

CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN. ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN CON LOS “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS,” CON ESPECIAL REFERENCIA A LA POTESTAD PÚBLICA DE MODIFICARLOS UNILATERALMENTE*

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela

I. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN: UNA DISTINCIÓN QUE SE RESISTE A DESAPARECER

La clasificación entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración e el ámbito de los contratos públicos, se desarrolló en Venezuela particularmente por la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, trabajada con todo ahínco por la doctrina durante décadas, resultando en definitiva, como fundamento de la misma, la identificación del régimen jurídico predominante en uno u otro, de derecho público o de derecho privado, lo que por supuesto resulta del objeto de los mismos. Si el objeto es por ejemplo, la ejecución de una obra pública, la prestación de un servicio público, el uso o la explotación de un bien del dominio público, no habrá duda en calificar e contrato como contrato administrativo; sin embargo, si el objeto del contrato, en cambio es la prestación de un servicio comercial, o la compra venta de un bien del dominio privado que se rigen por las normas relativas a la propiedad privada de acuerdo con el Código de Comercio, el contrato será, sin duda, un contrato de derecho privado de la Administración.

Por tanto, para poder calificar un contrato público como “contrato administrativo” conforme a esa distinción tradicional, y no considerarlo como “contrato de derecho privado de la Administración,” es necesario que su objeto sea una actividad específica tendiente a la *satisfacción de algún interés colectivo, que interesa a toda la colectividad*, para lo cual la Administración se asegura “la colaboración del particular en la satisfacción” de dichas necesidades colectivas.¹ Ello ha sido ratificado por innumerables sentencias de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia y del actual Tribunal Supremo de Justicia, como por ejemplo la sentencia No. 2220 de 28 de noviembre de 2000, al insistir en que para que un contrato se pueda calificar como contrato administrativo, es necesario que:

* Ponencia elaborada para el **Congreso Internacional Instituciones Administrativas, Inclusión, Paz y Convivencia**, (tema específico: “Acceso y eficacia de la acción estatal como instrumentos para la Inclusión), a celebrarse con ocasión de la reunión del I **Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo**, Universidad del Rosario, Bogotá, octubre de 2016.

¹ Véase la sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia No. 178 de 11 de agosto de 1983, en *Revista de Derecho Público*, No. 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, pp. 162-163.

“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 público 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 funcionamiento del servicio, pueda reconocérseles el carácter de contratos administrativos.”²

Bajo este ángulo, en consecuencia, un contrato que se suscriba, por ejemplo entre una empresa del Estado que está por esencia sometida al derecho privado, y una empresa privada para la prestación, por parte de ésta, de un servicio comercial de transporte aéreo en aviones ejecutivos, destinado única y exclusivamente a satisfacer las necesidades específicas de dicha empresa del Estado para la realización de sus actividades, tiene que considerarse como es un típico contrato de servicio comercial pues no está destinado a satisfacer ninguna necesidad de interés colectivo o de la colectividad, sino más bien a satisfacer única y exclusivamente la necesidad particular de una sola empresa pública. Para utilizar dicho ejemplo, como es usual en dichos contratos comerciales de transporte aéreo, la empresa privada contratista le asegura a la empresa del Estado un número fijo de horas de vuelo a la semana, mediante la asignación en exclusiva de un avión, pero con el respaldo de otros aviones en caso de que el asignado esté por ejemplo en mantenimiento, mediante un pago del monto mensual por adelantado, independientemente de que se usen o no las horas de vuelo establecidas.

Ese sería un típico contrato de derecho privado que puede celebrar una empresa del Estado, además, teniendo en cuenta que las mismas han sido expresamente reguladas en la Ley Orgánica de la Administración Pública,³ como personas jurídicas estatales de derecho privado (compañías públicas), constituidas conforme a los estatutos adoptados en el marco de las disposiciones del Código de Comercio.⁴ Su régimen, por tanto, es el de derecho privado de las

² Véase Caso *Alimentos de Occidente CA vs. Universidad del Zulia*, en *Revista de Derecho Público*, N. 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 236. Se destaca de la sentencia, que en la misma no se identifica la actividad de “servicio público” con la actividad de “utilidad general,” sino solo la “actividad de servicio público” con la “actividad de *servicio de interés general*.”

³ Véase artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Véase en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 6.147 del 17 de noviembre de 2014. Véase los comentarios a la Ley (reforma de 2008) en Allan R. Brewer-Carías “Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública”, en Allan R. Brewer-Carías (Coordinador y Editor), Rafael Chavero Gazdik y Jesús María Alvarado Andrade, *Ley Orgánica de la Administración Pública, Decreto Ley No. 4317 de 15-07-2008*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 7-103.

⁴ Véase sobre la distinción entre las personas jurídicas estatales en Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, “La distinción entre las personas jurídicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho” en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 17, Buenos Aires 1977, pp. 15-29; y en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 57, Universidad Central de

sociedades anónimas,⁵ en el sentido de que como lo dispone expresamente el artículo 107 de la mencionada Ley Orgánica de la Administración Pública, dichas empresas del Estado “se rigen por la legislación ordinaria,” por lo establecido en las disposiciones de la propia Ley Orgánica de la Administración Pública, “las demás normas aplicables; y sus trabajadores se regirán por la legislación laboral ordinaria.”⁶

En consecuencia, las empresas del Estado básicamente actúan sometidas a un régimen de empresa privada,⁷ excepto en los asuntos que se refieren al control de adscripción que sobre ellas pueda ejercer la Administración Pública conforme a las previsiones de derecho público que se apliquen respecto de su organización y funcionamiento, y que no afectan sus relaciones contractuales con otras empresas privadas. En los términos del artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, dichas empresas del Estado son “entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado,” es decir, “personas jurídicas constituidas de acuerdo a las normas del derecho privado” y regidas, como lo dijo la Sala Constitucional en la mencionada sentencia por “un régimen mixto, tanto de

Venezuela, Caracas 1976, pp. 115-135; y “Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999,” en *Derecho Público Contemporáneo. Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, Estudios del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, enero-abril 2003, Volumen 1, pp.48-54.

⁵ Véase sobre la naturaleza jurídica de PDVSA y sus filiales, como empresas del Estado o personas jurídicas de derecho privado, en Allan R. Brewer-Carías, “El proceso jurídico-organizativo de la industria petrolera nacionalizada en Venezuela” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 58, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, pp. 53-88; y “Consideraciones sobre el régimen jurídico-administrativo de Petróleos de Venezuela S.A.” en *Revista de Hacienda*, N° 67, Año XV, Ministerio de Hacienda, Caracas 1977, pp. 79-99; y Allan R. Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, EJV International, 2015, pp. 64 ss.

⁶ Véase sobre las empresas del Estado Allan R. Brewer-Carías, *El régimen jurídico de las empresas públicas en Venezuela*, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Caracas 1980; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981. Sobre el tema en el derecho comparado véase: Allan R. Brewer-Carías, *Les entreprises publiques en droit comparé* (Préface de Roland Drago), Faculté Internationale pour l’enseignement du Droit Comparé, Paris 1968.

⁷ Véase sobre dicho régimen jurídico de PDVSA y sus empresas filiales, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 464 del 18 de marzo de 2002 (*Caso Interpretación del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de fecha 30 de enero de 2000, mediante el cual se suspende por 180 días la negociación de la Convención Colectiva del Trabajo*), señaló lo siguiente: observa la Sala que aunque Petróleos de Venezuela S.A. es una compañía constituida y organizada en forma de sociedad anónima, está fuera de dudas, y así lo reafirma la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que la misma se encuentra enmarcada en la estructura general de la Administración Pública Nacional [...] / En cuanto a las empresas operadoras iniciales, estima la Sala que la intención del legislador era crearlas con forma de sociedades anónimas, motivo por el cual se constituyeron en el ordenamiento jurídico Venezolano como personas estatales con forma de derecho privado. En la actualidad, PDVSA Petróleo S.A., y las demás compañías filiales de Petróleos de Venezuela S.A. tienen igual naturaleza jurídica. / En definitiva, se observa que Petróleos de Venezuela S.A. y sus compañías filiales tienen un régimen legal que permite diferenciarlas claramente, no sólo de la Administración Pública centralizada y de los institutos autónomos, sino también de otras empresas del Estado. Por tanto, esta Sala debe concluir que la identificación de la naturaleza jurídica de dichas compañías como personas estatales con forma jurídica de derecho privado, plantea, sin duda, como consecuencia que el régimen jurídico aplicable a las mismas sea un régimen mixto, tanto de derecho público como de derecho privado, aun cuando sea preponderantemente de derecho privado, debido a su forma, pero no exclusivamente, dado que su íntima relación con el Estado, las somete a reglas obligatorias de derecho público dictadas para la mejor organización, funcionamiento y control de ejecución de la Administración Pública, por parte de los órganos que se integran a ésta o coadyuvan al logro de sus cometidos. Véase la sentencia en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 219-220.

derecho público como de derecho privado, aun cuando sea preponderantemente de derecho privado.”⁸

Siendo el régimen aplicable a las empresas del Estado básicamente el derivado del derecho privado y especialmente el comercial, las mismas en principio no pueden dictar actos administrativos, salvo en los casos expresamente derivados de competencias específicas que deben ser expresamente asignadas mediante un texto legal. En el derecho administrativo venezolano, en efecto, la competencia de los entes públicos para dictar actos en ejercicio del Poder Público es siempre asignada mediante texto expreso, y la misma no se presume.⁹ Como afirmó la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, la competencia de los órganos de la Administración Pública siempre “debe emerger del texto expreso de una regla de derecho, ya sea la Constitución, la Ley, el Reglamento o la Ordenanza” por lo que “a falta de disposición expresa, la autoridad carece de cualidad para efectuar el acto.”¹⁰ Como lo indica el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, la Administración Pública siempre “se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual *la asignación*, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley.” En consecuencia, las empresas del Estado, al ser entes públicos con forma de derecho privado que forma parte de la llamada Administración Pública descentralizada, en el marco de los contratos que suscriba solo podría tener competencia para ejercer atribuciones del Poder Público y poder emitir, por ejemplo, actos administrativos, como manifestaciones de la autoridad estatal, cuando ello esté expresamente previsto en una Ley. En materia de contratos públicos, en general, la Ley de Contrataciones Públicas,¹¹ no autoriza sino

⁸ *Idem*.

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública”, en Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Ley Orgánica de la Administración Pública, Decreto Ley No. 4317 de 15-07-2008*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 28 ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, EJV International, 2015, p. 35.

¹⁰ Véase sentencia de 28-01-1968, *Gaceta Oficial*, No. 27.367 de 13-02-1964 y sentencia del 11 de agosto de 1965, *Gaceta Oficial*, No. 27.845 de 22-09-1965. *Vid.* también en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, vol. 1, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, pp. 197-198.

¹¹ La Ley de Contrataciones Públicas fue dictada mediante Decreto Ley N° 5.929 de fecha 11 de marzo de 2008 en ejecución de la Ley habilitante de 2007, habiendo derogado la Ley de Licitaciones de 2001. Fue inicialmente publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.877 de fecha 14-03-2008, y republicada, por error de copia, en *Gaceta Oficial* N° 38895 de 25-03-2008 (Véase sobre esta Ley de Contrataciones Públicas, los diversos comentarios en el libro de Allan R. Brewer-Carías, Carlos García Soto, Gustavo Linares Benzo, Víctor Hernández Mendible, José Ignacio Hernández, Luis A. Herrera Orellana, Miguel Mónaco, Manuel Rojas Pérez, Mauricio Subero M., *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008). Dicha Ley fue reformada por Ley publicada en *Gaceta Oficial* N° 39.165 de 24-04-2009 y posteriormente por Ley publicada en *Gaceta Oficial* N° 39.503 de 6-09-2010, que fue la ley vigente al momento de la firma del Contrato No. 4600036377. Sobre dicha Ley de Contrataciones Públicas de 2010, véase los diversos comentarios en el libro de Allan R. Brewer-Carías, Víctor Hernández Mendible, Miguel Mónaco, Aurilivi Linares M., José Ignacio Hernández, Carlos García Soto, Mauricio Subero M., Alejandro Canónico S., César A. Estéves Alvarado, Gustavo Linares Benzo, Manuel Rojas Pérez, Luis A. Herrera Orellana, Víctor Raúl Díaz Chirino, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica

excepcionalmente a los entes públicos contratante para decidir unilateralmente mediante actos administrativos aspectos relativos a la ejecución de los contratos, por ejemplo, en materia de modificaciones unilaterales a las cláusulas relativas a las prestaciones del contrato o de rescisión unilateral del contrato, pero en cambio no autoriza al ente contratante para poder imponer sanciones al contratista con motivo de la ejecución del contrato público, correspondiendo en cambio la potestad sancionatoria que regula al Servicio Nacional de Contratistas (Art. 131).¹²

Ahora bien, las empresas del Estado normalmente celebran contratos públicos con empresas particulares, que califican como contratos de derecho privado de la Administración, como el mencionado ejemplo del contrato comercial de prestación de servicios de transporte aéreo mediante aviones ejecutivos para el uso del personal de la empresa, objeto que conforme a los principios generales del derecho administrativo venezolano, no podría en forma alguna ser considerado como un contrato que tiene por objeto una prestación de “servicio público,” ni puede en forma alguna ser considerado en la clasificación tradicional de los contratos públicos, como “contrato administrativo” sino como contrato de derecho privado de la Administración.

Por otra parte, ninguna importancia ni incidencia tiene para la calificación de un contrato público como contrato administrativo o como contrato de derecho privado de la Administración, el hecho de que la ley que regula la actividad de la empresa del Estado que recibe el servicio comercial de parte de la empresa contratista, haya declarado en la misma, que determinadas actividades que se regulan en ella, sean de “utilidad pública.” Es bien sabido que dichas declaraciones de utilidad pública en leyes especiales, tienen el único el propósito de agilizar los procedimientos de expropiación, no teniendo por supuesto el concepto de “utilidad pública,” el mismo significado del concepto de “servicio público.” Es más, en determinadas leyes, como por ejemplo Ley Orgánica de Hidrocarburos (arts. 59 y 60)¹³ o la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (art. 5),¹⁴ que declaran las actividades que regulan como de utilidad pública o interés social, en las mismas se identifican las que pueden considerarse como “servicios públicos” que son solo y exclusivamente las que tienen por objeto la distribución de productos de los hidrocarburos para la satisfacción del consumo colectivo interno (art.60). Esto significa que, por ejemplo, en el ámbito de las actividades de la industria petrolera, solo en relación con esas actividades destinadas a satisfacer necesidades colectivas es que se podría calificar el objeto de un contrato público suscrito por las empresas petroleras con empresas privadas como destinado a la prestación de

Venezolana, 3ª edición actualizada, Caracas 2012. Posteriormente la Ley fue de nuevo reformada por Decreto Ley publicado en *Gaceta Oficial Extra* N° 6.154 de 19-11-2014, actualmente vigente.

¹² Véase los comentarios sobre el alcance de la potestad sancionatoria en la contratación pública, en Carlos García Soto, “Posición de la Administración en su actividad contractual. El caso de la Ley de Contrataciones Públicas,” en Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p.201; y Manuel Rojas Pérez, “Control fiscal y régimen sancionatorio en el Decreto Ley de Contrataciones Públicas,” en *Idem*, pp. 388-390.

¹³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 38.493 del 4 de agosto de 2006

¹⁴ Véase en *Gaceta Oficial* N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999.

servicios públicos, y que por tanto, dentro de la clasificación tradicional de los contratos del Estado, podría considerarse que los mismos, por los dichos servicios de interés colectivo cuya prestación aseguran, serían “contratos administrativos.”¹⁵

Lo cierto en todo caso es que la noción de servicio público dejó de definirse hace muchas décadas, en el derecho administrativo contemporáneo, en sentido amplio equiparándolo a conceptos tales como actividades de interés general, de utilidad pública o de interés social, no siendo posible en consecuencia pretender identificar el denominado “contrato administrativo” con cualquier contrato público que pueda tener por objeto cualquier actividad que pueda haber sido declarada en una ley como de “utilidad pública e interés social,” ni con contratos que en general puedan tener un “propósito de “interés general,” de “interés público,” lo que en ningún caso es equiparable, por ejemplo, con la ejecución directa de un servicio u obra públicas.

Por lo tanto, y situando el concepto de servicio público en su correcto sentido, como lo ha puntualizado el Tribunal Supremo de Justicia, como actividad prestacional de ejercicio legalmente obligatorio por parte del Estado para la satisfacción de necesidades generales y colectivas,¹⁶ es evidente que un contrato de servicio suscrito por una empresa del Estado para que una empresa privada le preste o suministre un servicio específico en beneficio exclusivo de dicha empresa pública no constituye un “servicio público,” por lo que por su objeto, no pueda considerarse como “contrato administrativo.”

En los contratos comerciales que celebran las empresas del Estado con empresas particulares, en efecto, en general se prevé que la empresa privada está obligadas a cumplir sus obligaciones contractuales exclusivamente como contratista comercial, previéndose con frecuencia en los contratos, incluso

¹⁵ Debe mencionarse, sin embargo, que en 2009, con motivo de la sanción de la Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos de 2009 (*Gaceta Oficial* N° 39.173 del 07-05-2009), también se distorsionó la esencia del concepto de “servicio público” en el derecho administrativo venezolano, al declararse como tales con vigencia circunstancial en 2009, a los “servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos” (Art. 5) que se prestaban en el Lago de Maracaibo, a pesar de no estar destinadas a satisfacer necesidades colectivas o de consumo colectivo. Sin embargo, dejando aparte esta específica declaratoria de “servicio público” *en virtud de ley*, con vigencia circunstancial, respecto de esos servicios conexos que no estaban destinados al consumo colectivo ni a satisfacer necesidades colectivas, en la industria petrolera y gasífera fuera de las actividades declaradas como “servicios públicos” en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, destinadas a satisfacer el consumo colectivo, ninguna otra actividad puede ser calificada como tal. La Ley en esta materia es clara y no es posible que sea ignorada. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La revivencia circunstancial de la noción de contratos administrativos, y de las nociones de servicio público, interés público y orden público en el régimen de reserva al Estado de los servicios conexos con la industria petrolera (2010), en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 347 -425. Parte de este trabajo se publicó con el título “La manipulación legislativa del concepto de contrato administrativo como técnica confiscatoria” en José Eugenio Soriano García y Manuel Estepa Montero, (Coordinadores), *Por el derecho y la libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Volumen II (Garantías del ciudadano en el régimen administrativo), Editorial Iustel, Madrid 2014, pp. 1771-1800.

¹⁶ Véase sentencia No. 1002 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 05-08-2004 (Caso: *DHL Fletes Aéreos C.A. y otros*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/01002-050804-1995-11546.htm> .

cláusulas arbitrales para la resolución de controversias de acuerdo con el artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial, debidamente autorizadas por las autoridades ministeriales competentes de adscripción de la empresa. Dichos contratos comerciales, por tanto, a pesar de que efectivamente deban considerarse conforme a la ley de Contrataciones Públicas como “contratos públicos” por estar suscrito por una empresa del Estado, sin embargo, en ningún caso podrían calificarse conforme a la doctrina tradicional del derecho administrativo como “contrato administrativo” y solo podría considerarse conforme a esa clasificación, como un “contrato de derecho privado de la Administración,” suscrito por un ente público, como es la una empresa del Estado, con una empresa privada con un objeto comercial, que además, en general actúa como contratista comercial.

Y poco importa, para calificar un contrato público, conforme a su objeto comercial, como contrato de derecho privado de la Administración, el hecho de que la empresa del Estado contratista, por ejemplo, realice actividades reguladas en las leyes, y que incluso hasta puedan haber sido reservadas al Estado. Una cosa es la actividad reservada al Estado que por ejemplo, se le encomienda a una empresa del Estado, y otra cosa es que esta empresa del Estado, para realizar las actividades que tiene encomendadas contrate con un contratista privado la prestación de determinados servicios en su único exclusivo beneficio.

Estas actividades de servicios, por el hecho de que sea un ente público el que los contrate con una empresa privada, no convierte a los mismos en una actividad reservada al Estado, ni por ello puede considerarse que estén destinados a satisfacer necesidades colectivas. En realidad, solo están destinados a suministrar un servicio a una empresa pública, en interés de la misma para la realización de sus actividades. En algún caso, el hecho de que el contrato se relaciona con actividades que realizadas la empresa del Estado que hubieran podido haber sido declaradas en la Ley como de utilidad pública o interés social no significa que el contrato comercial pueda considerarse como un “contrato administrativo.”

En cambio, al tratarse de un contrato de servicio comercial el por ejemplo celebrado entre una empresa del Estado y una empresa privada, para beneficio exclusivo de dicha empresa estatal, como se dijo, al ser una parte del contrato un ente público, que forma parte de la Administración descentralizada del Estado, conforme a la Ley de Contrataciones Públicas, si debe considerarse como un contrato público. Es decir, de acuerdo con dicha Ley, todos los contratos suscritos por los sujetos de derecho que se enumeran en el artículo 3 de la misma Ley, entre los cuales están, además de todas las personas jurídicas territoriales (República, Estados y Municipios) y las personas jurídicas no territoriales de derecho público (como los institutos autónomos), las empresas del Estado de primer y segundo grado, deben considerarse como contratos públicos. Por ello, la Ley de Contrataciones Públicas se aplica a las contrataciones las empresas del Estado, debiendo en todo caso considerarse en general, sus disposiciones, como de aplicación supletoria en relación con las previsiones establecidas por las partes en las cláusulas del contrato que celebre.

La Ley de Contrataciones Públicas no ha sido declarada en Venezuela, en un integridad como de “orden público,” por lo que como principio, sus provisiones son de aplicación supletoria, exceptuando ciertas normas específicas de la misma que puedan considerarse como de orden público que la Ley contiene, y que en tal caso son de aplicación ineludible a los contratos públicos. Estas son, por ejemplo, las previsiones relativas a los procesos de adjudicación de contratos o de selección de contratistas; o las normas atributivas de competencias del Poder Público a los órganos y entes del Estado, y que conforme al artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública “no pueden ser relajadas por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos.”

En efecto, en la Ley de Contrataciones Públicas, son de aplicación obligatoria y no pueden relajarse por convenios entre particulares, ante todo, aquellas provisiones que conforman la médula de su regulación, y que son las relativas a los procesos de adjudicación de contratos o selección de contratistas, que la Ley enumera como “procesos de selección de contratistas”, “concurso abierto,” “concurso cerrado,” “consulta de precios,” “contratación directa,” “contratación electrónica” (arts. 84-122). Esos procesos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos públicos, que conforman la médula de la Ley desde que se dictó como Ley de Licitaciones en 1990, siempre se han considerado como de “orden público” y por tanto, de aplicación obligatoria, como expresamente fue ratificado en la reforma de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014, mediante el agregado, al final del artículo 1º de una frase afirmando que “Los procesos a que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, son de obligatorio cumplimiento, salvo las excepciones aquí previstas.” La frase, en realidad, no agregó nada nuevo al régimen jurídico de los contratos públicos, pues como se dijo los mencionados “procesos” para la adjudicación de los contratos o la selección de los contratistas, fueron la motivación principal de la Ley desde que originalmente fue promulgada como Ley de Licitaciones en 1990.

La aplicación de la Ley de Contratación Pública en materia de selección de contratistas, respecto de un contrato comercial celebrado por una empresa del Estado con una empresa privada para la prestación de un servicio comercial, en ningún caso cambia, por supuesto la naturaleza comercial del contrato ni su régimen jurídico preponderantemente de derecho privado; así como tampoco la consideración de un contrato netamente comercial, como un “contrato público” o “contrato estatal” conforme a la Ley de Contrataciones Públicas, tampoco le quita su carácter comercial expreso, por lo que como contrato público no podría nunca considerarse como un “contrato administrativo,” siendo más bien, conforme a la terminología tradicional del derecho administrativo, simplemente un “contrato de derecho privado de la Administración,” cuyo objeto no constituye en sí mismo una actividad que haya sido reservada al Estado, ni el suministro de un servicio en beneficio de la empresa pública contratante, en ningún caso puede calificar como un “servicio público.” Por ello, se insiste, en la clásica y superada distinción de los contratos públicos entre los “contratos administrativos” y los “contratos de derecho privado de la Administración,” que sin embargo se resiste en desaparecer, el contrato comercial suscrito entre una empresa del Estado y una empresa privada

para la prestación de un servicio en beneficio único y exclusivo de ésta, sin duda, sería uno de los últimos.

II. LA ELABORACIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN A PARTIR DEL CONCEPTO DE “CONTRATO ADMINISTRATIVO”

En efecto, en la doctrina del derecho administrativo venezolana, mucho antes de la sanción de la Ley de Contrataciones Públicas dictada en 2008, en ausencia de una ley general que regulara la actividad contractual de la Administración y siguiendo las orientaciones del derecho francés, se comenzó a elaborar la doctrina de los contratos públicos, montada sobre la base de la distinción entre ciertos contratos del Estado que por el régimen preponderante de derecho público se denominaron “contratos administrativos” en razón de su objeto vinculado al servicio público; y otros que se denominan “contratos de derecho privado de la Administración” en los cuales el régimen preponderante aplicable era el derecho privado teniendo en general un objeto comercial.

Todos los que nos hemos ocupado del derecho administrativo en Venezuela, contribuimos al desarrollo de esa distinción,¹⁷ particularmente al comentar la rica

¹⁷ Véase por nuestra parte, entre otros trabajos, Allan R. Brewer-Carías: “La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos,” en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 61-112, publicado también “con referencias al derecho uruguayo por Horacio Casinelli Muñoz,” en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Tomo 62, N° 2-3, Montevideo 1965, pp. 25-56; “La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos,” en *Libro-Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, pp. 755-778, publicado también “con especial referencia a los contratos de obra pública en el derecho venezolano,” en *Revista de Derecho Español y Americano*, Instituto de Cultura Hispánica, N° 19, Año XIII, Madrid, Enero-marzo 1968, pp. 101-117; “Algunas reflexiones sobre el equilibrio financiero en los contratos administrativos y la aplicabilidad en Venezuela de la concepción amplia de la Teoría del Hecho del Príncipe,” en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, Año XIII, N° 65, Contraloría General de la República, Caracas, 1972, pp. 86-93; “Consideraciones sobre los efectos de la ruptura de la ecuación económica de un contrato administrativo por una ley declarada nula por inconstitucional,” en *Cuadernos de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, N° 2, Mérida 1976, pp. 5-26; “La evolución del concepto de contrato administrativo,” en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 41-69, y en *Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, pp. 61-90; “Evolução do conceito do contrato administrativo,” en *Revista de Direito Público* Nos. 51-52, Sao Paulo, July-December 1979, pp. 5-19; “Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa,” en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1982, pp. 40-54; “Las cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa», Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986 pp. 91-124; “Consideraciones sobre los derechos del contratista en los contratos de obra pública: el derecho al precio y a su pago en la forma convenida,” en *Revista de Derecho Público*, N° 28, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Octubre-diciembre 1986, pp. 35-46; «El régimen de selección de contratistas en la Administración Pública y la Ley de Licitaciones» en *Revista de Derecho Público*, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Abril-junio 1990, pp. 5-25; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, (Caracas 1992), segunda edición ampliada, (Caracas 2013); “Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela,” en *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 417-451; *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2013; *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público*

jurisprudencia establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia, basada fundamentalmente en razones prácticas de orden procedimental.¹⁸

Dicha noción de contratos administrativos, en todo caso, no se incorporó nunca en el texto de las Constituciones, encontrándose en cambio en ellas, como hemos dicho, solo referencias a los llamados “contratos de interés público” nacional, estatal o municipal, en normas destinadas a regular la intervención del órgano legislativo para la aprobación o autorización de contratos públicos (Art. 150, 151, Constitución 1999).¹⁹

En cuanto a las leyes, el término “contratos administrativos” solo se utilizó en dos leyes precisas.²⁰ En primer lugar, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, sustituida por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, donde se utilizó la expresión a los solos efectos de distribuir la competencia entre los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa para resolver las controversias que resultasen de “contratos administrativos” suscritos solo por la República, los Estados y los Municipios (Art. 5,25). Así se atribuyó en forma exclusiva a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (posteriormente, Tribunal Supremo de Justicia) la competencia para conocer de controversias sobre “contratos administrativos,” correspondiendo entonces a los otros tribunales de la jurisdicción el conocer de las controversias relativas a contratos celebrados por los entes públicos que no eran considerados como “contratos administrativos,” es decir, de los denominados “contratos de derecho privado de la administración.” Esta previsión y terminología, sin embargo,

Iberoamericano, Tomo III: Actos administrativos y contratos administrativos, Editorial Civitas, Madrid 2013; Allan R. Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, EJV International, 2015, pp. 137 ss.

¹⁸ Las primeras recopilaciones de la jurisprudencia y doctrina administrativa en materia de contratos administrativos fueron las siguientes: Allan R. Brewer-Carías, “Los contratos de la administración en la jurisprudencia venezolana,” en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 26, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963, pp. 127-154. “Los contratos de la Administración en la doctrina de la Procuraduría General de la República” (Compilación), en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 30, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1964, pp. 173-232; y “Los contratos de la Administración en la doctrina de la Consultoría Jurídica” (Compilación), en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 48, Año XIII, Caracas, enero-marzo 1964, pp. 27-75. Toda la jurisprudencia en la materia se publicó posteriormente en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, vol. 1, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976.

¹⁹ Véase en general: Jesús Caballero Ortiz, “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999”, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 139-154; Jesús Caballero Ortiz, “Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1765-1777; Allan R. Brewer-Carías, “Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa” en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Caracas, 1982, pp. 40-54; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 77-85; Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo II, Caracas, 1999, p. 173.

²⁰ Véase Jesús Caballero Ortiz, “Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1773; Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas 2001, pp. 49-50.

desapareció en 2010 con la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,²¹ y la misma no se incluyó en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010.²²

En todo caso, a los efectos de delimitar dichas competencias judiciales, como ocurrió en todos los países de régimen de derecho civil, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia fue de gran utilidad el origen francés de la distinción entre “contrato administrativo” y “contrato de derecho privado suscrito por la Administración Pública,” que fue la que sirvió de fundamento en Francia para delimitar las competencias judiciales entre el *Conseil d'État* y las cortes judiciales ordinarias.²³ Para tal fin, la noción francesa de “*service public*” como clave de la distribución, también fue utilizada y seguida por la doctrina venezolana,²⁴ noción que, como tantas otras, en su momento entró en crisis, originando luego la crisis de la noción misma de contrato administrativo, los cuales dejaron de ser identificados solamente por la sola “finalidad de servicio público.” La crisis por otra parte se acentuó, por el hecho mismo de que en Venezuela, particularmente a los efectos de la asignación de competencias a los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, la calificación de los “contratos administrativos” como categoría dentro de los contratos públicos, como se dijo, desapareció de los textos legales, perdiendo todo interés procesal.²⁵

En segundo lugar, la otra ley que utilizó la expresión de “contratos administrativos,” aparte de la derogada la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo, fue la Ley Forestal, de Suelos y Aguas de 1965²⁶ la cual utilizó dicha expresión “contrato administrativo” solo para calificar a las concesiones de explotación forestal (Art. 65); calificación y terminología que también desapareció de la legislación con motivo de la sanción de la Ley de Bosques y Gestión Forestal, que derogó la Ley de 1965.²⁷

Luego de que las mencionadas previsiones sobre “contratos administrativos” desaparecieron con la derogación de las leyes que las consagraron, ninguna otra Ley utilizó en Venezuela la expresión “contrato administrativo” hasta que la expresión se incorporó en 2009, en la Ley de Reserva al Estado de los bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos,²⁸ en la cual se

²¹ *Gaceta Oficial* N° 39.522, de 01-10-2010.

²² *Gaceta Oficial* No. 39447 de 16-06-2010.

²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos, Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, p. 86-87.

²⁴ *Idem*, pp. 87, 89.

²⁵ Como lo reconoce el propio Alejandro Canónico, en “Las garantías en la contratación pública,” en Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 301.

²⁶ *Gaceta Oficial* N° 1.004 Extraordinario de 26-01-1966.

²⁷ *Gaceta Oficial* N° 38.946 de 05-06-2008.

²⁸ *Gaceta Oficial* N° 39.173 del 07-05-2009. Véase sobre dicha Ley Orgánica y sus implicaciones para el derecho administrativo lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, “La revivencia circunstancial de la noción de contratos administrativos, y de las nociones de servicio público, interés público y orden público en el régimen de reserva al Estado de los servicios conexos con la industria petrolera (2010), en Allan R.

“reconoció” a los contratos para la prestación de dichos servicios eran “contratos administrativos” (Art. 3). La denominación legal, en todo caso, hecha a la medida y manipulando sin duda el concepto con efectos constitutivos, *ex nunc*, a partir de la entrada en vigencia de la ley, solo tuvo un efecto efímero, pues el artículo 3 de la ley dispuso que tales contratos, cuando se dictasen “las resoluciones” respectivas que los identificaran como parte de las actividades reservadas, quedarían extinguidos “de pleno derecho en virtud de la presente Ley,” lo cual ocurrió efectivamente casi de inmediato. Por tanto, ejecutada como fue la Ley de Reserva de 2009 al dictarse las resoluciones ministeriales mencionadas, todos aquellos contratos a los que se reconoció momentáneamente como “contratos administrativos” desaparecieron como institución jurídica de base legal.

De ello resulta que al haber quedado extinguidos dichos “contratos administrativos,” en Venezuela puede decirse que ya no existen más contratos con esa denominación legal, lo que sin embargo, no impide que se siga utilizando la expresión en la teoría del derecho administrativo para identificar algunos contratos del Estado o contratos públicos en los cuales por su objeto, tengan un *régimen preponderante de derecho público*. Ello sucede, por ejemplo, con ciertos contratos tradicionalmente calificados y considerados como tales “contratos administrativos,” como es el caso, por ejemplo, de los relativos a *la prestación de “servicios públicos,” a la construcción de obras públicas, al uso de bienes públicos, a la explotación de obras públicas o de recursos naturales o de monopolios fiscales,* y que han sido objeto de regulaciones específicas, por ejemplo, en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en la Ley Orgánica de promoción de inversiones mediante concesiones, en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en la Ley del Servicio Eléctrico o en la Ley de Minas.²⁹

En todo caso, como antes hemos dicho, fue fundamentalmente al incorporarse la denominación de “contratos administrativos” en la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,³⁰ como norma puramente procesal de distribución de competencia judicial entre los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, que en Venezuela se desarrolló la noción en la jurisprudencia para determinar la competencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, a los efectos de la resolución de las controversias relacionadas con los tales contratos administrativos suscritos por la República, los Estados y los Municipios (Art. 5, 25), es decir, sólo por las personas jurídicas de derecho público territoriales. Fue con base en esta previsión legal, y con antecedentes

Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 347 -425. Parte de este trabajo se publicó con el título “La manipulación legislativa del concepto de contrato administrativo como técnica confiscatoria” en José Eugenio Soriano García y Manuel Estepa Montero, (Coordinadores), *Por el derecho y la libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Volumen II (Garantías del ciudadano en el régimen administrativo), Editorial Lustel, Madrid 2014, pp. 1771-1800.

²⁹ Véase Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas 2001, pp. 50-51.

³⁰ *Gaceta Oficial*, N° 37.942 de 02-05-2004.

jurisprudenciales de la década de los cuarenta³¹ referidos a contratos de obra pública y de suministro de bienes a la República que se elaboró lo que hemos considerado como una amplia y confusa doctrina jurisprudencial que trató de identificar a los “contratos administrativos,” a los efectos de atraer la competencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo.³²

En ese contexto, en uno de los primeros estudios contemporáneos de derecho administrativo venezolano que se elaboraron sobre “la teoría del contrato administrativo,” influenciado sin duda por la doctrina y jurisprudencia francesas de derecho administrativo de la época,³³ consideramos como “contratos administrativos” frente a los “contratos de derecho privado” que pudiera suscribir la Administración Pública, conforme a la jurisprudencia, aquellos suscritos con “finalidad de servicio público,” como eran los relativos a *los servicios públicos o las obras públicas* en los cuales la Administración podía hacer uso de sus poderes o prerrogativas públicas dado el interés público envuelto en el objeto del contrato.³⁴ Conforme a esa aproximación los ejemplos que se daban sobre contratos administrativos eran precisamente los *de obra pública, los de empréstito público, los de suministro de bienes a la Administración Pública, los de transporte público, los de uso de bienes del dominio público, y los de concesiones de servicios públicos,*³⁵ que además, siempre eran suscritos por personas morales de derecho público territoriales (República, Estados, Municipios) ya que la noción de empresa del Estado en esa época no había sido todavía desarrollada.

En todo caso, una de sus características fundamentales del derecho administrativo es su mutabilidad y adaptabilidad respecto de la transformación del Estado y de la actividad de su Administración Pública, por lo que el propio concepto de “contrato administrativo” basado en la inicial ecuación cerrada y clásica de “*interés público o finalidad de servicio público / régimen de derecho administrativo/control por la jurisdicción contencioso administrativa,*” fue cuestionada y superada por la doctrina, no sólo en Venezuela sino en los demás países de régimen administrativo. Por eso se ha escrito sobre el “contradictorio y

³¹ Véase sobre la jurisprudencia y la doctrina administrativa inicial y tradicional, en Allan R. Brewer-Carías, “Los contratos de la administración en la jurisprudencia venezolana” (Compilación), en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 26, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1963, pp. 127-154.

³² Véase Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa 1961-1996*, Caracas, 1999, pp. 174 ss.

³³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 162. El texto pertinente sobre contratos del Estado de dicho libro fue reproducido en el libro: Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, p. 13.

³⁴ Véase por ejemplo, las sentencias de la Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944, de la Corte Federal de 3 de diciembre de 1959 y de la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 12 de diciembre de 1961 y de 13 de agosto de 1964, en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, vol. 2, Caracas, 1977, pp. 727-733.

³⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 162. El texto pertinente sobre contratos del Estado de dicho libro fue reproducido en el libro: Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, p. 13.

confuso criterio” utilizado en relación con los contratos administrativos,³⁶ o sobre “la mutabilidad de la figura de los contratos administrativos,” destacándose “la dificultad de construir de una vez por todas la institución del contrato administrativo” considerando que su “evolución aún no ha terminado.”³⁷

Nosotros mismos en 1981, nos referimos al tema de “La evolución del concepto de contrato administrativo,”³⁸ desarrollado posteriormente en el libro sobre *Contratos Administrativos* (Caracas 1992), cuestionando el concepto mismo de contratos administrativos basado en la ecuación antes mencionada y en la idea de que el “contrato administrativo” estaba sometido al derecho administrativo y el “contrato de derecho privado de la Administración” supuestamente al derecho privado, lo cual llegamos a calificar entonces como absolutamente inadmisibles.³⁹ En realidad, aparte de las cláusulas mismas del contrato (que tienen fuerza de ley entre las partes), y el carácter supletorio de las disposiciones del Código Civil y otras leyes especiales reguladoras de la actividad de la Administración, puede decirse que:

“todos los contratos del Estado o contratos públicos están sujetos en una forma u otra al derecho público y particularmente al derecho administrativo, al menos en relación con las regulaciones relativas a las competencias de los entes y órganos públicos para suscribirlos, o a la selección de los contratistas (licitación), o en relación con su ejecución, de manera que no hay contratos públicos que estén sólo sujetos al derecho privado supuestamente opuestos a los contratos administrativos sujetos al derecho administrativo.”⁴⁰

En realidad hemos sostenido que:

“la noción de contrato administrativo solo puede ser aceptada para identificar un tipo de contrato público que en virtud de la *finalidad pública específica perseguida, que puede ser por ejemplo la prestación de un servicio público, la construcción de una obra pública, el uso de bienes públicos, un empréstito público,* está sujeto preponderantemente a un régimen de derecho público, pero no con el objeto de distinguir entre contratos públicos sometidos al derecho público y otros supuestamente sujetos a un régimen de derecho privado, sino para destacar que la preponderancia de uno u otro régimen aplicable al contrato es ahora lo importante.”⁴¹

³⁶ Véase Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, p. 32.

³⁷ Véase Rafael Gómez Ferrer “La mutabilidad de la figura del contrato administrativo,” en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, Tomo II, pp. 1749-1764.

³⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La evolución del concepto de contrato administrativo,” en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas, 1982, pp. 41-69. El texto de este trabajo se recogió en el libro, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 85-103.

³⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, p. 65.

⁴⁰ *Idem*, pp. 90-103.

⁴¹ *Idem*, p. 92 ss. Una de las más recientes críticas respecto de la noción de contratos administrativos fue el trabajo de Jesús Caballero Ortíz, “Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?” en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI: Estudios en homenaje al Profesor Allan*

Es decir, no existe en el ordenamiento jurídico venezolano un régimen jurídico propio exclusivamente aplicable a los llamados “contratos administrativos,” como tampoco existen “contratos de derecho privado de la Administración” que estén solo sometidos al derecho privado.⁴² Lo que existe es un régimen jurídico que no es ni único ni uniforme y que es aplicable a todos los contratos públicos o contratos del Estado, conformado por normas de derecho público y de derecho privado (incluyendo las cláusulas contractuales) que se interaplican y que pueden tener preponderancia en uno u otro contrato según el grado de regulación legal específico que exista en relación con el objeto del contrato específico. De allí el mismo sentido de la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración. En esto también hemos insistido en otro estudio al expresar que “las actividades de la Administración Pública están sujetas tanto al derecho público como al derecho privado, en un grado de preponderancia que varía de acuerdo con sus finalidades y naturaleza”; y que “todos los contratos públicos están siempre sometidos tanto al derecho público como al derecho privado.”⁴³

En todo caso, y a pesar de la evolución del concepto de contrato administrativo, de las discrepancias doctrinales sobre el mismo,⁴⁴ y a pesar de la imprecisión de la terminología utilizada en la parte motiva de algunas decisiones de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia y actual Tribunal Supremo de Justicia, es indubitable que los contratos públicos que han sido siempre considerados como “contratos administrativos” en absolutamente todas las decisiones del máximo Tribunal, son aquellos celebrados por la

R. Brewer-Carías, Madrid, 2003, Tomo II, p. 1765-1778) en el cual se ha referido, en términos similares a los usados por Rafael Badell Madrid (“criterio confuso y contradictorio.” Véase Rafael Badell Madrid, se refiere al vago e impreciso criterio utilizado para su identificación, en *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, p. 32. Ello ha llevado a algunos distinguidos administrativistas a considerar que la noción de contrato administrativo es inútil y sin efecto, como es el caso de Gonzalo Pérez Luciani, en “Los contratos administrativos en Venezuela,” en Allan R. Brewer-Carías (Director), *Derecho Público en Venezuela y Colombia: Archivo de derecho Público y Ciencias de la Administración*, Caracas, 1986, p. 253. Otros autores consideran que la noción ha sido abandonada frente al régimen uniforme establecido en la legislación, considerando que establecerla “no luce tarea coherente.” Véase José Ignacio Hernández, “El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana,” en Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2012, p. 185.

⁴² Es decir, a todos los contratos públicos siempre se les aplica, en una u otra forma, el derecho público. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 91 ss.

⁴³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huída y recuperación del derecho administrativo,” en *Las Formas de la Actividad Administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 58-60.

⁴⁴ Por ejemplo, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en la sentencia dictada en el caso: *Apertura petrolera* en agosto de 1999, al referirse a los criterios del contrato administrativo, que “han sido aceptados por gran parte de la doctrina extranjera y también venezolana, no obstante que aún existen estudiosos del tema que restan relevancia a la distinción que se hace de los contratos administrativos frente a los de derecho común, y que insisten en que la misma sólo ha obedecido a razones puramente pragmáticas, dirigidas a la determinación del órgano jurisdiccional competente para su conocimiento”. Véase sentencia de la Corte en Pleno de 17 de agosto de 1999 en Allan R. Brewer-Carías (Compilador), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas 2004, disponible en www.allanbrewercarias.com (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, No. 22, 2004), pp. 280-328.

Administración Pública en ejercicio de potestades públicas para asegurar *la prestación de servicios públicos* como prestaciones obligatoriamente asignadas por Ley a los entes públicos, como es el caso de las *concesiones de transporte público, de distribución de gas para consumo masivo, de suministro de electricidad, de distribución de agua potable, de recolección de desechos sólidos, de servicio de teléfonos; y además, las concesiones para el uso de bienes públicos o para la explotación de recursos naturales renovables y no revocables; las concesiones para la construcción o explotación de obras públicas; y de los contratos de obra pública.*⁴⁵ En todos esos contratos, dado el régimen legal que regula su objeto que es preponderantemente de derecho público, el ente público contratante o concedente dispone de poderes públicos extraordinarios en relación con su ejecución, que por supuesto, son implícitos respecto de los contratos porque siempre están establecidos en las competencias que les son atribuidas expresamente por ley.

Conforme a esta aproximación tradicional en relación con el tema de los contratos administrativos, resulta por tanto que no todos los contratos del Estado podían considerarse como tales, pues existen algunos contratos públicos que no son contratos administrativos y al contrario pueden considerarse como “contratos de derecho privado de la Administración.” Siendo el régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos, preponderantemente de derecho público, y en los contratos de derecho privado de la Administración, es preponderantemente de derecho privado.

En consecuencia, un los casos de contratos suscritos por empresas del Estado con empresas privadas, por ejemplo, para la prestación por éstas de servicios comerciales en beneficio exclusivo de la empresa pública para la realización, por ella, de sus actividades propias, por su objeto, conforme a la clasificación tradicional, el mismo en ningún caso podría ser considerado como un “contrato administrativo,” sino como un “contrato de derecho privado de la Administración.” Un contrato de ese tipo, celebrado en interés comercial y con un objeto exclusivamente comercial en interés y beneficio de una sola persona jurídica, que es la empresa del Estado, nunca podría ser considerado como contrato administrativo pues la actividad objeto del contrato en ese caso ni una prestación de “servicio público” alguno, ni su objeto satisface ninguna necesidad de “interés colectivo” alguno, ni el contratante realiza en beneficio de la empresa del Estado alguna actividad que sea de prestación que sea obligatoria por parte del Estado ni está destinada a satisfacer necesidades colectivas de la población.”⁴⁶

Un contrato con dicho objeto, en la terminología tradicional relativa a los contratos públicos o contratos del Estado, como se dijo, sería un “contrato de derecho privado de la Administración,” regido conforme a sus cláusulas y a la

⁴⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, p. 96; Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, pp. 50-51.

⁴⁶ Véase el texto de la sentencia en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/00391-7307-2007-2005-5241.HTML>

legislación a la cual las mismas remite, cuyo objeto ni siquiera puede considerarse de interés general, sino de interés particular y comercial de la empresa del Estado contratante, que el contratista realiza en beneficio de una sola persona jurídica, en ese caso de la empresa del Estado para la realización de su actividad económica.

III. SOBRE LAS LLAMADAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DE DERECHO COMÚN EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y SU NECESARIA PREVISIÓN LEGAL

Entre las tradicionales características de los contratos administrativos frente a los contratos de derecho privado de la Administración, siempre se identificaron a las denominadas “cláusulas exorbitantes de derecho común,” que en Venezuela, desde la sanción de la Ley de Contrataciones Públicas, se han ya regulado con carácter general para todos los contratos públicos.

En todo caso, en cuanto a su vínculo tradicional con los contratos administrativos, lo primero que debe observarse es que en el derecho administrativo venezolano, no es cierto que la consecuencia fundamental de que un contrato se considere como “contrato administrativo,” fuera la posibilidad de que el ente público contratante pudiera hacer uso de dichas prerrogativas públicas, llamadas en la doctrina como *cláusulas exorbitantes de derecho común*, concebidas como poderes extraordinarios que corresponden a las entidades públicas con el objeto de preservar el interés público, y que supuestamente no se encontrarían en los contratos de derecho privado.

En realidad, como fue decidido por la antigua Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 17 de agosto de 1999 (*Caso Apertura Petrolera*), dichos poderes extraordinarios no definen el contrato administrativo como tal, ya que las mismas son consecuencia y no la condición para su determinación; de manera que el hecho de que un contrato tenga o no esas cláusulas no es sino la consecuencia de la necesaria y obligatoria protección del interés general,⁴⁷ para lo cual las leyes expresamente las prevén. Es decir, en realidad, solo existen “cláusulas exorbitantes” cuando una ley las haya regulado, y es por ello, por su fuente en una ley, que no tienen que estar expresadas en el texto del contrato.

Como lo expresó la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Plena en la antes referida sentencia, al referirse a los contratos administrativos, “estas cláusulas exorbitantes se presentan como disposiciones implícitas en el contrato administrativo, que recogen prerrogativas en favor de la Administración Pública, *justificadas por el interés colectivo* involucrado en esa contratación, y cuya proporción es de tal magnitud que en una relación contractual común resultan inaceptables,” agregando que se trata de “disposiciones que un particular no aceptaría insertar en un contrato con otro particular, porque son ellas las que en

⁴⁷ Véase el texto de la decisión de la Corte en Pleno de 17 de agosto de 1999 en Allan R. Brewer-Carías (Comp.), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas 2004, disponible en www.allanbrewercarias.com (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, No. 22, 2004), pp. 280-328.

definitiva ponen de relieve o materializan en el negocio jurídico las potestades administrativas.”⁴⁸

Estos poderes o prerrogativas públicas que siempre tienen que tener una fuente legal, pues no hay competencia pública que pueda ejercerse por un ente público sin una ley atributiva de la misma, por ello es que se han considerado como inherentes o implícitas en los contratos administrativos, no siendo necesario que estén repetidas o incorporadas en las cláusulas contractuales.⁴⁹ Así se admitió, por ejemplo, por la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 384 del 21 de abril de 2004, al señalar que “los poderes atribuidos *por ley* a la Administración Pública, incluso cuando no estén expresamente incorporados en el texto del contrato, deben considerarse insertos en el mismo,”⁵⁰ pero con la importante observación de que como lo indicó la Corte, tales poderes tienen que estar “atribuidos *por ley*.” Como lo ha sostenido José Ignacio Hernández:

“si las cláusulas exorbitantes son en realidad poderes extracontractuales, su fuente no puede anclarse en el objeto del contrato sino en realidad, en la Ley. Es la Ley –y no el contrato– quien legitima a la Administración para desplegar esas potestades, por lo que su ejercicio mal podría supeditarse al objeto del contrato, o sea a su carácter administrativo.”⁵¹

De resto, agrega Hernández, “estas facultades sólo podrán ejercerse en tanto ellas hayan sido expresamente consagradas en el texto del contrato.”⁵² De allí la inutilidad de tratar de acudir al concepto de “contrato administrativo” para tratar de justificar la existencia de cláusulas exorbitantes, cuando ellas tienen en todo caso que tener su origen en disposiciones legales.

Por ello es que además hemos expresado que en la actualidad la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración a los efectos de tratar de justificar la existencia de cláusulas exorbitantes “es inútil, ya que los poderes extraordinarios (*cláusulas exorbitantes*) establecidos en las leyes, pueden siempre ejercerse por la Administración contratante, independientemente del objeto del contrato y del contenido de sus cláusulas, cuando el interés público lo requiera” precisamente por estar previstas expresamente en una Ley.⁵³

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 93, 97, 197.

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

⁵¹ Véase José Ignacio Hernández, “El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana,” en Allan R. Brewer-Carías, et al., *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2012, pp. 184-185.

⁵² *Idem*.

⁵³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre los Contratos del Estado en Venezuela,” en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de derecho Administrativo*, No 6, Universidad Nacional Autónoma de México, Monterrey 2011, pp. 207-252; reproducido en en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Contratos*

Estas cláusulas exorbitantes en los “contratos administrativos,” tradicionalmente han sido identificadas, por ejemplo, con los poderes que tiene la Administración contratante para dirigir y controlar la ejecución del contrato; para sancionar los incumplimientos de la contraparte en el contrato; para modificar unilateralmente las prestaciones objeto del contrato; o para resolver unilateralmente la rescisión del contrato.⁵⁴ Dichos poderes, si no se han regulado en las cláusulas del contrato, en virtud del principio de la atribución de competencias públicas a los órganos y entes públicos solo mediante ley, siempre tienen que estar regulados en algún texto legal expreso.

Un ejemplo de ello es la Ley de Promoción a la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones de 1999,⁵⁵ donde se previeron expresamente las potestades de la Administración concedente en materia de concesiones administrativas, en cuanto a la inspección y control de la ejecución del contrato (Art. 37); a la interpretación unilateral de la concesión (Art. 38); a la modificación unilateral del contrato (Art. 39); a la imposición de sanciones por faltas del concesionario (Art. 43); a la de rescisión unilateral del contrato debido a incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario (Art. 46.c); y al rescatarse anticipado de la concesión por causa de utilidad o interés público (Art. 53).

Ahora bien, en el marco de los contratos del Estado que no puedan considerarse como “contratos administrativos,” como son, por ejemplo, los contratos comerciales que celebren las empresas del Estado con empresas particulares para la prestación por estas a favor de la empresa pública ciertos servicios comerciales, si bien a los mismos no se le pueda aplicar toda la teoría de las “cláusulas exorbitantes al derecho común” construida sobre la base de los “contratos administrativos,” particularmente la que se refiere a la potestad para introducir modificaciones en las condiciones de la prestación objeto del contrato, en realidad, esa posibilidad para la empresa pública de poder introducir modificaciones unilateralmente en el ámbito del objeto de un contrato público, se encuentra ahora también establecida para todos los contratos públicos (independientemente de su consideración o no como contrato administrativo), según lo previsto en la Ley de Contrataciones Públicas (arts. 130, 131).

Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, p. 327. Igualmente p. 339. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, EJV International, 2015, p. 156.

⁵⁴ Véase Carlos García Soto, “Posición de la Administración en su actividad contractual. El caso de la Ley de Contrataciones Públicas,” en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 201 ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 196-216.

⁵⁵ Véase en *Gaceta Oficial*, N° 5.394 Extraordinaria del 21-10-1999.

IV. SOBRE LA POTESTAD PÚBLICA DE MODIFICACIÓN UNILATERAL DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y SUS LÍMITES

En efecto, a partir de la sanción de la Ley de Contrataciones Públicas en 2008, la potestad de modificación unilateral de los contratos públicos por parte de los entes públicos contratantes, sea que se trate de contratos administrativos o de contratos de derecho privado de la Administración, se encuentra regulada expresamente en relación con las cláusulas contractuales referidas al *objeto del contrato*, es decir, a la prestación o la actividad que lo constituye, a cuyo efecto, el artículo 130 de la Ley dispone que debe referirse a las cláusulas donde se regula “el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra” (art. 130, Ley 2014).

Es decir, la potestad de modificar el contrato, no se refiere ni puede referirse a cualquier cláusula contractual, sino sólo a las que se refieren al objeto del mismo, es decir, a las prestaciones que son el objeto del contrato; no pudiendo referir a cualquier otra cláusula del contrato, sino solo a las que regulen la “prestación de servicio”, “el suministro de bienes” y “la ejecución de la obra”, es decir, los el objeto del contrato y no a otras cláusulas.

Como lo expresamos hace unos años, la potestad de modificación unilateral por ejemplo en los “contratos administrativos” solo se puede referirse a las cláusulas relativas a las *condiciones de ejecución del contrato*, que son las que regulan la *prestación objeto del contrato*, como sería por ejemplo una modificación que busque cambiar la extensión de las prestaciones o las condiciones de ejecución.⁵⁶ Este criterio, por lo demás, lo he sostenido desde 1964, cuando explique que la jurisprudencia de la antigua Corte Federal lo que reconoció desde el inicio en la materia fue la potestad de la Administración, “de modificar unilateralmente los contratos administrativos, cambiando *la extensión de las prestaciones* a efectuar por el co-contratante,” es decir, solo respecto de las cláusulas relativa al objeto o prestación del contrato.⁵⁷

⁵⁶ Véase en ese sentido lo que efectivamente expuse en el libro citado erradamente: Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, cuyo texto fue reproducido en el libro: Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 201, 202.

⁵⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, pp. 11, 15. donde citamos en apoyo la sentencia de la antigua Corte Federal de 12-11-54, y de la antigua Corte Federal y de la Corte Federal y de Casación de 9-3-39 en *Memoria* de 1940, tomo I, p. 346), y de 5-12-45, *Actuaciones* de 1945, p. 304. 162. El texto pertinente sobre contratos del Estado de dicho libro fue reproducido en el libro: Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 11- 13 Sobre el tema en el derecho francés, en aquél trabajo también hice referencia a J. Dufan, "Le pouvoir de modification unilatérale de l'Administration et les contrats de concession de service public", *Actualité Juridique*, N° 7, 1955; A. De Laubadère, "Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions du contrat administratif", *Revue de droit public (RDP)*, 1954, p. 36. La posibilidad de modificación unilateral de los Contratos Administrativos en 1964, indicábamos, además estaba específicamente señalada en el Proyecto Ley Orgánica de la Hacienda Pública de 1963, en el cual se propuso, en su artículo 24, que "el Ejecutivo Nacional, cuando así convenga a los intereses de la República y sin necesidad de obtener el consentimiento del co-contratante, podrá *introducir alteraciones en el objeto del contrato*; pero, si de tales

Posteriormente, en 1968, al elaborar más sobre el tema de la modificación unilateral de los “contratos administrativos,” en particular de los contratos de obra pública, insistimos en que tal modificación solo es concebible en relación con las cláusulas relativas a las prestaciones objeto del contrato,⁵⁸ con lo que, por lo demás, coincidió Eloy Lares Martínez, al indicar que el “fundamento de esta facultad de modificación unilateral radica en las *exigencias del interés general de la comunidad*,”⁵⁹ y la antigua Corte Federal en el sentido de que estimar que “tratándose de contratos de obras públicas, como un puerto, una carretera, la Administración puede, *para dar mayor satisfacción a las necesidades colectivas, modificar en más o en menos las cantidades de trabajo a efectuar por el contratista*.”⁶⁰

Por ello, en particular, en relación con las modificaciones unilaterales que se aceptan en los “contratos administrativos,” particularmente los de obra pública, indicamos en su momento que solo se podrían referir “a las *modalidades de ejecución, al objeto mismo del contrato* (aumento o disminución de volumen de trabajos)” lo que da origen a “modificaciones cualitativas o cuantitativas de la obra,” de manera que como lo señaló en su tiempo la Procuraduría General de la República, “si bien en los contratos de obras públicas se contrata generalmente una cantidad de obra determinada, ello no impide la realización, durante la ejecución de las obras por parte del contratista, de obras extras no previstas cualitativa o cuantitativamente en el contrato original” (1966). Esa potestad, en todo caso, destacamos hace años, estaba expresamente prevista en Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de obras dictadas por Decreto No. 1.821 de agosto de 1991, *Artículo 32*) que comenzaba indicando que “El Ente Contratante podrá, antes o después de iniciada la ejecución de la obra, introducir en ella los cambios o modificaciones que estime convenientes, debiendo notificarse de ello a los garantes.” Ese texto, que debía incorporarse con esas Condiciones Generales en el texto de los contratos de obra, fue el antecedente remoto del artículo 130 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014, aplicable ahora a todos los contratos públicos sean “contratos administrativos” o contratos de derecho privado de la Administración, que comienza igualmente indicando que: “El contratante podrá, antes o después de iniciado el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra, introducir las modificaciones que estime necesarias, las cuales serán notificadas por escrito al contratista.”

alteraciones se deriva algún perjuicio directo para el co-contratante, éste tendrá derecho a una justa y razonable indemnización”. El texto pertinente de este libro fue igualmente reproducido en el libro: Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 41.

⁵⁸ Véase. Allan R. Brewer-Carías, “La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos con especial referencia a los contratos de obras públicas en el Derecho venezolano,” en *Revista de Derecho Español y Americano*, N° 19, Madrid, 1968, p. 1–17. El texto de este trabajo fue recogido en el libro *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, cuyo texto fue reproducido en el libro: Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 204-213.

⁵⁹ Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 215.

⁶⁰ Véase sentencia de 5 de diciembre de 1944, en *Memoria 1945*, tomo I, p. 285.

Por ello, concluíamos en el estudio de 1968 al referirme a la modificación unilateral en los contratos de obra pública, que “la Administración puede, en primer lugar, introducir modificaciones *en las modalidades de ejecución de la obra, ya que estas modificaciones tendrían siempre alguna relación con las obras que son objeto del contrato*. Por otra parte, la Administración puede imponer la realización de obras complementarias si éstas lo son de la obra objeto del contrato, con ese carácter, es decir, puede imponer la realización de obras no previstas, pero que no le son totalmente extrañas a la obra contratada.”⁶¹ Con ello quedaba claramente precisado que las modificaciones en los “contratos administrativos” que pudiera introducir la Administración contratante, solo podrían incidir en relación con el objeto del contrato, es decir, la prestación específica, el alcance del servicio a prestar, la ejecución de la obra pública, o la explotación del bien del dominio público, en concreto, sin que pueda pretenderse ni siquiera en los llamados contratos administrativos, que la Administración pueda modificar unilateralmente otras cláusulas del contrato ajenas a su objeto, lo que nunca se ha aceptado en la teoría del derecho administrativo.

Ello es por lo demás, lo que ahora se establece ahora en la Ley de Contrataciones Públicas, independientemente de que un contrato público se califique como contrato administrativo o como contrato de derecho privado de la Administración, al regular en su artículo 130 la potestad de la Administración de introducir modificaciones unilaterales en los mismos, en los casos expresamente enumerados en el artículo 131 de la misma Ley; normas ambas que pueden considerarse como de orden público.⁶²

El artículo 130 de la Ley, en efecto dispone:

“Artículo 130. Modificaciones. El contratante podrá, antes o después de iniciado el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra, introducir las modificaciones que estime necesarias, las cuales serán notificadas por escrito al contratista. Así mismo, éste podrá solicitar al contratante cualquier modificación que considere conveniente, la cual deberá ir acompañada del correspondiente estudio económico, técnico y de su presupuesto, y el contratante deberá dar oportuna respuesta a la misma. El contratista sólo podrá realizar las modificaciones propuestas cuando reciba autorización por escrito del contratante, debidamente firmada por la máxima autoridad o de quien éste delegue.

El contratante sólo procederá a reconocer y pagará las modificaciones o cambios en el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra, cuando las haya autorizado expresamente.”

⁶¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos con especial referencia a los contratos de obras públicas en el Derecho venezolano”, en *Revista de Derecho Español y Americano*, N° 19, Madrid, 1968, p. 1–17. Trabajo recogido en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, cuyo texto fue reproducido en el libro: Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 201-214.

⁶² Así ha sido tradicionalmente considerado en el derecho administrativo. Véase por ejemplo lo que expusimos en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, cuyo texto fue reproducido en el libro: Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, p. 202.

El aspecto más importante de esta norma que autoriza al ente público contratante en los contratos públicos a modificar unilateralmente el contrato, es que dichas modificaciones solo pueden realizarse, como hemos dicho, respecto de las cláusulas relacionadas con el objeto del contrato, esto es, las referidas al “suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra,” y siempre garantizando el derecho del contratante al restablecimiento del equilibrio económico del contrato asegurándole su derecho a ser indemnizado precisamente por “las modificaciones o cambios en el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra,” es decir, en las prestaciones objeto del contrato. Ello excluye toda posibilidad para el ente público contratante de pretender introducir cambios en otras cláusulas de los contratos públicos, que no tienen relación alguna con la ejecución del objeto del mismo, como por ejemplo serían las cláusulas relativas a la forma de pago que los contratantes pueden establecer libremente en el contrato en los términos del artículo 6.32 de la Ley de Contrataciones Públicas.

Ello deriva, además, del propio texto de la Ley de Contrataciones, que limita expresamente los poderes establecidos en el artículo 130 de la Ley, al prever expresamente en el artículo 131 de la misma las causas que pueden dar origen a modificaciones del contrato, que son las siguientes, todas referidas a las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, que son:

1. El *incremento o reducción en la cantidad de la obra, bienes o servicios* originalmente contratados.
2. Que surjan *nuevas partidas o renglones* a los contemplados en el contrato.
3. Se modifique la *fecha de entrega* del bien, obra o servicio.
4. *Variaciones en los montos* previamente establecidos en el presupuesto original del contrato.”

Es decir, la potestad extraordinaria de la Administración de poder modificar unilateralmente los contratos públicos, sean “contratos administrativos” o “contratos de derecho privado de la Administración,” que no requiere estar expresada en una cláusula del contrato porque la misma, solo puede tener su fuente en la ley, como es el caso del artículo 130 de la Ley de Contrataciones Públicas, disponiéndose en la misma cómo puede ejercerse dicha potestad y en qué casos específicos puede invocarse dicha competencia, que solo puede referirse a cláusulas que regulen las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, y que de acuerdo con la Ley, son las que se refieren a “el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra.” Por ello, por ejemplo, no se admite la modificación unilateral de los contratos públicos que incidan por ejemplo, en las cláusulas económicas de los contratos, que se consideran como inamovibles,⁶³ como podrían ser, por ejemplo, las cláusulas relativas a la forma de pago de los servicios.

⁶³ Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1983, p. 335; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, p. 202.

De lo contrario, si alguna modificación unilateral ocurriese en relación con esas cláusulas, la Administración estaría obligada a indemnizar al contratista por los daños y perjuicios que le cause.⁶⁴ Como lo dijo Eloy Lares Martínez, incluso en los llamados “contratos administrativos” las cláusulas económicas del mismo son siempre “intocables e inmutables.”⁶⁵ Y de eso precisamente se trata cuando se habla de la inmutabilidad de las cláusulas económicas de los contratos públicos, que en ningún caso pueden modificarse sino en la forma prevista en las mismas cláusulas contractuales, de mutuo acuerdo, de manera que si no se restablece el equilibrio económico del contrato y se satisface el derecho a una justa compensación que resulte de cualquier alteración de las cláusulas económicas por la Administración, resultaría en definitiva en una confiscación de los derechos contractuales, lo que está prohibido en el artículo 116 de la Constitución.

De lo anterior resulta, por tanto, que en los contratos públicos, e independientemente de su consideración o no como “contrato administrativo,” cualquier modificación de las cláusulas económicas contractuales por la Administración, como por ejemplo las que regulan la forma de pago de los servicios prestados, por ejemplo, en el contrato de prestación de servicios de transporte aéreo para los empleados de la empresa pública contratante, sería una violación al contrato, la cual no podría justificarse en ningún caso, en el supuesto ejercicio de poderes exorbitantes por parte de la misma, que no existen ni pueden existir en materia de contratos públicos para justificar la ruptura o violación de los contratos, y que en materia de modificación unilateral de contratos solo permiten modificar las cláusulas relativas a la prestación objeto del contrato estrictamente en los términos y con las limitaciones establecidas en los artículos 130 y 131 de la mencionada Ley de Contrataciones Públicas.

Pero independientemente de que las modificaciones unilaterales a los contratos públicos no pueden incidir en las cláusulas económicas, en general, en esta materia, la consecuencia fundamental del ejercicio del poder de modificación unilateral es que si de la misma resulta una lesión a los derechos del contratista, éste debe ser indemnizado. Por ello, la antigua Corte Federal y de Casación no sólo reconoció desde el inicio, plenamente, el poder de la Administración de modificar unilateralmente el objeto o la prestación en los contratos administrativos según aconseje el interés colectivo, sino que también reconoció expresamente que cuando esos “cambios o rectificaciones sean de tal magnitud que desnaturalicen o cambien sustancialmente la obra o el servicio contratados se

⁶⁴ Véase Gustavo Linares Benzo, “El equilibrio financiero del contrato administrativo en el decreto Ley de Contrataciones Públicas,” en Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 363-375; Miguel Mónaco, “El derecho al precio del contratista en los contratos administrativos,” en *Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado, VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías,”* Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2006, Tomo II, pp. 134-137; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 1232-260.

⁶⁵ Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1983, p. 335; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, p. 211.

reconoce al contratista el derecho de solicitar prórrogas y compensaciones y aun la resolución del contrato."⁶⁶

Con base en todos estos principios sentados desde hace décadas, que son los que se siguen aplicando en el derecho administrativo contemporáneo, e independientemente ahora de que los contratos públicos sean “contratos administrativos” o contratos de derecho privado de la Administración, lo cierto es que la potestad de modificación unilateral que pudiera tener el ente público contratante basado en el artículo 130 de la Ley de Contrataciones Públicas, nunca podría incidir en cláusulas contractuales distintas de las relativas al objeto del contrato, es decir, para utilizar el ejemplo mencionado, la prestación del servicio de transporte aéreo de aviones para el traslado del personal de la empresa del Estado, y nunca podría incidir respecto de cláusulas contractuales relativas por ejemplo a la forma de pago pactada legal y libremente entre las partes, que solo podrían modificadas por acuerdo entre las partes; y además, si la modificación rompe la ecuación económica del contrato, la misma debe ser restablecida indemnizándose al contratista.

Salt Lake City, marzo de 2016

⁶⁶ Véase sentencia de 5 de diciembre de 1944, en *Memoria 1945*, tomo I, p. 285.