup>299</sup>.

En este mismo orden de ideas, la Sala Político-Administrativa en decisión de fecha 16 de marzo de 2000 (Caso: CONSTRUCTORA PEDECA, C.A. vs. GOBERNACIÓN DEL ESTADO ANZOÁTEGUI), ratificó su reiterado criterio en relación a los elementos que permiten calificar un contrato como *"administrativo"*, indicando que poseen esta calificación aquellos contratos en los que *"una de sus partes sea una persona político-territorial, su objeto verse sobre la gestión de un servicio público y, aún cuando no es indispensable, se encuentran presentes en el contrato de concesión cláusulas que le otorgan potestades a la administración contratante que*

---

<sup>299</sup> Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 27 de enero de 1993 (caso: Hotel Isla de Coche II).

*rebasan el régimen propio de los contratos que se rigen por el Derecho Privado”.*

Esta posición ha sido pacíficamente mantenida hasta la fecha, como en los casos de las sentencias todas de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 12 de julio de 2000 (Caso: ALATEC, S.A. vs. CORPORIENTE), 13 de julio de 2000 (Caso. Inversiones Luixu 2051, C.A. vs. MINDUR), 27 de julio de 2000 (Caso: Gobernación del Estado Bolívar vs. Talleres COMAR, C.A.), 24 de enero de 2001 (Caso: María Pérez vs. Gobernación del Estado Nueva Esparta), 7 de marzo 2001 (Caso: Fundación para el Desarrollo Integral de la Gran Sabana Takupy vs. Alcaldía del Municipio Autónomo Gran sabana del Estado Bolívar), 5 de febrero de 2002 (Caso: Dioselina Rivero de Oropeza vs. Alcalde del Municipio Iribarren del Estado Lara).

Por otra parte, la Sala Político-Administrativa ha señalado que además de los típicos elementos identificadores del contrato administrativo (ente público contratante, servicio público y cláusulas exorbitantes), existen otros elementos propios de los contratos administrativos que deben ser examinados en cada caso concreto. Así fue dispuesto por la Sala Político Administrativa en decisión de fecha 28 de noviembre de 2000 (Caso: ALIMENTOS DE OCCIDENTE, C.A. (ADOCA) vs. Universidad del Zulia) al señalar que:

“Existe de vieja data, diversidad de criterios para el establecimiento de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado que celebra la administración. No alcanzándose por lo demás, un criterio pacífico e indiscutible para reconocer al contrato administrativo; sólo simplemente, algunos índices o elementos reveladores.



La tesis más difundida sustenta que el elemento unificador o fundamental para reconocer el contrato administrativo es que, éste reposa sobre la noción del servicio público, como objeto del contrato. Postulándose, en ese mismo parecer, que el contrato celebrado por la administración tenga por objeto la organización o funcionamiento de un servicio público o de alguna actividad de interés general, o bien que en alguna forma se desprenda del contrato que éste tiene por objeto ejecutar un servicio o dar satisfacción a un interés general. En tal sentido para que un contrato celebrado por la administración pueda ser calificado como administrativo, es necesario que guarde relación con una actividad de servicio público o de utilidad pública.

Sin embargo, se entiende que los contratos celebrados por la administración que tengan por objeto servicios industriales y comerciales idénticos a los que prestan los particulares, encajan normalmente en la categoría de los contratos de derecho común; de manera que a estos últimos se les presume como contratos de derecho privado, salvo que en razón de cláusulas especiales o de condiciones particulares de funcionamientos del servicio, pueda reconocérseles el carácter de contratos administrativos.

Se observa adicionalmente, que la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido reiteradamente, que un contrato administrativo se puede identificar por la presencia en su texto de 'cláusulas exorbitantes' -que son disposiciones contractuales impuestas por el ente administrativo contratante con el fin de anteponer el interés público al interés privado del co.contratante (...)

En adición a las denominadas cláusulas exorbitantes o al fin de atender o prestar un servicio público o de interés general, se pueden mencionar dentro del índice de rasgos o caracteres propios de los contratos administrativos (los cuales deben ser examinados en cada caso a fin de concluir si se está o no en presencia de un contrato de esta naturaleza) fundamentalmente los siguientes: a) que la actividad desarrollada sea trascendente para la prestación del servicio público; b) que una de las partes sea Administración Pública bien descentralizada funcional o territorialmente; c) que la actividad contratada 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; d) que el contrato suponga un subsidio evidente

a favor del beneficiario del servicio y a cargo de una de las partes contratantes"<sup>300</sup>.

Criterio éste que fue ratificado en los mismo términos en la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2001<sup>301</sup>, en la cual se concluye que el contrato de préstamo “celebrado por las partes bajo un régimen de derecho privado, es decir, el mismo tiene un objeto comercial idéntico a los que se celebran entre los particulares, por lo cual encaja normalmente en la categoría de los contratos de derecho común” razón por la cual la Sala se declaró incompetente para conocer de dicha causa.

No obstante, todos los anteriores elementos señalados como característicos del contrato administrativo, la jurisprudencia de la Sala ha ratificado que el criterio de servicio público en sentido amplio es el elemento fundamental para identificar al contrato como “administrativo”, noción ésta que en la actualidad es la utilizada fundamentalmente por la jurisprudencia para distinguir un contrato como "administrativo". En ese sentido, la Sala Político-Administrativa, en sentencia del 23 de mayo de 2000, ha señalado que:

“La noción de servicio público, en sentido amplio, ha sido criterio asumido y mantenido por esta Sala en términos tales que, al tener por objeto la prestación de un servicio de utilidad pública, es y debe admitirse su naturaleza eminentemente administrativa y, de ese modo, el objeto vinculado al interés general se constituye como el elemento propio y necesario de la definición en cuestión. Un servicio será público, cuando la actividad administrativa busque el

---

<sup>300</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 28, de noviembre de 2000 (Caso: Alimentos de Occidente, C.A. ADOCA vs. Universidad del Zulia)

<sup>301</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 20 de noviembre de 2001 (Caso: Monagas Plaza, C.A. vs. Banco Industrial de Venezuela)

desarrollo de una tarea destinada a satisfacer un interés colectivo"<sup>302</sup>.

La noción amplia del servicio público como objeto del contrato administrativo ha sido utilizada por la Sala para calificar a los contratos relacionados sobre terrenos ejidales como "contratos administrativos". Cabe observar que anteriormente la extinta Corte Suprema de Justicia, había interpretado la noción de servicio público en sentido estricto, llegando *"a negar el carácter de administrativo a los contratos de compraventa de terrenos ejidos por considerar que los mismos no tenían como fin la prestación de un servicio público sino la satisfacción de un interés privado de la municipalidad y los particulares"*<sup>303</sup>.

No obstante, podemos observar que en reciente decisión de fecha 11 de mayo de 2000 (Caso: TRINO JUVENAL PÉREZ vs. ALCALDE MUNICIPIO GUANIPA DEL ESTADO ANZOÁTEGUI), la Sala retomó el criterio amplio de servicio público como elemento distintivo de los contratos administrativos al establecer que "son contratos administrativos, los referidos o celebrados en relación a los Ejidos, por su naturaleza, por su regulación un tanto exorbitante del derecho común especial, y por el objetivo de interés público en su conjunto". Esta sentencia tiene cierta relevancia porque realiza un análisis importante con respecto al régimen jurídico aplicable a los terrenos ejidales.

La posición fijada en este sentido ha sido posteriormente ratificada por la Sala Político-Administrativa en múltiples sentencias al señalar que *"los contratos celebrados por los Municipios, sin importar su naturaleza*

---

<sup>302</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 23 de mayo de 2000 (Caso: FRANCISCO BUYSSE vs. República de Venezuela)

<sup>303</sup> Badell, R. ***Tendencias Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo***. Disponible en: [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com)

*(compraventa, arrendamiento, comodato, etc.) son verdaderos contratos administrativos, toda vez que los mismos poseen las tres características básicas de todo contrato administrativo, a saber: 1.- una de las partes es un ente público; 2.- el contrato tiene una finalidad de utilidad pública o la prestación de un servicio público y; 3.- como consecuencia de lo anterior, se entiende 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 del mismo*<sup>304</sup>.

Asimismo, podemos señalar que ha sido reiterado el criterio con relación a que los contratos celebrados por los Municipios con relación a los ejidos son administrativos, ejemplo de ello son las sentencias dictadas por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fechas 16 de mayo de 2000 (Caso: Domingo González vs. Alcaldía del Municipio Autónomo Páez del Estado Apure), 19 de julio de 2000 (Caso: Sergio Seijas Rial vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Sucre), 5 de febrero de 2002 (Caso: Dioselina Rivero de Oropeza vs. Alcalde del Municipio Iribarren del Estado Lara).

En este sentido, BADELL<sup>305</sup> señaló que la noción amplia del servicio público ha llevado a que se califiquen como administrativos, entre otros a los siguientes contratos:

“1. El contrato para la prestación del servicio público de cementerios y servicios funerarios (sentencia de la Sala Político-Administrativa del 13 de abril de 2000. Caso: Promotora Jardín Calabozo);

---

<sup>304</sup> Ibid.

<sup>305</sup> Badell, R. (2002). **Jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia**. Disponible en: [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com)

2. El contrato de concesión para la conservación, mantenimiento, ampliación, administración y aprovechamiento de un tramo vial propiedad del Estado (sentencia de la Sala Político-Administrativa del 16 de marzo de 2000. Caso: Constructora Pedeca);
3. El contrato sobre terrenos ejidos municipales (sentencias de la Sala Político-Administrativa del 3 de abril de 2001. Caso: J.V. Mendoza; y del 4 de julio de 2000. Caso: Fundamérida);
4. El contrato de concesión para la operación de servicios portuarios. (sentencia de la Sala Político-Administrativa del 4 de julio de 2000. Caso: Demergel, C.A.);
5. El contrato celebrado por un Estado para la ejecución de una obra de canalización de un río (Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 13 de julio de 2000);
6. El contrato celebrado por una Gobernación con un taller mecánico para la reparación de vehículos policiales destinados a la seguridad pública (sentencia de la Sala Político-Administrativa del 27 de julio de 2000. Caso: Talleres Comar, C.A.); y
7. El contrato celebrado por una Universidad Nacional para la concesión de un comedor estudiantil (sentencia de la Sala Político-Administrativa del 28 de noviembre de 2000. Caso: ADOCA vs L.U.Z.)”.

Con respecto a uno de los elementos característicos de los contratos administrativos, como lo son las cláusulas exorbitantes, la Sala ha dejado establecido que aunque las dichas cláusulas no estén expresas en el contrato, el mismo no deja de ser administrativo, tal y como lo estableció la decisión de fecha 13 de abril de 2000 (Caso: PROMOTORA JARDÍN CALABOZO, C.A.)<sup>306</sup>, en los siguientes términos:

"si bien es cierto que la presencia de las 'cláusulas exorbitantes' en un contrato celebrado por la Administración Pública evidencia la existencia de un contrato administrativo, éstas no hacen más que revelar la noción de interés general o colectivo

---

<sup>306</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 13 de abril de 2000 (Caso: Promotora Jardín Calabozo vs. Alcaldía y del Concejo Municipal del Municipio Francisco de Miranda del estado Guárico)

que el servicio público tiene y, por tanto, la ausencia de éstas en una negociación pública no significa que el contrato no sea administrativo, en virtud que la especialidad de éstos contratos radica en el objeto, que es precisamente la prestación de un servicio público, y por ende, el interés general que envuelven".

Entonces debe entenderse que los contratos en los cuales no aparece incorporada en forma expresa ninguna cláusula exorbitante, adquieren carácter de "contratos administrativos" cuando su objeto se relaciona con un servicio público. En efecto, tal y como señala BADELL en estos casos, *"aun ante la falta de regulación expresa de cláusulas exorbitantes, rigen igualmente las potestades unilaterales de dirección, interpretación, incumplimiento, sanción y extinción de la relación contractual, facultades éstas que detenta la Administración como consecuencia del Principio de Autotutela Administrativa"*<sup>307</sup>.

Asimismo, en sentencias como las dictadas por la Sala Político Administrativa de fecha 13 de julio de 2000 (Caso: Inversiones Luixu 2051, C.A. vs. MINDUR) y la de fecha 20 de noviembre de 2001 (Caso: Servitransporte, C.A. vs. Instituto Autónomo Municipal de Tránsito y Transporte Público Urbano de Pasajeros y Vialidad del Municipio Valencia del Estado Carabobo), se ratificó el criterio en el cual se establece que las cláusulas exorbitantes son aplicables a los contratos administrativos a pesar de no estar expresamente en el texto de los mismos y, en especial, la sentencia de fecha 5 de agosto de 2004 (caso: DHL FLETES AEREOS, C.A. y otros vs. Ministerio de Transporte y Comunicaciones), en la cual se señaló que:

---

<sup>307</sup> Badell, R. Op. Cit.

“En efecto, los contratos administrativos tienen implícitas ciertas cláusulas que sobrepasan las de Derecho común, llamadas exorbitantes porque exceden o superan a lo que las partes han estipulado en el contrato, siempre que sea para salvaguardar el interés general. En este sentido, los principios de la *autonomía de la voluntad e igualdad jurídica* de las partes quedan subordinados en el contrato administrativo y es el interés público el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares, por lo tanto, la Administración queda investida de una posición de privilegio y superioridad y de prerrogativas que se consideran consecuencia de las cláusulas exorbitantes del Derecho Común y que se extienden a interpretación, modificación y resolución del contrato”.

Por otra parte, en sentencia de la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal de fecha 26 de junio de 2001<sup>308</sup>, se mencionó que a pesar de la condición ventajosa que tiene la Administración en virtud de las cláusulas exorbitantes de los contratos administrativos, es necesario que ésta ajuste su actuación a derecho, en los siguientes términos:

“Sin embargo tal condición ventajosa no exime a la Administración de ajustar su actuación a derecho, pues ésta no debe, en ningún caso, cometer arbitrariedades en el uso de tal prerrogativa, o lo que es lo mismo, su ventaja no obsta al cumplimiento de ciertas obligaciones para con la empresa contratista. De allí, que si bien se encuentra facultada para rescindir unilateralmente un contrato cuando medien razones de interés general que prevalezcan en la toma de su decisión, debe dejar a salvo los derechos de naturaleza pecuniaria que derivan de esa relación, como sería la indemnización que debe percibir la concesionaria, en atención al equilibrio financiero que caracteriza las reglas económicas básicas que debe contener todo contrato de concesión”

---

<sup>308</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 26 de junio de 2001 (Caso: Constructora Pedeca, C.A. vs. Gobernador del Estado Trujillo).

### **3. En cuanto a la extinción de los contratos administrativos:**

En este punto, no nos referiremos a la forma de extinción contractual normal, porque es evidente que ésta ocurre cuando el mismo se ha cumplido a habilidad, sino que nos referiremos a la extinción anticipada del contrato. En este sentido, la Sala Político Administrativa ha señalado lo siguiente:

“la Administración tiene la facultad de resolver unilateralmente los contratos administrativos en los que sea parte, por distintas razones: de legalidad, cuando no se han satisfecho los requisitos exigidos para su validez o eficacia; de interés general o colectivo; y a título de sanción, en caso de falta grave o incumplimiento del co-contratante. Ciertamente, en este último supuesto, no puede la Administración prescindir, en principio, de un procedimiento contradictorio, en el cual se asegure al particular sus elementales garantías de intervención y defensa. En consecuencia, frente a la potestad de rescisión unilateral del contrato, se erige la garantía del derecho a la defensa del interesado que será afectado por la decisión que haya de adoptarse”<sup>309</sup>.

Asimismo, es importante destacar que también al Sala ha reconocido que en el caso de rescisión unilateral del contrato por razones de mérito y oportunidad al contratista se le debe pagar su correspondiente indemnización, en cumplimiento al equilibrio económico financiero del contrato, tal y como podemos constatar del texto de la sentencia del caso de la Constructora Pedeca, C.A. vs Gobernador del Estado Trujillo, citada anteriormente.

Por otra parte, en sentencia de fecha 5 de febrero de 2002 la Sala se pronunció sobre la posibilidad que tiene la Administración de extinguir los

---

<sup>309</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 6 de febrero de 2001 (Caso: Corporación Digitel, C.A. vs. Alcaldesa del Municipio Baruta).



contratos administrativos cuando se encuentren viciados de nulidad absoluta o relativa, en los siguientes términos:

“el que la Administración considere que deba ser el órgano jurisdiccional quien declare la nulidad del contrato administrativo cuestionado, no significa, en modo alguno, que la misma Administración en el ejercicio de las potestades revocatorias o anulatorias que le han sido concedidas expresamente por la Ley, no pueda extinguir un contrato administrativo cuando el mismo se encuentre afectado por vicios de nulidad absoluta o relativa”<sup>310</sup>.

#### **4. Órganos competentes para conocer de las cuestiones que se susciten con relación a los contratos administrativos:**

En virtud de lo establecido en los artículos 42, numeral 14, y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia la Sala Político Administrativa consideró que la ley le otorgaba exclusividad para conocer de los asuntos relativos a los contratos administrativo, lo cual manifestó de la siguiente manera:

“Al respecto ha sido jurisprudencia reiterada de este Alto Tribunal que, en relación a los contratos administrativos, hay una ‘**universalidad de reserva**’ a favor de la Sala Político Administrativa, independientemente de la naturaleza de la pretensión de los accionantes, todo lo cual hace aplicable al presente caso el numeral 14 artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”<sup>311</sup>.

---

<sup>310</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de febrero de 2002 (Caso: Inversiones Proyectos y Cobranzas I.P.C., C.A. vs. Alcaldía del Municipio Girardot del Estado Aragua).

<sup>311</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia fecha 4 de julio de 2000 (Caso: DEMERGEL, C.A. vs. Instituto Puerto Autónomo de Puerto Cabello).

Con relación a la universalidad de reserva seguiremos los lineamientos de Badell<sup>312</sup> para analizar que ésta funciona tanto en sentido (i) material u objetivo, como en sentido (ii) orgánico o subjetivo.

(i) **Ámbito objetivo:** cualquier controversia:

Con relación al ámbito objetivo de su competencia, la Sala ha establecido que tiene la suficiente competencia como para conocer de cualquier controversia que esté relacionada con la interpretación, cumplimiento, incumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos. Ejemplo de este criterio lo podemos evidenciar en las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 13 de abril de 2000 (Caso: Promotora Jardín Calabozo vs. Alcaldía y Concejo Municipal del Municipio Francisco de Miranda del Estado Guárico); 24 de enero de 2001 (Caso: María de Jesús Pérez vs. ); 13 de febrero de 2001 (Caso: Proyecto y Construcciones Civiles, C.A. vs. Alcaldía del Municipio Girardot del Estado Aragua); 7 de marzo de 2001 (Caso: Fundación para el Desarrollo Integral de la Gran Sabana Takupy vs. Alcaldía del Municipio autónomo Gran Sabana del Estado Bolívar).

Ratificando el anterior criterio, observamos que en sentencia de fecha 5 de febrero de 2002, la Sala se declaró competente para conocer sobre la nulidad de un contrato de concesión de uso sobre un terreno de origen ejidal, señalando que *“es competencia de esta Sala Político Administrativa conocer*

---

<sup>312</sup> Badell, R. (2002). **Jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.** Disponible en: [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com)

*de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de los contratos administrativos*<sup>313</sup>.

Igualmente, en esa misma fecha la Sala estableció con relación a su competencia para conocer de las causas relativas a los contratos administrativos, refiriéndose al numeral 14, del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

“La norma transcrita ha sido interpretada por la jurisprudencia de esta Sala como una cláusula general que le otorga competencia para conocer de toda acción intentada, en razón de un contrato administrativo, bien que este sea el objeto mismo del recurso o bien cuando se impugne una actuación distinta, pero directamente vinculada a aquél, es decir, con independencia de cual sea el objeto de la acción y, además, con independencia también de la pretensión esgrimida, sea ésta de índole anulatoria, condenatoria, restitutoria o de naturaleza distinta”<sup>314</sup>.

(ii) *Ámbito subjetivo: República, Estados o Municipios.*

Ahora bien, la Sala Político Administrativa cambió el criterio ya que ésta se declara competente para conocer de cualquier causa que esté relacionada con los contratos administrativos, siempre y cuando éstos tengan como ente contratante a la República, Estados o Municipios, de lo contrario correspondería conocer de dichas causas a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, aplicando de esta manera la competencia

---

<sup>313</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de febrero de 2002 (Caso: Dioselina Rivero de Oropeza vs. Alcalde del Municipio Iribarren del Estado Lara).

<sup>314</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de febrero de 2002 (Caso. Inversiones Proyectos y Cobranzas I.P.C., C.A. vs. Alcaldía del Municipio Girardot del Estado Aragua).

residual otorgada a dicha Corte por el numeral 3, del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

El criterio antes citado, lo estableció la Sala en sentencia de fecha 15 de mayo de 2001<sup>315</sup>, en la cual se estableció que:

“la competencia a favor de esta Sala para conocer de las acciones que se interpongan a propósito de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos, involucra necesariamente la participación de la República, los Estados y Municipios, lo cual no resulta aplicable al caso de autos. En efecto, si bien el objeto del recurso versa sobre la validez o nulidad de un contrato administrativo lo cierto es que este último fue suscrito por un ente que aunque forma parte de la amplia gama de personas jurídicas que integran el sector público, no se corresponde con la identidad de la República, algún Estado o Municipio; resultando competente para conocer del caso la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a tenor de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”.

Por otra parte, la Sala en sentencia de fecha 20 de noviembre de 2001<sup>316</sup> pasó a revisar el criterio del fuero atrayente de competencia por parte de la Sala Político para conocer de las causas relativas a los contratos administrativos, en el cual basándose en los principios de eficacia, rapidez, y fácil acceso a la justicia que garantiza la constitución, expresó que:

“cuando la causa se refiera a contratos celebrados por entidades regionales distintas a las citadas en el numeral 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia,

---

<sup>315</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de mayo de 2001 (Caso: Ingeniería Gripe, C.A. vs. CADELA)

<sup>316</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 20 de noviembre de 2001 (Caso: SERVITRANSPORTE, C.A. vs. Instituto Autónomo Municipal de Tránsito y Transporte Público Urbano de Pasajeros y Vialidad del Municipio Valencia del Estado Miranda).

corresponderá conocer a los tribunales de primera instancia de esta jurisdicción especial, es decir, los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo de la respectiva circunscripción judicial”.

Como se evidencia de las últimas dos sentencias que hemos citado, la intención de la Sala Político Administrativa es limitar su propia competencia con relación a los contratos administrativos, solamente al conocimiento de aquellas causas en las cuales el contratante sea la República, los estados y Municipios, en todos los demás casos la competencia a nuestro criterio – a pesar de lo establecido en la decisión del Caso: SERVITRANSPORTE, C.A.- es de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en virtud de la competencia residual que le corresponde por Ley.

#### **5. En cuanto al procedimiento:**

En sentencia de fecha 11 de junio de 1998<sup>317</sup>, la Sala señaló con relación al procedimiento aplicable en el caso de los recursos interpuestos contra los contratos administrativos, lo siguiente:

“cuando se impugna un contrato de la Administración, sea administrativo o de derecho privado, con fundamento en que adolece de vicios de inconstitucionalidad o de ilegalidad, que son los mismos vicios que pueden dar lugar a un recurso separado de nulidad, el procedimiento a seguir en Venezuela es el mismo que se aplica para la impugnación de los actos separables, esto es, el de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, salvo disposición en contrario expresamente contenida en la ley”.

---

<sup>317</sup> Sentencia de la sala Político Administrativa del tribunal Supremo de Justicia de fecha 11 de junio de 1998 (Caso. Inversiones Carnegie, C.A.).

Posteriormente, en sentencia de fecha 3 de mayo de 2000<sup>318</sup>, la Sala Político Administrativa luego de transcribir el artículo 81 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cambió el criterio establecido en la sentencia antes transcrita, señalando cuál es el procedimiento aplicable para los recursos en los cuales se encuentren involucrados contratos administrativos, en los siguientes términos:

“Atendiendo a las consideraciones expuestas hasta este punto, vistas a la luz del claro precepto legal recién transcrito, y en ausencia de disposición expresa que fije un procedimiento especial para las demandas de nulidad de contratos administrativos, independientemente de las razones que se aduzcan para demandar tal nulidad en cada caso (nulidad de actos separables o causas ordinarias del derecho Civil), la Sala considera necesario precisar que sí existe disposición legal expresa que indica totalmente lo contrario a lo afirmado como regla general en el tantas veces citado precedente jurisprudencial del 11 de junio de 1998”.

(...)

así, vista en su correcta dimensión y a la luz del precepto contenido en el artículo 81 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la anomalía de este excepcional supuesto del artículo 111 *eiusdem* conduce más bien a ratificar que en los casos de demandas de nulidad de contratos administrativos, independientemente de las razones aducidas al efecto (nulidad de *actos separables* o causas del *Derecho civil*), así como de si quien demanda sea parte o no en el contrato cuya nulidad se exige, el procedimiento aplicable es el ordinario previsto en el texto adjetivo general, con las modificaciones y variaciones introducidas por los artículos 103 y siguientes del primer texto legal en referencia”.

---

<sup>318</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 3 de mayo de 2000 (Caso: Inversora MAEL, C.A. vs. CVG).

Por lo tanto, con este cambio jurisprudencial que presentó la Sala con el caso de la Inversora MAEL, se modificó el criterio que establecía el procedimiento aplicable en los casos relacionados con contratos administrativos, señalando que: *“toda demanda contractual dirigida a lograr la nulidad del contrato, bien sea ejercida por el contratista o por un tercero ajeno a la relación contractual, fundada (i) en la nulidad del acto previo separable esencial al contrato, (ii) en la existencia de vicios sustanciales al propio contenido del contrato, o (iii) en la invocación de causales de nulidad específicas previstas en el derecho civil ordinario, debe ser tramitada con base al procedimiento ordinario de demandas contra la República contemplado en los artículos 103 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y no el de nulidad de actos de efectos particulares previsto en los artículos 121 y siguientes”*<sup>319</sup>.

#### **6. En lo que respecta al lapso de impugnación y los terceros ajenos a la relación contractual:**

Con relación al lapso de prescripción, así como también respecto a las acciones que los terceros a la relación contractual pueden ejercer, la Sala Político Administrativa, señaló en sentencia de fecha 9 de octubre de 2001<sup>320</sup>, lo siguiente:

"las acciones contractuales derivan de los intereses particulares que pudieren verse afectados con el contrato, por lo que no han sido consideradas como materia de orden público, por lo cual se rigen por los lapsos de prescripción correspondientes a la naturaleza de la materia.

---

<sup>319</sup> Badell, R. (2002). *Jurisprudencia de la sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia*. Disponible: [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com)

<sup>320</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 9 de octubre de 2000 (Caso: Aquiles Lindo vs. Salvatore Giambona).

En el presente caso, se trata de una acción declarativa de nulidad de un contrato de venta. Así las cosas, el contrato de venta es una convención entre partes, por lo que resulta aplicable la prescripción prevista en el artículo 1.346 del Código Civil que señala que la acción para pedir la nulidad de una convención dura cinco (5) años, salvo disposición especial de la ley. Obviamente, la norma del Código Civil no prevé el supuesto del artículo 111 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esto es, la acción del tercero ajeno a la relación contractual, no obstante para concordar la norma del Código Civil con la de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, habría que estimar que para el tercero, los cinco (5) años corren a partir de la vigencia del contrato."

En este sentido se observa, que en los casos en los cuales el recurso sea interpuesto por un tercero de la relación contractual, no se aplicará lo establecido en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el cual establece un lapso de 6 meses para presentar el recurso de nulidad, pues en estos casos, de conformidad con lo establecido en el artículo 111 y el 103 de la mencionada Ley, el procedimiento aplicable en el caso de que un tercero de la relación contractual y que tiene un interés legítimo, personal y directo, es el procedimiento ordinario.

#### **7. Con respecto al uso de las expresiones “contratos de interés nacional” o “contratos de interés público”:**

Con relación a los contratos administrativos y los contratos de interés público nacional, La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 11 de agosto de 1983, se pronunció en los siguientes términos:



“La Sala admite que no existe unanimidad doctrinaria cerca de la absoluta y total equivalencia entre la figura del contrato administrativo y las expresiones constitucionales ‘contratos de interés nacional’ o ‘de interés público’ o ‘de interés público nacional’ (Art. 126 de la Carta Magna), pero asimismo constata el hecho evidente de la aceptación por parte de la misma doctrina venezolana acerca de la posibilidad para las administraciones de celebrar contratos de la especie indicada, es decir, de los llamados ‘contratos administrativos’, lo que a nivel legislativo, se ve corroborado contundentemente en la propia Ley Orgánica de este Supremo Tribunal, la cual le otorga competencia a la Corte para ‘conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los *contratos administrativos* en los cuales sea parte la República, los Estado o las Municipalidades’ (Art. 42, ord. 14)”<sup>321</sup>.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sentencia de fecha 24 de septiembre de 2002 la Sala Político Administrativa, realizó la siguiente interpretación con relación a los contratos de interés público y los contratos de interés nacional:

“En tal sentido, estarán incluidos dentro de la especie de contratos de interés público nacional, todos aquellos contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan solo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante, que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar

---

<sup>321</sup> Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 11 de agosto de 1983. (Caso: Cervecería de Oriente, C.A.).

en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación”<sup>322</sup>.

Como se puede observar, la Sala en esta sentencia considera que los contratos de interés público nacional son aquellos cuyo objeto es determinante o esencial para la realización de los fines del Estado.

Sin embargo, luego de revisar este grupo de sentencias relativas a los contratos administrativo, podemos observar que aunque la jurisprudencia ha realizado un buen trabajo para complementar ese gran vacío legislativo que existe en esta materia, es imprescindible que se dicten leyes que aborden estos temas, que realicen las definiciones correspondientes y que presenten específicamente los procedimientos aplicables, porque al final los jueces y en especial la Sala Político Administrativa ha tenido que realizar interpretaciones basándose inclusive en otras legislaciones, que a nuestro parecer no es lo correcto, pues la Asamblea Nacional debería dictar las normas necesarias para que exista mayor seguridad jurídica tanto para la propia Administración como para los administrados.

---

<sup>322</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de septiembre de 2002 (Caso: Andrés Velásquez y otros vs. Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público).

## **CAPÍTULO VI**

### **PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS PRIVADOS CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACIÓN**

---

Sumario: I. PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS PRIVADOS CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACIÓN A. Principios que rigen los Contratos Administrativos. 1. Principio de legalidad. 2. Principio de igualdad. 3. Principio de libre concurrencia 4. Principio de publicidad. 5. Principio de transparencia. 6. Principio de eficiencia, uniformidad y celeridad de las actuaciones administrativas. 7. Principio de interés público. 8. Principio de responsabilidad. 9. Principios de mutabilidad y adaptabilidad. 10. Principio de fiscalización. 11. Principio de buena fe. 12. Principio de formalismo “moderado”. 13. Principio de equilibrio de intereses. 14. Principio de imparcialidad. 15. Principio de la verdad material. B. Principios que rigen los Contratos Privados celebrados por la Administración. 1. Reglas de competencia. 2. Reglas de Procedimiento Administrativo. 3. Reglas relativas a las formalidades previas previstas en ciertas relaciones contractuales. 4. Reglas relativas a las previsiones presupuestarias y al control fiscal externo. 5. Reglas de selección de contratistas.

#### **I. PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS PRIVADOS CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACIÓN**

En materia de contratación administrativa, se ha desarrollado un conjunto orgánico de principios que permiten resolver los innumerables y novedosos problemas prácticos que plantea el obrar de la Administración, por ende esta especialidad no puede verse como una rama aislada del Derecho, sino que

recibe normas y principios de otras normas, ya sean de Derecho Público como de Derecho Privado.

Esta investigación busca analizar los principios más importantes que existen hoy en día en la materia de contratación administrativa, y que constituyen la base al momento de que la Administración utilice su capacidad de Derecho Privado para contratar y obtener así, la satisfacción de sus necesidades y poder cumplir con la satisfacción de los intereses de los particulares, la cual constituye el fin último de la Administración.

Los principios, como integradores del Derecho, vienen a constituir la base de determinada rama jurídica, y van a estar implícitamente en las relaciones de Derecho Público y Privado que realice la Administración.

De seguidas desarrollaremos una serie de principios que regulan la contratación administrativa, indicando su fundamento jurídico, sus características más importantes, y su relevancia al momento de que el Estado necesite satisfacer sus necesidades para cumplir con sus funciones hacia los particulares.

### **A. Principios que rigen los Contratos Administrativos**

Los principios jurídicos constituyen los pilares que informan y conforman el Derecho que rige las relaciones jurídicas en el Estado, cuyos fundamentos se afirman en el sistema constitucional<sup>323</sup>.

---

<sup>323</sup> Bui. M. (2002). *Contratos administrativos*. (1° ed.). Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. Pág. 85.

Los principios del procedimiento administrativo delimitan su contenido y su finalidad, y constituyen las pautas o directrices que definen su esencia y justifican su existencia. Por tanto, tienen una función informadora, toda vez que sirven al legislador como fundamento del ordenamiento jurídico y también poseen una función normativa, ya que actúan como fuente supletoria, en caso de ausencia de ley, pues integran el Derecho al no existir una norma jurídica que se aplique a la situación concreta; y finalmente, poseen una función interpretativa, pues operan como criterio orientador del juez o intérprete, en general.

Ahora bien, se observa que paralelo a los principios del procedimiento administrativo, encontramos, los principios presentes en la licitación, entendida ésta, en palabras de DROMI, como *“el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formule propuestas entre las cuales seleccionará y aceptará la mas conveniente”*<sup>324</sup>. Por lo tanto, pasaremos a estudiar los principios que rigen la contratación administrativa, y de manera especial los relacionados con el procedimiento licitatorio.

### **1. Principio de legalidad**

Es uno de los principios más importantes, no sólo de la contratación administrativa, sino de todas las ramas del Derecho, en virtud del cual, la Administración sólo puede hacer lo que expresamente el ordenamiento jurídico le tiene autorizado, constituye en sí la columna vertebral de la

---

<sup>324</sup> Badell, R. Op.cit., pág. 71.

actuación administrativa; debiendo ésta realizarse de conformidad con el ordenamiento y en cumplimiento de las finalidades para las cuales se le ha otorgado el poder<sup>325</sup>.

Encuentra su fundamento en el artículo 3 de la derogada Ley Orgánica de la Administración Central, hoy artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en efecto, la Administración Pública se organiza y actúa conforme con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a los particulares<sup>326</sup>.

Por su parte COMADIRA considera, que este principio, generalmente formulado en relación con el procedimiento administrativo recursivo bajo el nombre de legalidad objetiva, ha sido entendido *“en el sentido de que el procedimiento administrativo tiende no sólo a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo”*<sup>327</sup>.

No obstante ello, este actor prefiere identificar al fenómeno que se quiere aprehender con este principio mediante la locución “juricidad”, por considerar

---

<sup>325</sup> Ibid., pág. 73.

<sup>326</sup> Ley Orgánica de la Administración Pública. (2001). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305, 17 de octubre de 2001.

<sup>327</sup> Comadira, J. (2005). **La Licitación Pública en los Contratos Administrativos**. En: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. (Comp. 2005). **Los Contratos Administrativos “Contratos del Estado”**. Caracas: FUNEDA. Pág. 241.

que esta palabra representa de mejor forma, *“la idea de que el accionar de la Administración Pública en la procura del bien común supone, necesariamente el respeto de todo el orden jurídico”*<sup>328</sup>.

Cabe agregar, que todo acto de la Administración debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas, y circunstancias que lo causen, asimismo ninguna norma o acto que haya emanado de un órgano inferior puede dejar sin efecto lo dispuesto por otro de rango superior<sup>329</sup>.

Con referencia a la afirmación de DROMÍ de que el principio de la legalidad constituye *“la columna vertebral de la actuación administrativa”* BADELL considera que el mismo supone cuatro implicaciones fundamentales, a saber: *“(i) la reserva legal en la formulación de procedimientos de selección de contratistas...(ii) la ordenación jerárquica de las normas que le son aplicables... (iii) la precisión legal de las competencias que se confieren a las autoridades administrativas que intervienen en el procedimiento... (iv) control judicial de los actos del procedimiento”*<sup>330</sup>.

En España este principio tiene su fundamento, en el artículo 11 de la Constitución Política, 10 de la Ley de Contratación Administrativa, y principalmente en el 11, 12 y 13 de la Ley General de la Administración Pública, donde se somete a la Administración Pública al ordenamiento jurídico.

---

<sup>328</sup> Comadira, J. Op cit., pág. 242.

<sup>329</sup> Bui. M. Op. Cit., pág. 86.

<sup>330</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 74.

En Argentina COMADIRA expresa que este principio tiene plena vigencia en el procedimiento constitutivo de la licitación pública y ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, la cual a diferencia del término de juricidad expresado por el actor, hace referencia a la expresión “principio de la legalidad”, tomando tal expresión en un sentido amplio, toda vez que la sujeción de la licitación implica el deber de observancia no sólo de la ley formal sino de todo el ordenamiento jurídico en general<sup>331</sup>.

## 2. Principio de igualdad

Este principio muy importante en los procedimientos de contratación administrativa; se deriva del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y se traduce en opinión de BADELL en que *“la Administración no puede conceder prerrogativas y privilegios o negar derechos, de manera distinta y sin razonable justificación, a sujetos que se encuentren en iguales circunstancias”*<sup>332</sup>.

El principio de igualdad desde un punto de vista general en materia administrativa significa que el Estado debe prestar su actividad a todos los que la necesiten, sin otro criterio de distinción que el grado de esa necesidad, y con entera abstracción del sexo, la religión, política, las convicciones filosóficas, la clase social, o en general todo aquello que nada tenga que ver con el cumplimiento del fin público que la actividad persigue<sup>333</sup>.

---

<sup>331</sup> Comadira, J. Op cit., pág. 243.

<sup>332</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 74 y ss.

<sup>333</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).



Aplicado ello al contrato, significa que es administrativo todo aquel en que se estipule expresamente la igualdad en el trato de todo usuario de la actividad del cocontratante.

Asimismo BADELL hace referencia a la aplicación de este principio en el procedimiento de licitación, señalando al efecto, que el mismo *“se contrae a asegurar que desde el principio del procedimiento todos los participantes se encuentren en similares condiciones y con idénticas posibilidades”*<sup>334</sup>.

En efecto, el artículo 10 de la Ley de Licitaciones establece que los procedimientos de selección de contratistas, se desarrollarán respetando los principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad<sup>335</sup>.

La igualdad exige en relación a los procedimientos licitatorios, que todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros.<sup>336</sup> Este principio debe darse desde el comienzo del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación o formalización del contrato, donde todos los licitadores u oferentes deben encontrarse en la misma situación y contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas<sup>337</sup>.

En lo que respecta al procedimiento de selección del contratista reviste particular importancia la opinión de MARIENHOFF quien sostiene que *“para*

---

<sup>334</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 75.

<sup>335</sup> Ley de licitaciones. (2001). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinaria N° 5.556, 13 de noviembre de 2001.

<sup>336</sup> Bui. M. Op. Cit., pág. 93.

<sup>337</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).

*lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de igualdad, pues esta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador u oferente y la Administración Pública, que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de concurrencia y publicidad, permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público*<sup>338</sup>.

Resulta oportuno destacar que ese trato igualitario entre los licitadores u oferentes, se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes, entre los cuales tenemos: 1) la consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) el respeto, dentro de lo posible, de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; si es necesario modificar un plazo, el mismo debe ser igual para todos los concurrentes; 3) el cumplimiento por parte de la Administración y de los participantes de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del contratista; 4) la inalterabilidad en lo esencial de los pliegos de condiciones; 5) el respeto del secreto de las ofertas hasta el acto de apertura de los sobres; 6) el acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) el conocimiento de las demás ofertas después del acto de apertura; 8) la indicación de las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; y 9) la invitación a participar en la licitación que se promoviera ante el fracaso de otra anterior<sup>339</sup>.

En Argentina éste principio nace de la propia Constitución Nacional, en el cual se establece la igualdad entre todos los habitantes de la Nación, incluidos los oferentes en la licitación pública, debiendo existir por ende un

---

<sup>338</sup> Marienhoff, M. Op. Cit., pág.

<sup>339</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).

trato igualitario en todas las fases del procedimiento de selección desde su inicio hasta su adjudicación y firma del contrato<sup>340</sup>.

### 3. Principio de libre concurrencia

Este principio ha sido llamado de diversas formas por la doctrina, para MARIENHOFF: concurrencia, JEZE: competencia, GORDILLO: competitividad, DROMI: no discriminación<sup>341</sup>. Este principio constituye otro de los principios esenciales de toda contratación pública, ya que al existir el mayor número de oferentes, la Administración garantiza la pluralidad de opciones para escoger la que mejor se adapte a sus necesidades.

El fundamento básico del principio de la libre concurrencia radica en que la oferta pueda ser presentada por todo aquel que estando en condiciones legales desee presentar su proposición, en consecuencia *“supone una prohibición para la Administración de imponer restricciones u obstáculos que impidan el libre acceso al procedimiento de licitación”*<sup>342</sup>.

Con este principio se busca asegurar la participación del mayor número posible de oferentes en la licitación, para permitirle al Estado, elegir de entre una amplia gama de posibilidades de selección, y para darse éste la oportunidad de determinar la oferta más conveniente para una eventual contratación.

La libre concurrencia consolida e induce la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes, toda vez que cuando los participantes

---

<sup>340</sup> Comadira, J. op cit., pág. 258.

<sup>341</sup> Gordillo, A. Op. Cit., pág. 90.

<sup>342</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 76.

conocen de antemano la existencia de un número considerable de oferentes, buscaran optimizar, en el mayor grado posible, su propuesta, ofreciéndole a la Administración mejores concursantes para obtener una oferta, y un eventual contrato de un nivel cualitativo superior<sup>343</sup>.

En España este principio se encuentra establecido en los artículos 46 de la Constitución Política y 5 de la Ley de Contratación Administrativa, en la cual se establece que no se podrá incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales<sup>344</sup>. No obstante, ese derecho a participar no es absoluto, ya que los participantes en los procedimientos licitatorios, deben tener los requisitos mínimos que exige el cartel; sus ofertas deben ajustarse a lo establecido en el pliego de condiciones, pero en general, puede participar cualquier persona que crea tener una buena oferta para la Administración. En consecuencia el cartel de licitación puede establecer bases y condiciones de carácter técnico y financiero, fundadas en razones de conveniencia y debidamente motivadas<sup>345</sup>.

Asimismo observamos, que en el Derecho español, aparte de los requisitos que deben cumplir los oferentes, existe otra limitación al derecho de libre concurrencia, y se refiere a las limitaciones en relación a un control de la capacidad de los concurrentes, y se refiere a las limitaciones establecidas en el 22 de la Ley de Contratación Administrativa, denominado “Alcance de la Prohibición”, donde se establece en 6 incisos, las personas que no pueden participar en procedimientos de contratación, por el lógico interés, amistad,

---

<sup>343</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).

<sup>344</sup> Ibid.

<sup>345</sup> Ibid.

enemistad o parentesco entre los oferentes y el funcionario encargado de adjudicar<sup>346</sup>.

Estas limitaciones de la libertad de concurrencia o “no discriminación”, están referidas “a la capacidad genérica de los oferentes (*honorabilidad comercial y profesional, por ejemplo*) o a determinados recaudos de capacidad técnica y de solvencia económico – financiera”.<sup>347</sup>

En Argentina este principio se encuentra contenido en el artículo 3 del Decreto 1023/01, en su inciso b), como uno de los principios generales al cual debe sujetarse la gestión de las contrataciones a la promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre los oferentes; de igual forma el artículo 27 habilita a las personas físicas o jurídicas para contratar con la administración<sup>348</sup>.

El objeto de la concurrencia en el procedimiento licitatorio es lograr que se presente la mayor cantidad posible de oferentes, siendo necesario que todas las personas interesadas en participar estén capacitadas para ofrecer la prestación requerida al momento de acudir a la compulsa<sup>349</sup>.

#### **4. Principio de publicidad**

Este principio puede manifestarse en la contratación administrativa desde dos puntos de vista: en la licitación pública y en el procedimiento administrativo especial.

---

<sup>346</sup> Ibid.

<sup>347</sup> Dromi, J. (1995). Licitación Pública. 2ª edición. Editorial Ciudadana Argentina. Buenos Aires. Argentina. Pág. 100.

<sup>348</sup> Comadira, J. Op cit., pág. 264.

<sup>349</sup> Ibid.

“Desde el llamado a licitación, la publicidad significa la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento del pedido de ofertas de la Administración, ampliando así su concurrencia y competencia. Durante el desarrollo del procedimiento, la publicidad implica que la licitación debe efectuarse en forma pública. En este sentido, gran parte de los actos y hechos del procedimiento licitatorio son abiertos al público en general, y a los licitadores en particular”<sup>350</sup>.

Como se señaló anteriormente, cuando nos referimos al principio de igualdad, igualmente se encuentra previsto en el artículo 10 de la Ley de Licitaciones, y esta destinado a asegurar su cumplimiento así como del principio de libre concurrencia, toda vez que permite a todos los participantes conocer sin discriminación alguna la existencia y característica de cualquier decisión que repercuta en su contra en durante el procedimiento<sup>351</sup>.

En España este principio se establece en el artículo 6 de la Ley de Contratación Administrativa, estableciendo dos presupuestos básicos: 1. Publicidad en relación al llamado de los oferentes a los procedimientos de contratación por los medios correspondientes, y 2. Publicidad en el acceso al expediente de la contratación y a la información complementaria<sup>352</sup>.

Como señaláramos anteriormente, este principio se manifiesta en los trámites posteriores a la apertura de las ofertas, donde debe privar una adecuada y esencial publicidad. Sin embargo, lo anterior presenta sus limitaciones, ya que la publicidad no puede permitirle a los oferentes

---

<sup>350</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).

<sup>351</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 76 y ss.

<sup>352</sup> En Línea. Disponible en: <http://www.cesdepu.com/foro/lcaforo.htm>

inmiscuirse en el procedimiento de evaluación de las ofertas, porque este trámite es exclusivo y propio de la Administración<sup>353</sup>.

Significa entonces, que el principio de publicidad hace posible brindar toda la información relacionada con el procedimiento de licitación a los interesados, oferentes y al público en general, así como de fiscalizar la utilización de los fondos públicos. Asimismo, coadyuva a que el actuar de la Administración se lleve a cabo de manera diáfana y honorable y contribuye a que los oferentes privados participen de la manera más honesta posible con el fin de no dar cabida a situaciones incorrectas que puedan acarrear un perjuicio al interés público y un daño al procedimiento licitatorio<sup>354</sup>.

En Argentina este principio tiene igualmente su origen constitucional, cada vez que la publicidad de los actos de los funcionarios públicos es una de las características de la forma republicana de gobierno, establecida en el artículo 1 de la Ley Fundamental<sup>355</sup>.

Se observa igualmente que en otros ordenamientos jurídicos, el principio de publicidad que rige la licitación pública tienen sustento expreso en el texto constitucional, así vemos que, por ejemplo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone en su artículo 134 la realización de las licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que presenten sus propuestas de manera libre en sobre cerrado que será abierto públicamente<sup>356</sup>.

---

<sup>353</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).

<sup>354</sup> Ibid.

<sup>355</sup> Comadira, J. Op cit., pág. 269.

<sup>356</sup> Comadira, J. Op cit., pág. 269.

## 5. Principio de transparencia

Este principio abarca, respecto del actuar administrativo, el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control, y se encuentra estrechamente ligado con el principio de la publicidad, toda vez que la transparencia y publicidad son importantes al momento de facilitar a todos el pleno conocimiento de los actos emanados de la actividad administrativa pública.

Observamos que este principio tiene como fundamento el artículo 22 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en el cual se dispone que la organización de la Administración Pública perseguirá la simplicidad institucional y la transparencia en su estructura organizativa, asignación de competencias, adscripciones administrativas y relaciones interorgánicas. Asimismo, la estructura organizativa preverá la comprensión, acceso, cercanía y participación de los particulares de manera que les permitan resolver sus asuntos, ser auxiliados y recibir la información que requieran por cualquier medio<sup>357</sup>.

El principio de transparencia constituye la garantía *“de que todo se hará correctamente y no ‘por debajo de la mesa’ o a ‘hurtadillas’, en detrimento de la confianza de los ciudadanos hacia el Estado (o sus funcionarios) y dejando de lado la búsqueda del interés público por razones personales, que conllevan a tantos actos de corrupción de los servidores públicos”*<sup>358</sup>. De

---

<sup>357</sup> Ley Orgánica de la Administración Pública. Op. Cit.

<sup>358</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).



igual forma observamos, que este principio se encuentra contenido en el artículo 10 de la Ley de Licitaciones al igual que los anteriores principios

En consecuencia, el mecanismo idóneo para contratar con la Administración es la licitación pública, toda vez que garantiza una mayor transparencia en los procedimientos, así como controles, que ajustan la actuación de la entidad contratante con el ordenamiento jurídico<sup>359</sup>.

En opinión de BADELL la transparencia no constituye un problema que atañe exclusivamente a la regulación positiva de la Ley, sino más bien a la forma en que maneje el procedimiento el ente licitante, esta transparencia –a su decir– *“se cumple cuando la Ley de Licitaciones establece una serie de principios que promueven la estabilidad y certidumbre jurídica. Pero, además se requiere que en la práctica no se apliquen requisitos desviados que incidan negativamente en la transparencia del procedimiento”*<sup>360</sup>.

Concluye su opinión, considerando al principio de transparencia como *“un postulado que se informa, a su vez, de otros principios y normas generales, cuya eficacia se alcanzará mediante el cumplimiento de las normas que evidencian un manejo claro de las finanzas públicas de la contratación administrativa”*<sup>361</sup>.

---

<sup>359</sup> Ibid.

<sup>360</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 77.

<sup>361</sup> Ibid.

## **6. Principio de eficiencia, uniformidad y celeridad de la actuación administrativa**

La eficiencia esta referida a la facultad para seleccionar el mejor contratista posible, asegurando así el bien común, a través de la eficiencia, se busca que la actuación administrativa y la participación de los administrados se cada vez más óptima; en virtud de la eficiencia se imponen reglas de celeridad, sencillez y economía procesal.

Estos preceptos, tal y como señala BADELL, están reconocidos fundamentalmente en las normas de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, así como en el artículo 8 de la Ley de Simplificación de trámites administrativos, como rectores de la actuación administrativa y a la vez determinantes para su actividad en los procesos referidos a la selección de contratistas<sup>362</sup>.

En España encontramos que este principio tiene como fundamento jurídico los artículos 4, 8 y 16 de la Ley General de la Administración Pública y principalmente en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa, donde indica en su párrafo primero que los procedimientos de contratación administrativa persiguen seleccionar la oferta que más convenga a la satisfacción del interés general y al cumplimiento de los fines cometidos de la Administración<sup>363</sup>.

Asimismo en Argentina, observamos que este principio se encuentra consagrado de modo genérico, en el artículo 1º, inciso b, de la Ley 19.549,

---

<sup>362</sup> Ibid., pág. 81.

<sup>363</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).

específicamente en lo relacionado con las contrataciones públicas y de igual forma el Decreto 1023/01 dispone en el artículo 2, inciso a), la razonabilidad del proyecto y la eficiencia de la contratación a los fines de cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado como uno de los principios generales a los cuales debe ajustarse las contrataciones; asimismo el artículo 9 prevé la utilización de las tecnologías informáticas como uno de los soportes de la transparencia a los fines de permitir la eficiencia en los procesos, así como el acceso de toda la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en todo lo relativo a la materia de contrataciones<sup>364</sup>.

Comadira se formula al criticar a la Administración como lenta, dispendiosa, complicada e ineficaz *¿por qué habrá de esperarse de ella, un comportamiento distinto por los caminos de la contratación directa o de los procedimientos supuestamente más ágiles? Y por lo mismo ¿por qué no es de esperar una mayor posibilidad de corrupción con sistemas de mayor discrecionalidad?* Considerando al efecto, que la solución a los inconvenientes originados en el procedimiento de licitación pública reside en la articulación de medios no jurídicos *“conducentes al logro de una organización y dinámica administrativa que, nutrida de un plantel funcional esencialmente moral e idóneo, responda a las concepciones más modernas de la Ciencia de la Administración”*<sup>365</sup>.

## 7. Principio de interés público

El principio de interés público esta relacionado con el principio de eficiencia, y constituye el fin último de la actuación administrativa. Este es un principio establecido en la legislación española, lo cual se aprecia en el párrafo

---

<sup>364</sup> Comadira, J. Op cit., pág. 251.

<sup>365</sup> Ibid., pág. 252 y ss.

segundo del artículo 3 y párrafo segundo del artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa, el 9 y 50 de la Constitución Política y en la Ley General de la Administración Pública en los artículos 4, 10, 11, 12, y 15.

Así pues, la adjudicación realizada a determinado oferente del contrato debe realizarse por razones de interés público, -definido como la suma coincidente de voluntades individuales-; en consecuencia, los contratos no deben favorecer intereses externos o políticos que puedan dar lugar a la corrupción; debe hacerse de la manera más transparente posible, buscando siempre la satisfacción de las necesidades de los particulares, quienes son los que al fin y al cabo reciben el servicio, bien o utilizan la obra<sup>366</sup>.

## **8. Principio de responsabilidad**

Encuentra su fundamento jurídico en el artículo 14 la Ley Orgánica de la Administración Pública, según el cual la Administración Pública será responsable ante los particulares por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios o funcionarias por su actuación, asimismo establece que la Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento<sup>367</sup>.

El principio de la responsabilidad está muy relacionado con el principio de continuidad, y se concreta en que las actividades iniciadas por el Estado

---

<sup>366</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).

<sup>367</sup> Ley Orgánica de la Administración Pública. Op. Cit.

tienen que continuarse hasta alcanzar su fin, y no sólo se trata de las actividades del Estado, sino que el contrato es ley entre las partes y obliga también al contratista a ejecutar lo pactado, en tiempo y forma establecido a la hora de contratar, y ante posibles incumplimientos de cualquiera de los dos, se pongan fin a la relación contractual siempre y cuando no afecte gravemente el interés público por la clase de prestación que se estaba realizando<sup>368</sup>.

En consecuencia, mientras el contrato que vincula a las partes se encuentre vigente, las obligaciones deben cumplirse, y el órgano obligado debe prestar el servicio a toda costa, mientras sea física y legalmente posible.

### **9. Principios de mutabilidad y adaptabilidad**

Este principio está referido a que la actividad del Estado tiene que adaptarse a las necesidades cambiantes o a los cambios en las necesidades que satisface, tal y como van reflejadas en las leyes, los reglamentos o los actos mismos que la regulan.

En lo que respecta al contrato, significa que es “administrativo” todo aquel en que se estipule la posibilidad de dirigir al cocontratante en el cumplimiento de sus obligaciones y de variar el monto y calidad de sus prestaciones cuando ello sea oportuno o exigido por el interés público<sup>369</sup>.

En efecto, la Administración tiene prerrogativas y acciones unilaterales como sería el caso de la rescisión y resolución contractual, así como el derecho de

---

<sup>368</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).

<sup>369</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).

modificación unilateral, cuando por circunstancias imprevisibles en el momento de iniciarse los procedimientos, constituya la única forma de satisfacer el interés público originalmente perseguido por el contrato, lo cual fue objeto de estudio en capítulos anteriores.

## **10. Principio de fiscalización**

Este principio encuentra su fundamento legal en España, específicamente en los artículos 13, 101 y 102 de la Ley de Contratación Administrativa, 183 y 184 de la Constitución Política y 2, 3 y 11 de la Ley General de la Administración Pública; y puede analizarse desde cinco puntos de vista, que se refieren al control de los procedimientos en general, a saber:

- “1. Control jurídico: indica que todas las etapas de la contratación administrativa deben apegarse al principio de legalidad. (...)”
2. Control contable: es claro que si pública es la percepción de recursos por parte del Estado por medio de su poder tributario, pública será también la forma de utilizar esos recursos, por lo que si se consignó determinada partida para contratar y así satisfacer determinado interés de la sociedad, no pueden variarse esos destinos.
3. Control financiero: en nuestro país, la Contraloría General de la República es el ente constitucionalmente establecido para la vigilancia y fiscalización de la Hacienda Pública. (...)”
4. Control técnico: es evidente que con los recursos de la Administración se busca la obtención de bienes y servicios para satisfacer el interés público, basado siempre en la razonabilidad, proporcionalidad y eficiencia. (...)”
5. Control económico o de resultados: se da la determinación del cumplimiento de las metas establecidas, y el aprovechamiento óptimo de los recursos; éste es realizado por la misma institución y se relaciona con los principios de eficacia y eficiencia de la actividad administrativa”.

## 11. Principio de buena fe

Este principio es uno de los más importantes, no sólo en la contratación administrativa, sino en toda clase de contratos, y encuentra su fundamento en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en el cual se dispone que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza. Asimismo se observa que recientemente fue consagrado en la Ley Sobre Simplificación de Trámites Administrativos<sup>370</sup> en el artículo 8, disponiendo al efecto que los planes de simplificación de trámites administrativos que elaboren los organismos sujetos a dicha Ley, deberán realizarse con base en el principio de la presunción de buena fe del ciudadano.

La Administración en atención a este principio debe actuar en forma transparente, racional y no puede ir más allá de lo que la ley le permite con sus prerrogativas y no puede usarlas en forma arbitraria, perjudicando derechos fundamentales o los intereses públicos.

Por ende, entre la Administración y el contratista debe existir una relación de colaboración; el particular ayuda al Estado para la satisfacción de intereses públicos, a cambio de un precio determinado, y no puede verse como un competidor o una parte inferior en la relación con la Administración; no existe

---

<sup>370</sup> Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos. (1999). Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.393, 22 de octubre de 1999.

subordinación a la Administración, sino coordinación y colaboración, porque ambos están utilizando su capacidad de derecho privado para contratar<sup>371</sup>.

Observamos igualmente, que dentro de los principios sustanciales de todo procedimiento administrativo, y de manera especial en el de selección de contratistas de la Administración, debe tenerse presente en todo momento el principio de buena fe<sup>372</sup>.

En consecuencia, las actuaciones de las partes involucradas en la contratación deben estar enmarcadas dentro de normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro.

## **12. Principio del formalismo “moderado”**

Este principio está relacionado con los principios de legalidad y seguridad jurídica, y se refiere a que debe existir un formalismo moderado destinado a preservar el derecho material que rige las relaciones entre la Administración y los oferentes.<sup>373</sup>

Esta expresión de “formalismo moderado o el informalismo a favor del administrado, es una denominación dada por el jurista COMADIRA quien señala, que éste es un principio que se debe aplicar en todos los procedimientos administrativos *“haya, o no, en ellos, contrainterésados, siempre que, habiéndolos, se lo haga igualitariamente y circunscrito a sus exactos alcances, esto es, limitado a la posibilidad de que los administrados*

---

<sup>371</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).

<sup>372</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 78.

<sup>373</sup> Comadira, J. (2000). *La licitación pública*. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina. Pág. 29.



*–en el caso, los oferentes– saneen incumplimientos formales no esenciales*<sup>374</sup>.

En este principio se aprecia la exclusión de la cumplimiento de exigencias formales no esenciales por parte de los interesados, por ende la actividad del ente licitante no se debe ajustar a la verificación objetiva y formal del cumplimiento de los requisitos que exige la Ley, sino en atención a una ponderación realizada en atención a los demás principios que rigen el procedimiento licitatorio: igualdad, publicidad y concurrencia<sup>375</sup>.

En el Derecho Español este principio está establecido en los artículos 1, 2, 3, 10 y 21 de la Ley de Contratación Administrativa, así como en las reglas generales de cada licitación o forma de contratación, por lo que la Administración no puede crear unilateralmente los procedimientos, sino que debe sujetarse a lo dicho por la Ley antes citada y el principio de legalidad en relación con la actividad administrativa<sup>376</sup>.

En Argentina, este principio se encuentra consagrado en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en el artículo 1, inciso c), mediante el cual se autoriza la *“excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales que puedan ser cumplidas posteriormente”*<sup>377</sup>.

---

<sup>374</sup> Comadira, J. (2005). Op cit., pág. 248.

<sup>375</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 78.

<sup>376</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).

<sup>377</sup> Comadira, J. (2005). Op cit., pág. 246.

### **13. Principio de equilibrio de intereses**

Este es otro principio que tiene su fundamento jurídico en el Derecho español, específicamente en los artículos 8 y 11 de la Ley General de la Administración Pública, 11 de la Constitución Política y 17 y 18 de la Ley de Contratación Administrativa<sup>378</sup>.

Este principio indica que los derechos de la Administración y de los contratistas deben ser equilibrados. La Administración no puede exigirle al contratista más que el objeto al cual se obligó: dar, hacer o no hacer determinada cosa o prestación; podrá variar en más o menos la cantidad, extensión, pero no el objeto<sup>379</sup>.

Por ejemplo, si un contratista se obligó a construir una obra pública, no podrá ser obligado a prestar un servicio público; si se obligó a construir una carretera, no podrá obligarle a construir un edificio, tampoco podrá la Administración privarle de la utilidad convenida; ésta debe ser justa y razonable y no puede constituir un motivo de enriquecimiento para el contratista, a costa de los usuarios como consecuencia de una actividad propia del Estado<sup>380</sup>.

### **14. Principio de imparcialidad**

En aplicación de este principio, el órgano sustanciador y decisor no puede estar de modo alguno vinculado con los interesados en el procedimiento, ni

---

<sup>378</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).

<sup>379</sup> Berçaitz, M. Op. Cit., pág. 257.

<sup>380</sup> En línea. Disponible en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>. (Consulta 2006, Enero 3).

dirigido por intereses personales o ajenos que puedan desviarlo de un recto cumplimiento de sus funciones; produciendo así, un doble beneficio en el procedimiento de licitación: *“constituye una garantía para los interesados y a su vez un presupuesto para la actuación de la administración que asegura la resolución del respectivo procedimiento con la mayor objetividad y con exclusión de intereses personales o ajenos al procedimiento en cuestión”*<sup>381</sup>.

### **15. Principio de la verdad material**

Este principio está establecido en la legislación argentina, según el cual el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias. Esta verdad jurídica objetiva como fin de la actividad instructoria de la Administración, está plasmada en la Ley nacional de Procedimientos Administrativos (artículo 1º, inciso f, aparte 2º) y en el Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto N° 1759/72 (artículo 48).<sup>382</sup>

En el procedimiento licitatorio este principio gravita con pretensiones imperativas tanto para la autoridad licitante, como con los oferentes, sobre los cuales pesa el deber de colaborar con la Administración, y en caso de incumplimiento por parte de los oferentes genera consecuencias sobre ellos.<sup>383</sup>

A manera de conclusión, consideramos que es de mucha relevancia el estudio de los principios que rigen la contratación administrativa realizada por el Estado, toda vez que en ellos se preceptúan los lineamientos o pautas a

---

<sup>381</sup> Badell, R. Op. Cit., pág. 78.

<sup>382</sup> Comadira, J. (2005). Op cit., pág. 245.

<sup>383</sup> Ibid., pág. 246.

seguir en la prosecución de la contratación, vienen a ser entonces, las bases jurídicas que debe ser de estricta observancia por ambos contratantes (Estado y particulares), generando su incumplimiento consecuencias jurídicas. Estos principios están referidos de manera especial a todo el procedimiento licitatorio, a los fines de garantizar los derechos y cumplir con la finalidad propuesta.

### **B. Principios que rigen los contratos privados celebrados por la Administración**

En principio se podría considerar que los contratos privados celebrados por la administración son exactamente iguales a los contratos privados que se celebran, por ejemplo entre personas naturales, sin embargo eso no es así, ya que existen algunas diferencias entre estos tipos contractuales, y esta diferencia se fundamenta, en principio, en que el dinero de la Administración pública debe ser protegido razón por la cual existen lineamientos específicos para su uso, en consecuencia, gran parte de las actuaciones de la Administración están regidas por procedimientos que son necesarios cumplir, para ejercer correctamente con sus funciones, es por ello, que a continuación veremos unos principios que son de derecho público, pero que sin embargo se aplican también a los contratos privados que celebra la administración, que son adicionales los principios de derecho civil que les son aplicables por su naturaleza.

En este punto, seguiremos los lineamientos de Brewer<sup>384</sup>, quien establece que existe un “*régimen común de derecho público de todos los contratos de la Administración*”, los cuales identifica de la siguiente manera:

---

<sup>384</sup> Brewer, A. Op Cit., pág. 44.

## **1. Reglas de competencia**

Las reglas de competencia son de orden público, en consecuencia, sea cual sea la naturaleza del contrato las reglas de competencia siempre deben respetarse, por lo tanto, en cualquier circunstancia la Administración contratante debe ser la competente para realizar dicha actuación, sin que de manera alguna se pueda señalar que por tratarse de contratos de derecho privado se aplican las reglas civiles de la capacidad.

## **2. Reglas de Procedimiento Administrativo**

En todos aquellos supuestos en los que exista formalmente un procedimiento para contratar, la Administración debe seguirlo, sin importar cual sea la naturaleza de la relación contractual. Generalmente, existen procedimientos internos que son elaborados para realizar las contrataciones en determinados entes u organismos (Ejemplo: Ministerios, empresas del Estado, etc.).

## **3. Reglas relativas a las formalidades previas previstas en ciertas relaciones contractuales**

En la constitución y las leyes, podemos encontrar normas que de alguna manera regulan situaciones específicas en algunos tipos de contratación, ejemplo de esto es lo establecido en el artículo 150, numeral 2 de la Constitución<sup>385</sup> derogada, se establecía como competencia del Senado, lo

---

<sup>385</sup> Constitución de la República de Venezuela. Op. Cit.

siguiente: *“Autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, con las excepciones que establezca la ley”*.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>386</sup> se estableció en el artículo 187, numeral 12 como una de las competencias de la Asamblea Nacional *“Autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, con las excepciones que establezca la ley”*.

La mencionada competencia, se encuentra desarrollada en la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional<sup>387</sup>, la cual establece en sus artículos 23 y 24, lo siguiente:

“Artículo 23.- Los bienes inmuebles pertenecientes a la Nación no pueden ser enajenados sin previa y expresa autorización del Congreso, dada con conocimiento de causa. Sin embargo, cuando se trata de terrenos adyacentes o próximos a algunas poblaciones de la República, podrá el Ejecutivo Nacional otorgar hasta dos mil quinientas hectáreas con destino exclusivo a ejidos municipales, siguiéndose en la adjudicación un procedimiento análogo a que con respecto a terrenos baldíos establece para el mismo fin la Ley de Tierras Baldías y Ejidos.

Artículo 24.- El Ejecutivo Nacional puede enajenar los bienes muebles de la Nación que, a su juicio, no sean necesarios para el servicio público, previa la opinión favorable de la Contraloría. No será necesario este requisito cuando se trate de productos elaborados en talleres industriales de cárceles o penitenciarias, restaurantes

---

<sup>386</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Op. Cit.

<sup>387</sup> Ley de Orgánica de Hacienda Pública Nacional. (1974). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.660, 21 de junio de 1974.

populares, granjas de experimentación y otros establecimientos análogos; pero sus Directores o Administradores deberán pasar mensualmente a la Contraloría, por intermedio del respectivo Ministerio, una relación detallada y comprobada de los efectos vendidos. El producto líquido de estas enajenaciones ingresará, mensualmente, al Tesoro Nacional y Contraloría de la Nación podrá vigilar y fiscalizar, cuando lo estime oportuno, la contabilidad y funcionamiento de dichos establecimientos”.

En este caso específico de contratos en los cuales se lleve a cabo la enajenación de bienes inmuebles o muebles pertenecientes a la República, se solicitan opiniones a la Asamblea Legislativa o la Contraloría General de la República, lo cual se considera una formalidad que debe cumplirse en cualquier tipo de contratación en la que se realicen las mencionadas enajenaciones.

#### **4. Reglas relativas a las previsiones presupuestarias y al control fiscal externo**

Todos los contratos que celebra la Administración cuando implican compromisos financieros deben ser previstos en el presupuesto anual. La Constitución de la República de Venezuela<sup>388</sup> establecía en su artículo 227 que *“No se hará del Tesoro nacional gasto alguno que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto”*, lo cual fue establecido de esta misma manera en la Constitución vigente <sup>389</sup>, en su artículo 314 *“No se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto”*, y esto se aplica inclusive a la actividad contractual de la Administración.

---

<sup>388</sup> Constitución de la República de Venezuela. Op. Cit

<sup>389</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Op. Cit.

## **5. Reglas de selección de contratistas**

Cuando las reglas de selección de contratistas están establecidas mediante ley o reglamento, las mismas deben ser aplicadas en todos los contratos que celebre la Administración. Sin embargo, existen algunas excepciones en la aplicación de estas reglas motivadas en la cuantía del contrato, es decir, que en algunas ocasiones se fija un monto mínimo del contrato para aplicar las reglas de selección de contratistas.

Como se puede observar, a pesar de que los contratos privados que celebra la administración tienen marcadas diferencias a los contratos administrativos, no son cien por ciento diferentes, y justamente esta es una de las causas por las cuales parte de la doctrina no está de acuerdo con la diferenciación de los tipos contractuales en estudio.



## **CAPÍTULO VII**

### **EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

---

Sumario: I. EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. A. Conceptualización del arbitraje. B. Procedencia del arbitraje en los contratos privados celebrados por la Administración. C. El arbitraje en los contratos administrativos. 1. Características del arbitraje público o administrativo. 2. Materias del contrato administrativo que pueden ser objeto del arbitraje público. 3. Materias del contrato administrativo que no pueden ser objeto del arbitraje público D. Evolución de la jurisprudencia patria en materia arbitral.

#### **I. EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

##### **A. Conceptualización del arbitraje**

En este medio alternativo de solución de conflicto, observamos que existe una mayor confiabilidad en el juez arbitral, en particular, porque las partes tienen oportunidad de intervenir en su designación y porque acuden al mecanismo arbitral en forma voluntaria, por lo cual es obvio que acatarán de mejor grado el laudo que finalice el proceso, igualmente existe una mayor privacidad frente al proceso judicial, que es público, por lo que es un medio muy apropiado cuando las partes desean que algún aspecto de sus actividades se mantenga en reserva. Esta característica no puede predicarse en forma absoluta en nuestro medio, porque el expediente que contiene el

proceso arbitral se protocoliza en una notaría del lugar donde funcione el tribunal, lo cual imprime publicidad, pero este principio se mantiene rígido en ciertos arbitrajes, por ejemplo aquellos en que se aplican los reglamentos de la Cámara de Comercio Internacional<sup>390</sup>.

DOUGLAS WILLIAN indica que el arbitraje es considerado un método a los fines de evitar las demoras inherentes al sistema formal de justicia, que permite *“aportar un determinado grado de experiencia práctica en el tema objeto de examen, que no es disponible en el sistema general de los tribunales. Se destina a ofrecer un método imparcial y relativamente sencillo de resolución de controversias. En muchas situaciones internas y en controversias comerciales internacionales, el arbitraje facilita el logro de esas metas al proporcionar un método de resolución que, en muchos aspectos, es superior a los procesos del sistema formal de justicia”*<sup>391</sup>.

Por su parte GUASP señala que el arbitraje *“es la resolución de un conflicto social por obra de un tercero a cuya decisión se someten las partes contendientes”*<sup>392</sup>.

HUNG VAILLANT nos ofrece una definición descriptiva, al indicar que el arbitraje:

“es aquella institución conforme a la cual dos o mas personas, en el ejercicio de su autonomía de voluntad, acuerdan someter, a uno o varios árbitros, la solución de un conflicto jurídico determinado sobre materia de la cual

---

<sup>390</sup> Benetti, J. (1994). *“El Arbitraje en el Derecho Colombiano”*, Bogotá: Temis, pág. 8.

<sup>391</sup> Douglas, W. (1993). *“Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos bajo el Common Law. Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe”*. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington. Pág.. 36

<sup>392</sup> Guasp, J. (1956). *El arbitraje en el derecho español*. Barcelona: Bosch. Pág.20.

tengan libre disposición; conflicto que, de acuerdo a lo que dispongan las partes esta destinado a cumplir con la solución de conflictos acordada por los árbitros, la cual tendrá fuerza ejecutiva una vez cumplidos los trámites que al efecto dispone la ley”<sup>393</sup>.

El arbitraje o compromiso arbitral en opinión de BIELSA “es substancialmente por su estructura, un contrato por el cual las partes estipulan el modo de resolver un conflicto de intereses (generalmente de orden económico) que surge en la realización de una relación jurídica que vincula a las partes”<sup>394</sup>.

Nuestra Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 1° de julio de 2004, caso Minerva Las Cristinas, C.V.A. MINCA vs CVG, definió al arbitraje como “*un mecanismo de resolución de conflictos de intereses, cuyo origen resulta de un convenio entre las partes para que terceras personas ajenas al conflicto, imparciales, denominados árbitros, se pronuncien mediante un laudo respecto de ello*”<sup>395</sup>.

En conclusión, la importancia del derecho no solamente radica en resolver el conflicto si no la forma como se resuelve, por ello cuando un sistema judicial es deficiente, no cumple su función a cabalidad se convierte en una ficción corriendo el riesgo de retroceder al pasado, ello explica la necesidad de encontrar otras formas alternativas que puedan proveer las soluciones que en el sistema publico no esta en condición de brindar, surgiendo así el arbitraje como un mecanismo que sirve para descongestionar la justicia ordinaria, lo cual resulta cada vez más apremiante para que ésta se pueda

---

<sup>393</sup> Hung. F.(2001). **Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. Pág. 48 y ss.

<sup>394</sup> Bielsa, R. (1980). **Derecho Administrativo** (6ª. Ed. Tomo V). Buenos Aires. La Ley. Pág. 684.

<sup>395</sup> En línea. Disponible en: <http://tsj.gov.ve/decisiones/spa/julio/00832-140704-2002-0464.htm>

impartir en mejor forma en aquellos asuntos de los que necesariamente debe ocuparse. Es un procedimiento en el cual existe una total inmediación, ya que todos los árbitros conocen y alternan con las partes durante el desarrollo del proceso y practican personal y conjuntamente las pruebas, con una percepción directa de ellas, lo que cada vez se logra menos en la justicia ordinaria, aunque este principio también le es propio.

### **B. Procedencia del arbitraje en los contratos de derecho privado celebrados por la Administración**

La doctrina no ha cuestionado la procedencia de las cláusulas compromisorias, que remitan la solución de los conflictos suscitados en la ejecución de los contratos de Derecho privado, celebrados por la Administración a tribunales arbitrales, toda vez que si la Administración en estos casos actúa como un particular, desvinculada de sus potestades o prerrogativas de Derecho público, nada impide, que el objeto de esos contratos sea resuelto conforme a lo acordado por las partes, permitiendo de tal forma que sea perfectamente viable la procedencia del arbitraje.

Se ha entendido entonces, que es perfectamente procedente el arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, en la medida de que no sea sometido a su control cuestiones relativas al interés público del Estado.

MARIENHOFF indica que es aceptado el hecho que el arbitraje procede *“respecto a contratos donde el Estado actúa en el ámbito del derecho privado lo que equivale a admitir su procedencia respecto de los contratos de*

*derecho común de la administración Pública*<sup>396</sup>.

ESCOLA ha señalado que la discusión de la doctrina acerca de la procedencia del arbitraje se refiere de manera exclusiva “a los contratos administrativos, ya que existe acuerdo pacífico en el sentido de que cuando la administración pública ha celebrado un contrato de derecho privado, no hay ningún impedimento que se oponga a que las diferencias que se susciten entre las partes puedan ser sometidas a la decisión de árbitros”<sup>397</sup>

Respecto a nuestro país MORLES CAUBET citado por BADELL va más allá, al expresar que “no existe en Venezuela prohibición alguna de la cláusula compromisoria y del subsiguiente procedimiento de arbitraje o arbitramento en los contratos de la administración, sea cualquiera su especie, contratos propiamente administrativos o contratos de derecho público”<sup>398</sup>, en consecuencia considera que el arbitraje es viable tanto en los contratos privados celebrados por la Administración como en los contratos administrativos.

### **C. El arbitraje en los contratos administrativos**

Remontándonos un poco al pasado, observamos que en el derecho británico para el año 1968 fue creado un órgano especial arbitral, de carácter *quasi* judicial, que es el *Review Board for Government Contracts*, de carácter independiente, conformado por unos miembros nombrados por el Gobierno y

---

<sup>396</sup> Marienhoff, M (1998). *Tratado de Derecho Administrativo* (4ª. Ed. Tomo III-A). Buenos Aires: Abeledo Perrot. Pág. 595.

<sup>397</sup> Escola, H. (1997). *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Vol. I. Buenos Aires: Editorial Depalma. Pág. 87.

<sup>398</sup> Badell, R. *La Inmunidad de jurisdicción y el arbitraje en los contratos del Estado*. Conferencia dictada en la VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer-Carías en Caracas el 11 de noviembre de 2005. Disponible en: [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com).

por la *Confederation of British Industry*, encargándose de decidir todos los conflictos que versaran sobre alteración de la equivalencia de las prestaciones, además de tener funciones consultivas y sus decisiones son publicadas anualmente y constituyen un cuerpo de doctrina jurídica<sup>399</sup>.

Al revisar la legislación patria, observamos que en la misma se han mostrado claros indicios de admitir la procedencia del arbitraje, como medio de solución de conflictos en materia de los contratos administrativos, por someterse a la consideración de árbitros la decisión con respecto de cuestiones relativas al interés público.

En efecto, observamos que la generalidad de la normativa jurídica de los distintos países que regulan la materia de la contratación pública, establecen que de manera excepcional los conflictos suscitados con ocasión de contratos administrativos será resueltos por los correspondientes órganos judiciales estatales, en vista de ello JOFRE CAMPAÑA considera que el sometimiento a métodos alternativos de conflictos derivados de los contratos administrativos *“constituye una medida excepcional a la potestad general que tiene los estados para resolver las diferencias que involucran a sus propias instituciones”*<sup>400</sup>.

Este autor afirma en términos generales que el sometimiento de un conflicto de esta naturaleza a un sistema arbitral *“exige la habilitación jurídica previa”*,

---

<sup>399</sup> Expósito, J. (2003). *La Configuración del Contrato de la Administración Pública en el Derecho Colombiano y Español*. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2003. Pág. 30

<sup>400</sup> Campaña, J. (2005). *La Inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos Administrativos*. En: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. (Comp. 2005). *Los Contratos Administrativos “Contratos del Estado”*. Caracas: FUNEDA. Pág. 312.

ya sea de la Constitución, los Tratados, Convenios Internacionales o la ley<sup>401</sup>.

MARIENHOFF por su parte señala, que la posición de la jurisprudencia y la doctrina consiste en que *“no se acepta la procedencia del arbitraje en los contratos donde el Estado actúa en el ámbito de derecho público, lo que implica su rechazo respecto a los contratos ‘administrativos’, propiamente dichos”,* no obstante tal principio tiene su excepción<sup>402</sup>.

Considera asimismo el citado autor que el derecho positivo argentino no es homogéneo en lo que respecta a la admisión del arbitraje en los contratos administrativos *“prescindiendo de las normas particulares o especiales emitidas para un determinado contrato –cualquiera sea la especie a que el mismo pertenezca–, corresponde considerar las disposiciones ‘genéricas’, es decir las que contemplen todos los contratos de la categoría a que se refiera la norma”*<sup>403</sup>.

Reviste particular importancia la opinión de BADELL al respecto, toda vez que para este autor, la admisión del arbitraje en los contratos administrativos *“se inicia con la aceptación de su aplicación a los fines de resolver ‘aspectos técnicos’ del contrato administrativo, más no los relacionados con la ejecución, extinción o cumplimiento del contrato, en los cuales podía haber asuntos propios al interés público, vedados al tribunal arbitral”*<sup>404</sup>.

En este mismo orden de ideas, observamos que para el año 1998 la Sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en el caso (REPÚBLICA DE VENEZUELA – MINISTERIO DE LA DEFENSA contra INDUSTRIAS

---

<sup>401</sup> Ibid.

<sup>402</sup> Marienhoff, M. Op cit., pág. 596 y ss.

<sup>403</sup> Ibid., pág. 605.

<sup>404</sup> Campaña, J. Op cit., pág. 312.

METALURGICAS VAN DAM, C.A.) acogió el criterio fijado por la Procuraduría General de la República, mediante el cual se admitía la validez de una cláusula compromisoria que remitía a tribunales arbitrales *“las discrepancias que pueden presentarse entre las partes sobre cuestiones técnicas”*, calificando la referida Sala el caso –repotenciación de tanques– como de interés público nacional, *“referida netamente a ‘aspectos técnicos’ de la ejecución del contrato, y no en relación con el cumplimiento y ejecución de tales contratos”*<sup>405</sup>.

Con la publicación de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual en el artículo 258 dispone que *“La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces de paz serán elegidos por votación universal, secreta y directa, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”*, consagrando el deber que tiene el órgano legislativo nacional de promover al arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, frente a las típicas disputas o querellas en sede judicial, se supera la interpretación restrictiva de la aplicación del arbitraje en los contratos administrativos, y tiene una marcada influencia en la jurisprudencia subsiguiente a la publicación del nuevo texto constitucional, al permitir la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos administrativos. Esto constituye el fundamento constitucional, o dicho en otras palabras, la constitucionalización de los medios alternativos para la solución de conflictos.

En lo que respecta al fundamento legal del arbitraje, observamos que el mismo se encuentra previsto en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley

---

<sup>405</sup> Idem.



de Arbitraje Comercial, así como otras leyes, que acuerdan el sometimiento al arbitraje de disputas que pudieran surgir en materias susceptibles de transacción, entre las cuales tenemos:

1.- El Código Orgánico Tributario (artículos 312 al 325), mediante los cuales se autoriza a la Administración tributaria y a los contribuyentes y responsables de mutuo acuerdo, a someter en arbitraje las disputas surgidas en materia susceptible de transacción<sup>406</sup>.

2.- La Ley de Promoción y Protección de Inversiones establece que las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto a las cuales sean aplicables las disposiciones del convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, serán sometidos al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente (artículo 22)<sup>407</sup>.

3.- La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en la cual se consagra de manera expresa la procedencia de la conciliación, la transacción y el arbitraje en el ámbito del derecho administrativo, de conformidad con los requisitos que establezca la ley; al efecto los contratos a ser suscritos por la República que establezcan cláusulas de arbitraje, tanto nacional como internacional, deben ser sometidos a la opinión previa y

---

<sup>406</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>

<sup>407</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>

expresa de la Procuraduría General de la República, y a tales fines las máximas autoridades de los órganos del Poder Público Nacional, deben remitirle los proyectos de contratos a suscribirse, conjuntamente con sus soportes y la opinión de la respectiva Consultoría Jurídica, la cual debe hacer pronunciamiento expreso, de ser el caso, sobre la procedencia de las cláusulas de arbitraje nacional e internacional. (artículos 12 y 13)<sup>408</sup>,

4.- La Ley de Minas que incluye el arbitraje como medio de solución de conflictos derivados de los contratos, al señalar, que en todo título minero se considera implícita la condición de que las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la concesión y que no puedan ser resueltas amigablemente por ambas partes, incluido el arbitraje, serán decididas por los Tribunales competentes de la República de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras (artículo 33)<sup>409</sup>.

5.- La Ley de Concesiones en la que expresamente se establece que para la solución de conflictos que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos regulados por la misma, las partes podrán utilizar los mecanismos de solución directa, tales como la conciliación y la transacción. Asimismo, podrán acordar en el respectivo contrato someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinadas de mutuo acuerdo, de conformidad con la normativa que rige la materia (artículo 61)<sup>410</sup>.

---

<sup>408</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>

<sup>409</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>

<sup>410</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>

6.- El Decreto N° 1.531 con Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Estatuto Orgánico de Guayana que establece la posibilidad de realizar acuerdos o cláusulas compromisorias de arbitraje en sus contratos. La C.V.G. y sus empresas tuteladas deberán determinar el tipo de arbitraje, el número de árbitros y la legislación sustantiva y adjetiva aplicable, únicamente limitando esa posibilidad a la obtención de una autorización expresa del Presidente de la C.V.G., y excluyendo el arbitraje cuando estemos en presencia de controversias concernientes a las atribuciones o funciones de esa Corporación o del objeto de sus empresas tuteladas; materias de orden público; controversias sobre los mecanismos de control de tutela del órgano de adscripción de la C.V.G.; controversias sobre el patrimonio, ingresos y disponibilidad presupuestaria de la Corporación y controversias sobre la designación de sus funcionarios, autoridades u órganos administrativos, entre otras (artículo 21)<sup>411</sup>.

7.- La Ley Orgánica de Hidrocarburos establece la posibilidad de acudir al arbitraje a los fines de solucionar los conflictos que surjan con ocasión a los convenios de constitución de empresas mixtas para el desarrollo de actividades primarias de hidrocarburos (artículo 34)<sup>412</sup>.

8.- La Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos igualmente establece la posibilidad de someter al arbitraje lo relacionado con las concesiones de explotación de gas natural.

9.- La Ley de Concesiones, expresamente autoriza el arbitraje como medio de solución de conflictos en los contratos de concesiones de obras y servicios públicos, en efecto se autoriza a las partes a que en el respectivo

---

<sup>411</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>

<sup>412</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>

contrato de concesión se incluya una cláusula arbitral a los fines de someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados de mutuo acuerdo, de conformidad con la normativa que rige la materia<sup>413</sup>.

En el derecho arbitral el concepto de arbitrabilidad del contrato público o administrativo se subdivide en arbitrabilidad subjetiva y objetiva, la primera esta referida a la capacidad para poder someterse al arbitraje, es decir, a la persona jurídica de derecho público, y la segunda se refiere al objeto de la materia a ser sometida a arbitraje<sup>414</sup>.

De igual forma observamos a los fines de sustentar la admisibilidad o no del arbitraje público o administrativo, que URDANETA SANDOVAL<sup>415</sup> considera que existen dos posiciones, una que niega la existencia y otra que afirma la procedencia de los mismos. Con respecto de la tesis negativa, que se fundamenta en: (i) en la violación del principio de la legalidad, (ii) en la violación del principio de la publicidad y (iii) en la violación del principio de supremacía del interés público sobre el particular; por otra parte, en lo que respecta a la tesis positiva se sostiene en: (i) la analogía con la transacción, (ii) celeridad y menor costo, (iii) autonomía contractual del Estado y (iv) ausencia de violación al principio del juez natural.

De seguidas, pasaremos a desarrollar ambas tesis, a los fines de determinar cuales son sus fundamentos, así como las críticas que se han hecho a las mismas.

---

<sup>413</sup> Disponible en: <http://comunidad.derecho.org/pantin/legis.html>

<sup>414</sup> Urdaneta, C. (2005). **Aspectos del Arbitraje Público en la Contratación Administrativa**. En: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". (Comp. 2005). **Los Contratos Administrativos "Contratos del Estado"**. Caracas: FUNEDA. Pág. 384..

<sup>415</sup> Ibid., pág. 351 y ss.

En la tesis que niega la validez de las cláusulas compromisorias para un arbitraje público o administrativo, observamos como fundamento la violación de tres principios a saber:

a) Violación del principio de la legalidad: es importante precisar al respecto, que mientras en las relaciones entre particulares, es permitido y lícito lo que no este prohibido por ley, bien sea expresamente, o como consecuencia de la normativa legal y reglamentaria aplicable, en el Derecho administrativo no ocurre lo mismo ya que en aplicación del principio de la legalidad, la Administración sólo puede actuar con estricta observancia de las disposiciones legales a las cuales debe someterse<sup>416</sup>.

La exigencia del principio de legalidad como sustento de la tesis negativa se encuentra fundamentada en la limitación del arbitraje a la habilitación legal, así, en la medida en que no exista una ley que de manera expresa autorice al Estado o a las empresas estatales a utilizar el arbitral, éstas no podrían ser partes legítimas en un procedimiento arbitral, en tanto que el predominio del interés público sobre el particular, elemento inherente a la naturaleza de las sociedades que controla y elemento típico del Estado, acarrea la indisponibilidad de derechos<sup>417</sup>.

Cabe agregar, que las disposiciones relativas al arbitraje e insertadas en leyes especiales que regulan determinadas actividades o sectores no constituyen una excepción al principio de legalidad, que teóricamente impide que el Estado y sus empresas se sometan al arbitraje, *“sino que le otorgan a la cláusula que regula la utilización del arbitraje en esos contratos el carácter*

---

<sup>416</sup> Ibid., pág. 353.

<sup>417</sup> Ibid.

*de esencialidad, aparte de la autorización legal ya prevista en el Código de Procedimiento Civil y requerida por el principio de legalidad*<sup>418</sup>.

b) Violación del principio de la publicidad: El arbitraje tiene como característica la de ser un procedimiento sigiloso, afirmación ésta que no es absoluta, dado que la misma dependerá del caso en particular. Ahora bien, el hecho de que el arbitraje en los contratos celebrados con el Estado y sus empresas no se beneficien de esta confidencialidad, no exime a los árbitros del deber de discreción, teniendo la prohibición de revelar cualquier tipo de detalle del procedimiento arbitral, salvo para los órganos de control interno y externo a que esta sujeta la Administración y siempre que lo hayan requerido, prevaleciendo en los demás casos el deber legal de discreción del arbitro<sup>419</sup>.

c) Violación del principio de supremacía del interés público sobre el particular: En vista de que el arbitraje es considerado una institución de derecho privado, que contiene dentro de sus principios la autonomía de la voluntad, a los fines de resolver las diferencias que pudieran suscitarse entre los particulares, *“le está vedado al estado, por no reconocérsele la capacidad suficiente para transigir mediante la libre disposición de sus derechos, acceder a este mecanismo de composición, en cuanto regido por el derecho público sólo puede hacer aquello que la ley le señala*<sup>420</sup>.

En conclusión esta posición negativista, sostiene la improcedencia de acudir a la vía arbitral a los fines de superar las dificultades que puedan suscitarse en cuanto a la interpretación, alcance, cumplimiento y extinción de

---

<sup>418</sup> Ibid., pág. 354.

<sup>419</sup> Ibid.

<sup>420</sup> Ibid.

obligaciones resultantes de los contratos en los cuales la Administración forma parte.

En lo que respecta a la tesis que afirma la procedencia del arbitraje en los contratos públicos o administrativos, es importante mencionar, que en la actualidad se acepta que el arbitraje procede en relación con aquellos contratos en los cuales el Estado actúa en sede de derecho privado, lo que a su vez implica su procedencia respecto de los contratos de derecho común suscritos por la Administración, no obstante esto no ocurre en los contratos en los que el Estado actúa en el ámbito de Derecho público, *“lo que equivale a rechazar el arbitraje respecto a los contratos administrativos propiamente dichos, salvo que la administración pública, aún tratándose de contratos administrativos strictu sensu, recurra al arbitraje para dilucidar, por ejemplo, cuestiones de carácter técnico, cuyo conocimiento generalmente es extraño a la competencia del Poder judicial (pericia arbitral) (...), en tanto que no afecten al orden público, ni al orden o sistema constitucional, ni impliquen un agravio o rozamiento a la autoridad del Estado, ni a su soberanía”*<sup>421</sup>.

En consecuencia cuando estamos en presencia de contratos suscritos por entes públicos, la única limitación existente en materia arbitral, es la que esta referida a los asuntos en los cuales no tiene cabida la transacción, ni en los que no se pueda excitar a las partes a conciliación, todo ello a tenor de lo establecido en el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil<sup>422</sup>.

En esta tesis o posición afirmativa, revisten particular importancia las siguientes características del arbitraje: 1. La analogía con la transacción, 2. Celeridad y menor costo, 3. Autonomía contractual del Estado, y 4. La

---

<sup>421</sup> Ibid., pág. 355.

<sup>422</sup> Ibid.

ausencia de violación al principio del juez natural.

1. La analogía con la transacción: La doctrina italiana ha admitido la procedencia del arbitraje a los fines de solventar controversias contractuales con la Administración, pudiendo recaer sobre cualquier cuestión que sea susceptible de transacción<sup>423</sup>. De manera que, siendo admitida la transacción como método alternativo de solución de conflictos, no debe haber objeción alguna para que se admita la utilización de los árbitros, toda vez que encuentra fundamento legal su aplicación, no pudiendo entonces hablarse de violación al principio de legalidad, aparejando así ventajas a la Administración<sup>424</sup>.

2. Celeridad y menor costo: La rapidez en la solución del conflicto mediante la aplicación del arbitraje está justificada por la falta de acumulación de procesos, a diferencia de los jueces de derecho, quienes reciben a diario una gran número de causas nuevas las cuales a su vez se acumulan a las ya preexistentes. El juez arbitral tiene la característica de exclusividad, toda vez que *“los árbitros son escogidos para escoger, lo cual harán en tiempo bien inferior, a aquel gastado en la justicia ordinaria”*<sup>425</sup>; asimismo el arbitraje presenta otra ventaja para la Administración pública, referida al menor costo con respecto de los procesos instaurados en sede judicial.

3. Autonomía contractual del Estado: En efecto el Estado tiene autonomía contractual, pudiendo prevenir litigios o solucionarlos por la vía transaccional, en cuestiones de derecho o contractual o privada, por ende no es lícito restringir ese derecho al Poder público *“que puede transigir en jurisdicción*

---

<sup>423</sup> Ibid., pág. 356.

<sup>424</sup> Ibid., pág. 357.

<sup>425</sup> Ibid.



*paralela a la de la justicia ordinaria y a través del arbitraje resolver controversias que no invadan principios constitucionales y administrativos indelegables*<sup>426</sup>.

4. La ausencia de violación al principio del juez natural: La institución del arbitraje, a pesar de ser un instituto de derecho privado, no ofende las reglas de derecho público, en consecuencia el arbitraje en vinculación con los contratos administrativos y dentro de los límites en que procede, *“podrá resultar de disposiciones de leyes generales o especiales que lo autoricen , o igualmente sin necesidad de autorización legal alguna, cuando la administración lo haya pactado en el mismo contrato aun posteriormente”*<sup>427</sup>.

Para sintetizar, esta posición afirmativa es sustentada por la doctrina moderna, con fundamentos más sólidos, referidos a la competencia de los órganos públicos para ejercer atribuciones propias de la llamada zona de reserva de la Administración, sin perjuicio de previsiones legales habilitantes<sup>428</sup>. Por tanto la admisión del arbitraje

“no implica comprometer el interés público en su superioridad frente a los intereses particulares y aún en su indisponibilidad. Pactar la cláusula compromisoria no es contrario al interés público cuando el ordenamiento jurídico, explícita o implícitamente, atribuye competencia a una entidad pública para ello. Por cierto, el ejercicio de la competencia (que es poder-deber) también es de interés público, como igualmente lo es el respeto del derecho del cocontratante cuando la solución arbitral de conflicto fue establecida en el contrato. Es que cuando el Estado contrata, más allá del fin concreto que se persiga, siempre debe estar presente el interés público”<sup>429</sup>.

---

<sup>426</sup> Ibid.

<sup>427</sup> Ibid., pág. 359.

<sup>428</sup> Ibid., pág. 226.

<sup>429</sup> Ibid., pág. 227.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando y a manera de conclusión, podemos señalar, que se ha creado una nueva visión en torno a los métodos de solución de conflictos, y por ende del arbitraje, que a su vez a permitido romper los mitos que los estigmatizaban como tendencias privatistas que pretendían de una forma u otra competir, o desplazar al proceso judicial, cuando lo cierto es, que cumplen una finalidad aparejada a la del proceso judicial, entablado una relación de complemento entre ambos, a los fines de garantizar una tutela judicial cada vez más efectiva y equitativa.

### **1. Características del arbitraje público o administrativo**

El arbitraje público o administrativo es aquel que se ha instrumentado por la ley a los fines de dirimir conflictos donde están en juego intereses sociales (del Derecho Social) o disputas entres los particulares y la Administración pública, como por ejemplo la Junta de arbitraje prevista en la Ley Orgánica del Trabajo en materia de discusiones colectivas (artículos 490 al 493), y en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, como una opción dentro del *iter* procesal (artículos 138 al 149), y en el se han observado características que han sido agrupadas por URDANETA SANDOVAL<sup>430</sup> de la siguiente forma:

- a) El objeto de la controversia debe emanar de un contrato administrativo,
- b) Trata de resolver un conflicto asimétrico,
- c) Debe apegarse a los requisitos formales y limites de aplicación derivados del principio de la legalidad,
- d) Debe existir disponibilidad sobre el objeto litigioso sometido al arbitraje,
- e) Puede ser un arbitraje de derecho o, en ocasiones, de equidad.

---

<sup>430</sup> Ibid., pág. 360 y ss.

HUEN RIVAS<sup>431</sup> por su parte propone una definición de la cual hace desprender las siguientes características o elementos: (i) la existencia, actual o eventual, de un conflicto intersubjetivo de intereses; (ii) las partes confían a un tercero imparcial la solución de las controversias y la decisión de dicho tercero es vinculante para las partes; (iii) el objeto del arbitraje lo constituyen las materias con respecto de las cuales las partes puedan disponer; (iv) las partes deben haber expresado libremente su voluntad de resolver sus diferencias mediante un acuerdo; y (v) la decisión del árbitro conocido como, tiene carácter definitivo e irrevocable, aun cuando no es una sentencia.

## **2. Materias del contrato administrativo que pueden ser objeto de arbitraje público:**

Este es uno de los puntos fundamentales en el tratamiento del arbitraje público o administrativo. En efecto pueden someterse a la decisión arbitral las materias de índole privada donde la interpretación de determinadas cláusulas contractuales no ofenda la indisponibilidad del interés público *“vale decir, cuando el ente público actúa iure privatorum (poder de gestión), como un normal sujeto privado y con aplicación del derecho común de las obligaciones en el que tienen autorizado un margen de negociación que no agrede o entre en conflicto con el interés público”*<sup>432</sup>. De igual forma es lícito el arbitraje.

“cuando ocurrieren supuestos de alteración de los contratos

---

<sup>431</sup> Huen, M. (2005). *El Arbitraje Internacional en los Contratos Administrativos*. En: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. (Comp. 2005). *Los Contratos Administrativos “Contratos del Estado”*. Caracas: FUNEDA. Pág. 409 y ss.

<sup>432</sup> Urdaneta, C. Op cit., pág. 398.

por acuerdos de las partes como cuando sea conveniente la sustitución de la garantía de ejecución; cuando sea necesario la modificación del régimen de ejecución de la obra o servicio, o de suministro de bienes, verificada técnicamente la inaplicabilidad de los términos contractuales originarios; cuando sea necesaria la modificación de la forma de pago, por imposición de circunstancias supervinientes; para restablecer la relación que las parte pactaran inicialmente entre los cargos del contrato y la retribución de la Administración para una justa remuneración de la obra, servicio o suministro, objetivando el mantenimiento del equilibrio económico-financiero inicial del contrato, en la hipótesis de que sobreviniesen hechos imprevisibles o previsibles pero de consecuencias incalculables, que tarden o impidan la ejecución de lo ajustado, o también, en caso de fuerza mayor, caso fortuito o hecho del príncipe, configurada el alea económica extraordinaria y extracontractual<sup>433</sup>.

Asimismo puede existir el arbitraje para la solución de controversias en contratos de entes públicos que tengan características privadas, como contratos de seguro, financiamiento, de arrendamiento, etc<sup>434</sup>.

### **3. Materias del contrato administrativo que no pueden ser objeto de arbitraje público:**

En el arbitraje público se niega que puedan ser objeto del mismo, todas las cláusulas que impliquen una cesión, transacción o renuncia de derechos de contenido público, esto es, de actos de autoridad (*lato sensu*) como las disposiciones clasificadas como reglamentarias y atinentes a la administración, previstas en el contrato, relativas al ejercicio del poder de policía, al poder impositivo, a las bases de las tarifas, a la disposición del dominio público, al control en la prestación de los servicios concedidos, en

---

<sup>433</sup> Ibid., pág. 398.

<sup>434</sup> Ibid., pág. 398.

cuanto puedan ser tipificados como derechos indisponibles y por ende no susceptibles de solución extrajudicial, dado el poder de imperio con el cual actúa el ente público<sup>435</sup>.

En consecuencia no puede ser objeto de arbitraje la actividad unilateral de la Administración *“como la decisión sobre la validez o legitimidad de un acto administrativo, sea de autoridad o de gestión, el régimen jurídico de la administración y la policía general, la policía de los servicios públicos, la potestad administrativa”*<sup>436</sup>.

#### **D. Evolución en la jurisprudencia patria en materia arbitral**

En este orden de ideas nos permitimos citar algunas sentencias del Tribunal Supremo de justicia, en las cuales se hace palpable, la inclusión de la prenombrada cláusula compromisoria en los contratos administrativos:

1.- Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 29 de mayo de 1996, en la cual se hace mención de los casos en los cuales no procede el arbitraje, indicando al efecto que:

“Por lo que atañe al arbitraje, el mismo no procedería en el caso presente, aun cuando este contemplado en el Convenio, por cuanto solo estaba previsto para dilucidar controversias entre las partes con motivo de su aplicación y, en el caso presente, lo planteado es la legitimidad de las cláusulas que contiene a la luz de la normativa anti-monopolio. Es decir, no se trata de un eventual incumplimiento del Convenio por alguna de sus partes, sino del cuestionamiento de su validez, respecto a la normativa del Estado reguladora de la libre competencia.

---

<sup>435</sup> Huen, M. Op cit., pág. 409 y ss.

<sup>436</sup> Urdaneta, C. Op cit., pág. 392.

Por otra parte, el arbitraje no procede según lo establecido en el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil sobre asuntos en los cuales no cabe la transacción, y de acuerdo al artículo 1714 del Código Civil, no se puede transigir sobre lo que no se puede disponer. En este sentido, la promoción y protección de la libre competencia constituye un imperativo de orden público, que las partes no pueden derogar<sup>437</sup>.

2.- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 20 de junio de 2000, (caso AEROLINK INTERNACIONAL, S.A. v/s Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía), ha tocado el punto relativo al origen extracontractual de las potestades administrativas, haciendo especial énfasis en la rescisión unilateral del contrato, lo cual constituyó uno de los puntos tratados en el capítulo II de la presente investigación, indicando al efecto:

“No resulta controvertido la calificación de contrato administrativo, ni la naturaleza de servicio público objeto de la concesión otorgada a la empresa Aerolink Internacional S.A., por parte del Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía. En efecto, tanto las partes, como la decisión declinatoria de competencia emitida por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia y la decisión objeto de la presente apelación, coinciden en la naturaleza administrativa del contrato *supra* indicado.

Ello es así, ya que una de las partes otorgantes es un ente público, a saber, el Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía; se da en concesión un servicio público, como lo es el servicio de transporte de pasajeros en un aeropuerto; en el cuerpo del contrato se evidencia la presencia de cláusulas exorbitantes, como la posibilidad de

---

<sup>437</sup> Ibid.

rescisión unilateral del contrato contenida en la Cláusula Vigésimo Primera del mismo.

En lo que sí existe divergencia de criterios y no sin razón, toda vez que el problema ha sido génesis de un amplio debate doctrinario y jurisprudencial, es en la naturaleza del acto de rescisión unilateral del contrato de concesión.

Sobre este punto reciente jurisprudencia de fecha 22 de julio de 1998, de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, al decidir la demanda de nulidad de un acto de rescisión unilateral de un contrato de concesión del Aeropuerto La Chinita, Santa Bárbara y Oro Negro, precisó que las decisiones como la declaratoria de caducidad de una concesión administrativa, constituyen 'actos administrativos', ya que son el producto del ejercicio de potestades administrativas, no de facultades contractuales, conclusión que es plenamente acogida por esta Sala.

Así, el texto del fallo antes mencionado reza de la manera siguiente:

'La jurisprudencia de esta Sala Político Administrativa ha señalado que las decisiones unilaterales de la Administración Pública en materia de contratos administrativos y que se refieren a la dirección, interpretación, incumplimiento, sanción y extinción de la relación contractual, son el producto del ejercicio de poderes extracontractuales, por lo que no requieren estar previstas en el texto del contrato. Así, en sentencia de esta Sala que recoge criterios de la extinguida Corte Federal, se expresó:

'Con sus reglas propias, distintas a las del derecho común, el contrato administrativo autoriza a la administración contratante para rescindirlo unilateralmente juzgando el incumplimiento del particular que con ella lo suscribiera, a quien en todo caso queda

abierta la vía contencioso para asegurarse, en un debate ante el juez competente, la preservación de la ecuación económica si la causa de la rescisión no le fuere imputable, como lo sentara este Supremo Tribunal en la citada sentencia de 12-11-54 (Corte Federal:...en el campo de acción de los contratos administrativos, y aunque no conste en las cláusulas de la convención, la rescisión de ellos cuando así lo demandan los intereses generales y públicos, es una facultad que la Administración no puede enajenar ni renunciar...´(Sentencia del 14 de junio de 1983 en el juicio de Acción Comercial, S.A)”<sup>438</sup>.

Continua señalando la sentencia bajo análisis, que aunado al carácter extracontractual de las potestades administrativas establecido por parte de la jurisprudencia, también ha sido sostenido tal carácter por la doctrina nacional al precisar:

“En primer lugar, están todas aquellas decisiones unilaterales de la Administración Pública en materia contractual, y que se refieren, como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, a la dirección, interpretación, incumplimiento, sanción y extinción de la relación contractual. Sin embargo, como lo señala E. García de Enterría, estas cláusulas, en realidad son extracontractuales, y provienen de los poderes propios de acción unilateral de la administración como gestora del interés público. Por ello, con razón, la jurisprudencia venezolana ha establecido que estas cláusulas no necesitan estar previstas en el texto contractual, por supuesto que no, pues como se dijo, no son realmente estipulaciones contractuales, ni podrían serlo´. (Cf. Brewer Carías, Allan R., La Evolución del Concepto de Contrato Administrativo, en el Libro Homenaje a Antonio Moles Caubet, UCV, Caracas,

---

<sup>438</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/586-200600-00-0751.htm>



1981, Tomo I, p. 63). Subrayado de esta Sala

En realidad, las llamadas `cláusulas exorbitantes` son poderes que detenta la Administración Pública como consecuencia del Principio de Autotutela Administrativa. Por consiguiente, decisiones como la declaratoria de caducidad de una concesión administrativa, constituyen `actos administrativos` ya que son el producto del ejercicio de potestades administrativas, no de facultades contractuales`. (Subrayado de la Sala)<sup>439</sup>.

La sentencia bajo estudio, indica igualmente con relación a la denuncia de violación al debido proceso, por el incumplimiento por parte de la Administración de la vía arbitral prevista en el contrato de concesión, que la Constitución de 1999, se identifica con los postulados plasmados en la Ley de Arbitraje Comercial, cuando en su artículo 258 dispone que: *'... la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de los conflictos'*.

De igual forma en lo que respecta a la eficacia y validez de la cláusula compromisoria, consideró la Sala:

“La eficacia y validez de una cláusula compromisoria estipulada en un contrato administrativo es hoy una cuestión fuera de toda duda, como lo confirma la opinión de nuestra más calificada doctrina (...).

En ese sentido, dice Luis Fraga Pitaluga que *'lo propio en materia de concesiones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto-Ley Nro. 138 sobre Concesiones*

---

<sup>439</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/586-200600-00-0751.htm>

*de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, cuyo artículo 10 dispone que el Ejecutivo Nacional y el concesionario podrán convenir en que las dudas y controversias que puedan suscitarse con motivo de la interpretación o ejecución del contrato de concesión se decidan por un tribunal arbitral cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados por las partes' (El Arbitraje y la Transacción como Métodos Alternativos de resolución de Conflictos Administrativos, en IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías; 1998, pág 176).*

En el presente caso, en el contrato de concesión las partes de mutuo acuerdo decidieron someterse al procedimiento de arbitraje en caso de surgir posibles diferencias en la ejecución del referido contrato de concesión; tal acuerdo quedó plasmado en la Cláusula Décima del contrato.

Ahora bien, tampoco consta en las actas del expediente la utilización de ese procedimiento por parte de la Administración, dentro de las discrepancias que motivaron la rescisión unilateral del contrato de concesión, por lo cual resulta evidente la violación al debido proceso, conforme al artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual como antes quedó anotado ha sido extendido al procedimiento administrativo, y así se declara<sup>440</sup>.

3.- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 20 de junio de 2001, caso (Hoteles Doral, C.A. v/s Corporación l'Hoteles, C.A.), en la cual se ha abundado en el sentido que sigue:

“En primer término, esta Sala debe asentar que, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999,

---

<sup>440</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/586-200600-00-0751.htm>

reimpresa por error material del ente emisor en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000), consagró en su artículo 258, el deber que tiene la legislación de promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de conflictos, como alternativa ante las típicas disputas o querellas en sede judicial, esto es, no otra cosa sino la **constitucionalización de los medios alternativos para la resolución de conflictos.**

Ahora bien, dicho deber –de promover los medios alternativos–, impuesto por la propia Constitución, no se agota o tiene como único destinatario al legislador, esto es, a la Asamblea Nacional como órgano legislativo nacional; sino también, al propio operador judicial, quien deberá en la medida de lo posible, promover e incitar a las partes querellantes al avenimiento y a la conciliación, mediante el uso de cualesquiera de los medios posibles para tal fin; entre ellos, los clásicos medios de autocomposición procesal (*Vgr.* la transacción) y, otros, que si bien no arrojan una solución inmediata o *ab initio*, no obstante, sí procuran un entendimiento voluntario en cuanto a la elección de un mecanismo alterno a la vía judicial; siendo, en ese sentido, el arbitraje (bien de equidad o de derecho), el que por excelencia se amolda mejor a semejante *desideratum*.

No obstante lo anterior, si bien por una parte se constitucionalizan los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, empero, la verificación de los mismos debe procurar la salvaguarda de la seguridad jurídica y la erradicación de todo uso tergiversado que de ellos se pretenda, en aras de alterar o defraudar los cánones y principios del sistema ordinario de administración de justicia.

En este último sentido, la doctrina comparada y nacional es conteste en considerar al **arbitraje** como un medio de autocomposición extrajudicial entre las partes, los cuales mediante una **voluntad expresa**, convienen de forma anticipada, en **sustraer del conocimiento del poder judicial ordinario** (acuerdo éste que también podría ser

posterior, para el único caso en que, aún cuando ya iniciada una causa judicial, acuerden someterse en arbitraje), todas las diferencias, controversias o desavenencias que por la ejecución, desarrollo, interpretación o terminación de un negocio jurídico pueda sobrevenir entre ellas.

De suerte tal, que el **arbitraje** constituye una excepción y eclipse a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley, todas las querellas que les sean sometidas por los ciudadanos a su conocimiento, en uso del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses previstos en los artículos 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí que, tal régimen de excepción, **exige el cumplimiento y la verificación de una manifestación de voluntad inequívoca y expresa de las partes involucradas**, pues de lo contrario, el relajamiento de tales extremos comportaría de manera inexorable, la propugnación de un estado de inseguridad jurídica perenne, en donde de acuerdo a las circunstancias, cada parte opondría según su conveniencia, la sustracción o no de las causas del conocimiento del poder judicial.

En efecto, tal preocupación por mantener una seguridad jurídica firme en cuanto sea verificada una manifestación de voluntad inequívoca, expresa e indubitada al momento de someter o comprometer en árbitros, se encuentra plasmada tanto en los textos legales sustantivos (**artículos 1.688 y 1.689 del Código Civil**) como los adjetivos (**artículo 154 del Código de Procedimiento Civil**), y de origen más reciente, en leyes especiales (**Artículo 3 y literal (a) del artículo 44, ambos de la Ley de Arbitraje Comercial**: publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430 del 7 de abril de 1998)<sup>441</sup> (Resaltado de la Sala).

De igual forma la sentencia bajo análisis, establece las diferentes situaciones en las cuales se celebra el acuerdo o pacto compromisorio, es decir, debe

---

<sup>441</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.htm>

distinguirse las siguientes situaciones:

“1- El acuerdo de arbitramento sea efectuado por los representantes de las partes durante el desarrollo de una causa judicial, lo cual presupone la inexistencia previa de acuerdo arbitral alguno.

2- La situación en la cual los representantes de las partes celebren un contrato que incluya una cláusula compromisoria o bien, pacten un acuerdo independiente de arbitraje; supuestos éstos de mayor frecuencia.

En el primero de los supuestos expuestos, la legislación adjetiva (Código de Procedimiento Civil) exigirá aplicación preferente, toda vez que, la situación en la cual las partes acuerden someterse en árbitros y, en consecuencia, pacten sustraerse del conocimiento que hasta ese momento, venía ejerciendo un Juez ordinario, tendrá lugar en vía judicial, esto es, bajo el previo sometimiento al *imperium* de la Jurisdicción Ordinaria.

En ese sentido dispone el primer aparte del artículo 608 del Código de Procedimiento Civil que:

*‘Si estuvieren ya en juicio, el compromiso se formalizará en el expediente de la causa, y en él deberán expresar las partes las cuestiones que cada uno someta al arbitramento, si no constaren ya en el juicio; el número y nombre de los árbitros, el carácter de éstos, las facultades que les confieran y lo demás que acordaren respecto del procedimiento.’* (Subrayado de la Sala).

Más directamente, en cuanto a la capacidad de los representantes de las partes para comprometer en árbitros - ya iniciado un juicio-, el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil, es diáfano en estatuir que dicha facultad deba ser otorgada de forma **expresa e indubitable**, cuando dispone que:

*‘El poder faculta al apoderado para cumplir todos los actos del proceso que no estén reservados*

*expresamente por la Ley a la parte misma; pero para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer de derecho en litigio, se requiere facultad expresa.*  
(Subrayado de la Sala).

De suerte tal, que una vez intentada una demanda judicial mediante la interposición de cualquier acción, las partes de mutuo acuerdo podrán someterse en arbitraje, rigiéndose por las disposiciones contenidas en el artículo 608 y siguientes del Código de Procedimiento de Civil (visto que – como se dijo–, el acuerdo de arbitramento –para éste único supuesto– tiene lugar una vez que ha sido instada la vía judicial). Caso en el cual, los apoderados judiciales de ambas partes, deberán de contar con un poder otorgado en el cual, de forma expresa, se les haya facultado para comprometer en árbitros y, especificándose a su vez, el carácter de los árbitros (de derecho o equidad) frente a los cuales quedarán comprometidos.

**La ausencia de facultad expresa en el poder otorgado en beneficio de los representantes de las partes, inficionará de nulidad absoluta al acuerdo de arbitraje.** Lo cual generará la posibilidad de que sea declarada la nulidad del Laudo Arbitral que se llegue a consignar, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 y literal (a) del artículo 44, ambos, de la Ley de Arbitraje Comercial<sup>442</sup>.

Seguidamente, la Sala señaló con respecto al segundo de los supuestos expuestos, este es, el referido a los acuerdos o pactos compromisorios contenidos en una cláusula contractual o mediante un acuerdo independiente; que existen similares exigencias que deberán reunir los representantes de las partes contratantes en cada caso, de igual forma:

“resultará necesario que la persona que celebre un contrato

---

<sup>442</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.htm>

con cláusula compromisoria o, aquél que pacte un acuerdo independiente de arbitraje, **deberá de contar con facultad expresa por medio del cual se le autorice para tal fin**, pues de lo contrario, al carecer de capacidad suficiente para celebrar validamente el compromiso arbitral, se degenerará en la nulidad absoluta del acuerdo, pacto o cláusula según se trate, comportando la incompetencia del tribunal arbitraje que se llegue a constituir, y manteniéndose intacta la **jurisdicción de los tribunales ordinarios**<sup>443</sup>.

Por último, la Sala sintetiza la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, estableciendo al efecto que el juez debe valorar los siguientes elementos fundamentales:

“(a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, *tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros)*, como también, los referentes a la *capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros*.

(b).- La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, toda orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir<sup>444</sup>.

---

<sup>443</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.htm>

<sup>444</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.htm>

Considera la sentencia analizada, que los elementos enunciados anteriormente son de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia, relacionado con la renuncia tácita al arbitraje y la tentativa de fraude procesal en el arbitraje, señalando con respecto a la primera:

“La denominada ‘**Renuncia Tácita al Arbitraje**’, cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en ‘forma: ex ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil’, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviniendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta). También, se considerará como renuncia tácita, aún y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en ‘forma’ esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil).

En ese sentido, la legislación y la doctrina comparada, no han vacilado en promover la sanción procesal consistente en considerar como una renuncia tácita al compromiso arbitral, a todos aquellos actos procesales encaminados a dar continuidad al conocimiento iniciado por un juez ordinario.

El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961), dispone en su artículo VI, lo siguiente:

*‘1. Toda excepción o declinatoria por incompetencia de Tribunal estatal basada en la*



*existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el Tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral deberá ser propuesto por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la ley del país del tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo*. (Subrayado de la Sala).

En igual sentido, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985 (Ley UNCITRAL: que sirvió de modelo a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, según lo dispone su Exposición de Motivos), el cual dispone en su artículo 8, lo siguiente:

*'1. El Tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible*'. (Subrayado de la Sala).

Por su parte, el autor Luís Caballo Angelats, en su obra "El Tratamiento Procesal de la Excepción de Arbitraje", efectúa un extenso análisis del artículo 11 de la Ley de Arbitraje de España (Ley 36/1988, de 5 de diciembre de 1988) norma que dispone que:

*'1. El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque inmediatamente a la oportuna excepción*.

*2. Las partes podrán renunciar por convenio al*

arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción. (Subrayado de la Sala)<sup>445</sup>.

Concluye la Sala que en ese sentido, puede observarse de las normas transcritas que se contemplan dos condiciones para que pueda verificarse la ‘renuncia tácita’. La primera, que el demandado haya realizado, después de apersonado en juicio, cualquier actuación distinta a oponer la excepción y; la segunda, que la excepción –en caso de haberse opuesto como primer acto procesal del demandado– no haya sido opuesta en ‘forma’, esto es, conforme a la figura o mecanismo procesal idóneo para formalizarla en el proceso. (En el caso de Venezuela sería el de oponerla como cuestión previa de conformidad con lo previsto en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil).

De igual forma estudia la Sala como segundo aspecto a ser valorado, “la tentativa de fraude procesal en el arbitraje”, toda vez que resulta probable que una vez que las partes haya celebrado un contrato contentivo de una cláusula compromisoria o de un pacto independiente de arbitraje para dirimir sus eventuales diferencias en torno al desarrollo, interpretación y terminación de una relación contractual, y que en el ámbito procesal puedan verificarse conductas de índole adjetivo, destinadas a revertir la voluntad previa contenida en un compromiso arbitral, distinguiendo al efecto aquellas conductas, que si bien se encontrarán orientadas a revertir los efectos del compromiso arbitral, no obstante, no poseen una vocación de sorpresa o

---

<sup>445</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.htm>

fraude en detrimento de la posición litigiosa de la parte cocontratante; de otras, manifiestamente destinadas a subvertir el sano y adecuado cauce procesal de las disputas y querellas que no sólo pueden evidenciar una postura acomodaticia de la parte frente a los resultados de uno y otro proceso, sino más grave aún, la inseguridad jurídica procesal que puede generar la existencia de causas y decisiones contradictorias, y el desarrollo de etapas y actos procesales en sumo grado inútiles o realizados en vano.

La Sala al señalar tales actuaciones, indica entre otras:

“(i) que una de las partes proceda a demandar por ante la jurisdicción ordinaria, aún a sabiendas de la existencia previa de un compromiso arbitral, contenido tanto en una cláusula compromisoria como en un pacto independiente, en cuyo supuesto, no podría reputarse a tal conducta procesal como fraudulenta ‘*per se*’ pues, las partes siempre quedarán en la libertad de disolver el pacto compromisorio (mutuamente). En ese sentido, dicha interposición unilateral de una demanda judicial, se constituiría en una renuncia – aún no eficaz– condicionada a la voluntad de la contraparte, pues, si ésta última aviene en proseguir la querella judicial (tanto expresamente como tácitamente –*supra*–), sólo así, resultará desechado el compromiso arbitral antes celebrado, en caso contrario, esto es, en el supuesto que la parte demandada oponga en forma la excepción de arbitraje, no prosperaría la intención unilateral de renunciar al compromiso arbitral por parte del demandante judicial.

Otra conducta (ii) destinada a revertir o disolver al pacto o acuerdo compromisorio y, por ende, orientado a dejar expedita la vía judicial, sería un acuerdo autónomo y posterior, en el cual las partes, manifiesten –expresamente– su voluntad de apartarse del compromiso previamente celebrado. Supuesto éste último que en modo alguno, podría estimarse como fraudulento, cuando deviene de la voluntad bilateral de lo contratantes y, máxime aún, cuando no existe proceso instaurado alguno (tanto judicial como arbitral).

Mientras que, por lo contrario, (iii) conducta procesal que indiscutiblemente sí sería reputable como fraudulenta, aquella en la cual, una vez iniciada una contienda judicial y en la cual las partes voluntariamente se han sometido a la decisión de mérito de la jurisdicción ordinaria, posteriormente, cualquiera de aquellas pretenda hacer valer la cláusula o compromiso arbitral en aras de constituir un Tribunal Arbitral, pues como ha sido expuesto, el haber convenido en someterse al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, se constituye en una renuncia tácita al acuerdo arbitral.

En similar sentido al supuesto anterior, –en cuanto reputar como una conducta orientada a generar fraude procesal–, (iv) aquella en la cual, las partes se orienten a la consecución de un procedimiento arbitral, esto es, hayan ya iniciado un procedimiento arbitral destinado a la constitución de un Tribunal Arbitral (por la existencia previa de cláusula o pacto compromisorio) y, posteriormente, cualquiera de ellas interponga una demanda judicial, aduciendo la ineficacia o invalidez de la cláusula compromisoria. En ese supuesto, resultará evidente la tentativa de fraude procesal, dado que, en primer término, la parte accionante judicialmente, estaría pretendiendo inobservar o sustraerse de un procedimiento arbitral no sólo al que se sometió expresamente al momento de su inicio, sino también, al que se comprometió al momento de contratar<sup>446</sup>.

En el caso objeto de análisis, la Sala consideró que no existe una manifiesta e inequívoca aptitud de un sometimiento a la jurisdicción de unos árbitros privados, esto es, no existe una indubitada disposición de renunciar al libre acceso a los órganos de administración de justicia de la jurisdicción ordinaria

5.- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 14 de julio de 2004, (caso Minerva Las Cristinas, C.A. MINCA vs. CVG), en la cual la Sala decidió respecto de la admisión de la

---

<sup>446</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.htm>

solicitud de arbitraje, con base en las siguientes consideraciones:

**“1.- En primer lugar, Minca en su escrito inicial de solicitud de formalización del arbitraje, pidió a la CVG que se sometiera a arbitraje y que conviniera en la nulidad de la rescisión pronunciada mediante oficio de fecha 6 de noviembre de 2001 y en la Resolución del Ministerio de Energía y Minas publicada en Gaceta Oficial de fecha 8 de marzo de 2001, o que en su defecto así lo declare el tribunal arbitral; y que en el supuesto negado de que la rescisión fuese declarada procedente, MINCA pide la anulación de la orden del Ministerio a la supuesta retoma de posesión de bienes y bienhechurías tomadas por vía de confiscación según la resolución de fecha 8 de marzo del 2002.**

Ahora bien, el arbitraje es un mecanismo de resolución de conflicto de intereses, cuyo origen resulta de un convenio entre las partes para que terceras personas ajenas al conflicto, imparciales, denominados árbitros, se pronuncien mediante un laudo respecto de ello.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 258 dispone lo siguiente:

**‘Artículo 258.-** *La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.*

***La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.’***

(Destacado de la Sala)

En Venezuela, el arbitraje se encuentra regulado, principalmente, por el Código de Procedimiento Civil y por la Ley de Arbitraje Comercial; además de ellos hay una serie de tratados que regulan la materia, como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros, entre otros.

En el caso bajo estudio, las partes pactaron contractualmente que la normativa aplicable sería la del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 608 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente:

**‘Artículo 608.-** *Las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal de que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción.*

*Si estuvieren ya en juicio, el compromiso se formalizará en el expediente de la causa, y en él deberán expresar las partes las cuestiones que cada uno someta al arbitramento, si no constaren ya en el juicio; el número y nombre de los árbitros, el carácter de éstos, las facultades que les confieran y lo demás que acordaren respecto del procedimiento.*

*Si no estuvieren en juicio, las partes establecerán el compromiso arbitral por instrumento auténtico, en el cual conste todo cuanto expresa este artículo.*

*En todo caso de compromiso, la aceptación de los árbitros y la constitución del Tribunal arbitral se hará ante el Juez que se menciona en el artículo 628.’*

El artículo 1.714 del Código Civil, dispone lo que a continuación se transcribe:

**‘Artículo 1.714.- Para transigir se necesita tener capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción.’** (destacado de la Sala)<sup>447</sup>.

Ahora bien, en el caso sometido a estudio observó la Sala, que lo que pretendido por la parte actora era someter al arbitraje la nulidad de dos actos

---

<sup>447</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/julio/00832-140704-2002-0464.htm>

administrativos: el de rescisión del contrato dictado por la CVG y la nulidad de la Resolución dictada por el Ministerio de Energía y Minas de fecha 6 de marzo de 2002, a lo cual dictaminó que mediante este medio de resolución de controversias, -arbitraje- no puede debatirse la nulidad de los actos administrativos, ya que el propio Código de Procedimiento Civil, norma escogida por las partes para regular el arbitraje, establece la necesidad de que las partes puedan disponer de lo que pretenda someterse a arbitraje y en este caso, las declaratorias de eventuales nulidades de actos administrativos están reservadas por la Constitución y las leyes a los órganos jurisdiccionales con competencia en lo contencioso administrativo, por tanto:

“no puede por vía de arbitraje controlarse la legalidad de un acto administrativo atribuida por el Texto Fundamental (Art. 259), por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, por la derogada Ley Orgánica de Corte Suprema de Justicia y demás leyes especiales, a los órganos jurisdiccionales con competencia en lo contencioso administrativo, lo cual evidencia que al no tenerse la capacidad de disposición sobre lo solicitado por la accionante, ello no puede ser objeto de arbitraje. Así se establece”<sup>448</sup>.

Quedó evidenciado entonces en el presente caso, que la actora ejerció dos mecanismos para resolver el mismo conflicto: procedimientos en sede judicial y el procedimiento arbitral, éste último ejercido en forma posterior, es decir, que la sociedad mercantil Minera Las Cristinas, C.A., realizó la solicitud de formalización de arbitraje, luego de ejercidas las acciones de nulidad contra los actos administrativos de resolución del contrato dictados por la Corporación Venezolana de Guayana y por el Ministerio de Energía y Minas.

Igualmente evidenció la Sala, en el presente caso:

---

<sup>448</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/julio/00832-140704-2002-0464.htm>

“que en ambas vías procesales, lo solicitado por Minca como objeto del arbitraje es lo que está siendo discutido, en este momento, en los otros tres recursos de nulidad arriba señalados y en el juicio que por daños y perjuicios derivados de la relación contractual sigue Minera Las Cristinas, C.A., (MINCA) contra la Corporación Venezolana de Guayana.

De esta manera, se aprecia que la sociedad mercantil Minera Las Cristinas, C.A., inicialmente acudió a los órganos jurisdiccionales para discutir la vigencia o validez del contrato, así como los alegados incumplimientos imputados por la CVG a Minca, incumplimientos éstos que constituyen motivo del acto administrativo de resolución del contrato de concesión minera, juicios que actualmente se están tramitando en esta Sala.

Luego, en fecha posterior a la data de las señaladas acciones con pretensión de nulidad contra los actos administrativos *supra* indicados, pretende sea sometido a arbitraje los mismos hechos que están siendo debatidos en dichos procesos jurisdiccionales.

Todo ello resulta, de la confrontación objetiva de los hechos que constan en el expediente y de los petitorios de la solicitud de arbitraje.

Ciertamente, los alegados incumplimientos en relación a las cláusulas novena, décima novena y vigésima quinta, que es lo que pretende la actora sea objeto de arbitraje, son los motivos del acto administrativo dictado por el Presidente de la CVG, signado con el N° PRE-678-01, de fecha 6 de Noviembre de 2001, para declarar la extinción del contrato de exploración, desarrollo y explotación de mineral de oro de aluvión y veta, en el área denominada Las Cristinas, específicamente Las Cristinas 4, 5, 6 y 7 (folios 166 al 173 de la primera pieza de este expediente), contra el cual se ejerció recurso contencioso administrativo de nulidad ante esta Sala y que actualmente cursa en el expediente signado con el número 2002-375.



Los petitorios de la solicitud de arbitraje referidos a la **vigencia** del contrato están siendo actualmente discutidos, además del antes indicado recurso, en los recursos contenciosos administrativos de nulidad contra las *supra* indicadas Resoluciones N° 035 y 036 de fechas 6 de marzo de 2002 y en la demanda de daños y perjuicios.

Del análisis precedente se colige que resulta a todas luces contradictorio, que la parte actora acudiera a los órganos jurisdiccionales incoando sus acciones a través de los procedimientos legalmente establecidos para el recurso de nulidad contra actos de efectos particulares, así como el procedimiento ordinario para las demandas contra entes públicos, y que después intentara la formalización del arbitraje, para resolver el mismo problema planteado, cuando conforme a lo narrado en su libelo los inconvenientes se venían presentado mucho antes de dictados los actos administrativos.

En efecto, la propia parte actora consignó en el expediente actuaciones de notificación para la eventual formalización del compromiso arbitral, realizadas en fecha posterior a los actos administrativos señalados, a la fecha posterior a su impugnación en sede jurisdiccional, y cerca de la fecha de interposición de los indicados recursos contenciosos administrativos de nulidad<sup>449</sup>.

Como se puede observar, dentro de todo este marco establecido en la sentencia en estudio, que la parte actora pretendió utilizar el arbitraje para obtener, a través de este medio de resolución de controversia, una decisión de la instancia arbitral sobre puntos y aspectos que están siendo debatidos en otros procesos tramitados actualmente por ante el Tribunal Supremo de Justicia, generando así la existencia de causas que podrían en definitiva traer decisiones contradictorias, a lo cual concluyó la Sala que no debía admitirse la solicitud de formalización del arbitraje.

---

<sup>449</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/julio/00832-140704-2002-0464.htm>

En tal sentido se establece que, aún cuando las cláusulas vigésima sexta y vigésima séptima del contrato hayan expresado *“que las vías para resolver los conflictos relativos al mismo, son la amistosa y el arbitraje como vía única y exclusiva, no restringe la posibilidad de que las partes tengan acceso a la jurisdicción, bien sea a través del procedimiento ordinario o a través de los procedimientos para la tramitación de la acción con pretensión de nulidad contra actos administrativos, contenidos en las leyes referidas a la materia, teniendo en cuenta que además, las propias partes decidieron discutir el mismo problema, a través de otros procedimientos judiciales instaurados por la actora antes de la solicitud de formalización del arbitraje”*.

Continúa precisando la sentencia, en lo que respecta al acceso a la jurisdicción consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

*“que no puede ser impedido, en estas especiales materias, por cláusulas contractuales o convenios entre particulares o entre particulares y un ente público.*

Con ello quiere significarse que, además de los medios que conforme al ordenamiento jurídico pudieran escoger las partes para resolver sus conflictos, la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las demás leyes garantizan otros medios para acceder al sistema de justicia, tales como los procedimientos jurisdiccionales incoados por la actora, en este caso, para hacer valer sus pretensiones incluso antes de solicitar la formalización del arbitraje.

Así, de acogerse los argumentos de la solicitante en cuanto a que el arbitraje es la única vía para resolver todos los conflictos relativos al contrato de concesión minera habría que preguntarse, por qué entonces la actora accionó primariamente en sede jurisdiccional solicitando la nulidad de los actos administrativos de rescisión por incumplimiento y de caducidad de dicha concesión minera y demandó a la

Corporación Venezolana de Guayana por daños derivados de la relación contractual, a través de los procedimientos legales respectivos.

Con fundamento en lo anterior, resulta evidente que al haber la solicitante accionado en sede jurisdiccional, ha hecho uso de uno de los medios de acceso al sistema de justicia garantizados por el ordenamiento jurídico y no como pretende hacer ver ella, que el arbitraje es la única vía para resolver controversias, a lo que debe añadirse, que en el presente caso, la actora pretende discutir a través del arbitraje lo que actualmente se dilucida en otros procedimientos jurisdiccionales producto de acciones instauradas por ella misma. Así se decide<sup>450</sup>.

Por último, la sentencia bajo análisis realiza unas consideraciones muy importantes con relación al contrato administrativo de concesión minera, indicando al efecto que:

“la concesión minera, es un contrato mediante el cual se concede a un particular la explotación de un bien o recurso determinado y especificado del dominio público, propiedad de la Nación, cuya característica esencial y propia es su inalienabilidad y la exclusión del comercio, por lo que la regulación normativa sobre dichos bienes es de derecho público.

Así, el contrato de concesión minera se ubica conforme a la doctrina de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal entre los contratos de interés público nacional, vale decir, aquellos *‘contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan solo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los*

---

<sup>450</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/julio/00832-140704-2002-0464.htm>

*habitantes de la entidad estatal o municipal contratante, que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación'. (V. sentencia de la Sala Constitucional N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002 y 953 del 29 de abril de 2003).*

La importancia de la explotación de la minas en la vida económica nacional se evidencia de la lectura del propio Texto Constitucional, cuando expresamente dispone lo siguiente:

***‘Artículo 311.- La gestión fiscal estará regida y será ejecutada con base en principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal. Esta debe equilibrarse en el marco plurianual del presupuesto, de manera que los ingresos ordinarios deben ser suficientes para cubrir los gastos ordinarios.***

El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional para su sanción legal un marco plurianual para la formulación presupuestaria que establezca los límites máximos de gasto y endeudamiento que hayan de contemplarse en los presupuestos nacionales. La ley establecerá las características de este marco, los requisitos para su modificación y los términos de su cumplimiento.

***El ingreso que se genere por la explotación de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, propenderá a financiar la inversión real productiva, la educación y la salud.***

*Los principios y disposiciones establecidas para la administración económica y financiera nacional, regularán la de los Estados y Municipios en cuanto sean aplicables.’ (Destacado de la Sala).*

***‘Artículo 113. (...) Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación***

***o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.*** (Destacado de la Sala).

Ahora bien, en cuanto a las controversias que eventualmente puedan suscitarse en un contrato de este tipo, tenemos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela vigente, dispone en su artículo 151 lo siguiente:

***‘Artículo 151.*** *En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.*’ (Cursivas de la Sala)

Dicho principio estaba consagrado igualmente en la Constitución derogada de 1961, en los términos siguientes:

***‘Artículo 127.-*** *En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los Tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.*’ (Cursivas de la Sala)

Igualmente la Ley de Minas de 1945, repite la norma constitucional pero referida a la concesión minera, de la siguiente forma:

*'Artículo 26.- En todo título minero se considera implícita la condición de que las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la concesión y que no puedan ser resueltas amigablemente por ambas partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.'* (Cursivas de la Sala)

No obstante, la Ley de Minas vigente de 1999, establece en su artículo 33 lo siguiente:

*'Artículo 33.- En todo título minero se considera implícita la condición de que las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la concesión y que no puedan ser resueltas amigablemente por ambas partes, incluido el Arbitraje, serán decididas por los Tribunales competentes de la República de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.'* (Cursivas de la Sala)

Ahora bien, como ya se indicó, en este tipo de contratos que versan sobre bienes del dominio público propiedad de la Nación, la Constitución y las leyes respectivas establecen limitaciones o restricciones a los fines de que el Estado pueda ejercer un control adecuado, el cual garantice la preservación de los intereses generales involucrados. (V. Arts. 129, 150, 151, 187 numeral 9, 236 numeral 14, 247, 156 numerales 12 y 16 y 133 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)

Es por ello que, con fundamento en lo expuesto, estima esta Sala que en el establecimiento o la determinación de las materias que pueden ser sometidas a arbitraje en esta

especial clase de contratos, debe emplearse un criterio riguroso. Así se declara”<sup>451</sup>.

6.- Por último tenemos una reciente sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 2 de febrero de 2006, (caso Guzberg, C.A. contra la Unidad de Gestión del “Plan de Desarrollo Socioeconómico de la Región Sur del Estado Monagas”), en la cual se ratificó la posibilidad de utilizar el arbitraje en los contratos administrativos, en efecto, a través de esta sentencia, la Sala se pronunció sobre la validez de la cláusula arbitral compromisoria utilizada en un contrato administrativo para la “ *formación del Catastro Urbano de los Municipios Libertador, Sotillo y Uracoa del Estado Monagas, dentro del marco de un Convenio que tiene por objeto la ejecución de los Programas de Modernización y Fortalecimiento Institucional; de Ordenación Territorial; de Reforzamiento de los Servicios de Capacitación de los Recursos Humanos; y, de Desarrollo Social del Estado Monagas*”.

La Sala ratificó entonces su criterio, según el cual, si bien es cierto que el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el deber del legislador de promover la utilización de los medios alternativos de solución de conflictos, y en especial el arbitraje, no es menos cierto que su verificación debe “*procurar la salvaguarda de la seguridad jurídica y la erradicación de todo uso tergiversado que de ellos se pretenda*”.

Así, para garantizar tales principios, la Sala justificó la necesidad de determinar, en cada caso concreto, la validez de la cláusula compromisoria así como verificar si existe expresa voluntad de las partes, de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las controversias suscitadas entre ellas;

---

<sup>451</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/julio/00832-140704-2002-0464.htm>

y, finalmente, constatar la disposición indubitada de hacer valer la excepción de arbitraje, a fin de precisar la jurisdicción a la que corresponde dirimir la causa, analizando los siguientes elementos fundamentales:

- “1. Validez y eficacia de la cláusula compromisoria; esto es, el apego a los requisitos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como en el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento de la jurisdicción ordinaria.
2. Expresa voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las controversias suscitadas entre las partes.
3. Disposición indubitada de hacer valer la excepción de arbitraje”<sup>452</sup>.

De igual forma se observa, que en la sentencia bajo estudio se asevera el hecho de estar en presencia de un “contrato administrativo”, y por tanto, competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, al disponer:

“Así las cosas, en el caso objeto de análisis se trata de un verdadero contrato administrativo, de acuerdo a lo establecido en múltiples oportunidades por esta Sala y por la doctrina patria. En efecto, la referida relación jurídica presenta las características esenciales de este instituto, a saber: 1.- Que por lo menos una de las partes sea un ente público (*la Unidad de Gestión del “Plan de Desarrollo Socioeconómico de la Región Sur del Estado Monagas” actuando bajo la delegación de la Gobernación del Estado Monagas*); 2.- Que tenga una finalidad de utilidad pública o la prestación de un servicio público (*se trata de un contrato suscrito para la formación del Catastro Urbano de los Municipios Libertador, Sotillo y Uracoa del Estado Monagas, dentro del marco de un Convenio que tiene por objeto la*

---

<sup>452</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00187-010206-2005-5658.htm>



*ejecución de los Programas de Modernización y Fortalecimiento Institucional; de Ordenación Territorial; de Reforzamiento de los Servicios de Capacitación de los Recursos Humanos; y, de Desarrollo Social del Estado Monagas); 3.- La presencia de ciertas prerrogativas de la Administración en dichos convenios consideradas como exorbitantes, aún cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto de los mismos.*

Por lo antes expuesto, esta Sala concluye que al tratarse el caso bajo estudio de un contrato administrativo, el conocimiento de la demanda de autos corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que se pasa a determinar a cuál Tribunal dentro de la mencionada jurisdicción corresponde, efectivamente, el conocimiento del asunto<sup>453</sup>.

En especial, la Sala se pronunció sobre la revisión del primero de los requisitos, es decir el apego de la cláusula compromisoria a las condiciones que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como en el objetivo, afirmando que para ello resulta indispensable verificar la conformidad de la cláusula con el artículo 26 de la Constitución, es decir, para revisar si la misma garantizaba a las partes una justicia idónea, imparcial, y transparente.

En el caso concreto, la Sala estimó *“el árbitro elegido por los contratantes para dirimir las controversias que surjan con relación al contrato objeto de estudio (...) forma parte de las personas que suscriben el referido negocio jurídico”*<sup>454</sup>; por tanto, en criterio de ese órgano jurisdiccional la cláusula arbitral utilizada por las partes no era válida ya que no garantizaba una justicia imparcial, idónea y transparente, a tenor de la precitada norma constitucional.

---

<sup>453</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00187-010206-2005-5658.htm>

<sup>454</sup> <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00187-010206-2005-5658.htm>



## CONCLUSIONES

---

El desarrollo de este proyecto nos indica que todo trabajo es dinámico porque nos da bases, tipos, características y elementos, también nos complementa sin descuidar lo sustancial del derecho en general, remitiéndonos a citas de autores, estudiosos del derecho, los cuales con su forma de apreciar y materializar su concepción, facilitan la comprensión de la presente investigación.

El contrato es lo más usual en nuestros días, para complementar una propuesta que derive ciertas coincidencias, para realizar ciertas obligaciones y derechos, finalmente se llega a un arreglo amistoso con características de modificar crear o terminar un criterio.

La descripción adecuada de un poder de la autoridad de acuerdo con la concepción del Estado, valora el principio de legalidad, así como el establecimiento de las relaciones Administración-administrados.

El procedimiento administrativo emerge en la institución de los contratos de la Administración, como una de las piezas claves del sistema que envuelve todo el negocio desde su generación hasta su consumación, y a través del cual se coordinan las voluntades de las partes, siendo todo ello el resultado del devenir del contrato en una modalidad del actuar de la Administración.

Es importante señalar que todo contrato administrativo tiene un fin común, “satisfacer las necesidades sociales”; relacionándose con los particulares por medio de servicios tales como: el arrendamiento, prestación de servicios profesionales, comodato y donación, adquisiciones, de derecho mercantil, de derecho administrativo, etc., y cumplir con el fin de llegar a todos y cada uno de los cometidos del Estado, para la debida función del mismo y satisfacción de cada uno de los administrados.

La causa, el motivo o la razón determinante de los contratos de la Administración, es satisfacer un fin público, un servicio público, una necesidad colectiva. Es independiente del móvil que induce a contratar al contratista y del móvil que pueda determinar el contrato en la mente o en la intención del funcionario, que expresa o ejecuta la voluntad de la Administración Pública. Mientras que estas dos últimas son esencialmente subjetivas, corresponden al yo, al fuero interno de los sujetos físicos que participan en su formación, la causa del contrato administrativo es siempre objetiva, está ontológicamente comprendida en el objeto y en la voluntad.

Así entonces, la distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados celebrados por la Administración, es una distinción originaria del derecho francés, pero con autores detractores, los cuales incluyen los contratos administrativos dentro de la utilización por la Administración de los esquemas jurídico-privados sin perjuicio de alguna particularidad no esencial de régimen.

No hay duda que los avances de nuestra jurisprudencia en la materia, la legislación y el valioso aporte realizado por la doctrina nacional y extranjera permiten afirmar la existencia en Venezuela de contratos administrativos como una modalidad concreta de los contratos celebrados por la

Administración, perfectamente diferenciada del resto de los convenios suscritos por ésta. Así, en la actualidad, no se discute la existencia del contrato administrativo con características propias que lo diferencian de aquellos celebrados en el ámbito de derecho común.

Ahora bien, la distinción de la actividad contractual de la Administración, en la celebración por parte de ésta de contratos propios del derecho civil, de aquellos en los que en la relación convencional se encuentran presentes ciertos caracteres que no se admiten en los regulados por el derecho privado, generalmente, en cuanto a la diferente posición de las partes contratantes, ha dado origen a la teoría del contrato administrativo.

La elaboración de criterios definidores de los contratos administrativos, a través de la creación jurisprudencial, no puede verse en forma aislada, desvinculada de un contexto más dilatado, desde esta perspectiva observamos la lucha de la jurisdicción contenciosa administrativa por abarcar mayores ámbitos de competencia, lo que sin lugar a dudas influye decisivamente en las construcciones doctrinarias mucho más que el objetivo de estructurar un criterio puramente teórico o académico sobre el tema.

La trascendencia de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados realizados por la Administración, radica en opinión de GARCÍA DE ENTERRIA, la cual compartimos, en el régimen jurídico aplicable, haciendo la advertencia que entre dichos contratos *“no remite a regímenes jurídicos irreductiblemente diferentes, sino en buena parte próximos”*, asimismo señala que no se trata de que exista *“un solo régimen para los contratos administrativos y otro para los contratos privados, sino varios regímenes distintos a cada lado de la línea divisoria. Dicho de otro modo, la distinción de regímenes jurídicos se hace más por series o tipos de contratos*

*individualmente considerados que por su calificación genérica como privados o administrados”<sup>454</sup>.*

En consecuencia el contrato administrativo es una realidad constatable plenamente en la práctica, lo que elimina cualquier teoría en contrario, en sí “la inexistencia de los contratos administrativos”, en la cual el criterio para diferenciar esa especie contractual de los contratos de derecho común es, de principio, el subjetivo.

Si bien existen en doctrina teorías que inadmiten la dualidad contractual de la Administración, las que reconocen su existencia son las que dominan, aun cuando su caracterización no resulta de criterios unívocos y determinantes sino que deviene del análisis de los casos concretos en los que se hacen presentes aspectos singulares que permiten distinguir ciertos contratos de la Administración de aquellos del derecho común y cuya consecuencia fundamental es la de su sometimiento a la jurisdicción especial contenciosa administrativa.

El criterio subjetivo se ha considerado importante pero parcial, desde que no permite abarcar todos los contratos que han de incluirse en esta categoría y obligaría a hacerlo respecto de algunos que son simplemente contratos de derecho privado celebrados por la Administración y, como tales sometidos a la jurisdicción ordinaria.

Por su parte las llamadas cláusulas exorbitantes y su derivado natural, las prerrogativas de la Administración, en los contratos administrativos, no son

---

<sup>454</sup> García, E. Op cit., pág. 670

conceptos extraídos realmente de la noción del contrato mismo, sobre los cuales pudiera elaborarse una teoría.

Como podemos ver, es difícil encerrar en una definición el complejo de situaciones contractuales públicas y nos parece que se verá una luz más clara, que ilumine la cuestión, al revisar los criterios y teorías que se han dado para diferenciar la contratación administrativa de la Administración privada, así como el criterio integral que más adelante proponemos a los fines de evidenciar la distinción existente.

Se entiende entonces, que el contrato administrativo será aquel que debe regirse integralmente por el Derecho administrativo, dadas sus modalidades o condiciones excepcionales, siendo los demás contratos (contratos de la Administración) aquellos que se sujetan primordialmente al Derecho civil o mercantil por no poseer las cualidades o condiciones que se reservan a la primera de las categorías.

La utilización instrumental de la figura del contrato administrativo responde a la necesidad práctica evidente, su cociente complejidad y el acelerado proceso de tecnificación que exigen una atención cada vez mayor sobre los problemas de este tipo, confirman la necesidad de una legislación sobre contratación administrativa, formada por una parte procedimental y la otra sustantiva, que vendría a constituir una base legal con un propósito que radica en conseguir la elaboración de los contratos de la Administración, con todas las garantías para el cocontratante y de indispensable seguridad para la ésta.

Con respecto de los principios que rigen la contratación administrativa establecimos que existe un *numerus apertus* en relación a ellos, y en esta investigación se analizaron los más importantes, a los fines de que la Administración encuentre de la forma más transparente y eficientemente posible, la satisfacción de los intereses de la sociedad, lo cual es su razón de ser.

En lo que respecta al arbitraje como método alternativo de solución de conflictos, cabe formularnos la pregunta ¿por qué recurrir a este medio si están los órganos de administración de justicia?, bueno la respuesta es muy clara, y es porque la Administración estatal de justicia no ofrece las garantías necesarias para satisfacer la garantía fundamental de la tutela judicial efectiva.

De igual forma reviste particular importancia, que la Constitución y las leyes vigentes no se oponen al compromiso arbitral de la Administración pública, en aquellas cuestiones que puedan ser objeto de transacción, siendo perfectamente posible la procedencia de la figura del arbitraje tanto en los contratos privados celebrados por la Administración, así como los contratos administrativos celebrados por ésta, claro está con sus respectivas limitaciones.



## BIBLIOGRAFÍA

- Badell, R. (2001). ***Régimen Jurídico del Contrato Administrativo***. Caracas: (Autor).
- \_\_\_\_\_ (2002). ***Régimen Jurídico de las Concesiones en Venezuela***. Caracas: (Autor).
- \_\_\_\_\_ (2005). ***La Inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos de Estado***. (En línea). Disponible: [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com). [Consulta: 2005, Noviembre 25]
- Barra, R. y otros (1988). ***Contratos Administrativos***. (reimpresión, tomo I). Buenos Aires: Astrea.
- Benetti, J. (1994). ***El Arbitraje en el Derecho Colombiano***. Bogotá: Temis.
- Berçaitz, M. (1980). ***Teoría General de los Contratos Administrativos*** (2ª. ed.). Buenos Aires: Depalma.
- Brewer, A. (1977). ***Contratos Administrativos***. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Bielsa, R. (1980). ***Derecho Administrativo*** (6ª. Ed. Tomo V). Buenos Aires. La Ley.
- Bui, M. (2002). ***Contratos administrativos***. (1º ed.). Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Canova, A. (1998). ***Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso Administrativo Venezolano***. Caracas: Sherwood.
- Cassagne, J. (1988). ***Los principios generales en el Derecho Administrativo***. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_): ***Contratos administrativos***. (Tomo I). Buenos Aires. Editorial Astrea
- Cayuela, L. (1997). ***Los Contratos de las Administraciones Públicas*** (3ª. ed.). Madrid: Estudios Financieros.
- Comadira, J. (2000). ***La licitación pública***. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Constitución de la República de Venezuela.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Código Civil.

Congreso de la República de Venezuela (1982): “**Exposición de Motivos y Proyecto de Código de Procedimiento Civil**”. Caracas.

Delpiazzo, C. (1994). **Manual de contratación administrativa**. (Tomo II). Montevideo, Uruguay.

Douglas, W. (1993). **Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos bajo el Common Law. Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe**. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.

Dromí, R. (1997). **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Astrea.

Escola, H. (1997). **Tratado Integral de los Contratos Administrativos**. (Vol. I.) Buenos Aires: Editorial Depalma.

Expósito, J. (2003). **La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español**. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Fuertes, M. (1997). **El Contratista y el Subcontratista ante las Administraciones Públicas**. Madrid: Marcial Pons.

Fundación de la Procuraduría General de la República. (Comp. 1991). **Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos**. Caracas: Fundación de la Procuraduría General de la República.

García, E. y Fernández, T. (2002). **Curso de Derecho Administrativo** (11<sup>a</sup>. ed. Tomo I). Madrid: Civitas.

Gordillo, A. (2001). **Tratado de Derecho Administrativo** (Ed. Vzlanea. Tomo I). Caracas: FUNEDA.

\_\_\_\_\_ (1988). **Contratos Administrativos** (Tomo I. remip.). Buenos Aires: Astrea.

Grau, M. (2005). **Principios Generales de los Contratos Administrativos**. (En línea). Disponible: [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com) [Consulta: 2005, Noviembre 25]

Guasp, J.: (1956) **El arbitraje en el derecho español**. Barcelona: Bosch.

Hung. F.(2001). **Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Marienhoff, M (1998). ***Tratado de Derecho Administrativo*** (4<sup>a</sup>. Ed. Tomo III-A). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Ortiz, A., y Mascetti, G. (1999). ***Jurisprudencia de Contratos Administrativos (1980-1999)***. Caracas: Sherwood.

Sayagues, E. (1959). ***Tratado de Derecho Administrativo***. (Tomo II). Montevideo, Uruguay.

Tavares, F. Servicio Público y Contrato Administrativo. (1999). En: ***Servicio Público, Balance & Perspectiva***. Caracas: Vadell Hermanos.

VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". (Comp. 2005). ***Los Contratos Administrativos "Contratos del Estado"***. Caracas: FUNEDA.