

Trabajo publicado en  
*Libro Homenaje a la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos,*  
Facultad de Derecho y la  
Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho,  
Universidad Nacional Autónoma de México, México 2013, pp. 61-101.

## **NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS EN VENEZUELA**

**Allan R. Brewer-Carías**  
*Profesor de la Universidad Central de Venezuela*

En el marco de la política estatal definida en Venezuela en 1999 para la promoción de inversiones, y en ejecución de la delegación legislativa contenida en la Ley Orgánica que autorizó al Presidente de la República “para dictar Medidas Extraordinarias en materia Económica y Financiera requeridas por el Interés Público” de abril de ese año,<sup>1</sup> el Presidente de la república dictó el Decreto Ley N° 318 de 17 de septiembre de 1999 contentivo de la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones (Ley Orgánica de Concesiones),<sup>2</sup> con cuya normativa se sustituyó el anterior régimen normativo establecido en el Decreto-Ley N° 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales de 1994,<sup>3</sup> el cual, a su vez, había sustituido el establecido en la vieja Ley sobre Concesiones de Obras en caso de Obras Viales y de Transporte de 1983.<sup>4</sup>

### **I. OBJETO DE LA LEY ORGÁNICA DE CONCESIONES DE 1999: LA PROMOCIÓN DE INVERSIONES Y LA REGULACIÓN GENERAL DE LAS CONCESIONES PÚBLICAS**

Tal como lo indicó el artículo 1 de la referida Ley Orgánica de 1999, la misma puede considerarse que tuvo dos objetivos básicos: por una parte, “establecer reglas, garantías e incentivos dirigidos a la promoción de la inversión privada y al desarrollo de la infraestructura y de los servicios públicos competencia del poder nacional, mediante el otorgamiento de concesiones”; y por la otra regular, con tal propósito, el régimen general aplicable a los contratos públicos de concesión.

#### *1. La promoción de Inversiones*

Con el objeto de promover la inversiones en el país, la Ley Orgánica previó diversas formas de contratación bajo el régimen de concesiones, indicando en su artículo 3 que los organismos o entidades competentes para otorgar contratos de concesión “podrán proponer y desarrollar todos los esquemas lícitos de negocios

<sup>1</sup> *Gaceta Oficial* N° 36.687 de 26-04-1999.

<sup>2</sup> *Gaceta Oficial* N° 5.394 Extra. de 25-10-1999. Véase en general los comentarios sobre la Ley en Alfredo Romero Mendoza (Coordinador), (en colaboración con Jesús Caballero Ortiz, Manuel Rachadell, Víctor R. Hernández Mendible, Chris Brown, Christian C. D. Petersen, Andrés Germán Otero L., José Gómez Oriol, y Antonio Vives Llabres), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos Financieros y Técnicos*, Colección Textos Legislativos N° 21, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

<sup>3</sup> *Gaceta Oficial* N° 4.719 Extra. de fecha 26-04-1994.

<sup>4</sup> *Gaceta Oficial* N° 3.247 Extra de 26-8-1983.

que faciliten el financiamiento privado de inversiones de obras y servicios,” entre ellos:

- a) La ejecución de proyectos integrales cuyo diseño, financiamiento y construcción asume el concesionario, a cambio de su participación en el capital o en las ganancias de la empresa que se constituya para la explotación o gestión de la obra o servicio público de que se trate;
- b) La explotación, administración, reparación, conservación o mantenimiento de obras existentes, con la finalidad de obtener fondos para la construcción de obras nuevas que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras;
- c) La ejecución integral de obras de infraestructura, donde la retribución del contratista provendrá de la explotación bajo el régimen de concesión de una obra o servicio distinto del ejecutado;
- d) Cualesquiera otros que de acuerdo a su naturaleza, características y régimen de operación o de gestión, puedan ser ejecutados bajo el régimen de concesiones.

## *2. El establecimiento del régimen general de las concesiones*

La Ley Orgánica, en el artículo 1º, se refirió, además, específicamente, a los contratos de concesión “para la construcción y la explotación de nuevas obras, sistemas o instalaciones de infraestructura, para el mantenimiento, la rehabilitación, la modernización, la ampliación y la explotación de obras, sistemas o instalaciones de infraestructura ya existentes, o únicamente, para la modernización, el mejoramiento, la ampliación o la explotación de un servicio público ya establecido.”

De ello resultó entonces que la intención primaria de la Ley Orgánica, demás de la promoción de inversiones, fue regular en forma especial el régimen de las concesiones de obra pública y de servicios públicos, aún cuando sin reducir su ámbito de aplicación a esas solas concesiones, lo que resulta de la definición amplia de las concesiones públicas que se insertó en el artículo 2 de la propia Ley, y por la expresa indicación de que sus normas son de aplicación supletoria en todo tipo de concesión administrativa reguladas por leyes especiales.

El artículo 2º de la ley Orgánica, en efecto, al definir el contrato de concesión a los efectos de sus disposiciones, se refirió a todos los contratos de concesión:

“celebrados por la autoridad pública competente por medio de los cuales una persona jurídica llamada concesionario asume la obligación de construir, operar y mantener una obra o bien destinados al servicio, al uso público o a la promoción del desarrollo, o la de gestionar, mejorar u organizar un servicio público, incluyendo la ejecución de las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento o la prestación de la obra o del servicio, por su cuenta y riesgo y bajo la supervisión y el control de la autoridad concedente, a cambio del derecho a explotar la obra o el servicio y de percibir el producto de las tarifas, precios, peajes, alquileres, valorización de inmuebles, subsidios, ganancias compartidas con algún ente público u otra fórmula establecida en los contratos correspondientes, durante un tiempo determinado, suficiente para recuperar la inversión, los gastos de explotación incurridos y obtener un tasa de retorno razonable sobre la inversión.”

De esta norma resaltan los siguientes cuatro elementos de las concesiones:

Primero, se trata de contratos públicos celebrados entre una “autoridad pública competente” que es la autoridad concedente, y una persona jurídica que puede ser estatal o no estatal, que se denomina concesionario;

Segundo, en el contrato de concesión, el concesionario asume la obligación de: a) construir, operar y mantener una obra o bien destinados al servicio, al uso público o a la promoción del desarrollo, o b) de gestionar, mejorar u organizar un servicio público, incluyendo la ejecución de las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento o la prestación de la obra o del servicio;

Tercero, la contrapartida de la obligación asumida por el concesionario, es el derecho que tiene: a) para explotar la obra o el servicio; y b) de percibir el producto de las tarifas, precios, peajes, alquileres, valorización de inmuebles, subsidios, ganancias compartidas con algún ente público u otra fórmula establecida en los contratos correspondientes;

Cuarto, el contrato de concesión debe ser otorgado siempre por un tiempo determinado, pero suficiente para recuperar la inversión, los gastos de explotación incurridos y obtener un tasa de retorno razonable sobre la inversión

De estas definiciones de los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica, en todo caso, por su amplitud, resulta que se pueden incluir en el ámbito de aplicación de dicha Ley a materialmente todos los contratos de concesión suscritos por el Estado, y no sólo los contratos de obra pública o de servicio público, pudiendo incluirse por ejemplo, a las concesiones para la explotación de los recursos naturales, como las concesiones mineras, las cuales encuentran su marco en las concesiones destinadas a procurar "la promoción del desarrollo." Ello se confirma con la enumeración que se incluye en el artículo 15 de la Ley al definir los "proyectos, obras o servicios adjudicables," es decir, que pueden otorgarse en concesión, los cuales comprenden los que tengan por objeto el desarrollo, la ejecución o la explotación de las siguientes obras o servicios:

- a. Autopistas, carreteras, puentes, viaductos, enlaces viales y demás obras de infraestructura relacionadas;
- b. Vías ferroviarias, ferrocarriles y otras formas análogas de transporte masivo de pasajeros.
- c. Infraestructura portuaria, incluyendo muelles, puertos, almacenes o depósitos para carga y descarga de bienes o productos y todas las facilidades relacionadas.
- d. Infraestructura aeroportuaria y las facilidades relacionadas.
- e. Infraestructura de riego.
- f. Obras de infraestructura hidráulica.
- g. Infraestructura e instalaciones escolares y de salud.
- h. Desarrollo industrial y turístico.
- i. Edificios gubernamentales.
- j. Viviendas.
- k. Obras de saneamiento y de recuperación ambiental.
- l. Cualesquiera obras o servicios de la competencia del Poder Nacional susceptibles de ser ejecutados o gestionados bajo régimen de concesión.

Como puede apreciarse de esta enumeración, las concesiones que regula la Ley no sólo son las que se refieren a las obras públicas o a los servicios públicos, sino incluso todas las que se refieran al "desarrollo industrial."

Esta enumeración, y el elemento en la definición de la concesión contenida en el artículo 2 de la Ley Orgánica relativo a la "promoción del desarrollo," permiten entonces sostener que dicha Ley no sólo tiene por objeto establecer principios relativos a las concesiones destinadas específicamente a la construcción de *obras públicas* y a la explotación de *servicios públicos*, sino que se aplica a todo tipo de

concesiones administrativas, aún cuando de aplicación supletoria respecto de lo que se regulan en las leyes especiales..

### 3. El carácter supletorio del régimen legal establecido en la Ley Orgánica

En cuanto a la aplicabilidad de la Ley Orgánica respecto de todo tipo de concesiones, en forma supletoria, el artículo 4 de la misma dispone lo siguiente:

“Artículo 4º: **Ámbito de aplicación.**- Este Decreto-Ley rige los procedimientos mediante los cuales se otorgarán en concesión la ejecución de obras y la explotación de los servicios públicos cuya titularidad o competencia ejerce la República a través de los órganos o entidades que conforman la Administración Pública Nacional.

Los contratos de concesión cuyo otorgamiento, administración o gestión se encuentre regulado por leyes especiales, se regirán preferentemente por dichas leyes, siendo de aplicación supletoria en tales casos las disposiciones de este Decreto-Ley.”

La referencia en la primera parte de esta norma a los contratos de obra pública y de servicios públicos, por tanto, no obvia la posibilidad o necesidad de aplicación de sus normas en forma supletoria o analógica respecto de otras concesiones distintas reguladas en leyes especiales, como por ejemplo las concesiones mineras, y en general, todas aquellas que tienen por objeto la promoción del desarrollo. Sobre esto la Ley Orgánica es precisa: esas concesiones reguladas por leyes especiales, “se regirán preferentemente por dichas leyes [especiales],” siendo sin embargo “de aplicación supletoria en tales casos las disposiciones de este Decreto-Ley,” es decir, de la Ley Orgánica de Concesiones.

Ello ya ha sido admitido así, por ejemplo, por la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia la cual ha resuelto repetidamente que las previsiones de la Ley Orgánica sobre terminación anticipada o rescate anticipado de concesiones, son de aplicación supletoria a todo tipo de concesiones y, en particular, respecto de las concesiones mineras reguladas en la Ley de Minas. Así fue resuelto, por ejemplo, por dicha Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencias No. 1836 de 7 de agosto de 2001 (Caso: *David Montiel Guillén y Oscar Montiel Guillén*),<sup>5</sup> No. 1447 de 8 de agosto de 2007 (Caso: *Minera la Cerbatana C.A.*),<sup>6</sup> No. 1929 de 27 de noviembre de 2007 (Caso: *Canteras El Toco C.A.*),<sup>7</sup> No. 847 de 16 de julio de 2008 (Caso: *Minas de San Miguel, C.A.*),<sup>8</sup> No. 395 de 24 de marzo de 2009 (Caso: *Unión Consolidada San Antonio C.A.*)<sup>9</sup> y No. 1468 de 2 de noviembre de 2011 (Caso: *Agrominera Suárez C.A.*).<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Véase sentencia de la Sala Político Administrativa No. 1836 de 7 de agosto de 2001 (Caso: *David Montiel Guillén y Oscar Montiel Guillén* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/agosto/01836-080801-13619.htm>

<sup>6</sup> Véase sentencia de la Sala Político Administrativa No. 1447 de 8 de agosto de 2007 (Caso: *Minera la Cerbatana C.A.*) en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/agosto/01447-8807-2007-2004-0779.html>

<sup>7</sup> Véase Sentencia de la Sala Político Administrativa No. 1929 de 27 de noviembre de 2007 (Caso: *Canteras El Toco C.A.*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre/01929-281107-2007-2004-0676.html>

<sup>8</sup> Véase Sentencia de la Sala Político Administrativa No. 847 de 16 de julio de 2008 (Caso: *Minas de San Miguel, C.A.*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/julio/00847-17708-2008-2005-5529.html>

<sup>9</sup> Véase sentencia de la Sala Político Administrativa No. 395 de 24 de marzo de 2009 (Caso: *Unión Consolidada San Antonio C.A.* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00395-25309-2009-2005-5526.html>

<sup>10</sup> Véase sentencia de la Sala Político Administrativa No. 1468 de 2 de noviembre de 2011 (Caso: *Agrominera Suárez C.A.* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/01468-31111-2011-2010-0945.html>

Sin embargo, en cuanto a la aplicabilidad en general de la ley Orgánica a las todas las concesiones, como se ha dicho, en el artículo 4 de la Ley Orgánica, el legislador fue preciso y cuidadoso en no sustituir el régimen específico y especial establecido respecto de las mismas en las leyes especiales que las regulan, estableciendo sólo para la aplicación de las previsiones de la ley Orgánica, el principio de supletoriedad.

Por tanto, a pesar de tratarse de una Ley Orgánica, la cual como lo dispone el artículo 203 de la Constitución debe servir de “marco normativo a otras leyes,” y por ello podría tener aplicación preferente en la materia que se regula, el legislador fue cuidadoso en descartar que sus previsiones pudieran prevalecer *per se* en relación con las normas específicas de las leyes especiales que regulan las diversas concesiones en el país. Por ello, en el propio artículo 4 de la Ley Orgánica se dispuso que “*los contratos de concesión cuyo otorgamiento, administración o gestión se encuentre regulado por leyes especiales,*” como son precisamente, por ejemplo, las concesiones mineras, “se regirán preferentemente por dichas leyes,” siendo en tales casos las disposiciones de la propia Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones “*de aplicación supletoria.*” Esto significa entonces que las normas de la Ley Orgánica, siendo de aplicación supletoria respecto de las leyes especiales que regulen concesiones administrativas, se aplican en todos aquellos asuntos no regulados expresamente en dichas leyes especiales, como es el caso, precisamente, del régimen legal para la terminación anticipada de concesiones y la determinación de la indemnización en caso de tal rescate anticipado, que sólo encuentra regulación en el artículo 53 de dicha Ley Orgánica, y que en general no está regulado en las leyes especiales destinadas a regular concesiones administrativas específicas.

De lo anterior resulta, por tanto, que la Ley Orgánica se aplica a las concesiones administrativas reguladas en leyes especiales, como las concesiones mineras, porque así se estableció expresamente en su artículo 4, pero *sólo supletoriamente* respecto de aquellas previsiones, como es el caso mencionado de las normas relativas al rescate anticipado de concesiones por razones de interés general (art. 53), el cual por ejemplo no se encuentra regulado por ejemplo y específicamente en la Ley de Minas.

Por otra parte, conforme al artículo 4 del Código Civil, e independientemente de su carácter supletorio, la Ley Orgánica también se debe aplicar por analogía en todos aquellos aspectos del régimen de concesiones que no están expresamente regulados en las leyes especiales que las rijan. De ello resulta entonces, por ejemplo, que en materia de concesiones mineras, además de las previsiones de la Ley de Minas, se aplican supletoriamente las previsiones de la Ley Orgánica, las cuales además, se aplican por analogía, en virtud de lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica y en el artículo 4 del Código Civil.

#### *4. Ámbito político territorial de aplicación de la Ley Orgánica*

Por otra parte, la Ley Orgánica, al regular una materia administrativa, siendo su objeto establecer el régimen legal respectivo en el ámbito nacional, sus previsiones por supuesto están destinadas a aplicarse a los órganos y entes nacionales, es decir, de la República, no siendo las mismas aplicables a los Estados y Municipios.

En cuanto a estas entidades político territoriales, el artículo 5º de la Ley Orgánica solo dispuso que son ellas las que “podrán aplicar” las disposiciones de la ley para el otorgamiento en concesión de las obras o servicios públicos de su competencia. En tales casos, la entidad competente tiene a su cargo la creación o determinación del órgano o entidad encargada del otorgamiento de la concesión,

así como la organización y conducción de los procedimientos de licitación y otorgamiento de los contratos y la supervisión, vigilancia y control de su ejecución.

Lo anterior no es obstáculo, sin embargo, para que puedan celebrarse contratos de concesión de carácter intergubernamental, en los que participen diversas entidades político territoriales en cuyo caso, dispone el artículo 6 de la Ley Orgánica que se pueden celebrar convenios o constituirse mancomunidades para el desarrollo de proyectos cuya competencia en cuanto al otorgamiento y gestión de los respectivos contratos corresponda a más de una entidad político-territorial.

#### *5. Contenido general del marco regulatorio*

La Ley Orgánica, al establecer el régimen de la concesiones públicas, con especial énfasis en las concesiones de obras públicas y de servicios públicos, estableció cuatro regulaciones fundamentales: la primera, referida al marco común necesario para la contratación mediante concesiones; la segunda, relativa al régimen de selección de contratistas, con particular referencia a la licitación; la tercera, relativa al régimen de ejecución de los contratos de concesión; y la cuarta al régimen sancionatorio

## **II. MARCO REGULATORIO GENERAL PARA EL OTORGAMIENTO Y CONTROL DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN**

### *1. Duración de los contratos de concesión*

Los contratos de concesión de acuerdo a un principio de orden constitucional (art. 113) son esencialmente temporales, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Orgánica, tienen una duración máxima de cincuenta años contados a partir del perfeccionamiento del contrato.

Dichos contratos pueden ser objeto de renovación, previa evaluación objetiva del desempeño del concesionario, la cual deben realizarse por lo menos un año antes de la fecha de terminación del contrato.

A los efectos de considerar la renovación, el ente concedente puede consultar la opinión de las comunidades organizadas o de los usuarios de la obra o servicio.

### *2. Atribuciones del ente concedente.*

De acuerdo con el artículo 7º de la Ley Orgánica, que regula las atribuciones comunes para todas las entidades contratantes para otorgar los contratos previstos en la misma, establece que los mismos “quedan sujetos al cumplimiento de las disposiciones, procedimientos y formalidades” en ella establecidas, “sin perjuicio de las previsiones contenidas en leyes especiales.”

En tal sentido, de acuerdo con dicha previsión, se les enumeran las siguientes atribuciones y deberes:

- a. Identificar los proyectos concluidos, en ejecución, o por ejecutarse, que de acuerdo a sus características, correspondan a los que puedan ejecutarse bajo el régimen de concesión;
- b. Cumplir la evaluación preliminar de dichos proyectos, emitir su conformidad en forma oportuna y realizar los trámites aprobatorios necesarios para la convocatoria de los procedimientos de licitación;
- c. Promover la ejecución de proyectos de inversión bajo las modalidades contractuales previstas en este Decreto-Ley;
- d. Establecer los mecanismos que aseguren la efectiva operatividad de los beneficios e incentivos contemplados en este Decreto-Ley;

- e. Gestionar la obtención y hacer seguimiento a la obtención o transferencia efectiva de los aportes a los cuales se comprometa el Ejecutivo Nacional con ocasión de los proyectos ejecutados bajo régimen de concesión;
- f. Cumplir y hacer cumplir este Decreto-Ley, su Reglamento, los contratos de concesión y demás disposiciones de carácter legal o reglamentario aplicables en razón de la materia;
- g. Determinar y aprobar, el contenido y alcance de las convocatorias, pliegos de condiciones, criterios de evaluación de propuestas y en general, todo acto procedimental encaminado al otorgamiento de concesiones;
- h. Suscribir los contratos a los que se refiere este Decreto-Ley;
- i. Dictar órdenes e instrucciones dirigidas a los concesionarios, en el ámbito de sus competencias;
- j. Ejercer el seguimiento, la supervisión y el control de los contratos otorgados;
- k. Fijar las tarifas u otras formas de remuneración o retribución del concesionario;
- l. Conocer y decidir oportunamente sobre cualquier solicitud de ajuste de tarifas, precios u otras modalidades de remuneración del concesionario, y en general, sobre cualquier otro factor que pueda alterar el equilibrio o los términos de la relación contractual originalmente pactada;
- m. Conocer y decidir acerca de los recursos administrativos interpuestos por los usuarios y terceros titulares de intereses personales, legítimos y directos, relacionados con el objeto de este Decreto-Ley;
- n. Sustener y asegurar la efectiva realización de los derechos de los usuarios destinatarios de los servicios prestados por los concesionarios;
- o. Asegurar la publicidad de las decisiones que adopte, incluyendo los fundamentos y motivos de éstas;
- p. Intervenir la concesión en las circunstancias y en conformidad con el procedimiento previsto en este Decreto-Ley y en su Reglamento;
- q. Aplicar las sanciones establecidas en este Decreto-Ley.

Las actuaciones de los entes concedentes, tal como lo precisa el artículo 11 de la Ley, deben guardar la debida conformidad con las políticas generales y sectoriales establecidas por el Ejecutivo Nacional, a cuyo efecto, cada uno de ellos debe realizar auditorías de cumplimiento de sus metas y objetivos y debe rendir al Presidente de la República o al órgano de adscripción según el caso, informes trimestrales indicativos de las metas alcanzadas en el período. Además, dispone la norma que de todo ello se debe informar públicamente, sin perjuicio de su sujeción a las disposiciones contenidas en otras leyes en materia de contraloría.

### *3. La necesaria conformación de un Comité de concesiones.*

A los efectos del otorgamiento de los contratos de concesión regulados en la Ley Orgánica, el artículo 8 de la misma exige que los organismos o entidades con competencia para ello deben conformar un Comité de Concesiones “a su cargo la organización, preparación y ejecución de los procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones, así como el seguimiento, inspección y control de los contratos otorgados.” Dicho Comité debe ser designado mediante acto o resolución expedido por la máxima autoridad del organismo o entidad de que se trate, y debe funcionar de manera permanente. Por ello, sus integrantes deben ser a dedicación exclusiva y deben reunir las condiciones de capacidad y experiencia necesarias para cumplir eficientemente sus atribuciones y deberes.

#### *4. La declaratoria de utilidad pública y la expropiación*

Conforme al artículo 58 de la Ley Orgánica, se declaran utilidad pública las obras o servicios públicos a ser otorgados mediante concesión, a los efectos de la constitución de servidumbres y la expropiación de los bienes necesarios para la construcción de las obras, de los servicios anexos o complementarios a éstas y para la prestación de los servicios.

Los alcances de esta declaratoria de utilidad pública deben ser precisados por el ente concedente para cada obra o servicio que se licite, atendiendo a las dimensiones y características de cada proyecto y considerando las obras principales, complementarias y de servicios que demandará su ejecución y posterior explotación.

El ente concedente, por lo demás, y conforme se establece en el artículo 59 de la Ley Orgánica, tiene a su cargo la obligación de adquirir los terrenos y demás bienes necesarios para la ejecución o gestión de la obra o del servicio público otorgado en concesión mediante el procedimiento expropiatorio, a cuyo efecto podrá acudir de ser necesario a las medidas de ocupación previa o de urgencia previstas en la legislación que rige la materia. El pliego de condiciones de cada licitación establecerá la forma y los plazos conforme a los cuales el ente concedente ejercerá esta facultad.

No obstante, también los concesionarios pueden tratar directamente con los particulares, y negociar con éstos la adquisición de los terrenos y demás bienes necesarios para la ejecución del contrato, en conformidad con la normativa aplicable, reconociéndosele como precio el valor máximo que se hubiere estipulado en el pliego de condiciones o en el contrato.

#### *5. El régimen del dominio público*

De acuerdo con el artículo 60 de la Ley Orgánica, “los bienes o derechos que por cualquier título adquiriera el concesionario para ser destinados a la concesión pasarán a formar parte del dominio público desde que se incorporen o sean afectados a las obras, sea por adherencia o por destinación.” Se entiende, por supuesto, que la norma se refiere en particular a las concesiones de obras públicas, por lo que la misma deja a salvo las obras, instalaciones o bienes que por no estar afectados a la concesión permanecerán en el patrimonio del concesionario según lo establezca el respectivo contrato.

#### *6. Régimen de la explotación de la obra*

##### *A. Autorización de funcionamiento*

El procedimiento a seguir para la obtención de la autorización para la puesta en servicio de la obra se debe establecer en el Reglamento o en el pliego de condiciones. En todo caso, la ley prescribió que la negativa de autorización debe ser motivada, con precisa indicación de las inconformidades existentes entre el proyecto aprobado y la obra ejecutada. Además, debe indicarse el plazo dentro del cual debe el concesionario subsanar las deficiencias advertidas, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que procedan por el retardo que no fueren imputables al ente concedente o a la Administración ( art. 31.h).

##### *B. Garantía de funcionamiento*

El plazo de garantía para la ejecución del servicio comienza a correr desde la fecha de levantamiento del acta de recepción de la obra de parte del Inspector. Dicho plazo debe ser establecido atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y en ningún caso puede ser inferior a dos años, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda caber al concesionario por vicios ocultos de las construcción ( art. 31.j).



### *C. Régimen jurídico durante la explotación*

De acuerdo con el artículo 32 de la ley Orgánica, en la etapa de explotación de la obra o de gestión del servicio, el concesionario debe actuar con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el contrato de concesión y en su pliego de condiciones, sin perjuicio del cumplimiento del marco regulatorio contenido en leyes especiales dictadas para la regulación del servicio público de que se trate.

#### *7. La competencia para conocer de reclamos o denuncias de los usuarios.*

Los organismos o entidades competentes para celebrar los contratos previstos en la Ley Orgánica, conforme al artículo 9 de la misma, son igualmente competentes “para conocer de los reclamos o denuncias interpuestos por los usuarios o terceros interesados, relacionados con actos o resoluciones emanados de cualquiera de ellos, o con actuaciones de los concesionarios que puedan afectar sus derechos e intereses.”

En todos casos en los cuales en los procedimientos instaurados, los mismos guarden relación con el concesionario o contratista, éste tiene el derecho a ser oído y a promover y a evacuar toda la documentación y las pruebas que le favorezcan.

#### *8. Los recursos administrativos y agotamiento de la vía administrativa.*

Los actos administrativos o resoluciones que dicte el ente concedente pueden recurrirse optativamente ante el mismo ente mediante el recurso de reconsideración, o se puede acudir directamente por ante la jurisdicción contencioso administrativa. De interponerse el recurso en sede administrativa, la decisión recaída se considera que agota la vía administrativa (art. 9).

### **III. EL REGIMEN JURIDICO PARA LA SELECCIÓN DE LOS CONCESIONARIOS: LA LICITACIÓN**

#### *1. Régimen general de la licitación*

De acuerdo con las previsiones de la Ley Orgánica, las concesiones administrativas que se regulan en la misma sólo pueden otorgarse mediante el procedimiento de licitación, disponiéndose que “en todo caso, la licitación previa tendrá carácter obligatorio” (art. 12).

Dicho procedimiento se rige por las normas previstas en la propia Ley Orgánica y, además, por las previstas en su Reglamento, en el pliego o bases de la licitación de cada contrato y por las resoluciones, órdenes e instrucciones expedidas por el ente concedente actuando en el ámbito de sus competencias. Igualmente se deben aplicar al procedimiento de licitación de concesiones, los principios y reglas contenidos en la Ley de Licitaciones, “en cuanto resulten compatibles con dicho procedimiento” (art. 12).

#### *2. Régimen de la aprobación previa del procedimiento licitatorio.*

##### *A. La necesidad de la evaluación preliminar de viabilidad del proyecto de concesión.*

El artículo 13 de la Ley Orgánica impone la obligación al ente concedente, antes de que se adopte la decisión de convocar a una licitación, de practicar la evaluación preliminar de los proyectos para determinar su conveniencia, prioridad y viabilidad. Para este propósito, la ley exige que se consideren los aspectos técnicos y financieros, las ventajas económicas que se esperan de cada proyecto, su costo estimado, los ingresos potenciales previstos provenientes de la explotación de la infraestructura y su impacto ambiental. Se debe considerar, además, la importancia regional o nacional de cada proyecto a los fines de establecer su prioridad relativa. Además, cuando se trate de proyectos a ser financiados en parte por medio de aportes públicos, se debe hacer especial

consideración con relación a las fuentes de financiamientos y a la estrategia propuesta para la obtención del financiamiento.

*B. Acto aprobatorio de la convocatoria a licitación.*

Una vez cumplida la evaluación preliminar de los proyectos, el Ministerio correspondiente, ya sea actuando en ejercicio de su competencia o como ente de adscripción, debe presentar el proyecto al Presidente de la República a los fines de su aprobación en Consejo de Ministros (Art. 14).

*3. La iniciativa privada para la realización del procedimiento licitatorio*

*A. La iniciativa privada en materia de licitación de concesiones*

Conforme a lo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica, las empresas privadas también tienen la iniciativa para proponer la celebración de contratos de concesión, a cuyo efecto pueden presentar propuestas “para la construcción de nuevas obras, sistemas o instalaciones de infraestructura, o para el mantenimiento, la rehabilitación, la modernización, la ampliación y la explotación de obras, sistemas o instalaciones de infraestructura ya existentes, bajo el régimen de concesiones.”

A los fines de su consideración por el ente concedente, las propuestas deben acompañarse de la descripción general del proyecto, los estudios de prefactibilidad técnica y financiera, así como la indicación de los beneficios sociales esperados, y la evaluación del impacto ambiental de la obra a ejecutarse.

El órgano o entidad contratante, en estos casos de iniciativa privada, debe estudiar la viabilidad de la propuesta y dentro de los seis meses siguientes a su presentación, debe pronunciarse mediante acto administrativo motivado aprobándola o rechazándola.

A partir de la aprobación de la propuesta las partes deben definir de común acuerdo los términos de referencia para la elaboración del proyecto definitivo, cuya preparación no puede en ningún caso exceder de dos años contados a partir desde la fecha de aprobación de la propuesta.

Presentando el proyecto definitivo, el ente concedente debe entonces convocar a licitación dentro de los seis meses siguientes.

En todo caso, una vez aprobada una propuesta conforme a lo antes indicado, de acuerdo con lo dispuesto en la previsión final del artículo 17, “la misma no puede ser posteriormente rechazada por razones de oportunidad o conveniencia” previéndose expresamente que “La República será responsable por los daños o perjuicios que pueda causar a los proponentes.”

*B. Derechos del proponente.*

El proponente privado de una licitación para el otorgamiento de una concesión, conforme se establece en el artículo 18 de la Ley Orgánica, tiene derecho a participar en la licitación que se convoque en los mismos términos y condiciones que los demás particulares, con los siguientes derechos adicionales:

Primero, al participar en la licitación, su oferta económica o la del grupo que integre, será premiada con un incremento de hasta el diez por ciento (10%) del puntaje final obtenido, en los términos que determine la Reglamentación de la ley Orgánica y el pliego de condiciones de la respectiva licitación; y

Segundo, si el proyecto aprobado es ejecutado en forma directa por alguna autoridad pública, o se otorga en concesión o bajo cualquier otra modalidad a un tercero, con o sin la concurrencia del proponente, le deben ser reembolsados los gastos en que hubiere incurrido para la formulación de la propuesta y la elaboración del proyecto, previa determinación de su valor actualizado por la

entidad licitante, el cual debe constar en el pliego de condiciones. Estos gastos se entienden reembolsados por la sola adjudicación del contrato.

#### *C. Evaluación preliminar de viabilidad.*

Dentro del lapso establecido para la aprobación o rechazo de las propuestas y con apoyo en la documentación suministrada por el proponente, el ente concedente debe practicar la evaluación preliminar de viabilidad a que se refiere el artículo 13 de la Ley, antes indicado, incluyendo como parte de ésta el examen de la capacidad legal, técnica y financiera de aquél para ejecutar el proyecto (art. 19)

#### *4. El procedimiento de licitación de concesiones*

##### *A. Los participantes en la licitación*

###### *a. Los licitantes.*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Orgánica, pueden participar en los procesos de licitación todas las personas jurídicas, consorcios o asociaciones temporales nacionales o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y de acreditar su solvencia económica, financiera, técnica y profesional, y cumplan los requisitos establecidos en la ley Orgánica, su Reglamento y el pliego de condiciones diseñado para cada proceso.

###### *b. Inhabilitación para participar en la licitación.*

Por su parte, el artículo 21 de la Ley Orgánica prevé los supuestos en los cuales determinadas personas no pueden participar en las licitaciones promovidas de conformidad con la misma, que son:

- a. Las personas jurídicas cuyos accionistas, socios o administradores tengan con el Presidente de la República, con alguno de los ministros en funciones o con algún directivo o representante del ente concedente, parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sean cónyuges de alguno de ellos;
- b. Aquellas personas que habiendo sido titulares de una concesión, hubieren dado lugar a su extinción por incumplimiento del contrato;
- c. Aquellas personas jurídicas cuyos accionistas, socios o administradores hubieren sido condenados mediante sentencia definitivamente firme en procesos de resolución o de cumplimiento de contrato;
- d. Los declarados en quiebra culpable o fraudulenta;
- e. Las personas cuyos administradores hubieren sido condenados por la comisión de delitos contra la propiedad, la fe pública, el fisco o delitos de Salvaguarda y del Patrimonio Público;
- f. Las personas jurídicas cuyos accionistas, socios o administradores sean dirigentes de organizaciones y partidos políticos, mientras se encuentren en el ejercicio de tales funciones.

##### *B. La posibilidad de realización de la precalificación pública*

En caso de estimarse conveniente, atendiendo a la magnitud, complejidad o costo de determinadas obras, el artículo 22 de la Ley Orgánica permite al ente concedente proceder a convocar a una precalificación pública de interesados, que tiene por objeto determinar la capacidad técnica, económica y la experiencia de los posibles licitantes.

En estos casos, una vez comprobada la capacidad y antecedentes de las empresas convocadas, el ente concedente debe entonces seleccionar entre los concurrentes aquellos que presenten las mejores credenciales, rigiéndose por las especificaciones que para tal efecto establezca el pliego de la licitación. En este caso, el ente concedente debe proceder a invitar a los preseleccionados a

presentar propuestas dentro de los plazos y bajo las condiciones que establezca el indicado pliego, debiendo sujetarse en todo caso al procedimiento licitatorio establecido en la Ley Orgánica.

En este caso, pueden suministrarse a los preseleccionados versiones preliminares de la documentación respectiva y solicitar de estas observaciones y comentarios sobre los pliegos de condiciones y el texto borrador del contrato.

#### *C. La convocatoria a licitación.*

La Convocatoria a licitación debe ser hecha del conocimiento de los interesados, conforme lo exige el artículo 23 de la Ley, por todos los medios posibles de difusión locales, nacionales e internacionales, atendiendo a la magnitud o complejidad de los proyectos involucrados. En todo caso, y como mínimo, la convocatoria debe publicarse por dos veces en un diario de circulación nacional y debe expresar la descripción general y objetivos del proyecto y la forma de adquisición del pliego de condiciones de la licitación.

#### *D. El Pliego de Condiciones*

Todas las licitaciones exigen que el ente concedente formule un pliego de condiciones el cual, como lo exige el artículo 24 de la Ley Orgánica, debe expresar los derechos y obligaciones de las partes contratantes, el procedimiento de la licitación y las reglas conforme a las cuales se garantiza la transparencia, la igualdad y la libre concurrencia de todos los interesados.

Una vez otorgado el respectivo contrato, dicho Pliego pasa a formar parte integrante de éste y debe contener, sin carácter limitativo, los aspectos siguientes:

- a. Descripción general y objetivos del proyecto;
- b. Condiciones para la presentación de la oferta económica;
- c. Aportes y garantías ofrecidos por el Estado, si los hubiere;
- d. Grado de riesgo que asume el participante durante la construcción de la obra o prestación del servicio;
- e. Condiciones y estándares de construcción, de servicio y de devolución de las obras al término de la concesión;
- f. Fórmulas e índices a ser utilizados para la fijación o determinación de tarifas, precios y demás modos de retribución del concesionario;
- g. Índices a ser utilizados para la determinación de la tasa interna de retorno del inversionista;
- h. La forma y plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen;
- i. Criterios y métodos para la evaluación de los componentes técnicos y financieros de las propuestas;
- j. Origen de los fondos para ejecutar los trabajos y el importe autorizado para el primer ejercicio, en el caso de proyectos cuya ejecución demande de aportes públicos;
- k. Garantías a ser constituidas, incluida la de seriedad de la propuesta, indicando su naturaleza, cuantía y los plazos en que debe constituirse;
- l. Los derechos que corresponden a los usuarios del servicio;
- m. Plazos para consultas y aclaratorias sobre el pliego de condiciones;
- n. Antecedentes que deben entregar los licitantes en las ofertas técnica y económica;

- o. Forma, fecha, hora y lugar de la presentación de las ofertas y formalidades del acto de apertura;
  - p. Multas y demás sanciones establecidas;
  - q. Causales de suspensión y extinción de la concesión;
  - l. Forma de calcular la indemnización del concesionario en caso de rescate anticipado;
- Plazo para el otorgamiento y firma del contrato.

Una vez hecha pública la convocatoria de la licitación, tal como lo establece el mismo artículo 22, el pliego de condiciones no puede alterarse o modificarse, salvo que se deje sin efecto la convocatoria realizada.

#### *E. La presentación de las ofertas.*

Las ofertas deben ser presentadas en la forma establecida en el pliego de las condiciones, debiendo contener en todo caso los antecedentes generales de las personas jurídicas oferentes, una oferta técnica y una oferta económico-financiera (art. 25).

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

Conforme a lo exigido en el artículo 26 de la Ley, las ofertas deben ser recibidas en acto público por el ente concedente, en el día, hora y lugar indicado para este efecto en el pliego de condiciones.

En dicho acto de apertura de las ofertas se debe dejar constancia mediante acta, de quienes presentaron ofertas, de los antecedentes recibidos, de cuáles fueron rechazadas y de las observaciones que formularen los licitantes.

#### *G. La evaluación de las ofertas.*

Las evaluaciones de las propuestas debe comprender dos etapas conforme me regula en el artículo 27 de la Ley Orgánica: una etapa de evaluación técnica y otra de evaluación económica, de manera que sólo aquellas que resulten aprobadas en la primera etapa pueden ser consideradas para la segunda.

La Ley Orgánica remite al Reglamento para el establecimiento de los criterios de evaluación que pueden utilizarse según el tipo de concesión de que se trate, siendo sin embargo, de obligatoria consideración, ya sea en forma alternativa o simultánea, los siguientes criterios:

- a. La estructura tarifaria propuesta;
- b. El plazo de duración de la concesión;
- c. Los pagos ofrecidos por el concesionario a la República;
- d. La reducción de aportes o garantías que deba hacer la República,
- e. El menor valor presente de las tarifas, peajes u otra modalidad de retribución del concesionario;
- f. El menor valor presente de las amortizaciones o pagos que en su caso deba hacer la República al concesionario;
- g. Las ventajas y desventajas del plan de financiamiento propuesto y su adecuación para atender los costos de construcción, operativos y de mantenimiento del proyecto.

#### *H. La adjudicación del contrato de concesión.*

Conforme al artículo 28 de la Ley Orgánica, el contrato debe ser adjudicado "a quien formule la mejor propuesta económico-financiera entre las aceptadas desde el punto de vista técnico aunque en el proceso de licitación se presentare una sola oferta," sin perjuicio de la facultad del ente concedente de desestimar todas las ofertas mediante acto motivado.

En este último caso de quedar desestimadas todas las propuestas presentadas, dispone expresamente la Ley Orgánica que “no nacerá para los oferentes derecho alguno de pedir indemnización” (art. 28).

En todo caso, el ente concedente puede licitar la concesión de nuevo, admitiendo a todos los que participaron en la anterior licitación y a cualquier nuevo proponente que cumpla los requisitos establecidos para presentar propuestas.

#### *I. La suscripción del contrato*

Luego de adjudicado el contrato de concesión el mismo queda perfeccionado conforme a lo indicado en el artículo 28 de la Ley, “al ser suscrito por las partes contratantes” y además, debe publicarse en la *Gaceta Oficial* de la República.

A tal efecto, conforme al artículo 29 de la Ley, el concesionario queda obligado no solo a suscribir el contrato de concesión, sino a autenticarlo, junto con los poderes otorgados y las garantías ante Notario Público; y a registrar el contrato, los poderes y garantías autenticados ante el ente concedente.

Previamente a la suscripción del contrato, el concesionario, conforme lo dispone la misma norma del artículo 29 de la Ley Orgánica, está obligado, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones, a “constituir una sociedad mercantil de nacionalidad venezolana con quien se entenderá celebrado el contrato y cuyo objeto será la construcción rehabilitación, modernización, ampliación y explotación de obras y servicios públicos, incluyendo particular referencia al objeto de la concesión adjudicada.”

En caso de incumplimiento por el adjudicatario de estas obligaciones dentro del término que se le hubiere fijado, el acto de adjudicación se considera que queda sin ningún efecto y la garantía constituida para responder por la seriedad de la propuesta pasa de pleno derecho en favor de la República o, en su caso, al patrimonio de la entidad contratante.

#### *J. Constitución de garantías.*

Por último, conforme al artículo 30 de la Ley Orgánica, el concesionario debe constituir una garantía definitiva correspondiente a la fase de construcción, cuya forma y monto debe ser establecido en el pliego de condiciones.

Asimismo, debe constituir, con carácter previo a la puesta en funcionamiento de la obra o del servicio o de una parte o sección de éstos, garantía para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas con motivo de la explotación, en la forma y monto que determine el pliego de condiciones.

Conforme se dispone en la misma norma, en ningún caso el concesionario estará obligado a mantener la vigencia de alguna garantía cuando la obligación cuyo cumplimiento estaba llamado a garantizar se hubiere cumplido en los términos y condiciones previstos en el contrato y en el pliego de condiciones.

En relación con estas garantías, el ente concedente debe velar por la oportuna consignación y suficiencia de las garantías exigibles al concesionario, por su mantenimiento y vigencia durante cada etapa del contrato y ejercerá todas las acciones que procedieren para obtener las indemnizaciones que correspondan por los daños y perjuicios derivados de la ejecución de dichos contratos (art. 410).

### **IV. LOS DERECHOS DEL CONCESIONARIO**

De acuerdo con el artículo 33 de la Ley Orgánica, desde el momento en el cual se perfeccione el contrato, el concesionario tiene los siguientes derechos:

#### *1. El derecho a la contraprestación*

El concesionario tiene derecho a recibir oportunamente las remuneraciones acordadas en el pliego de condiciones o en el contrato (art. 33.a); y a explotar las obras ejecutadas y percibir los peajes, precios y demás asignaciones o beneficios

convenidos y debidamente establecidos en el pliego de condiciones o en el contrato (art. 33.b)

En relación con dicha contraprestación, el concesionario tiene derecho a solicitar la revisión del régimen económico de la concesión y del plazo de ejecución por causas sobrevinientes, y a obtener, si fuere el caso, las compensaciones a que hubiere lugar que podrán hacerse efectivas por medio de la revisión del régimen tarifario u otras fórmulas de remuneración del concesionario, de su fórmula de reajuste o del plazo del contrato, pudiendo utilizarse para ello uno o varios de estos factores a la vez ((art. 33.c).

### *2. El derecho de utilización de bienes ajenos.*

El concesionario tiene derecho de gozar de los derechos y obligaciones del beneficiario de la expropiación, limitados a lo necesario para dar cumplimiento al contrato de concesión (art. 33.d).

En particular, conforme al artículo 60 de la Ley Orgánica, desde el momento de perfeccionarse el contrato de concesión, el concesionario tiene derecho al uso y goce de los bienes de dominio público o privado del ente concedente que sean destinados a la ejecución y desarrollo de las obras o servicios objeto de dicho contrato.

En cuanto a las aguas y a las minas o materiales que aparecieren como consecuencia de la ejecución de las obras públicas no se entenderán incluidos en la concesión y su utilización por el concesionario se regirá por las normas contenidas en la legislación especial aplicable en cada caso ( art. 31.e).

### *3. Derecho a disfrutar de garantías e incentivos legales.*

El concesionario tiene derecho de gozar de las garantías e incentivos establecidos por la Ley Orgánica o en otras leyes (art. 33.e).

Por lo que se refiera a la ley Orgánica, el artículo 55 dispone en cuanto a los aportes o incentivos, que cuando lo estime conveniente en razón de la magnitud o del interés público de los proyectos, el Ejecutivo Nacional, a través del ente concedente tiene competencia para:

- a. Compartir con el concesionario los costos del financiamiento de las obras, o aportar los proyectos, terrenos o las construcciones que fueren necesarios para su ejecución.
- b. Concederle la explotación, conservación y el mantenimiento de obras contiguas a la concedida, o tramos de ésta ya construidos.

En cuanto a los incentivos fiscales, el artículo 56 dispone que los titulares de las concesiones de obras o servicios otorgados de conformidad con la Ley Orgánica que en virtud de lo dispuesto en el contrato correspondiente, asuman el financiamiento de la inversión que requiera la obra o el servicio concedido, deben gozar de los siguientes beneficios fiscales:

- a. Exención del cincuenta por ciento (50%) de la renta neta gravable con el impuesto sobre la renta, en los casos en los que los titulares de la concesión asuman el financiamiento de la inversión en una proporción igual o superior al cincuenta por ciento (50%).

Esta exención es procedentes cuando el titular de la concesión haya cumplido con el financiamiento de la inversión programada para cada ejercicio fiscal, de conformidad con el contrato.

- b. Exención del veinticinco por ciento (25%) de la renta neta gravable con el impuesto sobre la renta, en los casos de titulares de la concesión que asuman el financiamiento de la inversión en una proporción inferior al cincuenta por ciento (50%).

En estos casos, a los efectos de la determinación del derecho de los titulares de la concesión a estos beneficios fiscales, se considera como financiamiento de la inversión los aportes de capital en dinero o especie directamente aplicados a la obra o servicio objeto de la concesión.

En los casos de concesiones cuyo financiamiento provenga del titular de la concesión, el Ejecutivo conforme al artículo 57 de la Ley Orgánica, puede exonerar del pago de impuesto sobre la renta los intereses de los capitales tomados en préstamo y los correspondientes a las obligaciones emitidas por el titular de la concesión, vinculadas al financiamiento de la inversión. Dichas exoneraciones se deben otorgar de conformidad con las normas del Código Orgánico Tributario.

#### *4. Derecho a procurar los medios para financiar la obra.*

El concesionario tiene derecho de emitir acciones, obligaciones y a contraer cualquier deuda u obligación destinadas al financiamiento de las inversiones vinculadas a la concesión, cuando en el pliego de condiciones o en el contrato correspondiente se autorice a ello (art. 33.f).

#### *5. Derecho de constitución de garantías sobre el contrato.*

El concesionario tiene derecho, conforme al artículo 34 de la ley Orgánica, a constituir en prenda sin desplazamiento de posesión el contrato de concesión o los ingresos futuros de dicho contrato, para garantizar el cumplimiento de obligaciones crediticias contraídas para financiar su ejecución, previa autorización del ente concedente. Igualmente, puede ceder u otorgar en prenda cualquier pago ofrecido por la República y que conste en el contrato. A los efectos de estas garantías, en todo lo no previsto en la ley Orgánica, la misma remite a las previsiones de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión.

El documento en que se establezca la garantía deberá protocolizarse por ante la Oficina Subalterna de Registro competente y consignarse ante el ente concedente.

#### *6. Derecho a la rescisión en caso de encarecimiento y modificación excesiva del contrato.*

La Ley Orgánica establece como deber del ente concedente, el realizar todos los esfuerzos dirigidos a prevenir y evitar el encarecimiento de las obras ejecutadas en virtud de la Ley Orgánica. Con tal propósito, debe corregir en el menor tiempo posible los desajustes que pudieran presentarse, gestionar o asignar oportunamente los recursos a cuyo aporte se hubiere comprometido la República y utilizar los mecanismos o procedimientos más eficaces para precaver o solucionar los conflictos o diferencias que puedan afectar la ejecución de los contratos. (art. 42)

Sin embargo, conforme al artículo 42 de la Ley Orgánica, si las modificaciones al contrato alteran el valor del mismo en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicialmente fijado en el contrato, el concesionario tendrá derecho a solicitar la rescisión y a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que la modificación le ocasione.

#### *7. Derecho de cesión o transferencia del contrato de concesión*

Conforme al artículo 35 de la ley Orgánica, el concesionario tiene derecho a ceder o transferir, desde el perfeccionamiento del contrato, la concesión o los derechos de la sociedad concesionaria previa autorización del ente concedente. En el caso de que se hubiere constituido garantía sobre el contrato de concesión de conformidad a lo establecido en el artículo 34, se requiere también de la aprobación escrita del acreedor prendario.



La cesión voluntaria o forzosa de la concesión debe ser total, y comprende todos los derechos y obligaciones derivados del contrato, de manera que la persona jurídica que pretenda sustituirse en el concesionario, incluido el acreedor prendario, debe reunir los requisitos establecidos para ser licitante, no puede estar sujeta a inhabilidades y debe acreditar suficientemente su capacidad para cumplir las metas, plazos, especificaciones técnicas y demás obligaciones y requisitos fijados en el pliego de condiciones y en el contrato.

#### *7. Derecho a obtener la colaboración de la Administración*

Conforme al artículo 62 de la ley Orgánica, el ente concedente está facultado para coordinar y facilitar la tramitación y obtención de todos los permisos, licencias o autorizaciones que requiera el concesionario para la ejecución de los respectivos contratos, sin perjuicio del estricto cumplimiento de las leyes, reglamentos y demás instrumentos que rigen la expedición de tales actos.

### **V. LAS OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO**

#### *1. Las obligaciones generales del concesionario*

De acuerdo con el artículo 36 de la Ley Orgánica, el concesionario tiene las siguientes obligaciones generales:

##### *A. El cumplimiento del contrato conforme a la ley*

El concesionario está obligado a cumplir y hacer cumplir el contrato con estricta sujeción a las normas, los proyectos, especificaciones técnicas y estándares de calidad establecidos en este Decreto-Ley, en su Reglamento y en el pliego de condiciones (Art. 36.a).

##### *B. Sujeción a las directrices del ente concedente*

El concesionario está obligado a acatar las directrices, órdenes o resoluciones emitidos por el ente concedente en el ámbito de sus atribuciones (Art. 36.b); así como a permitir y facilitar las inspecciones y auditorías que tengan por objeto verificar su desempeño y comprobar el cumplimiento de las condiciones de calidad, precio y adecuación técnica de la obras ejecutadas y de los servicios prestados (Art. 36.c).

##### *C. Obligación de prestar el servicio con continuidad, normalidad y sin interrupciones*

El concesionario está obligado a prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los usuarios el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas en el Reglamento del Servicio o en las leyes reguladoras del servicio público de que se trate (Art. 36.d).

Igualmente, el concesionario está obligado a facilitar o prestar el servicio en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación (Art. 36.e).

Por último, el concesionario está obligado a prestar el servicio ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por el ente concedente, acordando las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio (Art. 36.f).

##### *D. Obligación de indemnizar*

El concesionario está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que se causen a terceros con motivo de la ejecución del contrato de concesión, a menos que tales daños fuesen la consecuencia inmediata de una orden o instrucción

emanada del ente concedente o de cualquier otro órgano o entidad de la administración (Art. 36.g).

## *2. Obligaciones específicas en la etapa de construcción de las obras*

### *A. Obligaciones en el caso de Proyectos integrales o llave en mano*

En el caso de proyectos integrales o llave en mano, el concesionario está obligado a presentar ante el ente concedente, dentro del plazo estipulado en el pliego de condiciones, la memoria descriptiva, los planos y el proyecto de ingeniería de detalle a los efectos de su aprobación.

En estos casos, el pliego de condiciones debe establecer las sanciones aplicables por el retardo en el cumplimiento de esta obligación de parte del concesionario. De no producirse respuesta alguna dentro de los sesenta días siguientes a la presentación de toda la documentación exigida, la Ley le da efectos positivos al silencio administrativo, entendiéndose como aprobado el proyecto presentado (art. 31.a).

### *B. La ejecución conforme al contrato*

Las obras previstas en la concesión deben ejecutarse con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones, en el proyecto aprobado, en el contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica del contrato diere al concesionario el Inspector designado por el ente concedente.

Durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía que establezca el pliego de condiciones, el concesionario es el responsable de los defectos que pueda presentar la construcción (art. 31.b)

### *C. La ejecución a riesgo del concesionario*

Las obras previstas en el contrato se deben ejecutar a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole a hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación.

La República no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores (art. 31.c).

### *D. La obligación de terminación de las obras*

El concesionario está obligado a concluir las obras y ponerlas en servicio en las fechas y plazos que establezcan el pliego de condiciones y el contrato. El pliego de condiciones fijará las sanciones aplicables por los incumplimientos (art. 31.g).

Cuando el retraso en el cumplimiento de los plazos parciales o del total fuere imputable a la República, el concesionario gozará de un aumento igual al período de entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones que procedan (art. 31.d).

## **VI. LAS PRERROGATIVAS DEL ENTE CONCEDENTE**

### *1. La potestad de inspección y control del ente concedente.*

Conforme se establece en el artículo 37 de la Ley Orgánica, el ente concedente puede disponer en todo momento las medidas de inspección, vigilancia y control necesarias para asegurar el cumplimiento del contrato, y en particular, para verificar el adecuado desempeño del concesionario y comprobar la conformidad existente entre el proyecto o la obra ejecutados y las condiciones de calidad y demás especificaciones técnicas fijadas en el pliego de condiciones, en el contrato, y en su caso, las que se desprendan de las instrucciones emanadas del ente concedente.

A tal efecto, el ente concedente debe designar un Inspector que tendrá a su cargo el control y vigilancia del avance, desarrollo y calidad de la ejecución de las obras y su concordancia con la ingeniería aprobada (art. 31.f).

### *2. La potestad de interpretación unilateral del contrato*

Conforme al artículo 38 de la Ley Orgánica, de surgir discrepancias entre las partes durante la ejecución del contrato acerca de la interpretación o el alcance de cualesquiera de sus disposiciones, el ente concedente, de no lograrse un acuerdo, debe interpretar las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia mediante acto administrativo debidamente motivado.

Quedan a salvo, según dicha norma, los derechos del concesionario de utilizar los mecanismos de solución de controversias contemplados en la misma Ley Orgánica, como se indica más adelante, para la defensa de sus intereses y de reclamar los daños o perjuicios que el acto administrativo pueda ocasionarle.

### *3. La potestad de modificación unilateral del contrato.*

Conforme se establece en el artículo 39 de la Ley Orgánica, desde que se perfeccione el contrato, el ente concedente puede modificar, por razones de interés público y mediante acto debidamente motivado, las características de las obras y servicios contratados.

En tal circunstancia el ente contratante debe compensar al concesionario en caso de perjuicio, acordando con aquél indemnizaciones que podrán expresarse en el plazo de la concesión, en las tarifas, en los aportes o subsidios o en otros factores del régimen económico de la concesión pactados, pudiendo utilizar uno o varios de esos factores a la vez.

Por otra parte, en relación con la posible "insuficiencia de obras," el artículo 40 de la Ley Orgánica dispone que si durante la vigencia de la concesión, la obra resultare insuficiente para la prestación del servicio en los niveles definidos en el contrato de concesión o en el pliego de condiciones y se considerare conveniente su ampliación o mejoramiento por iniciativa del ente concedente o a solicitud del concesionario, se procederá a la suscripción de un convenio complementario al referido contrato de concesión. Este convenio debe fijar las particulares condiciones a que deba sujetarse la realización de las obras y su repercusión en el régimen de tarifas o en cualquier otro factor del régimen económico o en el plazo de la concesión, quedando facultado el ente concedente para incluir en dicho convenio, como compensación, uno o varios de esos factores.

Para la aprobación del convenio complementario conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley, el asunto lo debe presentar el Ministerio correspondiente, ya sea actuando en ejercicio de su competencia o como ente de adscripción, al Presidente de la República a los fines de su aprobación en Consejo de Ministros.

### *5. Potestad de sancionar al concesionario.*

El ente concedente está facultado conforme se prevé en el artículo 43 de la Ley Orgánica, para imponer al concesionario las sanciones de apercibimiento, de amonestación o de multa establecidas previamente en el pliego de condiciones y en el contrato por el incumplimiento de dicho contrato, de su pliego de condiciones o de las resoluciones expedidas por el ente concedente, todo ello sin perjuicio de la facultad que le corresponde de adoptar las medidas preventivas que fuesen necesarias para asegurar la continuidad de una obra o de un servicio o para evitar su pérdida o deterioro.

### *6. Potestad de suspender la concesión*

Conforme al artículo 43 de La ley Orgánica, en particular, el ente concedente puede declarar suspendida temporalmente la concesión, acordar su intervención y

declarar su extinción, todo ello en conformidad con las previsiones contenidas en la ley Orgánica, como se indica más adelante.

En particular, en cuanto a la suspensión de las concesiones, el artículo 45 de la Ley Orgánica dispone que las mismas pueden quedar temporalmente suspendidas:

a. En el caso de guerra, conmoción interior o fuerza mayor que impidan la prestación del servicio;

b. Cuando se produzca una destrucción parcial de las obras o de sus elementos, de modo que se haga inviable su utilización por un período de tiempo; y

c. Por cualquier otra causa que el pliego de condiciones establezca.

En estos casos, el ente concedente debe constatar, de ser posible, la existencia de alguno de los supuestos de suspensión de la concesión a los fines de su autorización previa; y debe adoptar las previsiones de emergencia o de necesidad necesarias para la protección y conservación de las obras o del servicio y acordará la reanudación o restablecimiento de unos u otros en cuanto cesen las causas que dieron lugar a la suspensión.

#### **VII. RESPONSABILIDAD DE LA REPÚBLICA.**

Conforme a lo expresamente indicado en el artículo 44 de la Ley Orgánica, la República, por órgano del ministerio o entidad competente, es responsable por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones que le sean imputables y que causen perjuicios al concesionario.

En tales casos debe indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el concesionario.

Por otra parte, de acuerdo con la misma norma, la República puede concurrir junto al concesionario el pago de los daños y perjuicios producto de caso fortuito o fuerza mayor, si así lo estableciere el pliego de condiciones o el contrato.

#### **VIII. LA EXTINCIÓN DE LAS CONCESIONES**

El artículo 46 de la Ley Orgánica establece las siguientes causales de extinción de las concesiones:

a. Cumplimiento del plazo por el que se otorgó con sus modificaciones si procediere;

b. Mutuo acuerdo entre el ente concedente y el concesionario;

c. Por rescisión del contrato debido a incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario;

d. Por rescate anticipado;

e. Por quiebra del concesionario; y

f. Las que se estipulen en el pliego de condiciones y en el contrato.

##### *1. La extinción de la concesión por cumplimiento del plazo y la reversión de los bienes afectos a la concesión*

Cumplido el plazo de la concesión, conforme al artículo 46 de la Ley, el ente concedente debe comprobar el cumplimiento de su objeto., mediante constatación que se debe verificar mediante acto de recepción o conformidad, en el plazo y bajo las condiciones que establezca el Reglamento de la Ley Orgánica.

Extinguida la concesión, las obras o servicios pueden ser nuevamente otorgados en concesión que debe tener por objeto su conservación, reparación, ampliación o explotación.

De acuerdo con la previsión expresa del artículo 48 de la Ley Orgánica, a los efectos de la reversión, el contrato de concesión debe establecer el plazo de la concesión, las inversiones que debe realizar el concesionario “y los bienes que por estar afectos a la obra o al servicio de que se trate, deben revertirán al ente concedente, a menos que no hubieren podido ser totalmente amortizadas durante el mencionado plazo.”

En consecuencia, no todos los bienes afectos a la reversión deben ser revertidos, debiendo el contrato expresar “las obras, instalaciones o bienes que hubiere de realizar el concesionario no sujetas a reversión, las cuales, de considerarse de utilidad o interés público, podrán ser objeto de reversión previo pago de su precio al concesionario.”

En todo caso, durante un período prudencial anterior a la terminación del contrato, el ente concedente debe adoptar las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes a ser revertidos se verifique en las condiciones convenidas.

### *2. Extinción por mutuo acuerdo previa autorización del Presidente de la República.*

La concesión también se extingue conforme a la previsión del artículo 49 de la ley, por acuerdo entre el ente concedente y el concesionario, con arreglo a las condiciones del convenio que se suscriba por ambas partes. Este convenio debe ser previamente aprobado por el Presidente de la República y entra en vigor mediante Resolución del Ministerio competente que deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República.

La resolución de la concesión por mutuo acuerdo sólo puede adoptarse cuando no concurra otra causa de resolución o de extinción imputable al concesionario y siempre que por razones de interés público resultare innecesaria o inconveniente la continuación del contrato.

### *3. Extinción por incumplimiento grave y la intervención de la concesión*

Las concesiones también se extinguen, conforme a la previsión del artículo 50 de la ley Orgánica, por incumplimiento grave del contrato de concesión, lo cual debe ser objeto de declaración por el ente concedente acordada con fundamento en alguna de las causales establecidas en la Ley Orgánica, en el respectivo contrato de concesión o en el pliego de condiciones. La declaratoria de incumplimiento del contrato debe ser ejecutada sin necesidad de pronunciamiento judicial.

En este caso, el ente concedente debe proceder a licitar públicamente y en el plazo de 180 días contados desde la declaración, el contrato de concesión por el plazo que le reste. En este caso, el pliego de condiciones de la licitación debe establecer los requisitos que debe de cumplir el nuevo concesionario, los que, en ningún caso, pueden ser más gravosos que los impuestos al concesionario original. Al asumir el nuevo concesionario, debe cesar en sus funciones el interventor que se hubiere designado de conformidad con las previsiones de la Ley Orgánica.

En todo caso, la declaratoria de extinción del contrato por incumplimiento grave sólo puede acordarse previa audiencia del concesionario y mediante un procedimiento que le asegure el pleno ejercicio de sus garantías constitucionales.

En este marco legal, conforme al artículo 51 de la Ley, y sin perjuicio de los supuestos de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario que

puedan establecer el pliego de condiciones o el contrato, se considerarán como tales causales de incumplimiento grave, los siguientes:

- a. Demoras no autorizadas en la construcción de las obras, por períodos superiores a los establecidos en el pliego de condiciones;
- b. Falta de cumplimiento reiterado de los niveles mínimos de calidad del servicio establecidos en el pliego de condiciones;
- c. Cobranza reiterada de tarifas superiores a las autorizadas;
- d. Incumplimiento reiterado de las normas de conservación de las obras, especificadas en el pliego de condiciones;
- e. No constitución o reconstitución de las garantías en los plazos y condiciones estipuladas en el pliego de condiciones;

La Ley Orgánica regula expresamente la figura de la intervención de la concesión, la cual se produce, conforme al artículo 52,, “en caso de que el concesionario abandone la obra, interrumpa el servicio de manera injustificada, o incurra en uno de los supuestos de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato,” supuestos en los cuales el ente concedente puede designar un interventor con el propósito de impedir o evitar la paralización de la obra o el servicio.

Al conocer del asunto, el ente concedente debe abrir el procedimiento destinado a constatar la situación de hecho, a establecer la responsabilidad que pudiera haber al concesionario y a tomar las decisiones correspondientes de acuerdo con sus atribuciones.

A tales efectos el ente concedente debe notificar de la apertura del procedimiento al concesionario, y tiene un plazo de diez (10) días contados a partir de la fecha de dicha notificación para decidir en forma motivada, con audiencia previa del interesado y con plena observancia de sus garantías constitucionales. El ente concedente puede prorrogar dicho plazo por igual período y por una sola vez.

Comprobados como estuvieren los supuestos que dieron lugar a la apertura de la averiguación, el ente concedente debe adoptar las medidas y decisiones que correspondan y debe proceder a la designación del interventor.

El interventor designado sólo tendrá las facultades de administración necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión. Cesa en su cargo en cuanto el concesionario reasuma sus funciones o cuando la concesión sea nuevamente otorgada en la forma prevista en la ley Orgánica. En todo caso, si después de noventa (90) días de la designación del interventor el concesionario no reasume, se entiende que hay incumplimiento grave y se procederá conforme a lo previsto en el artículo 50 de este Decreto-Ley.

#### *4. Quiebra del concesionario.*

La quiebra de la sociedad concesionaria también determina la extinción de la concesión y la pérdida en favor de la República o de la entidad contratante de las garantías constituidas y exigibles (art. 54).

#### *5. El rescate anticipado de la concesión por causas de interés público.*

El artículo 53 de la Ley Orgánica establece, en forma sin duda novedosa en el ordenamiento jurídico aplicable a los contratos públicos, la figura del rescate anticipado de las concesiones por causa de utilidad o interés público, lo que debe decidirse necesariamente por el ente concedente mediante acto administrativo debidamente motivado.

En estos casos, dispone la Ley Orgánica, “procederá la indemnización integral del concesionario, incluyendo la retribución que dejare de percibir por el tiempo que reste para la terminación de la concesión.”

A los efectos de establecer la indemnización en estos casos, la ley orgánica dispone que en el pliego de condiciones se deben establecer los elementos o criterios que deben servir para fijar el monto de la indemnización que haya de cubrirse al concesionario.

Conforme a la Ley Orgánica, si el concesionario estuviese conforme con el monto de la indemnización, la cantidad que se señale por este concepto tiene entonces carácter definitivo; en cambio, si no estuviere conforme, el importe de la indemnización se debe entonces determinar mediante alguno de los mecanismos de solución de conflictos contemplados en la Ley, y que se comentan más adelante.

Como se dijo, este régimen del rescate anticipado de concesiones no se había regulado expresamente en el ordenamiento jurídico ni en las leyes especiales reguladoras de concesiones administrativas. Por ejemplo, en la Ley de Minas no se regula expresamente la posibilidad de la Administración de terminar anticipadamente las concesiones mineras por razones de interés general, sin que medie culpa alguna de los concesionarios, es decir, se dispone la potestad de la Administración de proceder al rescate anticipado de las concesiones por razones e interés general.

Sin embargo, es indudable que ello siempre es posible, como ha sido reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como una de las llamadas “cláusulas exorbitantes” del derecho común que existen en todos los contratos del Estado, y que permiten a la administración rescindirlos unilateralmente por razones de interés general; en cuyo caso, como la propia jurisprudencia también lo ha reconocido, siempre debe mediar el pago al co-contratante de una indemnización o compensación por los daños y perjuicios que le cause tal rescisión unilateral. Así, por ejemplo, lo expresó hace décadas la antigua Corte Federal, al indicar que “en el campo de acción de los contratos administrativos, y aunque no conste en las cláusulas de la convención, la rescisión unilateral de ellos, cuando así lo demandan los intereses generales y públicos, es una facultad que la Administración no puede enajenar ni renunciar.”<sup>11</sup> La jurisprudencia de la antigua Corte Suprema, además, estableció que esta facultad de la Administración para rescindir unilateralmente el contrato, cuando así lo exija el interés general, no la exime, de una manera absoluta, de indemnizar al co-contratante cuando para éste, sin su culpa, se han derivado perjuicios de la rescisión. La indemnización en este caso, como cuando se trata de una expropiación por causa de utilidad pública o social, es la que esté conforme con la justicia y la equidad.<sup>12</sup>

Y esto es, precisamente, lo que se ha regulado en el artículo 53 de la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones de 1999,<sup>13</sup> cuyo estándar basado en el principio de la

<sup>11</sup> Corte Federal, sentencia de 12 de noviembre de 1954, en *Gaceta Forense*. Nº 6 (2da Etapa), Caracas 1954, pp. 193-194. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol 2, Instituto de derecho Público, Caracas 1977, pp. 828-829

<sup>12</sup> Corte Federal, sentencia de 12 de noviembre de 1954, en *Gaceta Forense*. Nº 6 (2da Etapa), Caracas 1954, pp. 204-206. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol 2, Instituto de derecho Público, Caracas 1977, pp. 804-805.

<sup>13</sup> *Gaceta Oficial* No. 5.394 Extra. del 25 de octubre de 1999. Los antecedentes normativos de esta previsión sobre rescisión unilateral de contratos estatales y el pago de indemnización, están en las, viejas Condiciones Generales de Contratación en los contratos de obra dictadas por la Administración, donde se indicaba que en los casos de terminación anticipada (artículo 115), conforme al artículo 116, el ente contratante debía pagar al contratista no sólo el valor de la obra

responsabilidad de la Administración por sacrificio individual, se ha aplicado por la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa cuando las concesiones mineras son revocadas por causas que no son imputables al titular de la concesión, para declarar la validez de los actos administrativos correspondientes.<sup>14</sup>

En efecto, por ejemplo, en el caso de la Ley de Minas, la misma se limitó a establecer los casos específicos de extinción de las concesiones mineras, lo que no impide por supuesto la posibilidad de la Administración de revocar las concesiones mineras, o de ponerle fin anticipadamente a las mismas, cuando razones de interés general lo aconsejen, mediando el pago de una indemnización al concesionario por los daños y perjuicios que le cause ese rescate anticipado. En esta materia, por supuesto, se aplican todos los principios consolidados sobre la posibilidad de revocación de los actos administrativos irrevocables (creadores o declarativos de derechos a favor de particulares) por razones de mérito, respecto de lo cual la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de la Justicia, en sentencia de 11 de mayo de 2005, ha declarado que la consecuencia fundamental del principio de irrevocabilidad de los actos administrativos que crean derechos a favor de particulares, cuando son revocados en forma no autorizada por el ordenamiento legal, es que los titulares tienen “el derecho de recibir la compensación por daños y perjuicios causado a ellos por la revocación o la suspensión del acto”<sup>15</sup> como si se tratase de una expropiación de los derechos. El principio tiene su equivalente en materia de actos bilaterales como las concesiones cuando la administración adopta la decisión de poner término anticipadamente a la concesión, expropiando los derechos del concesionario. Se trata, además, de los mismos principios clásicos establecidos por la jurisprudencia y que son aplicados en materia de rescisión unilateral de los contratos del Estado por razones de interés general, en cuyo caso, siempre se reconoce la obligación de la Administración de resarcir al co-contratante por los daños y perjuicios que le cause la rescisión.

En el ordenamiento jurídico venezolano relativo a los contratos del Estado, sin embargo, no hay previsiones legales generales que regulen la forma de establecer la indemnización que corresponde al contratista en caso de terminación anticipada de los contratos por razones de interés general, sin culpa del co-contratante; y ello tampoco se reguló por ejemplo, en la Ley de Minas respecto de los casos de terminación anticipada de concesiones mineras por razones de interés general.

En el ordenamiento jurídico venezolano, en realidad, como se ha dicho, es sólo en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones de 1999 donde se regula expresamente, dentro de las causales de extinción de las concesiones, este llamado “rescate anticipado” (art. 46.d) de las mismas por causa de interés público, previendo el pago de la correspondiente indemnización integral del concesionario, “incluyendo la retribución que dejare de percibir por el tiempo que reste para la terminación de la concesión.” Como se dijo, la Ley Orgánica en la norma, en realidad no hizo otra cosa que positivizar, a

---

ejecutada y de los materiales y equipos que hubiere adquirido para la obra, sino una indemnización conforme a unos porcentajes expresamente previstos; Esta figura de la rescisión unilateral de los contratos, fue luego recogida en la Ley sobre las concesiones de obra pública (artículos 79 y 80) y en materia de las concesiones municipales de servicios públicos o explotación de bienes, en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

<sup>14</sup> Véase la sentencia No. 847 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 17 de Julio de 2008 (Caso *Minas San Miguel C.A.*), disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00847-17708-2008-2005-5529.html>; Sentencia No. 395 de la misma Sala del 25 de Marzo de 2009 (Caso *Unión Consolidada San Antonio*), disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00395-25309-2009-2005-5526.html>.

<sup>15</sup> Véase la sentencia No. 01033 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de mayo de 2000 (el Caso *Aldo Ferro Garcia v. la marca comercial BESO*), disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.



los efectos de las concesiones que regula, los principios que había desarrollado la jurisprudencia en materia de revocación de actos administrativos irrevocables (incluso los bilaterales) por razones de interés general, o de rescisión unilateral de contratos del Estado (contratos administrativos) por razones de interés general, mediando siempre el pago de indemnización por parte de la administración, por los daños y perjuicios causados al beneficiario del acto revocado o del contrato rescindido, en términos similares a los de una expropiación de derechos. Sin embargo, lo realmente innovador de la Ley Orgánica, fue el haber establecido un procedimiento específico, con participación activa del concesionario, para la determinación del monto de la indemnización que le corresponde en caso de rescate anticipado de concesiones; disponiendo que para tal efecto debe llegarse a un acuerdo de voluntades a ser formalizado entre el ente concedente y el concesionario, al aceptarse el "Pliego de Condiciones," en el cual de acuerdo con la Ley Orgánica, se deben establecer los "elementos o criterios que servirán para fijar el monto de la indemnización que haya de cubrirse al concesionario."

#### **X. RÉGIMEN DE LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS**

El artículo 61 de la Ley Orgánica dispone que para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos de concesión regulados por la misma, las partes pueden utilizar mecanismos de solución directa tales como la conciliación y la transacción.

Asimismo, las partes pueden acordar en el respectivo contrato someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados de mutuo acuerdo, de conformidad con la normativa que rige la materia.

Cuando se trate de la solución de diferencias de carácter exclusivamente técnico, las partes podrán someter la solución del asunto al conocimiento de expertos directamente designados por ellas. En tales casos, la decisión adoptada siguiendo el procedimiento previamente establecido, tendrá carácter definitivo.