

De vuelta sobre la potestad administrativa de rescisión unilateral del contrato público

Mauricio SUBERO MUJICA*

REDAV, N° 28, 2024, pp. 67-97

Resumen: El artículo propone un método para determinar la forma en que se deben aplicar a cada contrato del Estado las normas y principios de Derecho Público o de Derecho Privado, según corresponda. Empleando esta metodología el artículo analiza cuatro aspectos relacionados con la extinción de los contratos del Estado como consecuencia del incumplimiento del particular contratista, estos aspectos son: (i) la idea de que el poder de rescisión unilateral del contrato del Estado es una sanción por el incumplimiento del contratista; (ii) los problemas relativos al procedimiento aplicable antes de que el ente público contratante dicte el acto de rescisión del contrato; (iii) la interpretación y alcance de las cláusulas resolutorias expresas incorporadas a los contratos públicos y (iv) la naturaleza del acto rescisorio dictado por el ente público contratante.

Palabras clave: Acto administrativo – Cláusulas exorbitantes – Contratos administrativos

Abstract: *The article proposes a method to determine the way in which the rules and principles of Public Law or Private Law should be applied to each State contract, as appropriate. Using this methodology, the article analyzes four specific aspects related to the termination of State contracts as a result of the breach of the individual contractor, these aspects are: (i) the idea that the power of unilateral termination of the State contract is a sanction for the contractor's non-compliance; (ii) the problems related to the applicable procedure before the contracting public entity issues the act of termination of the contract; (iii) the interpretation and scope of the express termination clauses incorporated into public contracts and (iv) the nature of the rescisory act issued by the contracting public entity.*

Keywords: *Administrative act – Administrative contracts – Exorbitant provisions*

Recibido

14-09-2024

Aceptado

30-10-2024

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en 1988. Estudios de Doctorado en Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid. Ha sido Profesor de Pregrado y Posgrado de la Universidad Católica Andrés Bello en el área de Derecho Administrativo, e Instructor en el Centro Internacional de Actualización Profesional de la UCAB (CIAP-UCAB).

Introducción

Durante más de setenta años¹ la jurisprudencia y la doctrina venezolanas han sostenido que en el marco de cierta categoría particular de contratos públicos: los llamados *contratos administrativos*, la Administración pública puede ejercer algunos poderes que le permiten imponer su voluntad sobre la de sus contratistas en asuntos que atañen la ejecución y extinción de dichos contratos. Tal es el caso del poder de la Administración de dar por terminado el contrato de forma anticipada, bien porque se ha producido un incumplimiento del contratista que así lo justifica o bien por cualquier otra razón de interés general, aunque no medie un incumplimiento del contratista a sus obligaciones contractuales.

Así pues, sin lugar a dudas, en Venezuela la identificación de los llamados *contratos administrativos* ha sido siempre el paso previo para declarar la existencia de un régimen jurídico especial aplicable a dichos contratos; régimen jurídico que se concreta en este conjunto de poderes de la Administración contratante. De esta forma la singularidad de los *contratos administrativos* no se hace descansar en temas puramente adjetivos (e.g.: la competencia para conocer de los litigios que se susciten con ocasión a dichos contratos), sino que se trata de un asunto netamente sustantivo, y así se predica hasta hoy día².

Sin embargo, la teoría que concibe a estas potestades públicas como una consecuencia necesaria e ineludible que deriva del hallazgo de un *contrato administrativo* concreto siempre se mostró –en mi opinión– endeble, y sin duda debió desplomarse definitivamente gracias al

¹ Vid.: Mauricio Subero Mujica, “La Noción de Contrato Administrativo y la Jurisprudencia en Venezuela”, en *Derecho Administrativo Iberoamericano* (Caracas: Ediciones Paredes, 2007), T3, 2025 y ss. En la sentencia de fecha 05-12-1944, la Corte Federal y de Casación comenzó a sentar los cimientos de una teoría del contrato administrativo edificada sobre la idea un régimen sustantivo particular aplicable a este tipo de contratos público, y en este sentido señaló, por ejemplo: “En el contrato administrativo de obra pública, como en todos los que interesan a un servicio público, la parte representada por la autoridad administrativa no está obligada inflexiblemente por la regla de derecho privado de la intangibilidad de los contratos; sin necesidad de acuerdo previo con la otra parte, tiene el derecho de introducir modificaciones”.

² En la sentencia N° 225 del 07-12-2023, caso Constructora S.M.G., C.A. contra Petroquímica de Venezuela (PEQUIVEN), la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (en Sala Especial Primera) inicia uno de los fundamentos de su decisión razonando de la siguiente forma: “debe traerse a colación las notas esenciales que caracterizan a los contratos administrativos y sus implicaciones sobre el régimen jurídico aplicable a los mismos”; y más adelante añade: “el contrato que nos ocupa es un contrato administrativo en el sentido tradicional de la expresión”; y seguidamente concluye: “la Administración Pública se encuentra facultada para rescindir unilateralmente los contratos, como parte de las cláusulas exorbitantes aplicables a este tipo de contrataciones”.

Decreto con rango valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (DLCP)³, cuya regulación se suma de forma especial a la previa derogatoria de la regulación “transitoria” de la jurisdicción contencioso administrativa que se encontraba en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976⁴, ahora sustituida por la prevista en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁵. La relevancia de estos cambios legislativos para el tema que nos ocupa radica en que ninguno de los textos legislativos antes mencionados hace ya referencia a los *contratos administrativos*, como tampoco se ha previsto que el ejercicio de ciertas potestades de la Administración contratante dependa de la previa calificación del respectivo contrato como *administrativo*. Por lo tanto, si no estamos ante potestades propias y exclusivas del ámbito de los contratos administrativos, y si además dicha noción no tiene tampoco ningún interés procesal, es de esperarse que el paso siguiente sea cuestionarse sobre el valor de esta noción y de la doctrina que la ha acompañado⁶.

Desde hace ya más de quince años he sostenido⁷ que el respeto a las consecuencias esenciales que dimanarían del principio de legalidad, previsto en el artículo 137 constitucional obliga a cuestionar la doctrina del contrato administrativo en su conjunto y, en mi opinión, debería desembocar en su absoluta desaparición. Sin embargo, no pocos autores, junto con la jurisprudencia de los tribunales que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa, se resisten a reconocer este hecho⁸.

Tal como he dicho, en Venezuela la noción del *contrato administrativo* se ha sostenido con el propósito de afirmar que tales contratos (los *administrativos*) están sometidos a un régimen sustantivo especial de Derecho Público; régimen este que se concreta en ese mencionado conjunto de prerrogativas o, más precisamente, de poderes de la Administración contratante, los cuales han recibido en nuestra jurisprudencia

³ Gaceta Oficial N° 6.154 extraordinario del 19-11-2014.

⁴ Gaceta Oficial N° 1.893 extraordinario del 30-07-1976.

⁵ Gaceta Oficial N° 39.447 del 16-06-2010. Reimpresa por error material en la Gaceta Oficial N° 39.451 del 22-06-2010.

⁶ Mauricio Subero Mujica, “La ineludible decadencia del contrato administrativo en el Derecho venezolano. Comentarios a propósito de la potestad de terminación anticipada del contrato” en *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015) TII, 975-1006.

⁷ Vid.: Mauricio Subero Mujica, “La Noción de Contrato Administrativo...”; así como: Mauricio Subero Mujica, “La ineludible decadencia del contrato administrativo...”; y además: “Críticas a la doctrina del contrato administrativo en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 9 (2016).

⁸ Hasta fechas muy cercanas a la redacción de este trabajo ha insistido la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en defender la pervivencia de la noción de contrato administrativo. Un ejemplo de esto se puede ver en la sentencia N° 422 del 20-06-2024, caso Fundación Fondo Nacional de Transporte Urbano (FONTUR) contra A/A Supply, C.A. y Seguros Pirámide, C.A.

distintas denominaciones tales como cláusulas implícitas⁹ del contrato o cláusulas exorbitantes¹⁰; denominaciones estas que, sin embargo, omiten la verdadera naturaleza de estas prerrogativa, las cuales han debido reconocerse como lo que son: potestades de la Administración contratante.

En mi opinión el aspecto más criticable de esta noción de *contrato administrativo* que se impuso en Venezuela es, precisamente, el que ella ha servido para sostener la existencia de potestades públicas (embozadas bajo algunos eufemismos como el de cláusulas exorbitantes, a pesar de que no pueden tampoco considerarse verdaderas cláusulas, dado que no son el producto de la autonomía de la voluntad de las partes) que no derivan de la legalidad. A ello apunta la mencionada idea de las cláusulas implícitas o cláusulas exorbitantes, lo cual remite a una serie de supuestas “prerrogativas” que la Administración puede ejercer en estos contratos. Prerrogativas que se ejercerían a través de actos dotados de ejecutividad y ejecutoriedad, es decir, de verdaderos actos administrativos, los cuales, sin embargo, sólo pueden emanar de la

⁹ En la sentencia N° 1002 del 05-08-2004, caso DHL Fletes Aéreos y otros, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de justicia señaló: “[e]stas cláusulas no necesariamente tienen que estar señaladas expresamente en el contrato, sino que pueden estar contenidas de manera implícita o virtual, es decir, si bien puede suceder que no estén señaladas y pactadas expresamente en el cuerpo del contrato, no por ello las mismas no existen o no forman parte del mismo, sino que ellas son, por su propia naturaleza, inherentes a todo contrato administrativo”. En sentido similar véanse las sentencia de la misma Sala N° 487 N° del 23-02-2006, caso Cooperativa de Transporte de Pasajeros Comunidad 93; N° 1533 del 28-10-2009, caso Consorcio Cotecica-Inteven; N° 1391 del 26-10-2011, caso Cítricos y Lácteos C.A. (CILACA); N° 967 del 12-08-2015, caso Consultel, C.A. En otros casos la misma Sala ha señalado que dichas cláusulas exorbitantes “pueden” derivar de normas legales expresas y que por ello no necesariamente están contenidas en el contrato. No obstante, estos fallos deben ser vistos con mucho cuidado, dado que no representan la retoma del imperio de la legalidad. Un ejemplo de esto es la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 820 del 31 de la mayo de 2007, dictada en el caso Marshall y Asociados. A pesar de las referencias a la ley como fuente de una verdadera *potestad* ejercida por la Administración, el fallo no logra identificar en ningún momento a la norma o normas legales de las cuales supuestamente deriva esa *potestad* en el caso concreto, por lo que, en definitiva, se trata de una potestad que deriva únicamente de la condición de *contrato administrativo* asignada a la convención que dio origen al litigio (como se dijo en la sentencia sobre el caso DHL Fletes Aéreos y otros, se trataría entonces de cláusulas inherentes a todo contrato administrativo). En la sentencia de la misma Sala N° 126 del 04-02-2010, caso SERDICA, C.A., nuevamente se hace mención a supuestas prerrogativas concedidas por la Ley, aunque nunca se identifica una norma legal concreta que las consagre. En este mismo sentido puede verse también la sentencia de la misma Sala N° 5140 del 21-07-2005, caso Compañía de Limpieza SEMADE, C.A.

¹⁰ En este sentido pueden verse las ya citadas sentencias sobre los casos Constructora S.M.G., C.A. y FONTUR, y además la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 273 del 13-04-2023, caso Constructora JL ANDMER, C.A.

Administración cuando si son el producto del ejercicio de verdaderas potestades públicas, las cuales, a su vez, sólo pueden ser asignadas por la legalidad; razón por la cual las llamadas cláusulas implícitas o exorbitantes, no hacen más que enmascarar poderes que se le pretenden asignar a la Administración y que, con el dudoso apelativo de cláusulas, pretenden escapar del rigor del principio de legalidad.

Esto debió advertirse hace mucho tiempo, dado que la crítica formulada se apoya en el respeto a un principio esencial para el Estado de Derecho¹¹ que, además, ha gozado de un largo reconocimiento constitucional, doctrinal y jurisprudencial. No obstante, con la llegada del DLCP se hizo ya ineludible la necesidad de pasar a una revisión profunda sobre la utilidad, validez y fundamento de la noción de *contrato administrativo* y de las consecuencias que de ella hemos hecho derivar en Venezuela; revisión a la que se ha negado la jurisprudencia y gran parte de la doctrina.

Efectivamente, el DLCP, desde su promulgación en el año 2008 y hasta su última versión del 2014, ha venido a recoger casi todas aquellas potestades que se predicaban de forma implícita, y que ahora tienen, muchas de ellas, reconocimiento expreso en un texto legal. Tal es el caso de la potestad del ente contratante para “rescindir” unilateralmente el contrato cuando medie algún incumplimiento del contratista; potestad prevista, por ejemplo, en el artículo 155 del DLCP vigente. Sin embargo, hay que hacer notar que ahora esta y otras potestades del ente contratante (tales como el poder de dar por terminado el contrato sin que medie incumplimiento por parte del contratista –art. 152–, el poder de modificar unilateralmente el contrato –art. 130– o el poder para controlar y fiscalizar la ejecución del contrato –art.136–) no son ejercidas exclusivamente en el marco de los contratos administrativos.

En efecto, si atendemos a la regulación del DLCP, veremos entonces que se trata de potestades que se pueden ejercer en los contratos de suministros, de servicio y de obra, independientemente del contenido de cada contrato e independientemente también del vínculo del contrato con prestaciones de “servicio público” o de “interés general”, lo cual –supuestamente– era el elemento característico de los *contratos administrativos*¹², negocios jurídicos estos que, a su vez, se entendían como el

¹¹ Al respecto afirmó rotundamente el profesor MOLES CAUBET: “El principio de legalidad –de la legalidad administrativa– puede ser considerado, dicho metafóricamente, la columna vertebral del Derecho Administrativo”. Antonio Moles Caubet, “El Principio de Legalidad y sus Implicaciones” en *Estudios de Derecho Público* (Caracas: UCV-FCJP, Instituto de Derecho Público, 1997), 277.

¹² En la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 273 del 13-04-2023, caso Constructora JL ANDMER, C.A. (entre otras muchas), se reiteró que: “constituyen características esenciales de los contratos administrativos las que siguen: i) que una de las partes en el contrato sea un ente público; ii) que el contrato tenga una finalidad de utilidad pública vinculada a la prestación

territorio o ámbito material en el cual la Administración podía ejercer tales poderes. En definitiva, se trata de potestades de las que ya no se puede sostener que sean privativas de los llamados *contratos administrativos*.

Esta situación, sin duda, pone en tela de juicio a la noción de los *contratos administrativos* (si estos contratos supuestamente se distinguen por el régimen sustantivo que les es aplicable, pero dicho régimen sustantivo ya no es propio ni exclusivo de los contratos administrativos, ¿qué sentido tiene ya seguir hablando de ellos?) y reafirma la crítica fundamental a esta figura, que, como he señalado, radica en el desconocimiento del principio de legalidad, pues la sola previsión de estas potestades en el DLCP constituye el mejor argumento contra la noción de *contrato administrativo* que se impuso en nuestra jurisprudencia administrativa¹³.

Por ello he defendido que lo adecuado en este caso es recoger y aceptar la opinión expresada por el profesor BREWER CARÍAS, quien ha sostenido que hoy día es imposible seguir afirmando que existen contratos del Estado regidos por el Derecho Común, frente a otros contratos del Estado regidos por el Derecho Público. En todo contrato del Estado¹⁴ existirá siempre una *interaplicación* de normas de Derecho Privado y Derecho Público¹⁵, y la normativa aplicable a cada uno será determinada en atención al Derecho positivo, por lo que las divagaciones sobre el objeto del contrato y su vínculo con el servicio público o con actividades de interés general se justifican sólo si esto es relevante para interpretar y

de un servicio público; y iii) la presencia de ciertas prerrogativas de la Administración en dicho contrato consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas en el texto de la convención". Si dejamos de lado lo obvio e inútil de la primera de las características mencionadas, dado que si se trata de identificar a un tipo específico del género de los contratos públicos es obvio que en estos contratos una de las partes ha de ser un ente público, y si, por otra parte, entendemos, como debe ser, que la tercera de estas características no es en realidad un criterio que sirva para identificar a los *contratos administrativos*, ya que constituiría (para los defensores de esta doctrina) la consecuencia que se pretende extraer luego de que se haya podido identificar al supuesto *contrato administrativo* gracias a sus características esenciales, tenemos entonces que lo realmente característico de estos contratos es su supuesta "finalidad de utilidad pública vinculada a la prestación de un servicio público". Mis críticas a estas expresiones y a las consecuencias que de ellas se han pretendido extraer pueden verse en Mauricio Subero Mujica, "La Noción de Contrato Administrativo..." y en Mauricio Subero Mujica, "La ineludible decadencia del contrato administrativo..."

¹³ Vid.: Mauricio Subero Mujica, "La ineludible decadencia del contrato administrativo..."

¹⁴ Y quizá, gracias a la creciente intervención del Estado en la actividad privada, lo correcto sea afirmar que esto se produce en todo contrato.

¹⁵ Vid.: Allan Brewer Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y Procedimientos Constitucionales y Contencioso-Administrativos* (Caracas: EJV, 2006) 218, y Allan Brewer Carías, *Contratos Administrativos* (Caracas: EJV, 1992), 46.

aplicar la norma positiva, lo que no sucede, sin embargo, con las normas del DLCP.

Por todo esto es que disposiciones como el artículo 155 del DLCP han venido a poner sobre la mesa nuevamente el tema de la utilidad y validez de la figura de los *contratos administrativos*. Y a poco que se reflexiones sobre el tema se podrá concluir que lo necesario y lógico es, sencillamente, sostener su inutilidad y recomendar que esta noción, tal como la hemos conocido hasta ahora, sea desechada.

Este breve trabajo representa la puesta al día de algunas de las ideas que ya he expuesto con anterioridad¹⁶. La novedad, obviamente, no yace en los temas tratados, sino que se encuentra, en algunos casos, en el enfoque dado a estos temas en esta oportunidad, y en otros se trata de abundar en ideas que habían sido meramente asomadas anteriormente.

En general he buscado en esta ocasión centrarme no ya en las críticas a la noción del *contrato administrativo* como he hecho en otras oportunidades (lo que diré sobre ese tema ya queda sentado en estas líneas introductorias, no hace falta volver sobre este tema). El eje vertebrador de las ideas que se exponen aquí se encuentra en tres elementos claves, a saber: **(i)** que en toda contratación del Estado es necesario reconocer la mencionada interaplicación de regímenes jurídicos; **(ii)** que esta interaplicación de regímenes parte de distinguir aquellos casos en que el contratante actúa en ejercicio de una potestad pública, de aquellos otros en que el contratante debe actuar de acuerdo con lo pactado en el contrato y según el régimen general de los contratos, y **(iii)** que en los casos en que el contratante actúe en ejercicio de una potestad pública debe tenerse siempre presente que dicha potestad sólo puede derivar de una norma legal expresa y, de otra parte, que el ejercicio de esta potestad se concreta en un acto administrativo que, gracias al privilegio de autotutela de la Administración, es un acto que goza de ejecutoriedad y ejecutividad; y que, además, como todo acto administrativo, no puede quedar excluido del control ejercido por los órganos que integran la jurisdicción contencioso administrativa.

Estas ideas y principios, que parecen (y realmente son) básicos y hasta elementales, en realidad exigen el empleo de mayor rigor jurídico en la celebración, ejecución, interpretación y juzgamiento de los contratos públicos.

Las siguientes reflexiones son una muestra de lo que considero que debe ser el ejercicio de interpretación del régimen jurídico aplicable a la contratación pública, una vez que hayamos podido deslastrarnos de las

¹⁶ Vid.: Mauricio Subero Mujica, "La ineludible decadencia del contrato administrativo...".

prescindibles e inaceptables consecuencias de la doctrina del *contrato administrativo*.

Se trata de un esfuerzo que pretende, de una parte, ajustar las potestades de la Administración a los estrictos cauces que impone el principio de legalidad y los demás principios que rigen la actuación administrativa, y que, de otro lado, admite, sin pudor, la aplicación de las normas y principios que rigen la institución contractual en general, de los cuales no puede ni debe escapar la contratación pública. Estos propósitos, en su conjunto, exigen huir del facilismo, escapar de las soluciones cuasi-mágicas que, a modo de comodines, se esconden bajo ese régimen artificial de las llamadas cláusulas exorbitantes.

Los artículos 145, 152 y 155 del DLCP, por ejemplo, consagran una de las potestades que la doctrina tradicional reservaba a los *contratos administrativos*, pero que ahora resulta ejercitables en cualquier contrato de obra, de suministros o de servicios. Me refiero a la potestad del ente contratante de “rescindir”¹⁷ unilateralmente el contrato público.

A continuación centraremos nuestras reflexiones sobre la potestad del contratante de rescindir el contrato por causas imputables al contratista, y veremos cómo se perfila esta potestad pública no ya a partir de las especulaciones del operador jurídico sobre el contenido de unas etéreas cláusulas exorbitantes, implícitas o inherentes al contrato, sino desde la exigencia de la legalidad y según los principios del Derecho de los contratos.

¹⁷ Tal como se ha hecho notar, el DLCP hace constante alusión a la “rescisión” del contrato incluso por una causa imputable al contratista, causa esta que se traduce, en definitiva, en un incumplimiento contractual. Pues bien, es lo cierto que el DLCP ha debido tener en cuenta que la extinción del contrato debido a un incumplimiento sobrevenido de parte del contratista supone la “resolución” del contrato, no su “rescisión”. La distinción entre ambas figuras la explicó muy bien la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 969 del 23-11-2016, caso Inversora MAWAKA, C.A., en la cual señaló lo siguiente: “De manera que, a criterio de esta Sala, debió considerarse que las partes tienen el derecho de anular o rescindir un contrato por una causal existente en el momento mismo de su celebración, en cambio, el derecho de resolver el contrato se adquiere por circunstancias que nacen con posterioridad a su celebración. En efecto, tanto la rescisión como la resolución son dos modos de extinción de un contrato válido, que no abarcan el mismo concepto, como lo sostiene el fallo de la Sala Político Administrativa, pues se insiste, la rescisión opera por causas existentes al momento de la celebración y la resolución por causas posteriores a la celebración del contrato. (...) Por ende, la resolución del contrato encuentra su fundamento en un hecho sobreviniente a la celebración que incide en la función económica y social que debe cumplir el contrato, siendo una de esas causales precisamente cuando una de las partes falta al cumplimiento de su prestación”. A lo largo de este trabajo, sin embargo, emplearemos el término “rescisión” por ser este el que se utilizó en el DLCP, ya que con ello esperamos no causar confusión en el lector al momento de contrastar nuestras palabras con el texto del DLCP.

I. La rescisión del contrato como sanción al incumplimiento

Se ha interpretado que la rescisión unilateral del contrato (también llamada caducidad cuando se trata de contratos de concesión) es una sanción impuesta por la Administración contratante como consecuencia del incumplimiento de su contratista. Aunque este asunto parece no haber generado mayores polémicas, creo que se trata de un tema que debe ser repensado, pues considero que la responsabilidad por el incumplimiento del contratista no debería someterse a las normas y principios del Derecho Administrativo Sancionador, especialmente en lo que se refiere a la presunción de inocencia y a la carga de la prueba del incumplimiento.

En este sentido la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 309 del 05-06-2019¹⁸, señaló lo siguiente:

Sobre la base de lo expuesto, debe concluirse entonces que el ejercicio de la potestad de rescisión de contratos por parte de la Administración, además de proceder cuando no se han satisfecho los requisitos exigidos para su validez o eficacia, puede ser ejercida para la protección del interés general o colectivo involucrado (invocándose al efecto razones de oportunidad o conveniencia) o por la verificación del incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista; siendo que en este último caso la terminación del contrato se reputaría como una consecuencia de naturaleza sancionatoria y que, por lo tanto, requiere de un contradictorio en sede administrativa en el que se garantice la intervención y defensa del supuesto infractor¹⁹.

De forma similar ha afirmado el profesor RAFAEL BADELL: “La rescisión unilateral o caducidad tiene un carácter sancionatorio, pues supone una inobservancia grave y sistemática de las obligaciones del co-contratante”²⁰.

La asignación de esta naturaleza sancionatoria a la rescisión unilateral del contrato en caso de incumplimiento del contratista parece estar guiada por el afán de proteger los derechos del contratista frente al poder de la Administración, ya que la consecuencia (la única sobre la que se abunda en doctrina y jurisprudencia) que se extrae de este carácter sancionador del poder de la Administración es precisamente, el sometimiento de dicho poder a la necesidad de un procedimiento

¹⁸ Caso: Complejo Siderúrgico del Lago, S.A. (COSILA).

¹⁹ Argumentos similares que asimilan la rescisión a una sanción pueden verse, entre otras, en las sentencias de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 60 del 06-02-2001 (caso Corporación Digitel. C.A.) y N° 1369 del 04-09-2003 (caso Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía).

²⁰ Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo* (Caracas: SPI, 2001) 136.

administrativo previo, que servirá además de marco para que el contratista ejerza su defensa frente a la supuesta infracción que se le imputa²¹.

Ahora bien, creo que frente a esto debemos hacernos dos preguntas concretas. En primer lugar, debemos interrogarnos sobre si la única manera de realizar una defensa de los derechos del contratista frente al ejercicio de este poder de la Administración pasa necesariamente por sostener el carácter sancionador de la rescisión unilateral. Y en segundo lugar, debemos preguntarnos si, una vez que se admita (si ello es posible) que la rescisión es una verdadera sanción, ¿la única consecuencia que se deriva de esto es el deber de sustanciar un procedimiento administrativo previo?

Respecto a lo primero considero que en estos casos (como en muchos otros) la decisión administrativa debe ser adoptada previa audiencia del interesado, sin que ello implique necesariamente que la decisión está enderezada a la imposición de una sanción. De hecho, el artículo 49 de la Constitución garantiza a toda persona, en todas las actuaciones judiciales y administrativas, el “derecho a ser oída en cualquier clase de proceso”²². Este deber de la Administración de dar audiencia al interesado antes de producir sus decisiones está igualmente consagrado en el segundo párrafo del artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Por ello considero que cualquier decisión de la Administración en esta materia debe estar precedida de la tramitación del respectivo procedimiento administrativo en el que se dé audiencia al interesado. Así lo exige su derecho a ser oído en todos los asuntos en los que ostente un interés legítimo o un derecho subjetivo. Pero esto de ninguna forma tiene que traducirse en la transmutación de la rescisión del contrato en el ejercicio de un poder sancionador por parte de la Administración. El derecho del particular (en este caso del contratista) a ser oído en los asuntos de su interés no es necesariamente equivalente, en todas las situaciones, al derecho a ejercer su defensa frente a la imputación de una falta que implique el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración.

Debo mencionar, sin embargo, el hecho de que en el ámbito del Derecho común no ha faltado también quien sostenga que el fundamento de la acción resolutoria se encuentra, precisamente, en que ésta sería una “mera sanción dispuesta por el ordenamiento como medida

²¹ Señala en este sentido Badell: “antes de declarar la rescisión o caducidad del contrato administrativo es necesario iniciar y tramitar un procedimiento administrativo en el que se recojan los elementos de juicio que van a servir de fundamento a la decisión, se califique la gravedad de la falta del concesionario y, finalmente, en caso de estimarse que se trata de un incumplimiento que amerite la rescisión del contrato, se imponga la sanción correspondiente”. Rafael Badell, *Régimen Jurídico...* 132.

²² Art. 49.3 constitucional.

aflictiva para los intereses de la parte incumplidora, por la violación culpable en que ella habría incurrido, del deber primario que pone a su cargo la norma contractual violada”²³.

Considero necesario hacer una breve referencia esta teoría para salir al paso a una idea que estoy seguro que podrá surgir y en virtud de la cual podría pensarse –como ha sucedido en otros asuntos relativos a la contratación pública– que la naturaleza sancionatoria de la rescisión unilateral del contrato público no es más que una extensión de la naturaleza también sancionatoria de la acción resolutoria propia del Derecho privado. Es decir, podría no faltar quien sostenga que la resolución por incumplimiento es, siempre, una sanción, tal como se ha dicho respecto a la acción resolutoria, la cual, una vez trasladada al ámbito de la contratación pública, conserva su misma naturaleza sancionatoria, aunque en este último caso se manifiesta como una decisión unilateral y ejecutoria del contratante debido a que se produce a través de un acto investido del ropaje que le otorga el privilegio de autotutela a la Administración.

Sin embargo, debemos recordar que esta teoría relativa al fundamento de la acción resolutoria no es más que eso, precisamente, un ejercicio doctrinal, entre otros varios que se han formulado y que pretenden todos ellos brindar un fundamento teórico para una figura (i.e.: la acción resolutoria) cuyas condiciones ya han sido establecidas en la Ley (v.gr.: art. 1.167 del Código Civil). La construcción teórica de este fundamento sobre el cual apoyar la norma legal pretende proporcionar una base principista para la norma positiva, de forma que a partir de los principios esbozados se puedan encontrar soluciones a otros casos no resueltos por la Ley (e.g.: ¿puede o no el deudor ofrecer el cumplimiento después de haber sido demandado?). Sin embargo, esto no supone crear o alterar las condiciones legales bajo las cuales opera la acción resolutoria, pues el contorno de esta figura ya fue elaborado por la Ley. Sin embargo, lo contrario ocurriría al afirmarse que la potestad de rescisión de la Administración contratante entraña el ejercicio de un poder sancionador, lo cual implica necesariamente el configurar completamente esta figura.

Además, tampoco podemos olvidar que lo expresado en el ámbito del Derecho común no es más que la opinión de una parte de la doctrina; opinión que no ha llegado a ser mayoritaria y que no puede ser considerada como el fundamento definitivo de la acción resolutoria, dado que, además tampoco ha estado exenta de importantes y fundadas críticas, tales como que resulta difícil concebir una sanción que tiene como efecto el liberar de una obligación a quien incumple y que, incluso, en algunos casos hasta le podría resultar beneficioso, pues la verdad es

²³ José Mélich Orsini, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2003) 128.

que la sanción no se encuentra en la resolución del contrato, sino en el resarcimiento del daño como típica reacción frente al ilícito civil. Asimismo, es también difícil concebir una sanción que requiere de la voluntad de ambas partes “la una no cumpliendo, y la otra renunciando a demandar el cumplimiento”²⁴. No resulta difícil tampoco comprender que lo que se predica sobre la acción resolutoria (la cual descansa, como es propio de una verdadera acción, en el ejercicio de un derecho por la parte afectada) no puede ser directamente trasladado al ejercicio de una potestad pública, cuyo ejercicio es en realidad, un deber para la Administración.

Por otra parte, en cuanto a la segunda interrogante que nos hemos planteado, debo observar que la sustanciación de un procedimiento administrativo no es la única consecuencia que deriva de asignar a la rescisión unilateral una naturaleza sancionatoria, ello tiene otros efectos colaterales muy importantes sobre los que hace falta reflexionar.

En efecto, afirmar que la rescisión unilateral del contrato es una sanción a su incumplimiento implica trasladar al ejercicio de esta potestad todos los principios y reglas del Derecho Administrativo Sancionador, incluyendo, destacadamente, el principio de presunción de inocencia²⁵. La consecuencia de esta presunción, que debe guiar la imposición de cualquier sanción, es que en el procedimiento el ente sancionador debe aportar plena prueba de la comisión del hecho sancionable. Esto supondría, en nuestro caso, que la Administración tendría la carga de aportar plena prueba del incumplimiento del contratista, sin lo cual no podría imponerse la sedicente sanción de rescisión unilateral del contrato, pues no se habría podido destruir la presunción de inocencia que, aparentemente, protege al contratista incumplidor. Así se razonó, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.369 del 04-09-2003, caso Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía.

Esto supondría entonces que en el ámbito de la contratación pública se habría producido una inversión de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual, lo cual estimo que no es de recibo ni encuentra justificación alguna, especialmente cuando, como se ha visto, los derechos del contratista están plenamente garantizados gracias al alcance de su derecho a ser oído antes de que se adopte la decisión administrativa.

En efecto, debe recordarse que en esta materia, el principio general –plenamente racional y razonable además– es el sentado en el texto del artículo 1.354 del Código Civil, el cual dispone, a la letra, lo siguiente: “Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien

²⁴ José Mélich Orsini, *La Resolución...* 132.

²⁵ Art. 49.2 constitucional.

pretenda que ha sido liberado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”.

El contenido de esta norma se recoge también en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone, a la letra, lo siguiente:

Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.

De acuerdo con ambas normas, el acreedor tiene la carga de demostrar la existencia de la obligación, mientras que corresponde al deudor (v.gr.: el contratista incumplidor) la carga de demostrar el hecho que supuso la extinción de esa misma obligación (v.gr.: el pago, la devolución de la cosa dada en préstamo, etc.)²⁶ si pretende haber quedado liberado de su cumplimiento. Por consiguiente, frente a un eventual incumplimiento del contratista de la Administración, si nos ceñimos a las reglas sobre la responsabilidad contractual, la Administración deberá demostrar la existencia de la obligación (i.e.: la existencia y exigibilidad de la prestación pactada en el contrato), mientras que corresponderá al contratista demostrar el cumplimiento de la obligación o cualquier otro hecho que haya producido su extinción.

Esta regla supone, en mi opinión, la más razonable solución en estos casos, dado que no somete a la Administración al trance de tener que demostrar lo que en muchos casos no es más que un hecho negativo indefinido²⁷. Debo advertir, sin embargo, que aunque en muchos casos el incumplimiento puede implicar un hecho negativo indefinido (exento, por ende, de prueba), no significa que todo incumplimiento deba serlo en todo caso, dado que pueden existir supuestos en los que sí pueda y deba ser demostrado dicho incumplimiento, como sucedería, por ejemplo, si en el contrato se han pactado hitos temporales en los cuales, según el propio contrato, debería haberse cumplido con un concreto porcentaje de avance en el cumplimiento, porcentaje que, además, puede ser objetivamente calculado. En estos casos, si la

²⁶ Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III* (Caracas: UCAB, 2008) T.I. 186.

²⁷ Véase al respecto la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 601 del 11-11-2021 (caso Químicas A.V.E., S.A.), en la que Sala declara expresamente que los hechos negativos indefinidos, es decir, aquellos que no están limitados en el tiempo, no pueden ser probados, y de hecho, en el caso concreto exime al demandante de probar el incumplimiento de la obligación de pagar el precio en una compraventa. En este sentido señaló la Sala: “En el caso objeto de resolución, el recurrente advierte en su libelo de demanda la ausencia de pago del monto convenido para la compraventa realizada, lo que se traduce, de acuerdo a lo explicado en líneas precedentes, en un hecho negativo indefinido que, conforme se ha señalado, está exento de prueba por quien lo alega, esto es, por el demandante formalizante”.

Administración alega que, una vez llegado a determinado hito temporal, el avance es inferior al pactado en el contrato, entonces, en mi opinión debería demostrar este alegato. En este ejemplo, resulta obvio que el hecho alegado, aunque es negativo, no es indefinido, dado que sí está limitado en el tiempo por el cumplimiento del hito temporal establecido en el contrato.

Adoptar las mencionadas reglas sobre la carga de la prueba para el procedimiento administrativo, podría además, contribuir a evitar las complicaciones que hemos observado en la sustanciación de algunos procedimientos en los que la Administración se ve emplazada a cumplir con el impracticable deber de demostrar que el contratista no realizó alguna prestación concreta que constituye su obligación bajo el contrato. Tal como sucedió en el caso decidido por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante la sentencia N° 6.483 del 08-12-2005, caso Beta Ingeniería, C.A., (decisión sobre la cual volveré más adelante), en la que se señaló que:

En todo caso, es pertinente señalar que el incumplimiento imputado a la contratista no requería de un procedimiento administrativo complejo, sino más bien, lo esencial, por la naturaleza del incumplimiento imputado, era constatar con fundamento en las cláusulas contractuales si se había verificado o no la consignación de la fianza.

El error en este caso, por supuesto, radica en suponer que la carga de la Administración en el procedimiento era demostrar el incumplimiento que en este caso sí puede calificarse como un hecho negativo indefinido (falta de consignación de la fianza). Por el contrario, si se hubiese comprendido que la Administración debía demostrar la existencia de la obligación, ello habría ayudado a centrar el asunto en lo que constituyó, posteriormente, el verdadero tema de debate, dado que el contratista en este caso insistió en argumentar –en sede judicial– que la obligación supuestamente incumplida estaba sometida a una condición que aún no se había satisfecho, por lo que en realidad dicha obligación aún no existía o, al menos, no era exigible.

Este tipo de errores (como se explica más adelante) ha llevado a los tribunales a “rizar el rizo”, tratando de encontrar una justificación a la ausencia de verdaderos procedimientos administrativos allí donde parecía no poder exigirse de la Administración una intrincada actividad probatoria encaminada a demostrar que, simplemente, el contratista no cumplió. El problema, como he explicado, no radica entonces en el tipo de procedimiento que es necesario realizar, en función del tipo de incumplimiento que se pretende “demostrar”. Al hacer esto se está poniendo el acento en el elemento equivocado (i.e.: el procedimiento), dado que lo realmente importante es determinar qué hechos tiene la Administración la carga de demostrar.

En este sentido, como he señalado, considero que, en principio, la Administración no tiene la carga de demostrar el incumplimiento. Sin embargo, esto ha abierto la puerta a una complicación adicional, cuando encontramos decisiones judiciales que tienden a morigerar o flexibilizar el deber de la Administración de sustanciar el procedimiento previo, permitiendo incluso que este requisito sea sustituido por meros trámites administrativos que no configuran un verdadero procedimiento, tales como llevar a cabo una verificación o comprobación previa para “sostener” que se ha demostrado el incumplimiento (v.gr.: verificar si se consignó la fianza o no), cuando lo realmente importante es que se satisfaga el deber de dar audiencia al interesado (deber que no depende en absoluto de la naturaleza sancionatoria de la rescisión unilateral).

Esta solución jurisprudencial, sin embargo, entra en franca contradicción con la defensa que al mismo tiempo se hace del carácter sancionatorio de la rescisión unilateral, ya que ¿cómo puede afirmarse que la Administración puede imponer una sanción sin un verdadero trámite procedimental? Toda esta situación se habría podido evitar si se asume claramente que el deber de la Administración es demostrar en el procedimiento la existencia de la obligación y dar audiencia al interesado.

En definitiva, considero que, respetando los cauces legales indispensable para que la Administración, dotada del privilegio de autotutela, pueda emitir un acto administrativo ejecutivo y ejecutorio, han debido en todo caso preservarse y acatarse las reglas y principios de Derecho que disciplinan la responsabilidad de las partes bajo el contrato.

II. El procedimiento para la rescisión unilateral del contrato

Centrados ahora en el ejercicio de la potestad de rescisión unilateral del contrato, consagrada en el artículo 155 del DLCP para el ámbito de los contratos de suministro, de obra y de servicios, debemos ahora examinar la ya mencionada exigencia de la sustanciación de un procedimiento administrativo previo a la decisión que acuerde la rescisión del contrato.

Al respecto puede observarse que por algún tiempo se produjeron algunas inconsistencias en la jurisprudencia en la materia, las cuales parecen haber ido allanándose.

Por una parte debe hacerse notar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de forma consistente, ha sostenido que la rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración exige la previa sustanciación de un procedimiento administrativo con el fin de hacer efectivo el ejercicio del derecho a la defensa del interesado. Así, en sentencia del 20-06-2000, (Caso Aerolink Internacional, S.A.), la Sala Constitucional señaló que:

...la Administración frente a ese incumplimiento contractual como por ejemplo falta de pago, falta de constitución de las fianzas exigidas, falta de rendición de cuentas etc., tiene la potestad de rescindir unilateralmente el contrato pero respetando los derechos subjetivos o intereses legítimos de los concesionarios, toda vez que el acto por el cual se rescinde la concesión es un acto administrativo que debe estar precedido de un procedimiento que garantice el derecho a la defensa y al debido proceso del concesionario, aun cuando ese procedimiento sea expedito, como lo sería el procedimiento sumario contenido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Esta doctrina fue ratificada por la misma Sala Constitucional, mediante la sentencia N° 884 del 24-04-2003, caso Constructora El Milenio, C.A.

A pesar de lo anterior algunas decisiones de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia –previas a la reforma de la LCP de 2010– no son consistentes con este criterio. Así, por ejemplo, en la sentencia N° 614 del 13-05-2009, caso Aliva Stump, C.A., la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia no estimó necesaria la sustanciación de un procedimiento antes de que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura rescindiera unilateralmente un contrato de obra. En este caso la Sala esgrime un argumento que supone una petición de principio, pues afirma lo siguiente:

Con fundamento en lo señalado, en principio esta Sala no considera vulnerados por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, los derechos a la defensa y al debido proceso de la recurrente, habida cuenta que ese ente tenía la potestad de rescindir unilateralmente el contrato administrativo celebrado, esgrimiendo para ello razones que, de acuerdo a los dispositivos arriba transcritos, justifican tal medida.

En definitiva, de acuerdo con este fallo, el ejercicio de la potestad rescisoria no requiere de la previa sustanciación de un procedimiento administrativo dado que el ente público “tiene la potestad de rescindir unilateralmente el contrato”. Creo que no es necesario abundar sobre el error lógico en que incurre el fallo²⁸.

²⁸ Debo añadir que razonamientos de este tipo, que suelen incurrir en una petición de principio, parecen ser comunes en los litigios relativos a los contratos públicos, dado que la mera comprobación de la existencia de la potestad del contratante para rescindir unilateralmente el contrato (o cualquier otra potestad en esta materia) parece erigirse en argumento suficiente para ratificar la legalidad y validez de la decisión adoptada. Así, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Político-Administrativa (en Sala Especial Primera) N° 225 del 07-12-2023, caso Constructora S.M.G., C.A., se señaló lo siguiente: “advierte la Sala que la reclamación por lucro cesante incoada por la accionante resulta improcedente, toda vez que la rescisión unilateral del contrato es una potestad del ente contratante”. El razonamiento es obviamente errado, lo cual no supone necesariamente que en este caso ha debido concederse la solicitada indemnización por concepto de lucro cesante, dado que es también muy frecuente que este tipo de reclamos resulte improcedente en el marco de la responsabilidad contractual, pero ello se debe esencialmente a que el

Sin embargo, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia reiteró el criterio anteriormente expuesto en la sentencia N° 1.811 del 10-12-2009, caso Tadeo Anzoátegui C.A., donde la prescindencia del procedimiento previo es fundamentada en las necesidades del servicio público. Al respecto argumentó la Sala lo siguiente:

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que en el caso bajo estudio la Administración no se encontraba obligada a iniciar un procedimiento administrativo para rescindir el contrato; máxime cuando su objeto era la prestación del servicio público de aseo en el cual priva el interés general de la comunidad sobre el particular de la contratista, tratándose de una necesidad básica de la población que comporta la protección de derechos humanos fundamentales, tales como: el derecho a la salud, a la vida digna de la sociedad y a la preservación del medio ambiente, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de lo cual las autoridades deben actuar de manera celeré y eficiente para garantizar la debida prestación del servicio.

La posibilidad de dictar un acto de rescisión contractual sin un procedimiento administrativo previo fue reiterada en la sentencia de la misma Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.391 del 26-10-2011, caso Cítricos y Lácteos C.A. (CILACA), en la que nuevamente se señaló: “la Administración no se encontraba obligada a iniciar un procedimiento administrativo para rescindir el contrato sino que resultaba suficiente basar su decisión en hechos concretos y notificar su decisión a los particulares, en virtud del principio de legalidad”²⁹.

A todo evento, la duda sobre la necesidad o no de sustanciar un procedimiento administrativo previo a la rescisión unilateral del contrato parece haber quedado zanjada, en un primer momento, por la reforma de la Ley de Contrataciones Públicas (LCP) de 2010³⁰, en la cual se incorporó la regulación relativa a las medidas preventivas aplicables una vez “[a]bierto el procedimiento administrativo para determinar el

lucro cesante en el ámbito contractual suele resultar en el reclamo de un daño eventual, no indemnizable a tenor de lo establecido en el art. 1.274 del Código Civil (a menos que el daño derive de un incumplimiento por dolo). En este sentido señalan Maduro Luyando y Pittier Sucre: “La condición de certeza del daño excluye a aquellos daños cuya realización dependa de un acontecimiento futuro e incierto, tal ocurre con el daño eventual, aquel que depende de un acontecimiento futuro e incierto, que no se sabe si va o no a ocurrir”. Vid.: Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones...* Tl. 162, tal es el caso, precisamente, de la realización de la utilidad esperada bajo el contrato, la cual constituye la medida del lucro cesante, pero que, al mismo tiempo, no se sabe si va a ocurrir o no, pues ello es parte del riesgo que asume el contratista.

²⁹ El razonamiento es poco claro, pero pareciera que en este caso la Sala entendió que el deber de la Administración se centraba en motivar el acto rescisorio, y que los derechos del contratista quedarían garantizados al reconocérsele el derecho a accionar y, por ende, atacar en fase recursiva, los motivos esgrimidos por la Administración. Evidentemente, esto no satisface el imperativo constitucional de dar audiencia al interesado antes de adoptar la decisión correspondiente.

³⁰ Gaceta Oficial N° 39.503 del 06-09-2010.

incumplimiento por parte del contratista en los contratos de ejecución de obras”³¹; de lo que se deducía que para rescindir el contrato se requiere siempre de un procedimiento administrativo previo.

El DLCP-11-2014, por su parte, apuntaló mucho más esta conclusión, dado que el encabezado del artículo 155 señala expresamente que “[e]l contratante previa sustanciación del respectivo procedimiento administrativo, respetando el debido proceso y garantizando el derecho a la defensa, podrá rescindir unilateralmente el contrato”.

Asimismo, debemos señalar que aún antes de la reforma de la LCP de 2010 parecían ser muchas más las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia que defendieron la necesidad de que el acto rescisorio esté precedido de un procedimiento administrativo. Así lo hizo la Sala en la ya citada sentencia N° 820 del 31-05-2007, caso Marshall y Asociados C.A. y Puerto Mar C.A. Y así lo hizo también, entre otras, en las sentencias N° 60 del 06-02-2001 (caso Corporación DIGITEL C.A.), N° 1.369 del 04-09-2003 (caso Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía), N° 1.137 del 04-05-2006 (caso Constructora Clador, C.A.) y N° 603 del 11-05-2011 (caso Petroleum Contractor, C.A.).

No obstante, aun admitiéndose la necesidad de sustanciar un procedimiento previo a la decisión resolutoria de la Administración, en algunas ocasiones la jurisprudencia ha admitido y justificado un relajamiento de este requisito, ya que en no pocas ocasiones la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha omitido exigir el cumplimiento de un verdadero procedimiento regulado en la Ley, y se ha limitado a comprobar la existencia, a lo sumo, de algunas formalidades administrativas básicas, y en esto, como ya lo he señalado previamente en este mismo trabajo, ha jugado también un papel importante una errada concepción de los principios fundamentales de la responsabilidad contractual.

En este sentido, en la ya citada sentencia N° 6.483 del 08-12-2005, caso Beta Ingeniería, C.A., hemos visto que la Sala consideró, que “el incumplimiento imputado a la contratista no requería de un procedimiento administrativo complejo”. Con lo cual queda evidenciado el error del que parte el razonamiento de la Sala al considerar que la carga de la Administración se concreta en demostrar el incumplimiento de su contratista.

A partir de este error, el razonamiento del fallo se complica cada vez más, ya que la Sala pretende entonces que el procedimiento aplicado se

³¹ Art. 130 de la LCP de 2010. Nótese que la norma reafirmó el error conceptual que hemos puesto de relieve, dado que alude a un procedimiento “para determinar el incumplimiento por parte del contratista”, cuando en verdad este no ha debido ser nunca el objeto del procedimiento.

adapte a la envergadura del incumplimiento que se desea demostrar. Pero la verdad es que el derecho del contratista a ser oído antes de que se tome la decisión administrativa no se puede hacer depender de la complejidad de la demostración de ese incumplimiento, cuestión que además, insisto, no tiene que ser demostrada por la Administración.

Pero, como he señalado en otra ocasión al comentar esta misma sentencia³², esto también plantea dudas insalvables que tienden a multiplicarse. Por ejemplo: ¿dónde está la frontera que permite determinar si debe aplicarse un procedimiento complejo o uno no complejo? Y además, ¿cómo puede la Administración adelantar la complejidad del asunto sin antes haber oído los planteamientos del contratista, lo cual debería ocurrir, precisamente, en el procedimiento administrativo?

Adicionalmente, sobre este fallo he señalado también que lo que la Sala parece calificar como un procedimiento no complejo, no es más que un mera formalidad, un trámite que consiste en verificar si se consignó la fianza o no. Sin embargo, resulta forzado pensar que este mero trámite pueda equipararse a un verdadero procedimiento administrativo, que se erija además en garantía del derecho del contratista a ser oído antes de que se produzca la decisión administrativa.

Asimismo, como es sabido, los procedimientos sólo pueden ser creados por la Ley³³, por lo que o se sustancia un procedimiento legalmente establecido o, sencillamente, se estaría incumpliendo este requisito, dado que la Administración no puede crear o inventar procedimientos para casos particulares.

Similar relajamiento del procedimiento administrativo aplicable puede apreciarse en la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 34 del 25-01-2012, caso Grupo Novoca, C.A.³⁴, en la cual la Sala afirmó:

...resulta evidente que la Dirección de Obras Civiles de la Armada (Organismo a cargo de la supervisión y fiscalización de la ejecución de la obra), notificó en reiteradas oportunidades a los representantes de la empresa que existía un retraso en la ejecución de los trabajos, y que en virtud del mismo se había dado inicio a los trámites legales conducentes para rescindir el contrato de obra.

De esta forma lo que ha debido ser un procedimiento previo, es remplazado por los trámites tendentes a concretar una decisión ya adoptada, pues el contratista es notificado de una vez del “inicio [de] los trámites legales conducentes para rescindir el contrato de obra”.

³² Mauricio Subero Mujica, “La ineludible decadencia del contrato administrativo...”.

³³ Arts. 156.32 y 187.1 de la Constitución.

³⁴ Y de forma también similar en las sentencias N° 60 del 06-02-2001 (caso Corporación DIGITEL C.A.), N° 1.137 del 04-05-2006 (caso Constructora Clador, C.A.), y N° 603 del 11-05-2011 (caso Petroleum Contractor, C.A.) de la misma Sala.

La única conclusión viable en este caso, como lo he dicho, es sostener que la rescisión unilateral debe estar precedida de un procedimiento administrativo cuya finalidad es dar audiencia al interesado, y en el cual la Administración contratante debe demostrar la existencia y exigibilidad de la obligación, mientras que el contratista tiene la carga de demostrar la extinción de dicha obligación.

III. Los supuestos de rescisión por causas imputables al contratista y las cláusulas resolutorias expresas

El artículo 155 del DLCP prevé la potestad del órgano o ente contratante de rescindir unilateralmente el contrato cuando el contratista incurra en cualquiera de las circunstancias que en esa misma norma se describen.

No obstante, desde la perspectiva de la doctrina tradicional del *contrato administrativo* el listado de causas de rescisión unilateral del contrato no se agota con lo previsto en la norma legal. En efecto, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha admitido que la rescisión unilateral del contrato puede suceder tanto por las causales previstas en el mismo contrato como por aquellas previstas en una norma legal. Así lo señaló en la sentencia N° 820 del 31-05-2007, caso Marshall y Asociados C.A. y Puerto Mar C.A..

Para la Sala es indiferente que la rescisión se fundamente en causales previstas en la Ley o en el contrato, pues de acuerdo con el mencionado fallo, en uno y otro caso las exigencias y consecuencias son las mismas. Así, de acuerdo con la sentencia ya mencionada, en cualquiera de estos supuestos será indispensable la sustanciación de un procedimiento administrativo previo a la decisión de rescisión contractual con el fin de garantizar que el contratista pueda ejercer su “derecho a la defensa” contra las “imputaciones” que se le hacen.

Para la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, por lo tanto, no existe diferencia entre la rescisión acordada como ejecución directa de la Ley, de la rescisión que deriva de la ejecución de una disposición contractual, pues incluso esta última se produciría también a través de un acto administrativo dictado por el ente contratante; acto este que, por supuesto, estaría dotado de las notas de ejecutoriedad y ejecutividad propias de todos los actos administrativos, aunque se trate en este caso de un acto fundado sobre el contenido de cláusulas contractuales; admitiéndose así que la decisión administrativa, cualquiera que sea su fundamento, es ejecutoria y puede, por ende, poner fin al contrato, correspondiéndole al interesado la carga de impugnar el acto de la Administración contratante.

Sin embargo, en mi opinión el ejercicio de toda potestad debe sujetarse a las reglas del principio de legalidad, por lo que debe admitirse

que sí existe una diferencia fundamental entre la rescisión unilateral declarada de conformidad con lo establecido en la Ley (v.gr.: art. 155 del DLCP) y la resolución del contrato que la Administración pretenda por cualquier razón pactada en el contrato y ajena a las normas legales.

Por ello, estimo que fuera del ámbito acotado por el límite de las atribuciones asignadas por la Ley (v.gr.: art. 155 del DLCP o cualquier Ley aplicable a cualquier contrato público), pervive el principio general consagrado en el artículo 1.167 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos su hubiere lugar a ello.

Debe destacarse de esta norma que el incumplimiento contractual no otorga a ninguna de las partes el derecho a emanar una decisión capaz, por sí misma, de extinguir el contrato, sino que tan sólo permite que la parte inocente exija la resolución del contrato al Juez competente, es decir, la norma otorga el derecho a reclamar judicialmente bien la resolución del contrato o bien su cumplimiento, y en ambos casos la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Señala el profesor MÉLICH ORSINI que:

En efecto, nuestro artículo 1.167 C.C. habla claramente de la necesidad de que cualquiera que sea la elección de la parte inocente, el cumplimiento o la resolución, ésta debe "reclamar judicialmente". La resolución es, pues, normalmente obra del juez. Se cumple mediante una sentencia constitutiva³⁵.

Así pues, en ausencia de una sentencia judicial que, con fuerza constitutiva, declare la resolución del contrato, habría que sostener que el contrato entre las partes pervive y tiene plena fuerza vinculante hasta que su terminación sea acordada por el Juez.

Sobre este particular debe recordarse que la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse al analizar el alcance y contenido de un contrato en el que estimó que el contratante (i.e.: PDVSA) no ostentaba ninguna potestad pública. Este pronunciamiento se realizó en sentencia N° 210 del 18-02-1999 (caso: Escort y Anatec contra PDVSA), y la Sala señaló lo siguiente:

Ahora bien, para poder determinar si existió un incumplimiento de la parte demandada, PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S.A. (PDVSA), al resolver unilateralmente el contrato celebrado con las empresas reclamantes, el cual fuera acompañado al libelo marcado 'C', es necesario precisar si existe o no la

³⁵ José Mélich Orsini, *Doctrina General del Contrato* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana-Marcial Pons, 1997) 745.

posibilidad de la resolución unilateral del contrato en el ordenamiento jurídico venezolano.

Al respecto, la Sala observa que en nuestro ordenamiento jurídico resulta necesario reclamar judicialmente la resolución de los contratos (...).

En consecuencia, dado que no era posible para la parte demandada resolver unilateralmente el contrato que suscribiera con las empresas demandantes y, siendo que la representación de la propia demandada ha reconocido que no ha cumplido con los términos del contrato en cuestión en razón de haberlo resuelto unilateralmente, tal como lo expresa en su escrito de contestación a la demanda, debe considerarse verificado en el presente caso el incumplimiento de la demandada con relación a sus obligaciones contractuales el cual se presume culposo, al no haber sido alegada ninguna causa extraña no imputable por parte de PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S.A. (PDVSA), de acuerdo a lo previsto en el artículo 1.271 del Código Civil.

De acuerdo con este criterio jurisprudencial, cuando una de las partes pretende verificar la resolución unilateral del contrato con su propia decisión y sin acudir a la autoridad del Juez, dicha "resolución" unilateral (que no tiene en verdad efectos resolutorios sobre el contrato) no genera otra cosa que su propio incumplimiento a los términos del contrato, debido a que las decisiones unilaterales de las partes carecen, en principio, de fuerza ejecutoria. La decisión del ente público contratante tendrá efectos constitutivos y fuerza ejecutoria únicamente cuando se trate del ejercicio de una potestad pública asignada directamente por la Ley.

Así pues, en una primera aproximación al tema habría que sostener que la Administración contratante solo podría declarar unilateralmente la rescisión del contrato, mediante un acto administrativo dotado de ejecutividad y ejecutoriedad, en aquellos supuestos previstos en la Ley, pues es la Ley la que establece con estos supuestos, los límites materiales para el ejercicio de la potestad que otorga. De resto, tal y como sucedió en el caso antes apuntado, la Administración, ante el incumplimiento de su contratista, debería demandar judicialmente la resolución del contrato.

Sin embargo, debemos interrogarnos ahora sobre las consecuencias que podría tener la inclusión en el contrato de una cláusula resolutoria expresa, lo cual es, además, una práctica muy común. Es decir, ¿puede una decisión unilateral de la Administración tener la fuerza para, por sí misma, extinguir el contrato si ello ha sido pactado en el mismo contrato?

En mi opinión, y salvo que llegase a existir en el futuro una regulación contraria aplicable a los contratos públicos (la cual aún no existe), la virtualidad de la cláusula resolutoria expresa debe ser examinada atendiendo a los principios de Derecho Común, dado que no se trata en este caso del ejercicio de una potestad pública sino del alcance y consecuencias de lo convenido por las partes.

Sin embargo, la verdad es que el Derecho Común no ha podido aportar una solución definitiva para estos temas. Pero, en todo caso, sí existe una conclusión clara y evidente: cualquiera que sea la interpretación que se asuma, es obvio que los efectos de la cláusula resolutoria expresa no serán jamás iguales ni equivalentes al ejercicio de una potestad derivada de la legalidad.

En este sentido el profesor MÉLICH ORSINI ha apuntado algo que no solo es frecuente en la contratación privada, sino que también suele darse en la contratación pública, me refiero a aquellos casos en que se incluye en el contrato una cláusula resolutoria expresa que no hace más que reiterar, mediante fórmulas lingüísticas más o menos complejas, el contenido del artículo 1.167 del Código Civil, “se trata entonces –dice MÉLICH– de una ‘cláusula de estilo’, de esas que suelen abundar en muchos contratos típicos, en los que se repite el contenido de ciertas normas con fines de mera corroboración”³⁶.

La cuestión que este tipo de cláusulas de mera corroboración plantea es si sigue siendo en estos casos indispensable la intervención judicial o si, por el contrario, la disposición contractual es suficiente para predicar la resolución de pleno derecho del contrato en caso de incumplimiento.

Explica el mismo autor que:

Con el objeto de auxiliar al intérprete en la solución de esta difícil cuestión interpretativa, el nuevo Código Civil italiano considera, en su art. 1456, que solo hay propiamente un “pacto comisorio expreso” cuando lo estipulado en la cláusula es “que el contrato se resuelva en el caso de que una determinada obligación no se cumpla según las modalidades establecidas”, descartando toda hipótesis en que el supuesto del incumplimiento no se hubiere configurado como un suceso concreto de fácil y material comprobación, que excluya por sí mismo toda intervención de poder de apreciación del Juez. En caso contrario, por lo tanto, sí, verbigracia, se hubiese pactado simplemente que “cualquier incumplimiento o retardo de las obligaciones derivadas del contrato produce la resolución de pleno derecho”, se aduce por la doctrina italiana que el principio inderogable de la ejecución del contrato según las normas de la buena fe, obligaría a la intervención del juez, pues dicho principio no permitiría que cualquier incumplimiento o retardo de ínfima gravedad pudiera producir el efecto de dejar al deudor al arbitrio del acreedor”³⁷.

Sin embargo, el mismo autor advierte que esta no es la posición dominante en Francia, donde se considera que si las partes han estipulado una cláusula resolutoria expresa, aun cuando se trata de aquellas que no hacen más que corroborar o reiterar el contenido de la norma legal, es

³⁶ José Mélich Orsini, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento...* 283.

³⁷ Ídem., 283-284.

porque ellas esperan producir efectos que van más allá de lo establecido en la Ley³⁸.

Así pues, a la luz de lo antes expuesto debemos comenzar por señalar que en el marco de los contratos públicos, si el intérprete considera que una cláusula resolutoria expresa con un contenido meramente reiterativo de lo establecido en el artículo 1.167 del Código Civil no excluye la intervención del Juez, entonces habrá que estar a lo que ya se ha dicho, esto es, que la resolución sólo se producirá en virtud de la sentencia que así lo acuerde, la cual tendrá por ello efectos constitutivos. Por consiguiente, ninguna decisión unilateral de la parte inocente tendría en este caso la fuerza suficiente para extinguir el contrato.

Ahora bien, si, por el contrario, se interpreta que dichas cláusulas ratificadorias de la norma civil permiten la resolución de pleno derecho del contrato, o si, de otra parte, no se trata de una mera cláusula de corroboración, sino que se ha pactado una cláusula resolutoria expresa con un contenido específico, donde la resolución del contrato se hace depender del incumplimiento o retardo en el cumplimiento de una obligación precisa y determinada según las modalidades pactadas (es decir, si no se trata de una mera ratificación del artículo 1.167 del Código Civil), entonces, en estos casos, las consecuencias serán también diferentes a las que derivan del ejercicio de una potestad pública, pues en ambos casos la resolución se produciría como consecuencia de la configuración en la realidad del evento previsto por las partes, y no sería nunca el producto de una decisión unilateral y ejecutoria de una de ellas. Es decir, en estos casos el contrato se extinguiría al consumarse el evento previsto contractualmente y no con la decisión de la parte inocente.

Por supuesto que en estos casos también será posible la intervención del Juez, pero esta vez para declarar si efectivamente ha ocurrido la extinción del contrato en los términos pactados o no, de suerte que la sentencia no tendría en este caso efectos constitutivos, sino declarativos.

IV. Naturaleza del acto rescisorio

Para finalizar me referiré a la doctrina sentada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante la sentencia N° 1.766 del 12-07-2006 (caso Lirka Ingeniería, C.A.), en la cual se apuntó lo siguiente:

Como se señaló anteriormente, las decisiones que hacen referencia a la naturaleza de los actos rescisorios son contestes al considerar que esta especie de manifestación de voluntad de la Administración no puede desvincularse del contrato administrativo de que se trate.

³⁸ Ídem., 284.

Tal apreciación tiene su fundamento en el intercambio de voluntades entre la Administración y el contratista, lo cual da origen a una serie de prestaciones que comportan poderes y obligaciones en cabeza de cada una de las partes. Así, aunque la rescisión anticipada es una de las facultades o prerrogativas que tienen los entes contratantes en resguardo del interés general –sea que estén o no contenidas expresamente en el contrato–, ésta constituye una estipulación convenida y aceptada por las partes, que puede o no materializarse luego de la suscripción del contrato, es decir, en la fase de su ejecución, de allí que el acto rescisorio sea considerado un acto propio de esta etapa.

En efecto, al ser la potestad rescisoria una facultad propia de la Administración para dar por terminado un vínculo contractual por tratarse de una convención regida por el Derecho Público, el ejercicio de dicha potestad constituye un acto de ejecución del contrato mismo y como tal, no puede ser considerado como un acto aislado del ente contratante, sino que necesariamente debe ser analizado a la luz del contrato, toda vez que allí tiene su origen.

Por otra parte, además de considerar al acto rescisorio como un acto de ejecución del contrato administrativo, la tendencia de la jurisprudencia ha sido negar insistentemente –tal como hemos visto desde 1991– la idoneidad del recurso contencioso administrativo de nulidad para atacar la terminación anticipada de la convención, señalando sobre el particular la existencia de otros medios judiciales específicos para tal fin; sin embargo, en ninguno de los fallos aludidos se especifica cuáles son los medios a los que se hace referencia.

Ahora bien, si se parte de la premisa que las acciones a ejercer en los casos como el de autos, deban ser aquellas donde, necesariamente, se trate la rescisión como una consecuencia del incumplimiento del contrato y no como una decisión aislada de la Administración, lo pertinente sería considerar que el medio adecuado para atacar el acto rescisorio es la demanda por cumplimiento de contrato, toda vez que con la interposición de un recurso de nulidad lo que se pretende, en realidad, es demostrar que no existía mérito para que el ente contratante decidiera dar por terminada la relación contractual según los términos en que fue suscrita la convención y que, por tanto, éste se debió seguir ejecutando.

De esta forma la Sala coloca de nuevo sobre la mesa el tema de los llamados actos separables, es decir, actos administrativos que si bien guardan alguna relación con la conclusión, ejecución o extinción de un contrato público, pueden ser considerados aisladamente del contrato, y como actos administrativos que son, pueden –en virtud de lo establecido en el artículo 259 de la Constitución– ser impugnados por ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Al respecto ha comentado el profesor BADELL lo siguiente:

Con esta teoría [de los actos separables], además del control de los actos preparatorios o previos a la relación contractual. Se ha permitido también –en este caso para el contratista– el control de los actos administrativos dictados en ejercicio de las prerrogativas que se acuerdan a la Administración para obtener la ejecución del contrato (v.gr. actos de dirección y control, interpretación del contrato, modificaciones, terminación por razones de

mérito, ilegalidad o incumplimiento, etc.), contra los cuales puede ejercerse el recurso de nulidad por ilegalidad³⁹.

No obstante, en la sentencia comentada la Sala estimó que el acto de rescisión unilateral del contrato no puede ser impugnado mediante la demanda de nulidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa y estimó, como se ha visto, que lo adecuado era incoar una demanda por cumplimiento de contrato.

A pesar de ello, a lo largo de este trabajo hemos visto que los poderes que se le reconocen a la Administración contratante, que, como en el caso de la rescisión unilateral del contrato, derivan de una norma legal expresa (i.e.: art. 155 DLCP), se manifiestan a través de un acto dotado de ejecutoriedad, pues él mismo tiene efectos constitutivos, y puede, por ejemplo, extinguir el contrato sin necesidad de que la Administración lo reclame judicialmente, y además, se trata en este caso de una decisión que se produce luego de la sustanciación de un procedimiento administrativo. La única conclusión posible es entonces que la decisión de la Administración por la cual se rescinde unilateralmente el contrato, en caso de incumplimiento del contratista, es un verdadero acto administrativo.

Ahora bien, si esta decisión está siempre contenida en un acto administrativo, que es, por naturaleza, ejecutorio y está dotado de ejecutividad, entonces resulta imposible negar que dicho acto, gracias a la universalidad del control ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, tal como se deduce del contenido del artículo 259 de la Constitución⁴⁰, no puede escapar del examen de validez que sobre él pueden realizar los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa⁴¹.

³⁹ Rafael Badell Madrid "El Recurso de Nulidad" en *Derecho Contencioso Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Luis Henrique Farías Mata* (Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2006) 15.

⁴⁰ En este sentido apuntó el profesor BADELL lo siguiente: "El impulso que ha tenido el sistema contencioso administrativo en Venezuela y su concepción como verdadero sistema jurídico-subjetivo de protección de los particulares frente a la actuación administrativa, han fortalecido una de las características que hoy en día destaca, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, esto es, su carácter universal, lo cual supone el sometimiento de todos los órganos del Estado que ejercen funciones administrativas al control de los tribunales que conforman dicha jurisdicción, independientemente de la forma como se manifieste esa actuación (hechos, actos u omisiones)": Rafael Badell Madrid "El Recurso de Nulidad"... 9.

⁴¹ La norma constitucional no deja lugar a dudas. De acuerdo con su texto "Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los administrativos generales o individuales contrarios a derecho". Esta norma se encontraba, en términos muy similares, en el artículo 206 de la Constitución de 1961, y bajo la vigencia de este texto constitucional ya la doctrina y jurisprudencia, a partir de su contenido, habían confluído para sentar como principio ineludible la universalidad del control contencioso administrativo. En este sentido, por ejemplo, señaló el profesor BREWER CARÍAS hace ya tiempo lo siguiente: "El artículo 206 [hoy

Por ello, no podemos comprender que en el fallo citado se afirme que “la tendencia de la jurisprudencia ha sido negar insistentemente (...) la idoneidad del recurso contencioso administrativo de nulidad para atacar la terminación anticipada de la convención”. Lo cual no sólo es históricamente incorrecto (sobre lo cual volveré más adelante), sino que, en todo caso, resultaría francamente contrario a la disposición contenida en el artículo 259 de la Constitución, pues sería tanto como admitir la existencia de ciertos actos administrativos excluidos del control contencioso administrativo.

Ahora bien, la Sala observó en este caso que la supuesta inadecuación del medio procesal elegido por la actora no es un motivo que le permita declarar la inadmisibilidad de la demanda (tal y como se preveía en el numeral 3 del artículo 124 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), así que concluye que:

...quedará a criterio de la sociedad mercantil recurrente si continúa sosteniendo la solicitud de declaratoria de nulidad o si, por el contrario, ejerce el señalado medio judicial para demostrar que no incurrió en el supuesto incumplimiento que sirvió de base para dictar el acto administrativo recurrido y, asimismo, satisfacer todas sus pretensión.

Pues bien, es el caso que la parte actora optó por continuar sosteniendo su pretensión de nulidad en contra del acto rescisorio; pretensión esta que fue analizada por la Sala en los términos de cualquier otra demanda de nulidad incoada en contra de un acto administrativo, tal como se evidencia de la sentencia definitiva N° 1.263 del 09-12-2010, frente a lo cual cabe preguntarse: si el acto rescisorio es un acto de ejecución contractual—como lo afirmó en la sentencia-07-2006— ¿es posible entonces examinar la demanda que contra él se deduce a partir de las condiciones de validez de los actos administrativos, teniendo en cuenta que todo acto administrativo es, ante todo, un acto de ejecución de la Ley?

La decisión del año 2006 sentó un precedente que tuvo mucho eco en la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. La doctrina sentada en el fallo del 2006 se repitió en muchas sentencias de la misma Sala, entre ellas, por ejemplo, las siguientes: N° 614 del 13-05-2009 (caso Aliva Stump, C.A.), 1010 del 08-07-2009 (caso Corporación Maite, S.R.L.), 1073 del 15-07-2009 (caso Consorcio Prosigma El Marques "PROMARQUES" S.A.), 1217 del 12-08-2009 (caso

artículo 259] de la Constitución establece que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos contrarios a derecho, por lo que no cabe ningún tipo de distingo respecto de los actos administrativos para pretender que algunos de ellos no están sometidos a control. No existen, por tanto, en nuestro sistema contencioso-administrativo, actos que puedan estar excluidos de control”. Allan Brewer Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela* (Caracas: EJV, 1993) 21-22.

Corporación Siulan, C.A.), 422 del 19-05-2010 (caso Colegio de Contadores del Estado Zulia), 50 del 19-01-2011 (caso Dyanca, C.A.), 603 del 11-05-2011 (caso Petroleum Contractor, C.A.) y 34 del 25-01-2012 (caso Grupo Novoca, C.A.).

El año 2013, por su parte, nos trajo alguna sorpresa en esta materia. En ese año la Sala Político Administrativo produjo algunos fallos contradictorios que vinieron a dificultar aún más la interpretación de la doctrina sentada en esta materia. Así, en las sentencias N° 339 del 2 abril de 2013 (caso Documentos Mercantiles, S.A. -DOMESA-), N° 799 del 19 julio de 2013 (caso Schlumberger Venezuela, S.A.) y N° 488 del 23-05-2013 (caso Clinisanitas Venezuela, S.A.), la Sala aludió al fallo sobre el caso Lirka Ingeniería, C.A. del 09-12-2010, es decir el fallo que decidió sobre el fondo de la controversia, y lo hizo precisamente con la finalidad de explicar y precisar en qué consiste un determinado vicio de los actos administrativos, lo cual puede interpretarse como una ratificación de que el acto rescisorio es un verdadero acto administrativo que, por ende, no debería escapar a la universalidad del control ejercido por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo, ese año, la misma Sala, en la sentencia N° 1.434 del 17-12-2013 (caso Inversiones Camejo, C.A.), volvió a ratificar el fallo recaído en el caso de Lirka Ingeniería, C.A. de julio del 2006, reiterando en este caso que –a decir de la Sala– la vía idónea para desvirtuar el supuesto incumplimiento del contratista es la interposición de una demanda por cumplimiento de contrato, con lo cual parece retomarse la tesis que niega que el acto rescisorio sea un acto administrativo.

Luego del 2013 la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia parece no haber tenido más oportunidades en las cuales ratificar la doctrina sentada en el caso Lirka Ingeniería, C.A. del año 2006 al menos en lo que atañe a la naturaleza del acto de rescisión del contrato⁴², aunque esta doctrina tampoco ha sido expresamente negada ni modificada. Es también cierto que desde aquel año la actividad contractual de la Administración parece haber disminuido significativamente, como ha disminuido también la cantidad de litigios relativos a contratos del Estado que se dirimen en la jurisdicción contencioso administrativa⁴³; las hipótesis que puedan presentarse para explicar estos fenómenos tendrán que ser objeto de otro estudio.

⁴² En las sentencias de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 225 del 07-12-2023 (Sala Especial Primera. Caso: Constructora S. M. G., C.A.) y N° 273 del 13-03-2023 (Caso: Constructora JL ANDMER, C.A.), se hizo referencia nuevamente a la sentencia de 2006 sobre el caso Lirka Ingeniería, C.A., pero tan sólo a los fines de ratificar las características que la Sala considera como definidoras de lo que –para la Sala– es un *contrato administrativo*.

⁴³ En 2016 se dictó Decreto N° 2.198 de fecha 26-01-2016, mediante el cual se crea el Sistema Centralizado y Estandarizado de Compras Públicas para los órganos y

Ahora bien, sobre el fundamento del comentado fallo-07-2006 debo indicar que me resulta incomprensible que se pueda afirmar que “la tendencia de la jurisprudencia ha sido negar insistentemente –tal como hemos visto desde 1991– la idoneidad del recurso contencioso administrativo de nulidad para atacar la terminación anticipada de la convención”. Lo cual no es exacto, dado que sí existen muy reconocidas sentencias que admiten esta posibilidad⁴⁴, como la dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 1-04-1991 (caso Expresos Ayacucho, S.A.).

En la sentencia del 2006, dictada en el caso Lirka Ingeniería, C.A., la Sala comienza su razonamiento a partir de una premisa que no se compeadece con la realidad que la antecedía, y afirma que “las decisiones que hacen referencia a la naturaleza de los actos rescisorios son contestes al considerar que esta especie de manifestación de voluntad de la Administración no puede desvincularse del contrato administrativo de que se trate”.

Lo cierto es que las decisiones anteriores no son contestes en sostener esto. De hecho, uno de las primeras sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en analizar esta materia, la sentencia del 26-06-1990 dictada en el caso Karl Wulff, hace una referencia expresa a la teoría de los actos separables con el fin, precisamente, de identificar a cierta categoría de actos dictados por la Administración Pública que si bien están relacionados con un contrato público, pueden, sin embargo, ser impugnados de forma aislada, sin que ello implique la impugnación del contrato ni la deducción de una pretensión fundada en el contrato mismo.

Hay que destacar, además, la decisión del caso Lirka Ingeniería, C.A. del 2006 se apoyó, de forma destacada y significativa, en la sentencia N°

entes de la Administración Pública Nacional, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.836 de fecha 26-01-2016, y en el año 2018 se dictó el Decreto N° 17 “En el marco del Estado de Excepción y de Emergencia Económica, mediante el cual se establece un Régimen Especial para la Adquisición de Bienes y Servicios Esenciales para la Protección del Pueblo Venezolano, por parte de los Órganos y Entes del Sector Público”, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.362 de fecha 16-03-2018, por medio de lo cual se dispuso la aplicación del procedimiento de consulta de precios para la selección del contratista del Estado, independientemente del monto de la contratación, en las categorías de contratos que allí se indican. Algunas normas de ambos instrumentos podrían interpretarse como muestras de un esfuerzo por incentivar y aumentar la contratación del Estado, facilitando la participación del sector privado como contratista. Sin embargo, como he indicado, las hipótesis que tiendan a explicar el objetivo de estas y otras normas, así como la actividad judicial en la materia, merecen un estudio aparte.

⁴⁴ Como se admitió también, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 06-08-1998, caso Consorcio Aeropuerto del Zulia, C.A.

633 del 30-04-2003 (caso Hipermercado Amigo, C.A.). No obstante, la doctrina sentada en el caso Hipermercado Amigo, C.A. no puede respaldar la conclusión a la que se llegó en el caso de Lirka Ingeniería, C.A.

En el fallo sobre el caso Hipermercado Amigo, C.A. la Sala comenzó por admitir y respaldar la existencia de los llamados actos separables; es decir, ante todo se reconoce que existen verdaderos actos administrativos impugnables aisladamente a través de una demanda de nulidad, aunque están ligados o en conexión con un contrato público. Al respecto señaló la Sala lo siguiente:

Es así, como efectivamente la jurisprudencia ha admitido la teoría de los actos separables según la cual y en palabras del maestro André De Laubadere, las decisiones administrativas unilaterales que puedan ser aisladas de la conclusión misma del contrato en el conjunto del procedimiento contractual son susceptibles de ser atacadas directamente.

Inmediatamente, y sin desconocer la existencia de los propios actos separables, añade la sentencia:

Sin embargo, es importante clarificar que cuando la Administración hace uso de facultades contractuales (como la de extinguir el contrato anticipadamente), dicha actuación se traduce en un acto de ejecución del contrato mismo, de manera que en contra de esa decisión que pudiera lesionar los derechos del co-contratante, la vía de impugnación no es la de atacar por nulidad dicho acto, sino la de definir si realmente la rescisión planteada es procedente, de acuerdo con el vínculo contractual, por lo que ante tal supuesto, no existe la disociación necesaria del acto con respecto al contrato que permita su impugnación separadamente de éste.

Este último párrafo posteriormente se erige como el sustento de la decisión del caso Lirka Ingeniería, C.A. Sin embargo, como he dicho, se trata de un texto que debe ser interpretado en el contexto adecuado en el que se produjo, ya que previamente (en el párrafo inmediatamente anterior) se admite, como se ha visto, que existen actos administrativos, separables del contrato, que “son susceptibles de ser atacad(o)s directamente”.

Por consiguiente, cuando la sentencia citada alude a actuaciones que se traducen en “un acto de ejecución del contrato mismo”, no se refiere a todas las decisiones administrativas que tiene como fin extinguir el contrato. Evidentemente se refiere este texto, tal y como se lee al inicio del párrafo, a aquellos casos en que “la Administración hace uso de facultades contractuales”; es decir, aquí se ha querido establecer una clara distinción entre los casos en que la Administración actúa investida de una potestad pública y, por ende, dicta un acto administrativo (i.e.: acto separable susceptible de ser atacado directamente), de aquellos otros casos en que la Administración hace uso de facultades contractuales; en este último caso, y sólo en este caso, la actuación de la Administración se traduce en “un acto de ejecución del contrato mismo”. Pero, insisto, del texto de la sentencia dictada en el caso Hipermercado Amigo,

C.A. no se puede deducir que *todo* acto de rescisión unilateral del contrato público sea, *per se*, un acto de ejecución del contrato.

Visto de esta forma y con el contexto adecuado, es evidente que el fallo sobre el caso Hipermercado Amigo, C.A. no puede erigirse en fundamento de la idea de que todos los actos de rescisión unilateral de un contrato público son, siempre, actos contractuales. Sin embargo, esto es lo que se deriva de la sentencia del caso Lirka Ingeniería, C.A., al señalar que:

...al ser la potestad rescisoria una facultad propia de la Administración para dar por terminado un vínculo contractual por tratarse de una convención regida por el Derecho Público, el ejercicio de dicha potestad constituye un acto de ejecución del contrato mismo⁴⁵.

Esta afirmación, sin embargo, se enfrenta al ya consolidado deber de la Administración de sustanciar un procedimiento administrativo antes de rescindir unilateralmente el contrato, pues esto conduciría a la absurda conclusión de que en estos casos estamos frente a un procedimiento administrativo aplicado como cauce para una actuación contractual y no para el desarrollo de la actividad administrativa ni para la producción de un acto administrativo.

En definitiva, si se deja de lado la absurda idea de que existen contratos regidos absolutamente por el Derecho Público, y se acepta, por otra parte, la normal interaplicación de regímenes jurídicos, se podrá comprender que, allí donde se ejerza una potestad otorgada por la Ley, que, como en el caso de la rescisión unilateral del contrato, exige, además, la sustanciación de un previo procedimiento administrativo, se entenderá entonces que los actos dictados en ejercicio de esas potestades y que derivan de esos procedimientos, son, sin duda, actos administrativos que no pueden escapar del control que sobre ellos ejerce la jurisdicción contencioso administrativa, tal y como lo establece el artículo 259 de la Constitución. Por el contrario, en todos los demás casos en que se ejecuten o se actúe de conformidad con estipulaciones contractuales, deberá estarse a lo que dispone el propio contrato y las normas y principios del Derecho Común. ■

⁴⁵ Resulta francamente incomprensible la parte final de esta oración: “el ejercicio de dicha potestad constituye un acto de ejecución del contrato mismo”. ¿Cómo puede ser que la ejecución de una potestad –que sólo puede derivar de la Ley de acuerdo con el 137 constitucional– sea un acto de ejecución del contrato?