

**FUNDACIÓN ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

**VIII JORNADAS INTERNACIONALES  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS**

**TOMO II**

**CARACAS, 2006**

FUNDACIÓN ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

**PRESIDENTE**

Belén Ramírez Landaeta

**VICE-PRESIDENTE**

Gustavo Urdaneta Troconis

**SECRETARIA**

Norka Moncada Redondo

© Copyright 2005 Ediciones Funeda

*Hecho el depósito de Ley*

Depósito legal:

*IBSN*

**EDICIONES FUNEDA**

*Av. Tamanaco, Edif. Impres, El Rosal,  
Caracas - Venezuela*

*Teléfonos: 953-19-95 953-26-65*

*e-mail: funeda@etheron.net*

## ÍNDICE

<i>Nota Biobibliográfica sobre Allan R. Brewer-Carías. ....</i>	7
Principios Generales de los Contratos Administrativos. <i>María Amparo Grau. ....</i>	23
Los Contratos Estatales y los Actos Administrativos Proferidos en Relación con la Actividad Contractual <i>Consuelo Sarría Olcos. ....</i>	53
Cláusulas Exorbitantes en los Contratos del Estado. <i>Enrique Rojas Franco. ....</i>	87
El Derecho al Precio del Contratista en los Contratos Administrativos. <i>Miguel Mónaco. ....</i>	127
Diez Propuestas para la Financiación de las Obras Públicas. <i>Víctor Rafael Hernández-Mendible. ....</i>	155
Los Convenios Urbanísticos: ¿Contratos Administrativos?. <i>Marta Franch Sagner. ....</i>	195
Reflexiones en torno a los Convenios Urbanísticos en el Régimen Jurídico Venezolano. <i>Dolores Aguerrevere Valero. ....</i>	219
El Principio de Transparencia en las Etapas de Formación y de Ejecución Contractual. <i>Miriam Mabel Ivanega. ....</i>	227
La Inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos del Estado. <i>Rafael Badell Madrid. ....</i>	259

El Arbitraje en los Contratos de Interés Público a la Luz de la Cláusula de Inmunidad de Jurisdicción prevista en el Artículo 151 de la Constitución de 1999.

*Juan Carlos Balzán P.* ..... 291

Contencioso Contractual en Colombia - Flexibilidad del control e inestabilidad del contrato.

*José Luis Benavides.* ..... 405

Nuevas Consideraciones sobre el Régimen Jurídico de los Contratos del Estado en Venezuela.

*Allan R. Brewer-Carías.* ..... 447

*Nota Informativa.* ..... 481



**ALLAN RANDOLPH BREWER -CARIAS**

## **NOTA BIOBIBLIOGRÁFICA SOBRE ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS**

1939        Nace en Caracas, el 13 de noviembre.

### **BIOGRAFÍA ACADÉMICA**

- 1960        Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela hasta 1987.
- 1962        Abogado, Universidad Central de Venezuela, Diploma Summa Cum Laude, otorgado por la misma Universidad.
- 1962-63     Estudios de Postgrado (Derecho Administrativo), Universidad de París.
- 1963        Profesor de Derecho Administrativo por concurso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V. Ha sido Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo y Jefe del Departamento de Derecho Público en la Escuela de Derecho de la misma Facultad. Desde 1984 es Profesor Titular.
- 1964        Doctor en Derecho, Universidad Central de Venezuela.
- 1967        Asistencia al Seminario para Profesores de Derecho sobre Aspectos Jurídicos de Integración Latinoamericana, INTAL, Buenos Aires.
- 1967-79     Profesor del Seminario de Derecho *Público*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.
- 1968        Profesor del Curso sobre Problemas Institucionales del Desarrollo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Mérida.
- 1968-71     Organizó y dirigió los Cursos de Derecho Comparado en Caracas, de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Estrasburgo. (Caracas)

- 1968-73      Profesor de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Estrasburgo con cursos dictados en París y Madrid (Problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana), y Beirut (Las empresas públicas en el derecho comparado).
- 1970          Profesor del Curso de Derecho Público en la Escuela de Administración Pública, Comisión de Administración Pública, Caracas.
- Organizador de la Mesa Redonda del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Caracas.
- 1972-74      Visiting Fellow, Clare Hall y Center of Latin American Studies, Cambridge UK, y miembro de la Facultad de Derecho, Universidad de Cambridge, UK.
- 1973-81      Profesor del Seminario sobre Reforma Administrativa en América Latina en el Instituto Internacional de Administración Pública, París.
- 1974          Profesor Honorario de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.
- 1975          Organizador del Congreso Internacional de Derecho y Administración de Aguas, Caracas.
- 1976          Profesor de Fundamentos de la Administración Pública hasta 1980, Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Ha sido Jefe de la Cátedra de Fundamentos de la Administración Pública y Jefe del Departamento de Administración Pública en la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos de la misma Facultad.
- Profesor del Curso sobre La Reforma Administrativa en Venezuela, Cursos de Postgrado, Facultad de Ciencias Económicas, Mérida.
- 1977          Profesor Honorario de la Universidad de Mendoza, Argentina.
- Profesor del Curso sobre Aspectos Institucionales de la Ordenación del Territorio, Postgrado de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- Distinción, con su nombre, de la Promoción de Abogados, Universidad Central de Venezuela.
- 1978          Profesor Honorario, Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora de El Rosario, Santa Fe de Bogotá.

- 1979 Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela hasta 1987.
- 1980 Distinción con su nombre de la Promoción de Licenciados en Ciencias Políticas, Mención Administración Pública.
- 1981 Profesor del Curso sobre la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, San Cristóbal, Noviembre.
- Profesor del Curso sobre la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en los XV Cursos Vacacionales, Mérida.
- Premio Nacional de Ciencias, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas.
- 1981-84 Coordinador fundador de los Cursos de Especialización en Derecho Administrativo, cursos de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Profesor de la materia Derecho Administrativo Profundizado en dichos cursos de Postgrado y del Seminario sobre el Contencioso de los actos administrativos.
- 1982 Organizador del IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, Caracas.
- 1982-84 Profesor de Derecho Público de la Economía, Instituto de Estudios Superiores de Administración, Caracas.
- 1984 Miembro Honorario, Centro de Estudios Interdisciplinarios, Universidad Católica del Táchira.
- 1985-86 Profesor Simón Bolívar de la Cátedra de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Cambridge, Fellow del Trinity College y Profesor del Curso sobre "Control Judicial de la constitucionalidad en el Derecho Comparado" en el Curso de Postgrado (L.L.M.) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge UK.
- 1986 Doctor Honoris Causa de la Universidad de Granada, España.
- Medalla de Honor, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Granada. España.
- Profesor Invitado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- 1987 Profesor Distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- 1987-89 Profesor de Derecho Administrativo en los Cursos de Doctorado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.



- 1989-90      Profesor Asociado en la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París (Universidad París 2) donde dictó el curso sobre "Principios del Procedimiento Administrativo" en el curso de postgrado de Derecho Administrativo.
- 1990y2001    Profesor de Fundamentos Constitucionales del Derecho Administrativo, Cursos de Postgrado, Facultad de Derecho, San Cristóbal.
- 1991          Distinción, con su nombre, de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo. Universidad Católica Andrés Bello.
- 1992          Profesor del seminario sobre "Justicia Constitucional y Poder Judicial" en el V Curso Internacional de Justicia Constitucional, Universidad de Aix-en-Provence, Francia, Septiembre.
- Doctor Honoris Causa en Derecho de la Universidad Católica del Táchira.
- Distinción con su nombre, de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías, para el Estudio y la Investigación del Derecho Público, Universidad Católica del Táchira.
- 1995          Profesor Honorario de la Universidad Externado de Colombia y de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- 1996          Doctor Honoris Causa, Universidad Carlos III de Madrid.
- Miembro Honorario, Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (OICI), España, 1996.
- Conferencista en las Jornadas sobre Federalismo, Descentralización y Municipio, Centro Iberoamericano de Estudios Estatales y Municipales CIEPROL.
- 1998          Profesor de Postgrado, Universidad del Rosario, Bogotá
- 1999          Profesor Honorario, Universidad Bicentenario de Aragua, Maracay.
- 2000          Profesor de Postgrado, Universidad del Rosario, Bogotá.
- Profesor Asociado, Universidad de Paris X, Nanterre.
- Profesor del Diplomado de Derecho Constitucional.
- Botón de Profesor Honorario, La Universidad del Zulia, Maracaibo.
- Miembro Honorario, Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, España.

- |      |  |
|------|--|
| 2001 | Diplomado en gerencia Municipal, San Cristóbal.  |
| 2002 | Visiting Scholar, Universidad de Columbia, New York.   |
| 2004 | Profesor de Bases Constitucionales del Derecho Administrativo, Cursos de Postgrado, Maestría de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Mérida. |
| 2005 | Profesor Honorario, Facultad de Derecho, Política y Desarrollo, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, Ecuador.                    |

### **ACADEMIAS, INSTITUTOS Y ASOCIACIONES NACIONALES E INTERNACIONALES**

- |      |   |
|------|---|
| 1966 | Miembro correspondiente del Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras.   |
| 1971 | Vicepresidente del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas (1971-1977).   |
| 1972 | Fundador y Secretario Organizador de la Asociación Latinoamericana de Administración Pública y miembro del Directorio desde 1981.<br><br>Organizador y primer Presidente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. |
| 1975 | Presidente de la Asociación Internacional de Derecho y Administración de Aguas hasta 1989.  |
| 1978 | Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (sillón N° 10), electo en 1978, Caracas.<br><br>Secretario General de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, hasta 1987. |
| 1981 | Miembro de la Sociedad de Legislación Comparada, París, desde 1981.<br><br>Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, desde 1981.   |
| 1982 | Académico Titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya.<br><br>Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya, desde 1982.   |

- Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Comparado, hasta 1985.
- 1985 Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- 1992 Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina.
- 1993 Miembro Honorario del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia.
- 1996 Miembro Honorario de la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (O.I.C.I.), España.
- 1996 Miembro correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- 1997 Miembro Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional  
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
- 1998 Miembro Asociado Correspondiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional  
Miembro Honorario de la Asociación de Constitucionalistas Colombianos.
- 1999 Miembro de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia.

## **FUNDACIONES**

- 1988 Presidente de la Fundación de Derecho Público desde 1988.
- 1990 Presidente de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana desde 1996.

## **FUNCIONES PUBLICAS**

- Consultor Jurídico Adjunto del Ministerio de Justicia (1963-1964).
- Contralor Delegado en la Contraloría General de la República (1964).
- Asesor Jurídico del Gobernador del Distrito Federal (1964-1968).

Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral (1965-1969).

Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República (1969-1972).

Miembro de la Delegación de Venezuela a la Sexta Reunión de la Comisión Mixta de la Declaración de Bogotá Cartagena (1969) y Observador Venezolano a la Primera Reunión de Cancilleres del Grupo Andino, Lima, 1969.

Consejero Científico (ad-honoren), Embajada de Venezuela en Inglaterra (1972-1974).

Conjuez de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1979) y Conjuez del Tribunal de la Carrera Administrativa (1976-1970).

Senador Suplente por el Distrito Federal (1978-1984), (1984-1989). (Incorporado el 14-07-82 al 10-08-83; 28-02-84 al 02-03-84; 15-12-87 al 16-12-87 y 17-02-88 al 24-02-88).

Magistrado Suplente de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1979-1984).

Miembro Suplente del Consejo Supremo Electoral desde 1979 hasta 1994.

Ministro de Estado para la Descentralización (1993-1994).

Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente (1999)

## **ACTIVIDAD PROFESIONAL**

Desde 1965, Abogado Asesor de numerosas instituciones públicas y entre ellas, de la Procuraduría General de la República; Contraloría General de la República; Ministerio de Hacienda; Comisión del Plan Nacional para el Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos; Oficina de Planeamiento Urbano del Distrito Federal; Gobernación del Distrito Federal; Ministerio de Obras Públicas; Consejo Supremo Electoral; Petróleos de Venezuela S.A.; Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas; Instituto Postal Telegráfico; Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables; Congreso de la República.

Corredactor de las más importantes leyes administrativas del país, y entre ellas, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; la Ley Orgánica de la Administración Central; la Ley Orgánica del Sufragio; la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público; la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio; la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; Ley Orgánica de Régimen Municipal; Ley Orgánica de

Ordenación Urbanística; Ley Orgánica del Distrito Federal, así como de muchos otros Proyectos de Ley en el campo administrativo, como los de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; la Ley de la Jurisdicción Constitucional; la Ley Orgánica de la Administración Descentralizada; la Ley de Coordinación del Tránsito y Transporte en el Área Metropolitana de Caracas y la Ley de Aguas.

Corredactor de la Constitución del Estado Aragua y del Estado Yaracuy (1979-1980) y de otras Leyes y Constituciones de diversos Estados de la República.

Ejercicio libre de la profesión de Abogado desde 1975 Escritorio Jurídico Baumeister & Brewer, dedicado a materias propias del derecho público, particularmente, del derecho constitucional, administrativo, urbanístico, municipal.

## **PREMIOS POR PUBLICACIONES**

"La más alta mención honorífica que conceden los Reglamentos Universitarios" de la Universidad Central de Venezuela, concedida a la Tesis del Doctorado *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, según veredicto inscrito en el Libro de Actas de Examen de Tesis de Doctorado, No. 72 de fecha 24-04-64, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

Premio Luis Sanojo 1963-1964, concedido por la Fundación Rojas Astudillo, Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal a la obra *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*.

Primer Premio en el Concurso Abierto por la Contraloría General de la República de Venezuela en América Latina, en 1968, para estudios sobre Control Fiscal, otorgado al estudio *El control de las actividades económicas del Estado en el Derecho Venezolano*. (1968).

Premio Anual a la Investigación de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (1974-1975), y Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales correspondiente al año 1976, otorgado al libro *Cambio Político y Reforma de Estado en Venezuela*.

Mención de Honor en el Premio XX Aniversario del Ministerio de Justicia, otorgado al libro *Derecho Administrativo, Tomo I*. (1979).

Premio Nacional de Ciencias, Ciencias Sociales, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de Venezuela, Caracas, Julio 1981.

Premio Francisco de Venanci a la trayectoria del Investigador Universitario, Univeridad Central de Venezuela, Caracas, Marzo 2002.

## LIBROS

- 1964 *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, galardonado con el Premio «Luis Sanojo 1963-1964», Caracas.
- 1965 *El Régimen Jurídico Administrativo de la Nacionalidad y Ciudadanía Venezolana*, Caracas.  
*Estudio sobre la delimitación de competencias entre el Poder Nacional y el Poder Municipal en materia de Tránsito y Transporte Terrestre*, Caracas.
- 1966 *La Expropiación por causa de Utilidad Pública o Interés Social*, Caracas.
- 1967 *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*, Caracas.
- 1968 *El Régimen de Gobierno Municipal en el Distrito Federal Venezolano*, Caracas.  
*Les Entreprises Publiques en Droit Comparé*, París.  
*Los Problemas Constitucionales de la Integración Económica Latinoamericana*, Caracas.
- 1969 *El Control de las Actividades Económicas del Estado en el Derecho Venezolano*, Caracas.
- 1970 *Una Revolución para el desarrollo*, Caracas
- 1971 *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de la Carrera Administrativa*.  
*El proceso de regionalización y la reforma administrativa en los Estados y Municipios*, Caracas.  
*Derecho y desarrollo*.
- 1971 *Aspectos Institucionales del Transporte y Tránsito en el Área Metropolitana de Caracas*, Caracas

- 1975 *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela*, Madrid.  
*Derecho Administrativo Tomo I*, Caracas.  
*Un Derecho para el Desarrollo y la Protección de los particulares frente a los Poderes Público y Privado.* (Maracaibo)
- 1975-79 *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1970 y Estudios de Derecho Administrativo*, 6 Tomos, Caracas.
- 1976 *Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables.*  
*Garantías Constitucionales de los Derechos del Hombre*
- 1977 *El Control de la Constitucionalidad de los Actos Estatales.*  
*Estudios sobre la Regionalización en Venezuela*, Caracas.
- 1978 *Introducción al Estudio de la organización Administrativa Venezolana.*  
*La carga de la Prueba en el Derecho Administrativo*, Caracas.
- 1979 *Política, Estado y Administración Pública*, Caracas.
- 1980 *El Régimen Jurídico de las Empresas Públicas*, Caracas.  
*Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Caracas.  
*Urbanismo y Propiedad Privada*, Caracas.  
*Fundamentos de la Administración Pública*, Tomo I, Caracas.  
*Evolución del Régimen Legal de la Economía 1939-1979*, Valencia.
- 1981 *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas.
- 1982 *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.*  
*La Defensa de la Constitución*, Caracas.  
*Instituciones Políticas y Constitucionales.* (1ª Edición), Caracas.  
*El Estado. Crisis y Reforma*, Caracas.
- 1983 *La Concepción del Estado en la Obra de Andrés Bello*, Madrid.  
*La jurisdicción Contencioso-Administrativa en Venezuela*, Caracas.  
*Sumario de la Constitución de 1961*, Caracas.  
*Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.* Caracas.

- 1983-90 *Estudios de Derecho Público* (Labor en el Senado), **Vol. I**, Caracas 1983; **Vol. II**, Caracas 1985; **Vol. III**, Caracas 1990.
- 1984 *Constitución de 1961, Enmiendas N° 1 y 2*, Caracas.  
*El Régimen Municipal en Venezuela*, Caracas.  
*Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*. Caracas.
- 1985 *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Caracas.  
*Las Constituciones de Venezuela*, Madrid.  
*El Estado Incomprendido*, Caracas.  
*Instituciones Políticas y Constitucionales*; 2da. Edición, 2 Vols., Caracas.
- 1986 *Estudios de Derecho Administrativo* (Bogotá).
- 1987 *Estado de Derecho y Control judicial (Justicia Constitucional, Contencioso administrativo y Amparo en Venezuela)*, Madrid.  
*Reflexiones en España*, Caracas.
- 1988 *Problemas del Estado de Partidos*, Caracas  
*Ley Orgánica de Régimen Municipal*, Caracas.  
*Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Caracas.  
*Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Caracas.
- 1989 *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*. Caracas.  
*Judicial Review in comparative law*, Cambridge
- 1990 *Los derechos humanos en Venezuela: casi 200 años de historia*, Caracas.  
*Principios del Procedimiento Administrativo*, Madrid.  
*Leyes y Reglamentos para la Descentralización Política de la Federación*, Caracas.
- 1991 *La Constitución y sus Enmiendas*, Caracas.  
*Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Caracas.  
*El Caso de las Cartas de Crédito (Efectos Retroactivos y Confiscatorios de la Unificación Cambiaria y el Régimen de las Subvenciones Administrativas)*. Caracas.
- 1992 *Les Príncipes de la Procedure Administrative non Contentieuse*, París.



- Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas.
- Contratos Administrativos*, Caracas.
- 1993 *El amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas.
- Ley Orgánica del Sufragio*, Caracas
- Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas.
- 1994 *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Estudio de Derecho Comparado*, Caracas.
- Régimen Cambiarlo*, Tomo I, Caracas.
- Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993, Memoria como Ministro de Estado para la Descentralización*, Caracas.
- Los derechos del niños vs. Los abusos parlamentarios de la libertad de expresión*, Caracas.
- Manual de Zonificación de los Municipios Baruta y El Hatillo*, Caracas.
- 1995 *Estudio sobre la delimitación de competencias entre el Poder Nacional y el Poder Municipal en materia de Tránsito y Transporte Terrestre*, Caracas.
- El Derecho a la intimidad y a la vida privada y su protección frente a las injerencias abusivas o arbitrarias del Estado*, Caracas.
- El Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá.
- Contratación Estatal, Derecho Administrativo y Constitución*, Bogotá.
- 1996 *Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia*, Caracas.
- 1996-98 *Instituciones Políticas y Constitucionales*, 7 Tomos, Caracas.
- 1997 *La Ciudad Ordenada*, Madrid.
- Reflexiones sobre la Organización Territorial del Estado en Venezuela y la América Colonial*, Caracas.
- Las Constituciones de Venezuela*, Caracas.

- 1998 *Cinco Siglos de Historia y un país en crisis (Estudio para el Discurso de Orden en la Sesión Solemne de las Academias Nacionales el día 7 de agosto de 1998 con motivo de la celebración del V Centenario de Venezuela)*, Caracas.  
*Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas.  
*El Caso «Las Cristinas». Sobre el intento de despojo de las Minas de Oro más ricas de Guayana*, Caracas.
- 1999 *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas.  
*Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas.  
*Debate Constituyente*, 3 Tomos, Caracas.
- 2000 *La Constitución de 1999*, Caracas.  
*El Sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999*, Caracas.
- 2001 *El régimen legal de la Ofertas Públicas de adquisición de acciones y de toma de control de empresas*, Caracas.  
*Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999*, Caracas.  
*Etudes de Droit Public Comparé*, Bruselas.  
*Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas.  
*La libertad de expresión amenazada. Sentencia 1013*, Caracas-San José.
- 2002 *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, México.  
*La crisis de la democracia en Venezuela. La Carta Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Caracas.  
*Ley Orgánica de Administración Pública*, Caracas.  
*Principios del Procedimiento Administrativo*, Caracas.
- 2003 *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá.
- 2004 *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Caracas.

*Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. El Tribunal Supremo de Justicia y los procesos y procedimientos constitucionales y contenciosos administrativos*, Caracas.

*La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano (Aumentada y anotada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia hasta marzo de 2004)*. 2 Tomos, Caracas.

*Constitución, Democracia y Control del Poder*, Mérida.

*El sistema de justicia constitucional en Honduras*, San José, Costa Rica.

2005      *Leyes Orgánicas del Poder Ciudadano, Ley Orgánica del Poder Ciudadano, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*, Caracas.

*Régimen Legal de la Nacionalidad, Ciudadanía y Extranjería. Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, Ley de Extranjería y Migración, Ley Orgánica sobre Refugiados y Asilados*, 1ª edición, Caracas.

*Mecanismos Nacionales de Protección de los Derechos Humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)*, Costa Rica, San José.

*et al., Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Caracas.

*Principios Fundamentales del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Caracas.

2006      *Derecho Administrativo, Tomos I y II*, Bogotá.

Es coautor en las siguientes publicaciones de Leyes, editadas por la Editorial Jurídica Venezolana: *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* (1982), *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales* (1988), *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística* (1988), *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia* (1989), *Ley Orgánica del Régimen Municipal* 1989 (1990), *Leyes para la Descentralización Política de la Federación* (1990), *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia* (1996), *Ley Orgánica de la Administración Pública* (2002), *Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social*.

## **INFORMES**

En la función pública ha presentado y editado los siguientes Informes Oficiales, *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, 2 Tomos, 1972; *Informe sobre la Descentralización en Venezuela* 1993, Memoria de Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la Descentralización, 1994.

## **REVISTAS**

Es Director-Fundador de la *Revista de Derecho Público* (Trimestral), Editorial Jurídica Venezolana, desde 1980.

Ha publicado en diferentes *Revistas*, Obras Colectivas y Libros Homenaje publicados en Venezuela y en el exterior, más de 600 artículos sobre temas relacionados con derecho administrativo y constitucional, historia constitucional y ciencias políticas y administrativas.

PRINCIPIOS GENERALES DE LOS  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

## PRINCIPIOS GENERALES DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

*María Amparo Grau\**

### I. INTRODUCCIÓN

Para el cumplimiento de sus fines, el Estado debe realizar actividades y prestaciones o requiere de obras y bienes, en todo caso, se ve en muchas oportunidades necesitado del auxilio de los particulares. Adicionalmente, la intervención de particulares en actividades reservadas o en el disfrute de bienes del dominio público, exige la formalización de una relación con el titular del bien o de la actividad.

O sea que, bien que el Estado necesite de la colaboración de los particulares para la satisfacción de sus cometidos, bien que el Estado permita a los particulares el aprovechamiento de una actividad o de bienes de las que éste es titular, ello implica el establecimiento de una relación jurídica que puede tener carácter contractual y en la cual éste actúa como representante directo del interés general.

En el supuesto de la colaboración requerida, es lo cierto que el Estado podría imponerla mediante la actividad de coacción y la regulación de prestaciones obligatorias a cargo de los particulares de dar, hacer o no hacer, pero también puede procurarla de manera voluntaria, en cuyo caso se establecerán relaciones jurídicas que se constituyen y perfeccionan mediante un acto jurídico negocial: y estando en ella involucrada la satisfacción o protección del interés público: aquí se plantea la noción del contrato administrativo como una figura jurídica negocial propia de lo público y con regulaciones y principios diferentes a los que rigen para la teoría del contrato en el derecho privado.

El origen de la Teoría de los Contratos Administrativos se remonta a principios del siglo pasado, en Francia, con la decisión del Consejo de Estado

---

\* Profesora de Derecho Administrativo.  
Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).  
Universidad Central de Venezuela (UCV).

sobre el caso *Terrier* (1903), y es una noción que ha logrado un significativo desarrollo en los sistemas de derecho administrativo y particularmente en aquellos países en los que la concurrencia del particular en la gestión de lo público tiene mayor cabida, como es el caso de Venezuela, el cual se manifiesta en las distintas administraciones territoriales (nivel nacional, estatal, distrital y municipal), como respecto de los entes funcionalmente descentralizados, en los cuales debido a la actividad que justifica su creación, la mayoría de índole prestacional, la noción del contrato administrativo consigue su mayor consideración jurisprudencial.

En este sentido, la doctrina nacional propone como una definición integral de la noción de *Contrato Administrativo*, aquellos que celebra, directa o indirectamente, la Administración pública, en cualquiera de sus manifestaciones -central y descentralizada, territorial o funcionalmente- con otro sujeto de derecho -público o privado- para satisfacer una finalidad pública y gobernado fundamentalmente por normas de derecho administrativo, tanto en la etapa previa a su formación -licitación, concurso, subasta-; como en su ejecución -cláusulas exorbitantes-; y revisión -jurisdicción contencioso administrativa-.

El tema *Principios Generales de los Contratos Administrativos* lo asumimos como la posibilidad de abordar las notas características de este tipo especial de contratación: aquellos aspectos universalmente aceptados dentro de la tesis de los contratos públicos.

## II. DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### 1. Sujeción a un régimen preponderante de Derecho Público

Los contratos administrativos están sujetos a un régimen de derecho público, en su formación, interpretación, ejecución y extinción. Dado que en los contratos administrativos, la actividad del contratista de la Administración se encuentra asociada a la noción de interés público, en general, y más concretamente, a la de servicio público en sentido amplio, la relación jurídica bilateral que nace a partir del contrato suscrito entre la Administración y el particular *se someterá a un régimen preponderante de Derecho Público*.

Siendo el contrato una institución propia del Derecho Civil, y siendo el contrato administrativo un arreglo consensual bilateral, se rige por un régimen *preponderante* de Derecho Público que enerva los *principios generales de*



los contratos, los cuales se ven modificados por ese régimen, fundamentalmente en los siguientes aspectos:

- (i) **En su formación**, la cual se hará de manera general por medio de la sustanciación de un procedimiento administrativo previo que garantice la mejor oferta y condiciones de contratación a la Administración, como es el caso de la Licitación Pública;
- (ii) **En su ejecución**, en la cual se le otorgan poderes exorbitantes a la Administración contratante y en la cual resulta exigible un grado de diligencia mayor al particular co-contratante que en los contratos de Derecho Privado; ya que es a través de esta figura que la Administración logra el cometido de los múltiples objetivos que le competen como es la prestación de servicios públicos y la realización de otras actividades de interés general;
- (iii) **En su extinción**, la cual podrá proceder por razones de oportunidad o conveniencia al interés general al que la Administración sirve, así como en el caso del incumplimiento de las condiciones pactadas por el contratista pero **sin que sea necesaria la intervención de órganos judiciales**; y
- (iv) **En el régimen de control**, pues a la par del control contractual surge el régimen de control de los actos dictados en la formación, ejecución e interpretación del contrato, los cuales se someten de manera general a la jurisdicción de los tribunales contencioso-administrativos, bajo el régimen de control de legalidad de los actos administrativos.

## 2. Satisfacción del Interés Público como criterio diferenciador

Como hemos mencionado, la noción del contrato administrativo se funda en la específica finalidad que éste presupone y que se contrae a la satisfacción del *interés público*. Intenso ha sido el debate en relación con este fundamento. La tesis originaria del contrato administrativo –con GASTÓN JÉZE, DUGUIT y DE LAUBADEURE en Francia- vinculaba tal figura contractual con la *gestión directa de un servicio público*.

Este fue precisamente el criterio utilizado por el Consejo de Estado Francés en el mencionado caso *Terrier* (1903), referido a una controversia planteada por la falta de pago de recompensa, en un contrato verbal celebrado entre la Administración y todo particular que colaborara con el Estado en la caza de



serpientes a cambio de una contraprestación. El Consejo de Estado Francés consideró el asunto como propio de su competencia por estar estrechamente relacionado con la *ejecución de un servicio público*, en este caso, la eliminación de serpientes.

Se estableció así, el criterio de servicio público como elemento distintivo de los contratos administrativos, el cual fue ratificado en la decisión **Thérond** (1910) y luego en la célebre decisión **Esposos Bertin** (1956) en la cual se consideró como administrativo un contrato verbal celebrado entre los Sres. Bertin y el Jefe de un centro de repatriación de refugiados soviéticos, por medio del cual los particulares se obligaron a suministrar alimentos a los afectados a cambio de un pago. En esa sentencia el Consejo de Estado Francés estimó que «...*el citado contrato (tenía) por objeto la ejecución misma del servicio público [...] (y) que esta circunstancia (era) suficiente por sí sola para imprimir al contrato (...) el carácter de un contrato administrativo...*».

En Venezuela el mismo criterio fue adoptado en la decisión de la Corte Federal y de Casación del caso **Puerto La Guaira** (1944) -dictado incluso antes del caso de los Esposos Bertin-, en el cual la Corte consideró como administrativo, y por ende, sujeto a un régimen de ejecución preponderante de Derecho Público, un contrato de obras suscrito por el entonces Ministro de Obras Públicas con una compañía holandesa para la reconstrucción y mejoras del Puerto, abandonando la vieja postura de aplicar las disposiciones del Derecho Civil a los contratos de obras públicas y señalando expresamente que la doctrina y jurisprudencia vigentes para la época, propugnaban ya la diferenciación entre el régimen y ejecución de los contratos de Derecho Privado y los contratos administrativos que se encuentran vinculados al *interés colectivo*.

Sin embargo, esta noción de servicio público como criterio discriminador de los contratos administrativos se estableció conforme a la amplia definición asumida, entre otros, por el profesor GARRIDO FALLA -y reproducida por el profesor FARÍAS MATA en Venezuela- al señalar que serían contratos administrativos aquellos «*en que el interés público esté en cierta manera, directamente implicado*»<sup>1</sup>. Bajo esa posición, la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia dictó la sentencia del caso **Acción Comercial, S.A.** (11.07.1983) en la cual calificó como administrativo un contrato de compraventa de un terreno ejido, al señalar que la existencia de un contrato administrativo se evidencia del objeto del contrato, el cual debe vincularse con

---

<sup>1</sup> Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, Editorial Tecnos, Novena edición, Madrid, 1989, p. 46.



«...la noción de servicio público, **presidida por la de interés general o colectivo en ella implícita**» (énfasis añadido)<sup>2</sup>.

De modo que se fue asumiendo de manera paulatina, que es la satisfacción del interés público en un sentido amplio el criterio diferenciador de los contratos administrativos. Aún cuando algunos todavía hoy utilizan la noción de servicio público como nota característica del contrato administrativo éste requiere una interpretación amplia de la noción que pocos hoy mantienen, pues en la práctica se relaciona el contrato administrativo con todas las tareas que le son propias al Estado y que deben estar bajo su control y dirección, porque ellas satisfacen al interés general<sup>3</sup>.

Así, en la actualidad, cuando se alude a la noción de servicio público como fundamento del contrato, ésta es entendida **en su sentido más amplio** abarcando materias que no son subsumibles en el concepto moderno de esta noción, así se incluyen como administrativos, entre otros, contratos de: concesiones de mantenimiento y conservación de vías, operación de cementerios, ventas de ejidos, obras de canalizaciones de ríos, reparación de vehículos policiales, operación de comedores en universidades, etc. Esos contratos, se refieren más a la satisfacción directa del interés general que a la prestación de servicios públicos *strictu sensu*.

De modo que, existirán contratos administrativos que no versen sobre servicios públicos, pero que guarden relación directa con el interés público: tal es el caso cuando la Administración autoriza a un particular la ocupación de un bien de dominio público (contrato de concesión de ocupación y uso de bienes

---

<sup>2</sup> Posteriormente llegó a negarse el carácter de administrativo a los contratos de compraventa de terrenos ejidos por considerar que los mismos no tenían como fin la prestación de un servicio público sino la satisfacción de un interés privado de la municipalidad y los particulares (Sentencias de la Sala Político-Administrativa del 29 de abril de 1998, Caso: Antonio Cuestas Cassis; y 22 de julio de 1998, Caso: Aníbal Enrique García).

<sup>3</sup> Así, señala Peña Solís que el criterio subjetivo del servicio público, hace referencia a que éste es «...una expresión del cumplimiento de las tareas que obligatoriamente debe realizar la Administración, y afirma que el momento fundamental en la conceptualización del servicio público es aquel en que el ente público asume para sí la tarea-servicio, y por consiguiente su organización, que es una cosa diferente de la gestión directa. De allí que la noción subjetiva se mantenga **aún cuando la gestión del servicio sea asignada a un operador privado**, porque finalmente el servicio no es más que la concreción de una tarea asignada a la Administración, la cual puede gestionarla de manera indirecta (concesionario), o bien ejercer potestades ordenadoras o reguladoras en el caso de que la actividad esté **totalmente liberalizada**» (Cfr. *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. III, Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, p. 343).

del dominio público); la realización de obras públicas (contrato administrativo de obras públicas); los contratos de empréstito público; los contratos de exploración explotación de hidrocarburos y otros que tratan de asuntos de interés público manifiesto y que impliquen que el contrato deba regirse por un régimen de Derecho Público.

Por ello compartimos la opinión del profesor DELPIAZZO quien señala que el contrato administrativo persigue un fin de *interés público o una utilidad pública*, por lo que «*debe descartarse [...] la expresión servicio público para no connotar aquella vieja doctrina que prácticamente identificaba al servicio público con el Derecho público*».

### **3. Marcado carácter jurisprudencial del régimen jurídico de los contratos administrativos**

El origen y desarrollo de la doctrina de los contratos administrativos -al igual que ocurre en el caso del Derecho Administrativo- tiene un marcado carácter jurisprudencial, pues no sólo fue a partir de decisiones del Consejo de Estado Francés que se *creó* la noción de contratos administrativos, distintos a los contratos de Derecho Privado de la Administración y sujetos, por ende a un régimen distinto de ejecución y control, sino que la construcción de ese régimen jurídico ha sido también de naturaleza fundamentalmente pretoriana.

Esa distinción jurisprudencial de los contratos parte, como se ha mencionado, del *Arret Terrier* (1903) sólo treinta años después del *Arret Blanco* (1873) que dio origen a la jurisdicción contencioso administrativa.

El contrato administrativo y sus características fue precisado por medio de decisiones del Consejo de Estado Francés: el caso de la *Compañía de Gas de Deville-lés-Rouen* (1902) en el que se examinó el poder de modificación unilateral del contrato administrativo; el caso *Deplanque* (1907) que determinó la responsabilidad contractual de un concesionario; el caso de la *Compañía de Mensajería Marítima* (1909), en el cual el Consejo de Estado determinó los requisitos de procedencia de fuerza mayor en los contratos administrativos, el caso *Thérond* (1910) que ratifica el criterio de servicio público como elemento distintivo de los contratos administrativos; el caso de la *Sociedad de Granitos de Vosges* (1912) que examina a las cláusulas exorbitantes del Derecho Común como elemento distintivo de los contratos administrativos; el caso de la *Compañía de Gas de Burdeos* (1916) que desarrolló la teoría de la imprevisión; el caso de la *Compañía de Tranvías de Cherbourg* (1932) en el cual se trató la fuerza mayor en los contratos administrativos; y finalmente el caso los



*Esposos Bertin* (1956), en el que se ratifica el criterio del servicio público como elemento característico de los contratos administrativos.

En Venezuela, dada la ausencia de regulación legal en materia de contratos de la Administración, al contrario de lo que ocurre en España, Colombia y otros países en los cuales se ha positivizado tal noción con una legislación propia, ha sido la jurisprudencia también la encargada de perfilar la figura del contrato administrativo local, a través de diversas sentencias, dentro de las cuales destaca la antes referida de la Corte Federal y de Casación del caso ***Puerto La Guaira*** (1944), que estableció que un contrato de obras celebrado con una empresa holandesa para la remodelación del Puerto era un contrato administrativo que debía ser regulado por normas de Derecho Público<sup>4</sup>, aun cuando para la fecha no existían en nuestro país diferencias adjetivas en torno a los distintos contratos celebrados por la Administración ni textos legales que establecieran distinciones entre los contratos de Derecho Privado y los de Derecho Público suscritos por la Administración.

Otra decisión significativa fue la del caso ***Machado Machado*** (1954) en el que la Corte destacó que «*cuando la Administración pública [...] celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, un contrato que tiene por objeto una prestación de utilidad pública, nos encontramos, sin duda frente a un contrato administrativo [...] la especialidad de dichos*

<sup>4</sup> El caso comentado versaba sobre un contrato celebrado por el Ejecutivo Federal, por órgano del Ministro de Obras Públicas, con una compañía holandesa, el cual tenía por objeto la reconstrucción y mejoras del puerto de la Guaira. Frente a reiterados incumplimientos de la compañía, el Ministerio dictó una Resolución, declarando la rescisión del contrato. Posteriormente, habiendo agotado la instancia amistosa, el Ministerio demandó a la compañía ante la Corte para que fuera condenada al pago de sumas de dinero por concepto de daños, intereses y restituciones, entre otros conceptos que derivaron de su incumplimiento y de la consecuente rescisión. La ausencia de base legal que sirviera de apoyo para calificar el contrato como «administrativo» y aplicar a la solución del conflicto reglas distintas a las del derecho civil fue fácilmente superada por la Corte Federal y de Casación. En efecto, luego de recordar que la teoría general de los contratos administrativos se inició en el derecho extranjero sin ninguna base legislativa especial previa, sino «*sólo a favor de la doctrina de los grandes autores*», consideró la Corte que es precisamente en esa doctrina «*y no en preceptos legales especiales, en donde se establece que no deben aplicarse por analogía a los contratos administrativos de suministros de provisiones ni a los de trabajos públicos las disposiciones del derecho privado sobre el contrato de venta ni sobre el arrendamiento o locación de obras*». En opinión de la Corte Federal y de Casación, la aplicación de este régimen especial para la ejecución del contrato administrativo se justificaba porque «*el interés general del funcionamiento regular del servicio público en relación con el contrato no debe ser comprometido por el interés privado del otro contratante*».

*contratos radica en el objeto y en el interés general que envuelven, y tal interés general puede ser el de la Nación o Estado, de las Provincias o de las Municipalidades».*

Asimismo debe mencionarse la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en el caso ***Acción Comercial S.A.*** (1983), con ponencia del magistrado Farías Mata, en la cual se hizo referencia expresa a la noción de interés público del contrato como elemento diferenciador, y se aclaró que las denominadas *cláusulas exorbitantes* no hacían «...otra cosa que revelar con su existencia la noción -siempre presente en el contrato administrativo- de interés general o colectivo que el servicio público entraña»<sup>5</sup>.

#### **4. Desigualdad de las partes contratantes: el particular como colaborador de la Administración y el mayor grado de diligencia**

Los contratos administrativos presentan, asimismo, una característica particular respecto de los contratos de Derecho Privado regidos por el Derecho Civil y Mercantil, cual es el de la *desigualdad de las partes*. Así, mientras los contratos de Derecho Privado se caracterizan, en general, por la igualdad entre las partes; en los contratos administrativos tal igualdad no existe, dado que en esos casos la Administración representa el interés general y el ordenamiento jurídico le otorga poderes exorbitantes para su tutela, razón por la cual el particular se encuentra en una situación de *subordinación jurídica* frente a la Administración contratante, y actúa como colaborador de ésta en la consecución de los fines de interés público.

---

<sup>5</sup> Cabe destacar la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa en fecha 11 de agosto de 1983 del caso: *Cervecería de Oriente, C.A.*, (que ratifica las consideraciones efectuadas por la Sala en la sentencia *Acción Comercial, S.A.*, del 11 de julio de 1983), que reconoce la existencia del contrato administrativo determinando que para la calificación de un contrato como «administrativo» deberá atenderse a su contenido o naturaleza a fin de verificar si tiene por objeto un servicio público. La sentencia ratifica la noción de servicio público como principal elemento distintivo del contrato administrativo que determina el reparto jurisdiccional de competencias, dejando en un segundo plano a las cláusulas exorbitantes como elementos determinantes del contrato administrativo. Otra decisión emblemática es la sentencia de fecha 1 de abril de 1986 (Caso: Hotel Isla de Coche I) en la que se ratificó una vez más la noción del contrato administrativo así como el criterio de servicio público y la presencia de las cláusulas exorbitantes como elementos característicos de ese tipo contractual que determinan la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. En dicha decisión se calificó de administrativo un contrato de arrendamiento de una instalación hotelera propiedad del Estado, para la prestación de servicios turísticos que fueron posteriormente reasumidos por la Nación para prestarlos directamente.



Esa subordinación implica dos cosas: (i) que la Administración tiene el control del contrato en lo que respecta a su ejecución y para ello está dotada de poderes que exceden los normales atribuidos a las partes en los contratos de Derecho Privado y (ii) que el particular debe tener una diligencia mayor a la del buen padre de familia que está obligado a tener en los contratos civiles.

Este segundo aspecto ha sido destacado por la doctrina -García de Enterría y Fernández, Garrido Falla, y el profesor Cassagne, entre otros-, han señalado que el particular que celebra un contrato administrativo es entendido como un *colaborador de la Administración* en la gestión de interés general que le ha sido encomendada<sup>6</sup>. Por ello, siempre asume la obligación de ejecutar el contrato administrativo con la mayor diligencia y de manera continua, pues la protección del interés general presente en los contratos administrativos, hace más riguroso el cumplimiento de las obligaciones que le son atribuidas al particular, lo que requiere del máximo de diligencia y esfuerzo en su ejecución<sup>7</sup>.

Tal y como afirma ESCOLA, en atención al interés público que involucran los contratos administrativos, el co-contratante de la Administración no sólo debe cumplir en los términos pactados, sino que en la ejecución de las obligaciones que le han sido encomendadas debe poner una *mayor diligencia*<sup>8</sup>: así, las «*las obligaciones del cocontratante de la administración pública van más allá [...] de lo que ocurre en un contrato de derecho privado, ya que se extiende a todo lo que sea necesario para asegurar el cumplimiento de la finalidad administrativa*»<sup>9</sup>.

En Venezuela BREWER-CARÍAS indica que: «*en razón de la finalidad de servicio público y del interés general que se persigue al contratar, el co-contratante de la Administración debe ejecutar sus obligaciones con el máximo de diligencia y no solamente con la diligencia de un buen padre de familia exigida en los contratos civiles. Y ello porque en el contrato de la Administración no sólo están en juego intereses particulares, sino intereses públicos y prestaciones de utilidad general. El co-contratante de la Administración, al contratar con ésta, materialmente se convierte en un colaborador de ella en la consecución de la finalidad de servicio*

<sup>6</sup> Garrido Falla, Fernando, *ob. cit.*, pp. 88-89.

<sup>7</sup> Cassagne, Juan C., *El Contrato Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 234.

<sup>8</sup> Escola, Hector Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Vol. I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 423.

<sup>9</sup> *Ibídem*, p. 383.

*público perseguida: por ello se le exige el máximo de diligencia y esfuerzo en la ejecución de sus obligaciones contractuales» (énfasis añadido)<sup>10</sup>.*

## **5. Las Potestades de Derecho Público en la ejecución del contrato administrativo: los Poderes Exorbitantes de la Administración**

En los contratos administrativos existe una inclusión -aun implícita- en su texto de poderes o cláusulas que exceden de las facultades de las partes en los contratos privados, las cuales se denominan **cláusulas o poderes exorbitantes**.

Las cláusulas exorbitantes son prerrogativas especiales que tiene la Administración en la ejecución de los contratos administrativos por su condición de superioridad sobre el particular cocontratante, por medio de las cuales se establecen -bien previstas expresamente o no en el texto del contrato- poderes que exceden de aquellos que tienen las partes en los contratos civiles. Esa figura tiene su origen en Francia donde se las define como estipulaciones «*cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales*» o «*cláusulas que por su naturaleza, difieren de aquellas que pueden insertarse en un contrato análogo de Derecho civil*»<sup>11</sup>.

En Venezuela, las cláusulas exorbitantes han sido definidas por la jurisprudencia como «*aquellas que constituyen expresiones de potestades o prerrogativas que le corresponden a la Administración en cuanto ella ejercita su capacidad para actuar en el campo del Derecho Público*»; se trata de cláusulas que «*insertas en un contrato de derecho común, resultarían inusuales o ilícitas por contrariar la libertad contractual*»<sup>12</sup>.

La importancia de las cláusulas exorbitantes llevó incluso a la Sala Político-Administrativa del Supremo Tribunal a utilizarlas como criterio determinante a los efectos de establecer la naturaleza administrativa de un contrato, así lo hizo en la decisión del caso: **Hotel Isla de Coche II** (23.02.1993). No obstante este

---

<sup>10</sup> Cfr. Brewer-Carías, Allan. R., *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídico Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 44, Caracas, 1992, p. 234.

<sup>11</sup> Sentencias del Consejo de Estado Francés del 20 de octubre de 1950. *Arret Stein* y 19 de junio de 1952 *Arret Société des Combustibles et Carburants Nationaux*. Apud. Vedel, Georges. *Derecho Administrativo*. Ediciones Aguilar. Madrid, 1980. P. 191.

<sup>12</sup> Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 24 de mayo de 1995.





proceder pronto fue catalogado como erróneo por el mismo Tribunal por ser inexacto e insuficiente, ya que las cláusulas exorbitantes son, más que una causa, ***un efecto de la condición administrativa del contrato y de su régimen preponderante de Derecho Público***. Las cláusulas exorbitantes «*no hacen otra cosa que revelar con su existencia la noción -siempre presente en el contrato administrativo- del interés general o colectivo que el servicio público entraña*» (criterio ratificado en sentencia de fecha 13 de abril de 2000 caso: Promotora Jardín Calabozo, C.A.).

En idéntico sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en decisión del 8 de diciembre del 2000, al señalar que es la protección del interés público, lo que justifica los poderes exorbitantes de la Administración en la relación contractual administrativa.

Compartimos tal criterio, por cuanto, como lo ha señalado BREWER-CARÍAS, las denominadas *cláusulas exorbitantes* no son cláusulas propiamente dichas, sino que éstas resultan de los poderes de la Administración como gestora del interés público.

Sin embargo ello no es óbice para que se admita que en beneficio de ese interés público -así como se acepta la posibilidad excepcional de dotar a particulares de competencias administrativas- en los contratos administrativos también se ha aceptado que las cláusulas exorbitantes del derecho común podrían traducirse en beneficios, ventajas o privilegios para el particular contratante, si ello es requerido para la satisfacción del objeto del contrato<sup>13</sup> (sentencia de la SPA de fecha 11 de agosto de 1983, caso Cervecería de Oriente, C.A. ).

Bajo esta perspectiva, la doctrina y jurisprudencia han considerado como cláusulas exorbitantes típicas de los contratos administrativos, las siguientes prerrogativas que se otorgan a la Administración Pública<sup>14</sup>:

---

<sup>13</sup> En ese sentido, la Sala Político-Administrativa, en decisión de fecha 11 de agosto de 1983 (Caso: Cervecería de Oriente, C.A.) reconoció que son cláusulas exorbitantes «*las que consagraban en el convenio a favor o en contra de la Administración un régimen excepcional por comparación al de Derecho Privado*».

<sup>14</sup> Las cláusulas exorbitantes que aquí se enuncian, han sido extraídas de los precedentes jurisprudenciales sobre la materia, en especial, de las sentencias de la Sala Político-Administrativa de fechas 11 de julio de 1983 (Caso: Acción Comercial, S.A.); 27 de enero de 1993 (Caso: Hotel Isla de Coche) y 6 de agosto de 1998 (Caso: Consorcio Aeropuertos del Zulia).



- a) El *ius variandi* o derecho de la Administración a modificar unilateralmente el contrato;
- b) La *dirección y el control del contrato*;
- c) El poder de *interpretación unilateral del contrato*, relacionado con el sentido y alcance de las cláusulas del contrato;
- d) La *potestad de rescisión unilateral o caducidad del contrato*, sin intervención del órgano judicial, acordada como sanción al cocontratante; y
- e) El poder de *revocación unilateral por motivos de orden público*, a fin de permitir la ruptura de un vínculo que se habría convertido en contrario a los intereses tutelados por la Administración.

#### **6. Compensación de desequilibrio económico al particular: la tesis del Equilibrio Económico Financiero**

Así como el contrato administrativo se caracteriza por poseer cláusulas exorbitantes, también se diferencia del universo de los contratos civiles, en que, como contrapartida a esas prerrogativas de la Administración, se protege la economía del contrato desde el punto de vista del particular contratante.

Esta garantía de los desequilibrios económicos, ideada por el Consejo de Estado Francés, conforma el *principio del equilibrio económico-financiero (EEF)*: en consecuencia, si bien es cierto que el contratante debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cualquier negocio, no es menos verdad que no está obligado a asumir un riesgo anormal, que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta inicialmente.

El fundamento jurídico de este derecho reconocido al particular, se encuentra en el hecho de que teniendo en cuenta los fines de interés público que dan lugar a la contratación administrativa y el papel que en ella tiene aquel al constituirse en un colaborador activo para el logro de dichos fines, resulta justo que entre los derechos y las obligaciones del contratista exista una equivalencia honesta, una relación razonable, de modo que el particular no sea indebidamente sacrificado en aras de una finalidad pública cuya atención corresponde prioritariamente a la Administración.

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en decisión de fecha 14 de junio de 1983, enunció en términos generales el principio



del equilibrio o intangibilidad de la ecuación económica del contrato administrativo, al señalar que en este tipo de contrataciones: *«Los particulares contratantes quedan, a su vez, protegidos [...] gracias a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento por la administración de las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervinientes; «Hecho del Príncipe», circunstancias imprevisibles, fuerza mayor) es compensada con la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios que pudieren haberse ocasionado».*

El principio de preservación del equilibrio económico financiero ha sido, además, consagrado a nivel legislativo en el artículo 42 de la Ley de Concesiones que establece que: *«Es deber del ente concedente realizar todos los esfuerzos dirigidos a prevenir y evitar el encarecimiento de las obras ejecutadas en virtud de este Decreto-Ley. Con tal propósito, corregirán en el menor tiempo posible los desajustes que pudieran presentarse, gestionarán o asignarán oportunamente los recursos a cuyo aporte se hubiere comprometido la República y utilizarán los mecanismos o procedimientos más eficaces para precaver o solucionar los conflictos o diferencias que puedan afectar la ejecución de los contratos».*

#### **7. Continuidad en la ejecución de contratos administrativos: improcedencia del *Non Adimpleti Contractus***

En virtud de que el contrato administrativo versa sobre aspectos que satisfacen de manera directa el interés público, su ejecución no puede ser interrumpida, salvo por causas que impidan de manera absoluta su continuación. La prestación del servicio encomendado al contratista deberá estar garantizada de manera permanente<sup>15</sup>.

El principio de continuidad, aunado al principio de subordinación del particular al interés público del contrato, apareja la imposibilidad para éste de oponer durante su ejecución la defensa propia en la ejecución de los contratos civiles, que es la excepción del contrato no cumplido.

La *exceptio non adimpleti contractus* se define como la facultad que tiene una parte en un contrato bilateral, de negarse a cumplir sus obligaciones contractuales, **cuando su contraparte no haya cumplido las suyas y sin embargo exija el cumplimiento de éstas**<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Cassagne, Juan C., *Ob. cit.*, p. 132.

<sup>16</sup> Maduro Luyando, Eloy, *Curso de Obligaciones*, Manuales de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1993, p. 502.

En nuestro ordenamiento jurídico, esa excepción se encuentra consagrada en el artículo 1.168 del Código Civil, el cual establece que «*en los contratos bilaterales cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las obligaciones*».

La razón de que esa previsión no resulte admisible en los contratos administrativos, se debe entonces a que -Escola-: (i) el contrato administrativo persigue un interés público directo y de allí que la Administración cuente con ciertas prerrogativas, como es la de *continuidad en la ejecución del contrato*; y (ii) en la ejecución de los contratos administrativos, el cocontratante no es un simple contratista de la Administración, sino actúa como un *colaborador* de ésta en el cumplimiento de los fines que ella está llamada a cumplir<sup>17</sup>.

La doctrina -RIVERO- sostiene que: «*Si es la Administración la que está en falta, se descarta el derecho común que permite al cocontratante ampararse detrás de la exceptio non adimpleti contractus para suspender la ejecución de sus propias obligaciones: el particular permanece obligado a ejecutar, sea cual sea la falta de la Administración; sólo puede dirigirse al juez en caso de una acción de compensación por daños y perjuicios, o pedir la rescisión en caso de falta muy grave*»<sup>18</sup>.

Ahora bien, es menester señalar que la doctrina moderna admite que este principio *no es absoluto*, pues sostiene que en los supuestos en los cuales el incumplimiento de la Administración *sobrepasa los límites razonables*, el contratista quedaría facultado para dejar de cumplir el contrato e incluso pedir su resolución por incumplimiento de la Administración Pública<sup>19</sup>.

Antes que admitir la excepción, estas posturas lo que realizan es una construcción jurídica sobre la imposibilidad material de cumplimiento, la cual consideran se configura igualmente cuando (Cassagne) «*exista una razonable imposibilidad de cumplir el contrato*» que incluiría -según Cassagne- *la significativa y mayor onerosidad*.

En estos casos los autores sostienen la posibilidad de invocar la excepción, pero insistimos más que la procedencia de la excepción lo que estaría planteando es la imposibilidad material de cumplimiento que es cosa distinta.

---

<sup>17</sup> Vid. Escola, Hector, *ob. cit.*, pp. 438-439.

<sup>18</sup> Rivero, Jean, *Derecho Administrativo* (Traducción a la 9ª Ed.), Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984, p.137.

<sup>19</sup> Berçaitz, Miguel A., *ob. cit.*, p. 371.



Como bien indica MARIENHOFF, en ese tipo de incumplimientos la conducta omisiva de la Administración se asimilaría a la «fuerza mayor» y sería la causa justificante de la suspensión de la ejecución por parte del cocontratante<sup>20</sup>.

La jurisprudencia en Venezuela se ha pronunciado sobre la improcedencia de la excepción *non adimpleti contractus* como causa justificante para el incumplimiento de obligaciones contractuales en materia de contratos administrativos. En efecto, en la citada sentencia del Caso Puerto La Guaira», se sostuvo que «*en los contratos administrativos que interesan a un servicio público, el particular contratista no puede oponer a la autoridad pública con quien ha contratado la regla inadimplenti non est adimplendum*». El fundamento de la inaplicabilidad de tal excepción, se encuentra -a juicio de la decisión citada- no sólo «*...en el carácter de subordinación de la actividad del Contratista, al supremo interés del servicio [...] sino también partiendo de un nuevo concepto de la causa en los contratos bilaterales cuando se trata de contratos administrativos*».

De manera más reciente, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión de fecha 11 de abril de 2000 (Caso: República vs Pedarca, C.A.) reiteró este criterio al señalar que: «*... cuando la Administración reclama al co-contratante el cumplimiento de alguna previsión contenida en un contrato administrativo, éste queda imposibilitado para oponer la excepción antes dicha, bastando citar para ello la decisión de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1945 (caso Astilleros La Guaira) y las subsecuentes decisiones emanadas de esta Sala que ratificaron este criterio. Por ello, mal podía la demandada oponer a la demandante su incumplimiento, ya que ello, en materias como la sometida a consideración de la Sala, resultaría improcedente*».

## 8. Mutabilidad de los contratos administrativos

La potestad de modificar el contrato por parte de la Administración marca una diferencia fundamental entre los contratos administrativos y los contratos de Derecho Privado, ya que en estos últimos rige, además del principio

<sup>20</sup> Marienhoff, Miguel, S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A; Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 1983, p. 381. Este autor incluso justifica gráficamente esta posibilidad, al señalar que «*en homenaje a la satisfacción del interés público, no puede pretenderse el sacrificio de una sola persona ni aceptarse, entonces, la ruina económica del cocontratante; agregando que el contratista, en el supuesto de una larga morosidad administrativa, no puede ser constreñido a cumplir igualmente el contrato «por cuanto ello implicaría obligarlo a que actúe como financiador de las obras estatales*» (p. 382).

*lex contractus*, el principio de intangibilidad del contrato, de manera que ninguna de las partes puede incorporar, unilateralmente, modificaciones a lo convenido, o dicho de otra forma, las variaciones al contrato sólo pueden hacerse mediante el mutuo consentimiento de las partes (Art. 1.269, CC).

En los contratos administrativos, en cambio, se reconoce que ***la Administración puede modificar las condiciones pactadas***, para la mejor y más eficiente satisfacción de las necesidades públicas.

Este poder exorbitante que se conoce como el *ius variandi* se ha instaurado jurisprudencialmente, incluso antes de que el Consejo de Estado Francés estableciera el criterio de servicio público como elemento distintivo de los contratos administrativos (en el *Arret Terrier* de 1903).

Así en el caso de la *Nueva Compañía de Gas de Deville-lés-Rouen* (1902), el Consejo de Estado Francés se pronunció sobre el poder de modificación unilateral de los contratos suscritos con la Administración. Allí se planteó una controversia entre un Municipio y el concesionario que prestaba el servicio de iluminación municipal en régimen de monopolio por medio de la utilización de gas, a raíz de que el Municipio concedente solicitara al concesionario que prestara ese servicio utilizando la energía eléctrica, entonces novedosa y en pleno desarrollo.

Sucedió que el concesionario no aceptó tal solicitud del Municipio, por lo que éste, dada la negativa de la empresa concesionaria, procedió a buscar una nueva compañía que prestara el servicio de iluminación municipal por medio de energía eléctrica, lo que derivó en que la compañía de gas concesionaria demandará por daños y perjuicios al Municipio alegando violación del contrato de concesión

El Consejo de Estado decidió que el Municipio concedente tenía, en efecto, la facultad de exigir que el servicio de luz contratado fuese prestado utilizando la electricidad, incluso sobrevenidamente, modificando así el contrato unilateralmente a los fines de atender el interés colectivo que justificaba tal contratación, por lo que si la compañía de gas concesionaria se negaba a adaptarse a las demandas del concesionario, podía éste buscar otra compañía que se ajustara a sus necesidades<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Tales consideraciones fueron ratificadas posteriormente por el Consejo de Estado Francés, en el fallo ***Compañía General Francesa de Tranvías*** del 21 de marzo de 1910, en el cual se estableció que la Administración podía modificar unilateralmente los contratos administrativos, siempre y cuando se tomara en cuenta el ***equilibrio de la ecuación***



La jurisprudencia en Venezuela ha señalado que el *ius variandi* es una potestad natural y por tanto inherente a todo contrato administrativo, de manera que no hace falta que exista una disposición legal ni contractual expresa que la contemple, ya que la Administración Pública -en general- puede alterar los contratos administrativos cuando ello convenga a la satisfacción del interés público (sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en decisión de fecha 5 de diciembre de 1944) al señalar que: «*En el contrato administrativo [...] 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 en el plan de la obra, en sus planos, en los medios de ejecución y en esta misma, aumentándola o disminuyéndola*».

Más recientemente, la Sala Político-Administrativa sostuvo, en sentencia del 27 de enero de 1993, que: «*La potestad de modificación unilateral [...] fue también colocada dentro de las posibilidades de la Administración de ejercer su supremacía en el negocio jurídico, por cuanto a través de ella la Administración puede cambiar, de acuerdo con sus propios intereses, alguno o algunos de los elementos del contrato, no solamente en sentido cuantitativo, sino también, en ciertos casos, en sentido cualitativo*».

La facultad de modificación unilateral del contrato ha sido reconocida también en el ámbito legislativo. Así, en la **Ley de Concesiones** (1999), se faculta al ente concedente para modificar, por razones de interés público y mediante acto debidamente motivado, las características de las obras y servicios contratados<sup>22</sup>.

---

*financiera* presente en éstos. En el caso comentado, el Consejo de Estado Francés resolvió la controversia planteada por una modificación unilateral introducida por la Administración a un contrato de concesión celebrado con la Compañía General de Tranvías, relativa al número de trenes que debía funcionar durante el verano. En su decisión, el Consejo de Estado reconoció que la Administración concedente no puede desinteresarse del servicio público de transporte, una vez éste ha sido dado en concesión a un particular, porque los términos del contrato de concesión no pueden ser absolutos e invariables. En virtud de ello, estimó que correspondía a la Administración fijar las condiciones de prestación del servicio, *aun cuando ello implicara una modificación a los términos del contrato*, pero señaló, sin embargo, que tal ejercicio del *ius variandi* de la Administración implicaba la procedencia de una indemnización a favor del concesionario por los daños y perjuicios causados en razón de esa decisión unilateral. Por tanto, se reconoce así que la modificación unilateral es fuente de responsabilidad contractual y que ello conlleva *al restablecimiento de la ecuación financiera al cocontratante*.

<sup>22</sup> «**Artículo 39: Modificación unilateral.**- Desde que se perfeccione el contrato, el ente concedente *podrá modificar, por razones de interés público y mediante acto debidamente*

Esta consagración legal será evidentemente aplicada a los contratos de concesión de manera directa, pero, como hemos mencionado, al ser un poder exorbitante de la Administración, el *Ius Variandi*, puede ser utilizado por la Administración (i) en todos los contratos administrativos y (ii) sin necesidad de estipulación expresa de las partes.

Ahora bien, debe tenerse presente que esta potestad exorbitante de la Administración no es absolutamente discrecional ni ilimitada, desde que está sometida a ciertos límites, a saber:

- (i) En primer lugar, la Administración está obligada a conservar la naturaleza del contrato celebrado. De allí que no pueda utilizarse esa extraordinaria potestad para convertir un contrato de obras en un contrato de concesión; o para obligar al contratista a ejecutar prestaciones absolutamente extrañas al convenio original.
- (ii) La modificación introducida unilateralmente por la Administración debe estar dirigida a satisfacer los intereses y necesidades públicas. De allí que no pueda la Administración hacer uso de su facultad de modificación con fines distintos al expresado, so pena de incurrir en desviación de poder.
- (iii) Siendo que el *ius variandi* se ejerce mediante actos unilaterales, y teniendo en cuenta que tales actos son verdaderos actos administrativos, su emisión debe efectuarse en un todo de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y demás leyes que resulten aplicables, según el caso.

Finalmente, debe destacarse que si las modificaciones incorporadas por la Administración al contrato originan un trastorno en la ecuación económico-financiera del contratante, éste tiene derecho a ser indemnizado hasta que se le restablezca su equilibrio financiero. El *ius variandi* no puede convertirse,

---

***motivado, las características de las obras y servicios contratados. En tal circunstancia deberá compensar al concesionario en caso de perjuicio, acordando con aquel 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.***

*Si las modificaciones alteran el valor del contrato 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» (énfasis añadido).*



entonces, en un mecanismo para obtener la ejecución de trabajos o prestaciones sin contraprestación alguna; en principio el cocontratante debe acatar las modificaciones introducidas, pero todo ello sin sacrificar su situación patrimonial particular<sup>23</sup>.

La necesidad de restablecer el equilibrio del contratista en estos casos ha sido igualmente reconocida por norma de la Ley de Concesiones antes referida al disponer que *«en tal circunstancia [cuando se introduzcan modificaciones unilaterales] deberá compensar al concesionario en caso de perjuicio, acordando con aquel 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»*.

De igual forma, si el cocontratante se ve materialmente imposibilitado de atender las modificaciones por no contar con los recursos necesarios para ello, puede solicitar la rescisión del contrato y reclamar el pago de los daños y perjuicios que la modificación le ocasione. En ese sentido el mencionado artículo 39 de la Ley de Concesiones dispone que *«si las modificaciones alteran el valor del contrato 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»*.

#### 9. Efectos frente a terceros

El principio de relatividad de los contratos, previsto en el artículo 1.166 del Código Civil, conforme al cual los contratos no tienen efectos respecto de los terceros, sino únicamente respecto de las partes contratantes no se aplica en forma absoluta a los contratos administrativos, ya que la ejecución de contratos que sean relativos a la prestación de servicios u obras públicas, incide evidentemente en los particulares, quienes podrán verse afectados por la mala prestación o por defectos en la ejecución.

Ciertamente, el contrato administrativo *siempre* tiene efectos frente a terceros, ya que la finalidad del contrato es, precisamente, el beneficio del interés general, lo que no concierne a un sujeto en concreto, sino a la colectividad. De allí que incluso los terceros afectados que no son parte de un contrato administrativo, se encuentran facultados para pedir su nulidad o la de los actos dictados en su ejecución por ante la jurisdicción contencioso administrativa.

<sup>23</sup> Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 19 de noviembre de 1992.



## **10. Procedimiento de formación de la voluntad del Contrato Administrativo**

Un índice revelador de que un contrato es de naturaleza administrativa, es que su formación se realiza a través de un procedimiento administrativo que concluye con el acto de otorgamiento de la buena pro: así la voluntad administrativa se expresa a través de un acto administrativo. En efecto, en la mayoría de los contratos administrativos el legislador impone a la Administración la obligación de cumplir un procedimiento administrativo -licitación pública, subasta, concurso- para seleccionar al contratista.

En Venezuela la contratación administrativa está frecuentemente sometida a procedimientos de selección de contratistas, a través de licitaciones públicas, subastas, concursos, etc. En este sentido existe una **Ley de Licitaciones** (G.O. Ext. 5.556 del 13 de noviembre de 2001) que, a nivel nacional, regula los procedimientos de selección de contratistas para la ejecución de obras, la adquisición de bienes muebles y la prestación de servicios distintos a los profesionales y laborales. Así también en la mayoría de los niveles estatal y municipal se han dictado textos normativos con la misma finalidad (leyes de licitación estatales y ordenanzas de licitación).

Ahora bien, tal y como ocurre en las contrataciones ordinarias, el principio que preside la selección del contratista es el de la libre contratación, el cual postula, como regla general, que en materia de celebración de contratos la administración puede elegir libre y directamente a la persona o empresa con la cual contrata. De allí que sea necesaria una disposición expresa de la Ley para que dicho principio ceda en favor de un procedimiento enderezado a escoger el cocontratante. En ausencia de esa norma expresa, se mantiene el principio de libre contratación.

La licitación constituye un auténtico *procedimiento administrativo* que persigue la determinación de la persona que ofrece condiciones más ventajosas para la celebración de ciertos contratos por parte de la administración. En ese procedimiento administrativo, se producen actos administrativos, a los que se les aplica, en consecuencia, la teoría general de los actos administrativos por lo que atañe a su formación, elementos, vicios, medios de impugnación, jurisdicción competente y todos los otros principios que conducen al establecimiento de la responsabilidad de la administración.

Los procedimientos de selección son actos preparatorios o de trámite que preceden a una manifestación de voluntad de la administración que, en este caso, es la adjudicación de un contrato.



La naturaleza administrativa del procedimiento licitatorio, lleva de suyo la aplicación de todos los principios que informan al procedimiento administrativo, aunque no estén expresamente establecidos en la Ley de Licitaciones, éstos son, los principios de economía, celeridad, publicidad, racionalización y acción por parte de la Administración y serán todos aplicables a este procedimiento administrativo.

### **11. De la formalidad en su suscripción**

Aun cuando en la contratación administrativa se ha admitido la existencia de contratos verbales (caso *Terrier* y *Esposos Bertin*), lo cierto es que los contratos administrativos, al comprometer la voluntad de la Administración y al versar sobre el interés público, están sujetos a un serie de formalidades, como es el caso de la firma válida por parte del ente contratante de la Administración.

Si bien el contrato administrativo se perfecciona en el momento en que se produce el acuerdo de voluntades mediante la concurrencia del consentimiento de las partes contratantes sobre la materia de negociación, esa manifestación del consentimiento por parte de la Administración se da a través de la firma del contrato.

Así, sin perjuicio del principio general de formación de la voluntad con el consentimiento de las partes que rige en la generalidad de las contrataciones, lo natural es que en la formación de los contratos administrativos se observen todas las formalidades inherentes a la actuación de la Administración, a las cuales no estaría sujeto un contrato de Derecho Privado. Esas formalidades, normalmente, vendrán dadas por las autorizaciones o aprobaciones -previas o posteriores- contempladas en las normas que autorizan a la Administración a suscribir contratos.

Asunto de debate es si la ausencia de estas formalidades conlleva la nulidad -como lo determina la Ley de Licitaciones- o a la inexistencia como lo ha venido estableciendo la doctrina de la Procuraduría General de la República al fundar la indemnización reclamada con base a contratos que han incumplido estas formalidades en el principio del enriquecimiento sin causa, por la inexistencia de relación contractual.

### **12. Especial régimen de extinción de los contratos administrativos**

El régimen de extinción de los contratos administrativos varía notablemente de los modos de terminación de los contratos que se rige por el Derecho Privado, especialmente en lo que respecta a la terminación anticipada

por incumplimiento de una de las partes (el co-contratante, en el caso de los contratos administrativos).

Así, la privilegiada situación de la Administración frente al particular, le otorga facultades para extinguir unilateralmente el contrato administrativo, dotando de efecto ejecutorio su decisión. Por ello, además de los supuestos de terminación normal propios de los contratos de Derecho Privado (vgr. vencimiento del plazo y cumplimiento del objeto), el contrato administrativo puede terminarse anticipadamente cuando la Administración contratante hace uso de tal potestad.

La extinción unilateral del contrato administrativo puede estar fundamentada en diversas causas, a saber: (i) razones de mérito, oportunidad y conveniencia; (ii) nulidad absoluta de la contratación por razones de ilegalidad; (iii) incumplimiento del contratista; y, en atención a ellas, se distingue:

- a) El Rescate:** *el cual tiene lugar cuando la Administración invoca razones de mérito, oportunidad y conveniencia para dar por terminado el contrato administrativo, ya sea para asumir la prestación del servicio en forma directa, o para poner fin al servicio por estimar que de éste no se desprende beneficio alguno para la colectividad<sup>24</sup>. De esa manera, el rescate -también denominado **revocación por razones de mérito u oportunidad**- ha sido entendido por la doctrina -DIEZ- como una forma de extinción anormal y anticipada del contrato de concesión. De allí que se pueda definir el rescate diciendo que es una decisión unilateral por la que el concedente pone fin a la concesión de servicios públicos, antes de la fecha fijada para su expiración, sin que el concesionario haya incurrido en una falta que diera motivo para declarar la caducidad» (énfasis añadido)<sup>25</sup>.*

Como quiera que la extinción del contrato por esta vía constituye una facultad discrecional, desvinculada de la conducta del contratista o de vicios

---

<sup>24</sup> Así ha sido definido por RIVERO, quien sostiene que: «El concedente, en aplicación de la teoría general de los contratos administrativos, **puede siempre, si estima que el interés general así lo exige, y sin falta del concesionario, poner fin a la concesión**, ya sea para suprimir el servicio, o para administrarlo por otro método. Es el **rescate** (rachat) de la concesión. En este caso, el concesionario tiene el derecho a indemnización por el daño que sufre por ese hecho» (énfasis añadido) (Rivero, Jean, *ob. cit.*, p. 506).

<sup>25</sup> Díez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p. 446.



en la contratación, su ejercicio supone la íntegra **indemnización** del lucro dejado de percibir por el cocontratante, dado que el interés general que autoriza a la Administración al rescate, no implica potestad para disponer de la propiedad de los particulares.

En ese sentido, el artículo 53 de la Ley Concesiones dispone:

*«Las concesiones podrán rescatarse anticipadamente por causa de utilidad o interés público, mediante acto administrativo debidamente motivado del ente concedente. En estos casos procederá la indemnización integral del concesionario, incluyendo la retribución que dejare de percibir por el tiempo que reste para la terminación de la concesión...».*

**b) La revocación por razones de ilegalidad:** *La cual procede cuando el órgano administrativo contratante determina la ilegalidad del contrato administrativo. La Administración puede extinguir unilateralmente el contrato cuando los actos administrativos que contienen la voluntad de contratar se encuentran afectados de nulidad. En ese supuesto, como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que contiene la declaración de voluntad de la Administración, se produce la extinción del contrato mismo, pues deja de existir uno de los elementos necesarios para su validez<sup>26</sup>.*

Ahora bien, dado que en esta materia se aplican las mismas reglas que regulan la revisión oficiosa de los actos administrativos y habida cuenta de que el contrato genera derechos subjetivos para el cocontratante, preciso es concluir que su ilegalidad sólo puede declararse, en sede administrativa, cuando el vicio que afecte la contratación sea de nulidad absoluta, tal como se desprende de la interpretación concatenada de los artículos 19, numeral 2º, 82 y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> La revocación por razones de ilegitimidad -MARIENHOFF- «tiene lugar en supuestos de actos administrativos emitidos en contradicción con el orden jurídico positivo vigente, o en contravención a los principios básicos sobre «legitimidad» establecidos al respecto por la ciencia jurídica. Su carácter esencial es el de responder a un vicio de «legitimidad», no a un vicio de «mérito», y el de responder a un vicio «originario» del acto administrativo, es decir a un vicio concomitante con la emisión del acto, a un vicio «congénito» en suma» (Marienhoff, Miguel, *ob. cit.*, Tomo II, p. 605).

<sup>27</sup> Además de la enumeración general contenida en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se advierten varios supuestos de nulidad absoluta que atañen exclusivamente a los contratos celebrados por la Administración. Así, el artículo 18

**c) La caducidad o rescisión unilateral:** *la cual puede definirse como la decisión de terminar anticipadamente el contrato administrativo, adoptada por la Administración en forma unilateral con efectos ejecutorios, y que se produce como consecuencia de un incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por el cocontratante. La rescisión unilateral o caducidad tiene un carácter sancionatorio pues ocurre por causas imputables al cocontratante (vgr. inobservancia grave y sistemática de sus obligaciones contractuales).*

Al respecto ha señalado BREWER-CARÍAS que «[s]i es una prerrogativa, como ha sostenido la jurisprudencia, la posibilidad por parte de la Administración de rescindir un contrato administrativo, aún cuando no haya falta por parte del co-contratante, con mayor razón esa potestad es real en los casos de falta del co-contratante por incumplimiento de sus obligaciones contractuales»<sup>28</sup>.

Ahora bien, la declaratoria de caducidad debe estar precedida de un *procedimiento administrativo*, en el cual se (i) recojan los elementos de juicio que van a servir de fundamento a la decisión, (ii) se califique la gravedad de la falta del concesionario y (iii) finalmente, en caso de estimarse que se trata de un incumplimiento que amerite la rescisión del contrato, se imponga la sanción correspondiente; pero -a diferencia de los contratos de Derecho Privado- ***no requiere de la intervención del poder judicial para que sea efectiva.***

Así lo ha señalado recientemente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 4 de marzo de 2005 (Caso: *Imel, C.A.*), en la cual estableció que únicamente en los contratos administrativos «*en los que prevalece el interés general sobre el particular, es posible y válida la resolución unilateral del contrato, ya que ello «es el producto del ejercicio de potestades administrativas, no de facultades contractuales»*. Así, entiende la Sala Constitucional que la declaratoria de resolución de un contrato de Derecho Privado es parte de las funciones atribuidas a los órganos

---

de la Ley Orgánica de la Administración Central declara «nulos, de nulidad absoluta» los contratos celebrados por la República y los sujetos que se encuentren a su servicio (actuando por sí o por interpuestas personas). Por su parte, el artículo 125 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal reputa «inexistentes» los contratos -administrativos- de venta de terrenos ejidos ubicados en la zona urbana, que se hubieren celebrados en contravención a las formalidades previstas en dicha norma. Finalmente, el artículo 115 de la Ley de Licitaciones declara absolutamente nulos, los contratos celebrado con violación de los procedimientos en ella previstos.

<sup>28</sup> Cfr. Brewer-Carías, Allan. R., *Contratos Administrativos*, Ob. cit., p. 167.



jurisdiccionales y de allí debe desprenderse que cuando una de las partes proceda a rescindir un contrato de manera unilateral, ésta será considerada inexistente, en virtud de que se estaría «usurpando» la autoridad judicial en esa materia. Sin embargo, es claro que ello no sucede en el caso de los contratos administrativos, en los cuales **la decisión de rescindir el contrato por parte de la Administración tiene plenos efectos ejecutorios**, sin necesidad de que tal rescisión sea homologada o convalidada por un Juez.

### **13. La existencia de una jurisdicción especial: el Contencioso-Administrativo y los contratos administrativos**

Finalmente, lo que diferencia a los contratos administrativos de los contratos de Derecho Privado de los particulares, es su sujeción a una jurisdicción especial, cual es la **jurisdicción contencioso administrativa**.

Y es que como señala PARADA, la creación de la jurisdicción administrativa tuvo -precisamente- como razón fundamental, la de impedir que los tribunales civiles conocieran de los contratos que celebraba la Administración<sup>29</sup>.

Las razones de esa excepción al sistema de distribución de competencias jurisdiccionales son -GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ- puramente pragmáticas y no respecto de su naturaleza: ciertos contratos, aun siendo de carácter civil, deben ser residenciados ante los Tribunales contencioso-administrativos por el simple motivo de que éstos conocen mejor el funcionamiento de la Administración, que conviene no perder de vista al enjuiciar estas cuestiones contractuales<sup>30</sup>.

Esa exclusión de la jurisdicción civil mediante la creación de una jurisdicción especial administrativa se concretó a través de la célebre decisión *Blanco* (1873), en la cual se estableció una jurisdicción especial, la **contencioso-administrativa**, con normas especiales distintas del derecho común, a las que se sometería el Estado y sus actuaciones.

En el caso de Venezuela, los contratos administrativos siempre han sido objeto del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. Así, los artículos 42, numeral 14, y 43 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema

<sup>29</sup> Cfr. Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 335.

<sup>30</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1996, p. 658.

de Justicia (LOCSJ) otorgaban a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, tal competencia.

Posteriormente, la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ) incluyó un límite mínimo de cuantía para el conocimiento de las cuestiones relativas a los contratos administrativos por parte de la Sala Político Administrativa.

En todo caso por cuestiones que no corresponde analizar en esta oportunidad, hoy esta distinción carece de sentido práctico, pues se ha atribuido y repartido, según la cuantía, en los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, no sólo el tema de los contratos administrativos sino el de todas las demandas contra la administración, por lo cual bien de derecho privado o de naturaleza administrativa, las demandas serán conocidas por esta especial jurisdicción.

De esta forma se exponen algunos de los principios generales de la contratación administrativa, los cuales ponen de manifiesto la existencia de una categoría contractual especial de la Administración, a la cual se aplican todos estos criterios mencionados, que han sido objeto de un tratamiento doctrinario y jurisprudencial abundante que analiza, por demás, las especificidades propias de cada país, sobre todo en cuanto al tema de su sujeción a un orden de tribunales especiales -la jurisdicción contencioso administrativa- y a medios de impugnación y reglas procesales también especiales.

#### BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Badell Madrid, Rafael. *La Contratación Administrativa en Venezuela en Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- 2.- Badell, Grau & Asociados. *Régimen de los Contratos Administrativos*, Cuadernos Jurídicos. Caracas, 1999.
- 3.- Badell Madrid, Rafael. *Régimen Jurídico de las Concesiones en Venezuela*. Caracas, 2002.
- 4.- Berçaitz, Miguel Angel. *Teoría General del Contrato Administrativo*. 2da edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1979.
- 5.- Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1947.



- 6.- Brewer-Carías, Allan R. *Contratos Administrativos*. Colección Estudios Jurídicos N° 44. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1992.
- 7.- Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999.
- 8.- De Laubadère, Jean y Gaudemet, Yves. *Traité de Droit Administratif*. Tomo I. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence E.J.A. París, 2001.
- 9.- Delpiazzo, Carlos E. *Manual de Contratación Administrativa*. Tomo I. Editorial Universidad. Uruguay 1996.
- 10.- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1997.
- 11.- Dromi, Roberto. *La Licitación Pública*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1995.
- 12.- Escobar Gil, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Legis. 1999.
- 13.- Escobar Gil, Rodrigo. *Responsabilidad Contractual de la Administración Pública*. Editorial Temis. 1989.
- 14.- Escola, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Vol. I. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1977.
- 15.- Farías Mata, Luis Henrique. *La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas*, en Libro Homenaje a Antonio Moles Caubet, Caracas.
- 16.- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Civitas. Madrid, 1996.
- 17.- Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Tecnos. Madrid, 1989.
- 18.- Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Décima Segunda Edición. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001.
- 19.- Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A; Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 1983.



- 20.- Ortiz-Alvarez, Luis y Mascetti, Giovanna. *Jurisprudencia de Contratos Administrativos (1980-1999)*. Colección Jurisprudencia N° 1. Editorial Sherwood. Caracas, 1999.
- 21.- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Marcial Pons. Madrid, 1996.
- 22.- Peña Solís, José. *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen Tercero. Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003.
- 23.- Rivero, Jean. *Derecho Administrativo*. (Traducción a la 9ª Edición). Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984.
- 24.- Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1959.
- 25.- Vedel, Georges. *Derecho Administrativo*. Ediciones Aguilar. Madrid, 1980.

LOS CONTRATOS ESTATALES Y LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOS PROFERIDOS EN RELACIÓN  
CON LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL

## LOS CONTRATOS ESTATALES Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PROFERIDOS EN RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL

*Consuelo Sarría Olcos\**

El ejercicio de la función administrativa del Estado se concreta en diferentes instrumentos jurídicos. En efecto, además de las manifestaciones unilaterales de voluntad o actos administrativos, que producen efectos jurídicos, la Administración Pública en ejercicio de sus competencias, y para lograr los fines propios del Estado, tiene la posibilidad de acudir a un instrumento de colaboración voluntaria, no desinteresada, por parte de los particulares<sup>1</sup>, utilizar el acuerdo de voluntades como fuente de obligaciones, y celebrar **contratos**.

Y cuando la Administración Pública toma la decisión de celebrar un contrato, comienza, lo que la doctrina ha denominado, la **«actividad contractual»** en la cual, además de la celebración del contrato mismo, se realizan hechos y operaciones administrativas y también se expiden **actos administrativos unilaterales**. Dicha actividad contractual se extiende desde la etapa previa de formación del contrato, su celebración y perfeccionamiento, durante su ejecución, y hasta su terminación y liquidación.

El análisis y estudio de esos actos administrativos proferidos con motivo de la actividad contractual es el objeto del presente trabajo, y su interés radica en establecer su ubicación en relación con el contrato mismo, sus requisitos de formación y expedición, su régimen jurídico y los mecanismos de control con que cuentan las partes contratantes y los terceros en relación con ellos<sup>2</sup>.

---

\* Profesora de la Universidad Externado de Colombia.

<sup>1</sup> Jeze Gastón, Principios Generales de Derecho Administrativo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, Tomo III, Pág.163.

Art. 3° Último Inciso, Ley 80 de 1993 de Colombia: «...Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones».

<sup>2</sup> Sobre el tema: Del Valle Tavares Fabiola. Actos Administrativos y Contratos de la Administración Pública: Teoría de la Conexión. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003.

A partir de algunos antecedentes del derecho francés y en especial de pronunciamientos jurisprudenciales, el análisis se hará a través de las diferentes etapas de que consta la actividad contractual, con referencia a los diferentes actos que en cada una de ellas se profieren o pueden proferirse por la Administración, así:

- Etapa de formación de la voluntad de la administración y del contrato, o etapa precontractual.
- Etapa de ejecución del contrato. Terminación y liquidación del contrato.

#### 1.- ANTECEDENTES.

A finales del Siglo XIX y comienzos del siglo XX, en el derecho francés, se consideraba la actividad contractual como una operación unitaria, en la cual todas las actuaciones relacionadas con el contrato, realizadas por la Administración, entre ellas los actos administrativos, aún los proferidos antes de su celebración, se consideraban incorporados al contrato, conformaban un *«tout indivisible»* con el contrato mismo y solamente podían ser cuestionados por medio de las acciones contractuales, por las partes, siempre y cuando que el contrato estuviera debidamente perfeccionado<sup>3</sup>.

Pero en relación con dicha concepción integral de la actividad contractual surgió la crítica, justificada, sobre la naturaleza de los actos que se proferían por la administración en desarrollo de la mencionada actividad, por cuanto dichos actos solamente podían ser cuestionados a través de un contencioso contractual, por las partes que hubieren celebrado el contrato, pero aquellas personas que tuvieran algún interés en dicha actividad, que podrían afectarse por una decisión unilateral de la administración en relación con el contrato, no tendrían la posibilidad de cuestionarlos a través del recurso de exceso de poder.

En el derecho francés, fue la jurisprudencia, la que identificó la existencia de los actos unilaterales proferidos durante la actividad contractual, para aceptar que, aquellos actos proferidos antes de la celebración de un contrato administrativo se consideraran como actos separables (*détachables*) del contrato y pudieran ser impugnados independientemente del mismo.

Dicha posición jurisprudencial se consideró también aplicable a los contratos de derecho privado de la administración, y con antecedentes en los

---

<sup>3</sup> De Laubadere André, Moderne Franck, Devolvé Pierre. *Traité des Contrats Administratif.s*, Tomo 2° Edition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984, Pág.1035.



fallos Commune de Gorre de 1903, Commune de Villiers de 1904 y Commune de Messé de 1904<sup>4</sup>, fue desarrollada de manera detallada en el fallo Martín del 4 de Agosto de 1905, en el cual, a solicitud del comisario de Gobierno Romieu, el Consejo de Estado precisó el criterio de que los actos proferidos durante la etapa de formación del contrato se podían considerar de manera separada del contrato, que de su nulidad no surgía, necesariamente e ipso facto, la nulidad del contrato y, por lo tanto, bien podían ser objeto de impugnación por medio del recurso de exceso de poder, por terceros ajenos a la relación contractual y, entre ellos, los proponentes, no favorecidos en una licitación, en defensa de sus derechos e intereses<sup>5</sup>.

Este fue el punto de partida de la teoría de los actos separables que se acepta de manera generalizada en la doctrina, al considerar la existencia de verdaderos actos decisorios, con autonomía jurídica en relación con el contrato, factibles de ser impugnados de manera directa por los oferentes durante la etapa de formación del contrato y aún después de su celebración, por medio de los recursos y acciones administrativas, a través de los cuales se cuestionan los actos administrativos.

La jurisprudencia francesa avanzó en estos planteamientos relacionados con la impugnación de las diferentes manifestaciones de la actividad contractual y precisó el concepto de acto separable como aquel, realizado antes de la celebración del contrato, que no tiene relación alguna con su ejecución, inclusive el acto mediante el cual la autoridad administrativa adjudica el contrato o decide no celebrarlo, todos los cuales pueden ser demandados por terceros ajenos al vínculo contractual y por los mismos contratantes, en ejercicio del recurso por exceso de poder.

También precisó la jurisprudencia otros aspectos en relación con la viabilidad del recurso por exceso de poder contra los actos proferidos después de la celebración del contrato y durante su ejecución, los cuales pueden considerarse separables para los terceros, pero no para las partes contratantes quienes deben ejercer el contencioso contractual ante el juez administrativo. Se ha referido también la jurisprudencia a la posibilidad de cuestionar los contratos mismos a través del recurso de exceso de poder<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Ibidem, Pág.1036.

<sup>5</sup> Ver Charles Hubert. Actes Rettachables et Actes Dettachables en Droit Administrative Français, L.G.D.J., París 1968, Pág.172.

<sup>6</sup> Long M., Weil P., Braibant G., Devolvé P., Genevois B., Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, 12<sup>e</sup> Édition Dalloz, París 1999, Pág.87 a 97.

Hace ya algún tiempo que en el derecho colombiano, el Consejo de Estado, con fundamento en las normas vigentes en esa época, sostenía que en materia contractual no se expedían verdaderos actos administrativos, de manera unilateral, con fundamento en el ejercicio de las prerrogativas propias del poder público en materias administrativas, sino que se trataba de actos que tenían como origen el contrato, y por lo tanto eran de carácter bilateral, ya que se expedían siempre en relación y con motivo de un acuerdo de voluntades, para perfeccionarlo, para cumplirlo o hacerlo cumplir, para terminarlo, o para declarar su incumplimiento, es decir que la administración siempre estaría actuando en virtud y en función, de derechos y obligaciones contractuales<sup>7</sup>.

La anterior posición jurisprudencial fue objeto de cuestionamiento especialmente por parte de la doctrina, en el sentido de considerar que si bien, los mencionados actos, son decisiones que se refieren a diferentes aspectos del contrato, las toma la administración sin necesidad de que para ello concurra la voluntad del contratista y aún contra su voluntad. Y aún pueden ser expedidas por la Administración con fundamento en una cláusula contractual o no, ya que algunas de las cláusulas que otorgan esas facultades a la administración, aunque no se incluyan, se consideran implícitas en el contrato.

Estos cuestionamientos y el cambio de la legislación positiva hizo que también la jurisprudencia en Colombia avanzara, para aceptar la existencia en la actividad contractual, de verdaderos actos administrativos, tema que ya no tiene ninguna discusión, respecto de las diferentes etapas de la actividad contractual y no solamente en relación con los actos previos a la celebración del contrato.

## 2.- DIFERENTES ETAPAS DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.

La actividad contractual de la Administración Pública se inicia con su decisión de celebrar un contrato, y continúa con el trámite de formación de la voluntad administrativa respecto de un determinado objeto, y la selección de la parte contratante, para llegar al acuerdo de voluntades que estará contenido en el contrato; esta es la **etapa precontractual**. Luego viene la **celebración del contrato** cuando se establece el acuerdo de voluntades, y una vez celebrado y perfeccionado éste, procede su **ejecución**, hasta su **terminación** normal o anormal, y la correspondiente **liquidación**. Estas últimas, conforman la etapa propiamente contractual.

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado: Sentencia de 18 de Noviembre de 1976, Sentencia de 17 de Febrero de 1977.



El primer aspecto que debe precisarse es que toda la actividad contractual, como manifestación de la función administrativa que es, se rige por los principios propios de dicha función estatal. En el derecho colombiano así lo dispone expresamente el estatuto contractual<sup>8</sup>.

Y según la legislación positiva, dichos principios, son los de: ***igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*** (Constitución Nacional, Artículo 209), y los de ***economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción*** (Código Contencioso Administrativo, Artículo 3). Adicionalmente, y de conformidad con lo dispuesto por el propio estatuto contractual, se aplican, de manera específica para la actividad contractual, los principios de ***transparencia, economía y responsabilidad***.

Y como se asegura la aplicación efectiva de los mencionados principios? A través de los ***trámites y procedimientos*** que debe cumplir la administración y quien pretenda celebrar un contrato con ella. Trámites y procedimientos que en cada caso estarán contenidos, en las respectivas legislaciones positivas que regulan las diferentes etapas de la actividad contractual.

En la legislación positiva colombiana, el estatuto de los contratos estatales, también se remite, expresamente, y de manera específica, a los ***procedimientos*** que rigen las actuaciones administrativas, en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

«Artículo 77. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, **las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales**. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil». (Se resalta)

«...»

Lo anterior nos permite afirmar que tanto los actos administrativos proferidos durante la actividad contractual, en todas sus etapas, como el contrato

---

<sup>8</sup> Estatuto de la Contratación Estatal, *Ley 80 de 1993*, «Artículo 23. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollaran con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo». (Se resalta).

mismo se rigen por los principios propios de la actividad administrativa del Estado y por los especiales que para el efecto se consagran, así como por las normas de procedimiento que rigen las actuaciones administrativas.

Precisado lo anterior, se procede a analizar los diferentes actos administrativos que pueden ser proferidos en las etapas que conforman la actividad contractual.

***2.1.- Actos proferidos en la etapa precontractual y, específicamente, durante la formación del contrato estatal.***

En esta etapa de la actividad contractual se debe materializar la decisión de la Administración de celebrar un contrato, y abarca tanto la formación de su voluntad, como la relativa a la selección de aquel con quien se celebrará el acuerdo de voluntades.

Se inicia con una actividad unilateral de la Administración, que tal como ya se precisó estará sometida a las normas y principios que regulan la actividad y los procedimientos administrativos, con las previsiones especiales que en cada legislación positiva se hubieren previsto por ser antecedente de un contrato. Es entonces en ésta etapa, que se expiden los que se han denominado actos administrativos separables de la relación contractual, los cuales son verdaderos actos administrativos, con todas sus consecuencias.

En la formación de la voluntad de la administración, se realizan las actuaciones preparatorias del contrato y debe entonces hacerse expresa la decisión de la administración de celebrarlo, establecer su objeto, las condiciones y especificaciones del mismo, y precisar los requisitos que debe cumplir quien aspire a celebrarlo, de acuerdo con el mencionado objeto.

Así se inicia el procedimiento administrativo, a través del cual a partir de la convocatoria hecha por la administración, acuden los interesados y la administración debe seleccionar el contratista, y con posterioridad se cumplirá la celebración y perfeccionamiento del contrato. Es decir que esta etapa precontractual va desde la manifestación de voluntad de la administración de celebrar el contrato, hasta su celebración y perfeccionamiento.

En cuanto a la selección del contratista, la Administración en algunos casos tiene la libre elección del mismo (contratación directa), en otros deberá realizar dicha selección mediante procedimientos especiales, expresamente previstos, tales como la licitación pública, la licitación privada, el concurso público





o la subasta, trámites que tienen como finalidad asegurar la adecuada selección y a través de ella la eficiencia del contrato, y, también, dar transparencia a la decisión.

Y en toda esta fase precontractual, y específicamente, en el proceso de selección del contratista, la Administración expide actos administrativos: el de apertura de la licitación<sup>9</sup>, aquel por medio del cual adopta el pliego de condiciones<sup>10</sup>, los actos que adicionan o modifican el pliego de condiciones, los que amplían el plazo para el cumplimiento de alguna de las etapas del proceso selectivo, el acto de adjudicación<sup>11</sup> y ya celebrado el contrato, éste debe ser perfeccionado<sup>12</sup>. Si por alguna razón no culmina esa etapa precontractual con la selección del contratista, así lo debe declarar la Administración, mediante acto administrativo, en el cual declarará desierto el concurso o la licitación según el caso<sup>13</sup>. Lo anterior, por cuanto no es posible dejar inconcluso el procedimiento administrativo iniciado con la convocatoria para celebrar el contrato, ni es posible invocar la figura del silencio administrativo. Dichas decisiones unilaterales, son manifestación de competencias regladas y no discrecionales.

En el derecho colombiano, todos los actos mencionados, deben ser motivados, tal como lo dispone el **Artículo 24, Numeral 7 de la Ley 80 de**

<sup>9</sup> Ley 80 de 1993, Artículo 30, Numeral 1º: «El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado».

<sup>10</sup> Ibidem, Numeral 2º: «La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, ...en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas».

<sup>11</sup> Ibidem, Numeral 11º «El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos... El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario».

<sup>12</sup> Ley 80 de 1993, Artículo 41: «Los contratos del estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito».

<sup>13</sup> Ley 80 de 1993, Artículo 24, Numeral 1, Lit. g: «La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que podrá contratar directamente: ...g) declaratoria de desierto de la licitación o concurso...»

Artículo 25, Numeral 18: «La declaratoria de desierto de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión».

**1993**, al desarrollar el que se denomina el principio de la transparencia, en los siguientes términos:

«Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia».

Estos actos que profiere la administración con motivo de la actividad contractual, antes de la celebración del contrato, son los que se han considerado como actos separables para efectos de que puedan ser objeto de control por parte de los jueces administrativos, inclusive por solicitud de terceros, y no solamente por cuestionamiento hecho por quienes llegan a ser parte del contrato celebrado por la Administración.

Y hasta aquí la etapa de la formación del contrato.

**2.1.1. *En Colombia, la jurisprudencia considera que el acto administrativo que declara desierto el proceso de selección, no es un acto precontractual o separable para los efectos de su control, por cuanto justamente indica que no va a existir un contrato posterior toda vez que no culmina, exitosamente, el proceso de selección del contratista***<sup>14</sup>.

**2.2.- *Actos proferidos durante la ejecución del contrato y con motivo de su terminación.***

Una vez celebrado y perfeccionado el contrato comienza la etapa de su ejecución. Y en esta etapa, la administración profiere también actos administrativos.

En relación con dichos actos administrativos que la Administración expide una vez celebrado y perfeccionado el contrato, lo primero que debe resaltarse es que, mientras en la etapa anterior de formación del contrato es posible identificarlos con relativa facilidad, ya que se trata de actos proferidos con fundamento en las competencias administrativas que le son propias y de actos administrativos independientes del contrato mismo que celebrará la

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Auto de 21 de Septiembre de 2005. Expediente 29236, Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra.



Administración, una vez cumplido el procedimiento pertinente y celebrado el contrato, en la etapa de su ejecución, la identificación de los actos administrativos, implica un análisis un poco más complejo toda vez que es allí cuando la administración pública ejerce sus poderes legales y contractuales de orientación y dirección de la ejecución del contrato, y aplica las cláusulas contractuales, entre ellas las exorbitantes, todo con el fin de asegurar la adecuada prestación y cumplimiento de los servicios y funciones que le corresponden, es decir buscando siempre los fines de interés público.

En la etapa de ejecución de un contrato, no todas las decisiones de la Administración, se concretan en un verdadero acto administrativo, que implique la utilización de prerrogativas de poder, con carácter de decisión previa unilateral que imponga obligaciones al contratista, y los cuales estarían sometidos a los principios, formalidades, recursos y acciones de los demás actos administrativos.

Si por ejemplo hay una solicitud puntual del contratista sobre el desarrollo de la obra, o respecto de una suspensión de la misma, o de algún reconocimiento específico a su favor a que cree tener derecho, y la Administración debe responderla, esa respuesta será un acto administrativo?, Tendrá la entidad contratante que dictar una resolución motivada, notificarla y atender los recursos? El contratista, si considera pertinente cuestionarla, tiene que agotar la vía gubernativa y debe acudir al juez administrativo para solicitar que se declare su nulidad para que esa decisión no produzca efectos?

No, se trata, simplemente de las decisiones normales de coordinación de las relaciones contractuales y de impulsión de la ejecución de los contratos.

Son decisiones ordinarias en relación con los derechos y obligaciones contractuales, que como sujetos de derecho que han celebrado un acuerdo de voluntades, toman las entidades estatales, en desarrollo del contrato, y que no se pueden confundir con la facultad que tiene la Administración para proferir actos administrativos, en ejercicio de sus competencias, legales y contractuales, actos éstos que poseen los atributos de presunción de legalidad, obligatoriedad y ejecución de la administración, por sí.

Y entonces, surge el interrogante: durante la ejecución de un contrato, puede la Administración proferir verdaderos actos administrativos? En relación con todos los temas contractuales? O en relación con cualquier aspecto del contrato? Cuál es su fundamento jurídico?

Y por supuesto que la primera respuesta es afirmativa, la Administración puede proferir actos administrativos durante la etapa de ejecución y terminación

del contrato, y así se plantea, el tema de sus poderes en esta etapa de la actividad contractual y sus fundamentos jurídicos.

La doctrina considera que dichos poderes, los cuales implican la posibilidad de proferir actos administrativos, pueden agruparse en: a) el poder de dirección y control que le corresponde a la Administración; b) la posibilidad de pactar cláusulas exorbitantes en los contratos estatales y c) el poder sancionatorio. Ellos concretan las competencias de dirección, interpretación, modificación, incumplimiento, sanción y extinción del contrato; y los analizaremos a continuación, tanto en sus aspectos conceptuales, como a la luz de la legislación positiva colombiana.

### **2.2.1. Poder de dirección y control.**

Tal como lo dispone el artículo 14 del Estatuto de la Contratación Estatal, en Colombia, ***para el cumplimiento de los fines de la contratación***, las entidades estatales, en relación con el contrato por ellas celebrado, tienen ***la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de su ejecución***.

Dicho poder es la consecuencia de la situación que se presenta en los contratos estatales, en los cuales, las partes no están en un plano de igualdad, ya que la autoridad administrativa tiene la responsabilidad de lograr los fines públicos y de interés general, que, de manera mediata o inmediata, están involucrados en el objeto del contrato, y, por lo tanto, en su debida ejecución.

Y, el contratista como colaborador no desinteresado de la administración en la consecución de esos fines públicos del Estado, tiene algún grado de subordinación, y debe seguir los ordenamientos de la Administración, que es la responsable de asegurar el interés general, mediante la ejecución adecuada e idónea del objeto del contrato. Por ello se afirma que se trata de una potestad que es inherente a la administración, ***«...puesto que si la administración es verdaderamente tal, si debe regir y regular, si debe organizar y ejecutar, es preciso a esos fines que pueda imponer sus decisiones, dictar normas y disposiciones para el mejor desenvolvimiento de los servicios y posibilitar el control de los actos con ellos vinculados, para asegurar su eficacia y, además, su regularidad»***<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Escola, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Depalma, Buenos Aires, 1977, Volumen I, Pág.388



Ese poder de dirección es amplio y extenso, se refiere al cumplimiento mismo de las obligaciones contractuales por parte del contratista, a los aspectos técnicos relacionados con el objeto del contrato, a sus aspectos financieros y también, al acatamiento de la normatividad jurídica aplicable a la ejecución del contrato. Es decir que abarca todas aquellas decisiones relacionadas con la adecuada ejecución del contrato, según su objeto, y las cuales deben ser tomadas de acuerdo con los principios de mutabilidad, continuidad en la ejecución y rescisión del contrato.

De conformidad con el principio de legalidad, una de cuyas consecuencias es que las autoridades administrativas no pueden hacer sino aquello que les está expresamente atribuido, dichos poderes, que implican el ejercicio de prerrogativas del poder público en cuanto la Administración, puede proferir actos unilaterales y obligatorios, *tienen como fundamento el ordenamiento jurídico que regula la actividad contractual*, tienen siempre como finalidad, los fines mismos del contrato, y, generalmente, encuentran su desarrollo en las cláusulas contractuales pactadas por las partes.

En el derecho colombiano, el estatuto de la contratación estatal, en el citado artículo 14 expresamente establece que, para lograr los fines de la contratación, las entidades estatales tienen por una parte, la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, y, por otra, deben pactar cláusulas excepcionales.

Dice textualmente dicho artículo:

Ley 80 de 1993. «Artículo 14. **Para el cumplimiento de los fines de la contratación**, las entidades estatales al celebrar un contrato:

**1º. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato.** En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2º de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

**En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales** deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de

ajuste de las condiciones y término contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

**2°. Pactarán las cláusulas excepcionales** al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y prestación de servicios. **En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.**

...» (Se resalta)

La dirección general y la responsabilidad de control y vigilancia de la ejecución del contrato implica, entonces, que, con el objeto de evitar la afectación o paralización de los servicios públicos, y de asegurar su adecuada prestación, la entidad estatal contratante ***tiene la posibilidad de interpretar, modificar y terminar unilateralmente el contrato.*** Cuando se ejerzan estas facultades excepcionales, debe procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los contratistas a quienes se les apliquen dichas medidas excepcionales, y les son aplicables los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales necesarios para mantener el equilibrio contractual.

Sobre el fundamento jurídico de los mencionados actos unilaterales, se ha planteado el cuestionamiento de si ese ordenamiento jurídico es el que regula de manera general el ejercicio de la función administrativa del Estado, que le permite a las entidades estatales proferir actos unilaterales y ejecutorios y aún contra la voluntad del afectado<sup>16</sup>, o si se requiere que

---

<sup>16</sup> El Código Contencioso Administrativo de Colombia en su artículo 64 dispone que: «Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados».



ese fundamento jurídico se encuentre en las normas especiales que regulan la actividad contractual del Estado.

Si se tiene en cuenta que, la relación jurídica, entre la entidad estatal que contrata y el contratista, es diferente de las relaciones de la administración con los demás administrados, es claro que, de conformidad con el principio de legalidad, ese fundamento jurídico debe ser el ***ordenamiento jurídico contractual***, dentro del cual deben estar consagradas las competencias específicas que durante la ejecución del contrato, se pueden concretar en actos administrativos unilaterales y obligatorios. Y en desarrollo de dichas competencias se podrán incluir estipulaciones en las cláusulas contractuales.

Sin embargo, en el derecho colombiano, si bien en la mayoría de los temas en los cuales se considera necesaria la actuación unilateral de la entidad contratante, el ordenamiento jurídico que regula la actividad contractual del Estado, establece, de manera expresa, que la entidad pública que lo ha celebrado, tiene competencia para proferir actos administrativos unilaterales y obligatorios, la jurisprudencia ha considerado que, excepcionalmente, es posible que al atribuir una competencia amplia, el ordenamiento jurídico no se refiera, de manera directa a la posibilidad de expedir tales actos, pero que dicha competencia puede concretarse en actos jurídicos de dicha naturaleza.

Así lo ha considerado el Consejo de Estado, a partir de la disposición transcrita del estatuto contractual según la cual las entidades estatales, al celebrar un contrato, tienen la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, y en desarrollo de dicha facultad y para lograr el adecuado cumplimiento de sus funciones y la correcta prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, puede llegar a tomar medidas especiales como sería la imposición de multas ante el incumplimiento del contratista, si así hubiere sido expresamente pactado en el contrato, por las partes, toda vez que acepta la posibilidad de que se incluyan ciertas cláusulas contractuales como la de imposición de multas, aunque no exista la expresa previsión legal<sup>17</sup>.

Pero la anterior posición jurisprudencial ha sido cuestionada y el mismo Consejo de Estado, en Sentencia del 20 de Octubre de 2005, Exp. 14579, Actor

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Exp. 13988, Actor: Carlos Mario Hincapié Molina, Auto del 4 de Junio de 1998, Ponente, Dr. Ricardo Hoyos Duque y Exp. 19488 Actor Consultoría Oscar G. Grimaux Asociados S.A.T. – Citeco Consultora S.A., Sentencia del 20 de Junio de 2002, Ponente Ricardo Hoyos Duque.

Consortio Nacional de Ingenieros Contratistas CONIC S.A., recogió la anterior jurisprudencia y afirmó:

«...

«Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado. No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en estas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, **cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente...**». (Se resalta).

Como puede observarse, se trata de posiciones diferentes en relación con los poderes de la administración en desarrollo de su facultad de dirección y control, pues mientras en la primera jurisprudencia se acepta la posibilidad de incluir cláusulas no previstas expresamente en la ley contractual, que autorizarían a la entidad pública contratante, para proferir actos unilaterales que los podría ejecutar directamente, de acuerdo con las normas que se aplican a los actos administrativos en general, en la última sentencia transcrita se acepta la posibilidad de incluir esas cláusulas, pero sin que las pueda ejecutar directamente la entidad pública, lo que implica que, ante el incumplimiento del contratista, la administración tenga que acudir al juez para la imposición de una multa.

Ahora bien, no se puede confundir el poder de dirección del contrato que implica la posibilidad de proferir actos administrativos y que debe estar previsto en el ordenamiento jurídico contractual, con la posibilidad de ejecutar ciertos actos como los sancionatorios pecuniarios. En el derecho colombiano, primero por jurisprudencia, y luego por expreso reconocimiento legal, la





ejecución de dichos actos corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, que ya no solamente cumple función judicial de carácter declarativo, como lo había hecho siempre, sino que también se ha convertido en juez de ejecuciones.

Dichas competencias a través de las cuales se concretan las facultades de dirección del contrato, están expresamente previstas en el ordenamiento jurídico contractual, generalmente se pactan expresamente en los contratos estatales y se manifiestan en verdaderos actos administrativos, contra ellos procede el recurso de reposición y pueden ser objeto de acción ante la justicia contencioso administrativa, en los términos que se precisarán más adelante.

Según el artículo arriba transcrito, en el derecho positivo colombiano, los citados poderes de dirección y vigilancia, se regulan de manera integrada con la segunda manifestación que plantea la doctrina que son las cláusulas excepcionales o exorbitantes.

#### 2.2.2.- *Cláusulas excepcionales o exorbitantes.*

Aunque tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia se hace referencia a «cláusulas» exorbitantes, es claro que no se trata de verdaderas estipulaciones contractuales, pues, de acuerdo con el ordenamiento jurídico son, justamente, la manifestación del poder de acción unilateral propio de la Administración<sup>18</sup>. Y el calificativo de exorbitantes, simplemente, se refiere a que no son usuales en el derecho privado. Y no lo son simplemente por razón del objeto de los contratos y por los fines que en ellos está orientando toda la acción del Estado, ya que en los contratos que se rigen por el derecho privado, la finalidad es el interés particular de cada una de las partes, mientras que en los contratos estatales es el interés general de la comunidad.

En el derecho positivo colombiano, en relación con las denominadas cláusulas contractuales el citado artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone que para lograr los fines de la contratación administrativa, la Administración debe pactar las que denomina ***cláusulas excepcionales de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad*** en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.

<sup>18</sup> Brewer-Carías Allan R. Contratos Administrativos. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, Pág.47.

También dispone que en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, debe incluir la cláusula de la reversión.

Y establece como potestativo de las entidades estatales incluir o no dichas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

Debe resaltarse que en los contratos mencionados, aunque no se incluyan las denominadas cláusulas excepcionales, «...*se entienden pactadas*...», lo cual confirma que, realmente, más que de estipulaciones contractuales, se trata de competencias de la Administración de carácter unilateral, que surgen del ordenamiento jurídico contractual, las cuales se manifiestan por medio de verdaderos actos administrativos.

La consagración en los términos anteriores de los poderes de las entidades estatales en relación con la ejecución del contrato, indica que las facultades de dirección del contrato, que le permiten a la entidad estatal interpretar, modificar y terminar unilateralmente, coinciden en su totalidad con las cláusulas excepcionales, que con fundamento en el ordenamiento jurídico contractual deben pactar las partes en ciertos contratos y que si no lo hacen, igual rigen la ejecución de dichos contratos, por expreso mandato legal.

Y como cláusulas excepcionales se agregan *la de caducidad y la de reversión en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales*.

*La interpretación unilateral* de los contratos está prevista para el evento de que durante su ejecución, surjan discrepancias entre las partes sobre como deben interpretarse algunas de sus estipulaciones, que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, y si no hay un acuerdo, la entidad estatal, mediante *acto administrativo debidamente motivado*, interpretará las cláusulas objeto de la discrepancia.

*El poder de modificación unilateral* de un contrato también tiene por objeto evitar la paralización o afectación grave de un servicio público que se deba satisfacer con él, si para ello se deben introducir variaciones en el contrato, y las partes no llegan a un acuerdo. También debe hacerse mediante un *acto administrativo debidamente motivado*<sup>19</sup>, mediante la supresión, o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

---

<sup>19</sup> Sobre la modificación unilateral de los contratos, dijo la Corte Constitucional, en Sentencia de C-949 de 5 de Septiembre de 2001: «...Esta prerrogativa pública o privilegio contractual que tiene la administración es de naturaleza reglada, porque para poder ejercerla debe constatar la existencia de los supuestos fácticos previstos en la norma, previa garantía del



En relación con la modificación unilateral, se consagra un mecanismo de protección jurídica del contratista en cuanto la norma prevé que si la modificación altera el valor del contrato en un 20% o más del valor inicial, el contratista puede renunciar a continuar con la ejecución del contrato, caso en el cual se debe liquidar y la administración deberá tomar todas las medidas necesarias para garantizar la ejecución del objeto del contrato.

***La terminación unilateral y anticipada*** de un contrato podrá ser declarada en los casos expresamente previstos por la ley, así:

- 1º Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- 2º Por muerte o incapacidad física permanente del contratista si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- 3º Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
- 4º Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Y la terminación unilateral se hace mediante acto administrativo debidamente motivado.

Otra cláusula exorbitante o excepcional es la que establece ***la declaratoria de caducidad del contrato***, la cual debe distinguirse del poder de las entidades estatales para terminar unilateralmente el contrato estatal.

En efecto, aunque las dos figuras implican la terminación anticipada y anormal del contrato, la declaratoria de caducidad está prevista para que, ante el incumplimiento, por parte del contratista, de sus obligaciones contractuales, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato, la entidad estatal puede darlo por terminado, ***mediante auto administrativo debidamente motivado***. Y ordena su liquidación. En este caso no hay lugar al reconocimiento de indemnización al contratista, quien por el contrario, es acreedor de las sanciones e inhabilidades previstas en el ordenamiento jurídico<sup>20</sup>.

---

debido proceso. Además, esta medida, que debe hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado, se encuentra revestida de la presunción de legalidad y como tal adquiere el carácter de obligatoriedad, de ejecutividad y de eficacia».

<sup>20</sup> Ley 80 de 1993, Artículo 18: «La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo

En materia de declaratoria de caducidad, además de las causales expresamente consagradas en la norma contractual que consagra la facultad de la administración para declararla, en los términos ya mencionados, en normas diferentes del estatuto de la contratación estatal, se han consagrado otras causales, en razón de situaciones especiales de orden público, que implican previsiones propias de la legislación positiva, y que tienen su origen en las especiales circunstancias que en ciertas oportunidades viven las sociedades.

Así en Colombia, la Ley 418 de 1997, por la cual «se consagran instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones», establece que el Gobierno podrá declarar la caducidad o decretar la liquidación unilateral de todo contrato celebrado por una entidad pública, ***cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato y en relación con las organizaciones armadas al margen de la ley***, en alguna de las siguientes causales:

- 1° Ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichas organizaciones.
- 2° Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales organizaciones o colaborar y prestar ayuda a las mismas.
- 3° Constituir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichas organizaciones.

---

del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento».



- 4º Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichas organizaciones.
- 5º Incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichas organizaciones, conocidos con ocasión del contrato.

Dicha declaratoria de caducidad se hace mediante **resolución motivada** de la entidad contratante, haciendo efectiva la cláusula penal y las multas contractuales a que hubiere lugar; el mencionado acto administrativo prestará mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hayan constituido las respectivas garantías; y se hará efectiva por jurisdicción coactiva (Artículo 91).

La resolución que declare la caducidad, deberá ser notificada en los términos del Código Contencioso Administrativo y una vez en firme se debe liquidar el contrato sin que haya lugar al pago de indemnización alguna a favor del contratista.

En ningún caso la aplicación de esta cláusula podrá ser sometida a conciliación o a decisión arbitral y los contratistas a quienes les sea declarada la caducidad quedarán inhabilitados para celebrar por sí, o por interpuesta persona, contratos con las entidades públicas definidas en la Ley 80 de 1993.

La misma ley dispone que cuando el Procurador General de la Nación o el Fiscal General de la Nación, en desarrollo de investigaciones adelantadas en ejercicio de sus funciones, establezcan la existencia de las conductas mencionadas que configuran causales de caducidad o liquidación unilateral, deben solicitar a la autoridad competente que declare la caducidad del contrato, con base en las circunstancias que señalen dichos funcionarios en su solicitud (Artículo 92).

Igualmente la ley consagra la obligación de los contratistas de terminar unilateralmente los subcontratos que celebre en desarrollo de los contratos a que hace referencia el artículo 90 mencionado, cuando establezca que el subcontratista incurrió en alguna de las conductas previstas como causales de caducidad o liquidación unilateral. Igualmente deberá terminarlos cuando se lo solicite la entidad pública contratante, el Fiscal General de la Nación o el Procurador General de la Nación, en razón de que dichos funcionarios establezcan la ocurrencia de los hechos a que se ha hecho referencia. (Artículo 93).

Y cuando, sin justa causa, el contratista no dé por terminado unilateralmente el subcontrato, o cuando no atienda la solicitud que en tal sentido le formule la entidad pública contratante, el Procurador o el Fiscal, la entidad competente procederá a aplicar las multas previstas en el contrato, y, si es del caso, a declarar su caducidad.

Dicha decisión de terminación unilateral no requerirá decisión judicial ni dará lugar al pago de indemnizaciones de perjuicios.

Finalmente establece el Artículo 94 de la mencionada Ley 418 de 1997, que las cláusulas de caducidad y de terminación unilateral mencionadas, se entienden incorporadas, respectivamente, en todos los contratos y subcontratos que se encuentren en ejecución a la fecha de promulgación de la presente ley, así como en aquellos que se celebren a partir de la misma.

Si los servidores públicos no cumplen con lo dispuesto en la mencionada ley, incurrirán en causal de mala conducta (Artículo 95).

Y la *LEY 40 DE 1993, «Por la cual se adopta el Estatuto Nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones»*, **dispone que, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar, cuando algún directivo de una empresa nacional o extranjera, o su delegado oculten o colaboren en el pago de la liberación de un secuestro de un funcionario o empleado de la misma, o de una de sus filiales, el Gobierno queda facultado para decretar caducidad de los contratos que esta empresa tenga suscritos con entidades estatales. En caso de que el hecho sea cometido por un funcionario o delegado de un subcontratista de la anterior, si ésta es extranjera, el Gobierno ordenará su inmediata expulsión del país. Y los subcontratistas nacionales serán objeto de las sanciones previstas en esta ley.**

Se trata entonces de otra cláusula excepcional que por mandato del ordenamiento jurídico debe incluirse en los contratos mencionados, ya que los contratos que celebren las entidades estatales colombianas con compañías extranjeras y nacionales llevarán una cláusula en la cual se incluya lo anterior, según lo ordena la ley. (Artículo 25)

En el ordenamiento positivo colombiano, se dispone que en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales, se debe incluir una *cláusula excepcional en el sentido de que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante*, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.



Son entonces verdaderos actos administrativos unilaterales los que las entidades estatales profieren, en ejercicio de las competencias que les asigna, expresamente la ley contractual, como instrumentos de dirección y control en la etapa de la ejecución del contrato y en desarrollo de las cláusulas excepcionales que en él se incluyan.

### 2.2.3.- *Poder sancionatorio.*

Su existencia es necesaria para que el poder de dirección y control sea una realidad, pues nada se lograría si las entidades estatales tuvieran la competencia para orientar y dirigir la ejecución del contrato con miras al logro de los fines buscados con su celebración, que no son otros que el interés general, si no se le asignan instrumentos eficientes para hacer efectivo el cumplimiento de sus ordenes e instrucciones, y el cumplimiento de las obligaciones y deberes del contratista, todo de acuerdo con las estipulaciones contractuales<sup>21</sup>.

Como a la entidad estatal que ha contratado, lo que le interesa es que el contrato se cumpla para lograr el fin de interés general buscado con su celebración, nada se lograría si simplemente se pudiera cobrar una indemnización de perjuicios ocasionados por el incumplimiento de lo pactado, y por ello, el fundamento del poder sancionatorio está mas que en reprimir las faltas del contratista, en la necesidad de asegurar la efectiva y debida ejecución del contrato, y por ello es posible para la entidad contratante, tomar medidas sancionatorias con el fin de que no se interrumpa la adecuada prestación de un servicio público, o no se afecte el interés general.

Y cual es el fundamento jurídico de dicho poder sancionatorio?

Según la doctrina, el poder sancionatorio que corresponde a las entidades estatales en materia contractual, constituye una facultad implícita<sup>22</sup>, ya que si la entidad estatal controla el cumplimiento de las obligaciones del contratista durante la ejecución del contrato, y comprueba que no las está cumpliendo, debe tener los medios necesarios para sancionarlas, pero dentro de claros parámetros jurídicos.

Así, la finalidad de dichas sanciones debe ser, siempre, el cumplimiento de las obligaciones contractuales para lograr la debida ejecución del contrato,

---

<sup>21</sup> De Laubadere, André. Opus cit. Tomo II Pág.103.

<sup>22</sup> Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot Buenos Aires, Tomo III A, Pág.411.

dicho poder sancionatorio existe aunque no se haya pactado expresamente en las cláusulas contractuales, por ello se afirma que el poder sancionatorio puede considerarse como una cláusula exorbitante virtual, sin perjuicio de que las partes en el contrato puedan establecer, expresamente, algunas sanciones para ciertas faltas del contratista, lo cual ni excluye, ni limita el poder sancionatorio; y su naturaleza es la de potestad de la entidad estatal, y no la de un derecho como parte del contrato<sup>23</sup>.

Además, de manera general se acepta que para poder imponer una sanción el contratista debe haber sido requerido por la entidad estatal al debido cumplimiento de sus obligaciones contractuales, de acuerdo con el debido proceso.

Y por la misma razón, dicha potestad puede ser ejercida de forma directa y unilateral y se concreta en verdaderos actos administrativos unilaterales, los cuales deben cumplir con todos los elementos del acto administrativo, y ser proporcionales al incumplimiento del contratista que se sanciona, lo cual se podrá verificar a través del control judicial de dichos actos administrativos.

Una clasificación de las sanciones, que nos permite precisar con claridad los actos administrativos en que se concretan, es la de sanciones pecuniarias, sanciones coercitivas y sanciones rescisorias.

Son sanciones pecuniarias las multas, la cláusula penal y la indemnización de daños y perjuicios.

La sanción de carácter coercitivo por excelencia es la ejecución directa del contrato por la entidad estatal.

La sanción rescisoria es la declaratoria de caducidad.

**Las multas** son medidas que sancionan conductas por acción o por omisión de los contratistas que configuran incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y que como todas las sanciones buscan la ejecución debida del contrato. Puede ser una suma única por dicho incumplimiento, o tratarse de multas sucesivas. Así si un contratista no cumple con alguna de sus obligaciones, oportunamente, se le sanciona con multas diarias hasta que lo haga en los términos pactados y cumpla con sus obligaciones contractuales dentro del término previsto.

---

<sup>23</sup> Este criterio doctrinario, no siempre ha sido acogido por el Consejo de Estado de Colombia, tal como se planteó ya en este escrito.





De acuerdo con lo anterior, es claro que las multas no tienen carácter indemnizatorio, sino que por el contrario, lo que buscan, además de sancionarlo, es obligar al contratista moroso para que cumpla sus obligaciones contractuales, y a través de ello, la satisfacción de los intereses públicos, que debe proteger la administración.

Para que la entidad estatal pueda imponer dichas multas debe existir en el contrato una cláusula que así lo prevea, ya que las partes tienen facultad para pactarlo y de allí se derivará la facultad para proferir el acto administrativo unilateral que las imponga, todo dentro de ese poder que le corresponde a la entidad estatal para la dirección general de la ejecución del contrato.

**La cláusula penal** es la fijación anticipada, que hacen las partes de un contrato, del monto de los daños y perjuicios que puede originar el incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales<sup>24</sup>.

Dicha tasación anticipada del monto de la indemnización por los daños y perjuicios que cause el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, implica que, la entidad estatal, cuando se configure dicho incumplimiento, no tendrá que probar los daños y cuantificar su monto, y por su parte el contratista desde el inicio de su relación contractual conoce el valor que le podrá ser cobrado por la entidad estatal a título de indemnización de perjuicios. Es obvio que, también, ésta cláusula deberá estar incluida en el contrato.

Tal como ya se mencionó, al analizar el poder de dirección y control, y las discrepancias jurisprudenciales en el derecho colombiano, actualmente según la sentencia citada del 20 de Octubre de 2005, y ante la no existencia de norma expresa de la legislación positiva sobre la materia, se pueden incluir dichas cláusulas de multas y penal pecuniaria, pero no las puede hacer efectivas la propia administración, sino que tiene que acudir al juez competente para tal efecto, con lo cual se cambió la jurisprudencia anterior, en la cual el Consejo de Estado había afirmado, con fundamento en normas del Código Civil y del Código de Comercio, en la sentencia también ya citada, que: «...**es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes en un contrato y con miras a asegurar la cabal ejecución del mismo puedan pactar dentro**

<sup>24</sup> El Artículo 1592 del Código Civil de Colombia la define como «Aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal».

*de sus cláusulas una pena (multa) en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor...*<sup>25</sup>.

Para hacer efectiva la cláusula penal, también la entidad estatal profiere un acto administrativo unilateral.

*La indemnización de daños y perjuicios* constituye un mecanismo de reparación pecuniaria de los daños y perjuicios, cuando no se ha previsto la sanción del incumplimiento del contrato en una cláusula penal pecuniaria.

Dicha indemnización es la consecuencia jurídica de la responsabilidad contractual que surge para las partes de su acuerdo de voluntades y, en su esencia, no se diferencia de las indemnizaciones previstas en el derecho privado.

El Estatuto de la Contratación Estatal (Ley 80 de 1993, Artículo 31) dispone que la parte resolutive de los actos sancionatorios, una vez ejecutoriados, se debe publicar por dos (2) veces en medios de comunicación social escrita con amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad estatal respectiva y se comunicará a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se debe publicar en el Diario Oficial y comunicar a la Procuraduría General de la Nación. Ante la ausencia de estos medios de comunicación se anunciará por bando público en dos (2) días de mercado diferentes. Dicha publicación a que se refiere el presente artículo correrá a cargo del sancionado. Si este no cumple con tal obligación, la misma se hará por parte de la entidad estatal, la cual repetirá contra el obligado.

Además de las sanciones de carácter pecuniario, existe como manifestación del poder sancionatorio a que se viene haciendo referencia, las que se han denominado sanciones coercitivas, y con tal carácter, el *poder de sustitución del contratista* ante un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales por parte del contratista, la cual busca la inmediata y efectiva ejecución del contrato, para asegurar la adecuada prestación del servicio y el adecuado cumplimiento de la función administrativa y la cual consiste en que la entidad estatal puede asumir la realización de las obligaciones incumplidas, ya sea directamente o a través de un tercero.

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 4 de Junio de 1998, Expediente 13988. Actor: Carlos Mario Hincapié Molina



Dicha sanción es generalmente de carácter provisional, no busca la terminación del contrato, se realiza por cuenta y riesgo del contratista, si el incumplimiento es a él imputable ya que de lo contrario, deberá asumir los mayores costos la Administración, lo que ha significado que se cuestione su carácter de sanción.

Por último, dentro del poder sancionatorio está la declaratoria de caducidad, como medida rescisoria que se impone mediante un acto unilateral y da por terminado el contrato, a la cual ya se hizo referencia al analizar las cláusulas exorbitantes o excepcionales.

#### *2.2.4.-Terminación y liquidación de los contratos.*

Los contratos estatales pueden terminar de manera normal y similar a como terminan los contratos en el campo del derecho privado, cuando ya se han cumplido las obligaciones surgidas entre las partes, es decir cuando se ha cumplido su objeto, se ha vencido su término o por mutuo acuerdo, o pueden terminar de manera anormal, cuando se declara su caducidad o la entidad estatal ejerce su facultad para darlo por terminado unilateralmente. Y en cualquiera de dichos eventos, la entidad estatal debe establecer de manera clara y precisa cual es el estado de las obligaciones y derechos recíprocos que surgieron para las partes del acuerdo de voluntades.

En efecto, según el objeto y la naturaleza del contrato, si ya el contrato se ejecutó, las partes, de común acuerdo, deberán liquidarlo para establecer cual es el estado de sus derechos y obligaciones recíprocos, y poder así precisar si existen saldos, ajustes, revisiones o reconocimientos pendientes.

Pero si las partes no llegan a un acuerdo en relación con los términos de dicha liquidación, la entidad estatal puede hacerlo unilateralmente, mediante un acto administrativo.

Así lo establece el Artículo 60 de la Ley 80 de 1993, según el cual, en los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que debe efectuarse en el término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia, o en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato, o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

Se levantará un acta, en la cual constarán los ajustes y reconocimientos, así como los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las diferencias y poder quedar a paz y salvo. Y se podrá pedir al contratista que amplíe las garantías si fuere del caso.

Pero si las partes no logran un acuerdo en relación con las prestaciones mutuas pendientes al momento de terminarse el contrato, la misma ley en su artículo 61 establece la figura de la liquidación unilateral, la cual se hace mediante la expedición de un acto administrativo motivado y susceptible del recurso de reposición.

### 3.- CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PROFERIDOS DURANTE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.

Como un mecanismo de protección jurídica de los contratistas y de los terceros que tienen un interés directo en el contrato, surge el control judicial de los actos proferidos durante las diferentes etapas de la actividad contractual.

En efecto, si bien dichos actos constituyen el ejercicio de las prerrogativas propias del poder público que permiten a la entidad estatal, como parte de un contrato, utilizar el instrumento jurídico unilateral que implica la posibilidad de tomar decisiones unilaterales y obligatorias, dentro del marco legal, de acuerdo con las cláusulas contractuales, es necesario que el destinatario de dichas decisiones obligatorias tenga la posibilidad de cuestionarlos ante la misma administración y ante la autoridad judicial encargada de juzgar las actuaciones de la administración. Y esta es una de las razones por las cuales se ha elaborado la distinción e identificación de las decisiones unilaterales que toma la administración, en desarrollo de la actividad contractual.

En efecto, tal como se anotó al comienzo de este trabajo, la categoría de actos separables surge para que los terceros pudieran impugnarlos cuando los hubieren afectado, y, a partir de dicha diferenciación, se ha reafirmado la posibilidad de impugnarlos, tanto por las partes, como por los terceros que se encuentren afectados por las decisiones en ellos contenidas.

A partir de la existencia de dicho control dentro del concepto del sometimiento del Estado en todas sus manifestaciones al ordenamiento jurídico, se deben precisar los aspectos que permiten su efectividad. Son ellos: 1) cuáles acciones son las procedentes para cuestionarlos, 2) quién es su titular y 3) cuáles son los requisitos para su ejercicio.



3.1.- *Acciones procedentes para la impugnación de los actos unilaterales proferidos en desarrollo de la actividad contractual, titulares y requisitos.*

A partir de la existencia del control judicial de la actividad contractual, y de diferentes acciones consagradas en las respectivas legislaciones positivas, entre las cuales se encuentran aquellas a través de las cuales se cuestiona la legalidad del contrato mismo y las obligaciones contractuales, el primer aspecto a analizar es el relativo a la identificación de cual es la acción procedente para la impugnación, de los actos administrativos, según la etapa contractual en la cual se expiden.

Como norma general, los actos administrativos proferidos durante la etapa de formación del contrato son demandables por las acciones ordinarias previstas en materia contencioso administrativa, mientras que los actos proferidos durante la ejecución del contrato, y en relación con su terminación, normal o anormal, y su liquidación, deben impugnarse por la acción propiamente contractual. Pero todo lo anterior, dependerá de la legislación prevista en el derecho positivo.

En el derecho colombiano la regulación sobre las acciones procedentes contra los actos administrativos proferidos con motivo de la actividad contractual ha sido objeto de planteamientos jurisprudenciales que luego han sido recogidos por la legislación positiva, lo que ha originado diferentes reformas.

En el primer Código Contencioso Administrativo, expedido mediante la Ley 167 de 1941, nada se dispuso sobre el tema y todas las controversias contractuales eran de competencia de la jurisdicción ordinaria.

En el año de 1964 mediante el Decreto 528, se asignó a la jurisdicción administrativa el conocimiento de las controversias originadas en contratos administrativos, pero no se refirió dicha reforma, a los actos administrativos proferidos durante la actividad contractual y a los medios de impugnación de los mismos.

Fue en el año de 1984, cuando se expidió un nuevo Código Contencioso Administrativo, mediante el Decreto 01 de 1984, el cual al regular las acciones relativas a contratos, incluyó el concepto de *actos separables*, y sin definirlos dispuso que dichos actos debían ser impugnados por las acciones que establece el Código para impugnar los actos administrativos, que son la acción de nulidad

y la de nulidad con restablecimiento del derecho, lo que implicaba que ésta última acción debía ser ejercida en un término de cuatro meses a partir de su notificación, y mediante el procedimiento ordinario previsto en el mencionado Código<sup>26</sup>.

Y los actos proferidos después de perfeccionado el contrato, se cuestionaban a través de las acciones sobre las controversias contractuales, con una caducidad de dos años.

En una reforma parcial que se hizo al mencionado Decreto 01 de 1984, por medio del Decreto 2304 de 1989, artículo 17, se suprimió la referencia expresa a los actos separables, pero la jurisprudencia continuó aplicando la diferenciación entre actos previos a la celebración del contrato y actos contractuales es decir los proferidos luego de la celebración del contrato.

Con posterioridad, el Estatuto de la Contratación Estatal contenido en la Ley 80 de 1993, se orientó por la no distinción de la etapa en la cual se hubiera proferido el acto y dispuso en su artículo 77 que los actos administrativos proferidos «*..con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo son susceptibles del recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo*» es decir con una caducidad de dos años, pero a partir de la existencia del contrato, pues se trataba de una acción de naturaleza contractual. Con la única excepción del acto de adjudicación, respecto del cual dispuso que no tendría recursos administrativos y que era demandable por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo, es decir por los interesados en un término de cuatro meses.

El legislador aclaró así el tema, para terminar con la dificultad que había representado la precisión conceptual de lo que es un acto separable del contrato para dichos efectos, dificultad que fue notoria a nivel jurisprudencial.

---

<sup>26</sup> Artículo 87. «Acciones relativas a contratos. Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él.

La nulidad absoluta también podrá pedirse por el ministerio público y por quien demuestre interés directo en el contrato.

*Los actos separables del contrato* serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código» (Se resalta)



Y luego, la Ley 446 de 1998, mediante la cual se dictan normas sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, modificó el estatuto contractual en relación con las acciones a través de las cuales se busca la resolución de las controversias contractuales, y se refiere expresamente a «**..los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual..**» y dispone que dichos actos, incluido el de adjudicación, son demandables por las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, las cuales tienen un término de caducidad especial de treinta días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, sin que dicha demanda implique la suspensión del proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato; y sólo pueden ejercerse antes de la celebración del contrato, porque una vez celebrado éste solamente pueden impugnarse dichos actos previos como causal de nulidad absoluta del contrato por medio de la acción contractual.

Lo anterior indica que cualquier persona puede demandar en ejercicio de la acción pública de nulidad dichos actos, con miras al mantenimiento del orden jurídico y que en otros casos la acción ejercida que busca el restablecimiento del derecho sólo puede ser ejercida por el afectado, pero dentro de los treinta días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del acto respectivo, con lo cual se consagra, un término de caducidad especial para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho que proceden contra los actos previos a la celebración y perfeccionamiento del contrato.

Las anteriores previsiones tienen como finalidad, evitar el que el cuestionamiento de los actos previos se convierta en un obstáculo para la celebración del contrato, con los eventuales perjuicios para los asociados al no poder cumplir la administración con sus funciones y servicios en términos adecuados.

Ni el Estatuto de la Contratación Estatal, ni la Ley 446 de 1998 regulan lo relacionado con **la impugnación del acto que declara desierta una licitación o concurso**; en el primero de ellos, sólo se hace referencia a que dicha declaratoria deberá hacerse mediante acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que motivan dicha decisión (Artículo 25 Numeral 18).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia lo ha considerado como un acto de la etapa de formación del contrato y por «equivalencia» con el de adjudicación, se consideró que la acción procedente para impugnarlo era la de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto se trata de una decisión que pone fin a una actuación administrativa.

Luego de la reforma ya mencionada introducida por la Ley 446 de 1998, en relación con los actos precontractuales, el acto de declaratoria de desierta de una licitación o concurso podrá ser impugnado por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero no se le aplicarán las condiciones de caducidad y legitimación de dicha ley, sino que debe regirse por las normas ordinarias del Código Contencioso Administrativo, por cuanto dicho acto no se califica de contractual, debido a que no conduce a la celebración de contrato alguno.

Los actos administrativos proferidos durante la etapa de ejecución de los contratos, mediante los cuales se interpretan, se modifican o se terminan unilateralmente los contratos estatales, el que impone sanciones pecuniarias, el que declara su caducidad, así como el que ordena su liquidación, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 446 de 1998, serán impugnables en ejercicio de la acción contractual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue modificado por la citada ley. Es decir con una caducidad de dos años y dicha acción puede ser ejercida por las partes del contrato o por quien demuestre interés directo en los resultados del proceso.

Se considera en este aspecto que dichos actos proferidos durante la etapa de ejecución del contrato, deben ser impugnados por la acción contractual, para que sea posible en un momento determinado la acumulación de pretensiones y procesos y evitar, así, la duplicidad de litigios.

## CONCLUSIÓN

De todo lo hasta aquí expuesto, se concluye que en lo que la doctrina denomina la actividad contractual, no sólo existe el acuerdo de voluntades o contrato, sino que comprende diferentes actuaciones, operaciones y hechos y entre ellos, manifestaciones de voluntad que buscan la producción de efectos jurídicos y que constituyen verdaderos actos administrativos, con todos sus atributos, como son la presunción de legalidad, su obligatoriedad y su ejecutoriedad.

Dicha actividad contractual está conformada por diferentes etapas, y en todas ellas se profieren dichas manifestaciones unilaterales de voluntad que constituyen el ejercicio de las prerrogativas propias del Estado, en ejercicio de la función administrativa que le corresponde para lograr sus fines, y por lo tanto están sometidas al ordenamiento jurídico contractual, como manifestación





del principio de legalidad, propio de los estados de derecho y a los principios propios de la función administrativa.

Dichos actos administrativos se profieren durante las diferentes etapas de la actividad contractual, en la etapa de su formación, celebración y perfeccionamiento, durante su ejecución, y a su terminación.

Los actos administrativos proferidos con motivo de la actividad contractual deben cumplir, en su formación y expedición, las normas de procedimiento administrativo aplicables a los demás actos administrativos, deben ser expresamente motivados, contra ellos proceden los recursos propios de la vía gubernativa, y pueden ser cuestionados ante las autoridades judiciales encargadas de ejercer el control de la actividad administrativa.

Para ello estarán previstas, en la legislación positiva, las acciones a través de las cuales, los particulares pueden hacer efectivo ese sometimiento al ordenamiento jurídico, al poner en movimiento el control judicial de las actuaciones realizadas por la administración, dentro de su actividad contractual, haciendo así una realidad el sometimiento del estado de derecho.

CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LOS  
CONTRATOS DEL ESTADO

## CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LOS CONTRATOS DEL ESTADO

*Enrique Rojas Franco\**

### INTRODUCCIÓN

El Estado es una creación social, ha nacido para satisfacer las necesidades de sus habitantes. Esa tarea la realiza por medio de lo que se denomina «**La Administración Pública**», que efectúa básicamente función administrativa. Con ese propósito se le ha conferido la potestad de imperio, lo que significa que tiene el poder de imponerse al destinatario del acto, contra su voluntad y sin necesidad de recurrir a los Tribunales (Principios de Ejecutoriedad y Ejecutividad) y poder de autotutela, o bien, puede recurrir al instrumento del contrato, para satisfacer igualmente esas necesidades. El Estado tiene ese instrumento jurídico para convenir o acordar y ajustar voluntades con los sujetos privados, el suministro de bienes y servicios, que se plasma en un contrato administrativo.

Las compras que hace el Estado son inmensas, es decir, se puede decir que generalmente es el principal comprador de bienes y servicios. Algunos han negado que exista la posibilidad de los contratos públicos, otros le dan el carácter de **acto condición**<sup>1</sup>, otros establecen que simplemente es un negocio jurídico bilateral. No obstante, la diferencia es jurídicamente cierta entre un contrato privado y otro público.

En la contratación privada, el sujeto elige el mecanismo, el medio, el instrumento de carácter contractual y su objeto. Así, si decide realizar una

---

\* Director Ejecutivo de la Asociación e Institución Iberoamericana de Derecho Administrativo.

<sup>1</sup> Algunos autores como el Profesor Agustín Gordillo, han establecido que el Contrato Administrativo es típicamente un contrato de adhesión: «*La limitación de la libertad contractual de las partes: La Administración está constreñida a seguir los procedimientos de contratación forjados por la ley, y el contratista está más limitado aún, por la ley y por los pliegos de condiciones impuestas por la Administración, lo que hace que el contrato sea típicamente un Contrato de Adhesión.*» **Los Contratos Administrativos**. Tomo I. Asociación Argentina de Derecho Administrativo. 1982.

compraventa, puede elegir que la garantía de pago se realice mediante hipoteca, o mediante un fideicomiso, o puede aceptar en garantía bienes muebles, joyas, vehículos, etc. La causa del contrato es irrelevante para el derecho privado, se puede contratar por razones de interés económico, familiar, amor u odio. Por otra parte, se puede escoger libremente el cocontratante y el precio. Puede hasta pagar lo que se denomina «un capricho», o sea, ni siquiera el valor real del bien o el precio del mercado.

En el caso de la Administración es innegable que conforme a las normas y principios que regulan la contratación pública en Costa Rica (principio de legalidad), en especial el artículo 182 de la Constitución Política establece que la Administración tiene que recurrir obligatoriamente a los procedimientos de Licitación Pública para adquirir los bienes y servicios. Obviamente que los principios de igualdad y de transparencia obligan a realizar ordinariamente el procedimiento de licitación pública, aunque excepcionalmente puede existir otro tipo de modalidades de contratación, como la modalidad licitación por registro, licitación restringida, subasta a la baja e incluso la contratación directa.

Algunos niegan que puedan existir contratos administrativos en razón de la desigualdad de las partes, porque no existe propiamente autonomía de la voluntad, pero sobre todo porque existe subordinación de una parte (sujeto privado), con respecto a la otra cocontratante (El Estado). Admitimos que el administrado contratista siempre se encuentra en estado de subordinación. Es una subordinación meramente jurídica, y que él conoce previamente, pero en razón de la necesidad de vender bienes y servicios al Estado, está anuente a aceptarla, pues de todos modos es de principio, en razón de la diferencia de intereses públicos y privados.

## CONCEPTO

Es importante indicar que las cláusulas exorbitantes son condiciones, modos y/o fórmulas que aparecen en los contratos administrativos y que no son propias de un contrato privado o común, civil o mercantil.

Su nombre «Exorbitante», obedece precisamente a que no aparecen en los contratos privados y si aparecieran, serían cláusulas ilícitas, aún cuando fueren consentidas por el contratista sujeto privado. De ahí que, ese tipo de cláusulas son prerrogativas o privilegios de la Administración Pública y por ende, sólo pueden aparecer en los contratos públicos en general o administrativos en especial.



La jurisprudencia francesa, que fue la creadora de este tipo de cláusulas, se expresó en el sentido que se está en presencia de un contrato de la Administración y por ende, de un contrato público, cuando surgen este tipo de cláusulas, independientemente del objeto de la contratación y por ende, no es una relación de igualdad como existe entre los sujetos de un Derecho Privado<sup>2-3</sup>.

<sup>2</sup> La Noción de Cláusula Exorbitante, según René Chapus es: «*La cláusula exorbitante es definida por la jurisprudencia como aquella que confiere a las partes derechos o que establezca obligaciones, extrañas por su naturaleza, a aquellas que son susceptibles de ser libremente consentidas por cualquiera en el cuadro de leyes civiles y comerciales.*

Son en realidad exorbitantes, en razón del hecho que ellas son creadoras de desigualdad, confiriéndole a la persona pública, una posición de superioridad con relación al cocontratante.

Por ejemplo, una cláusula que consienta exoneraciones fiscales al contratante que explota un circo o teatro municipal, o bien, cláusulas que importan a terceros, cláusulas que le confieren al contratante un poder disciplinario sobre los alumnos de una escuela que le es confiada para su generación, su distribución, o un aeropuerto.

Esas cláusulas entonces están excluidas en las relaciones entre los privados, porque establecen desigualdades.

*Por ejemplo, obligaciones por el que adquiere un inmueble, de uso agrícola de mantenerlo durante diez años, con ese destino, y no oponerse durante 30 años a la ejecución por el Estado y sin la indemnización y abstenerse él mismo de ciertos trabajos durante el mismo período.* **Droit Administratif.** Montchrestein, 1996.

<sup>3</sup> En Francia el famoso «*L'arrêt <<Granits des Vosges>>*» de 1912, estableció que un contrato en que una persona pública es parte, es necesariamente administrativo, de acuerdo al conjunto de sus disposiciones, si contiene cláusulas exorbitantes de Derecho Común. «*Société des granits porphyroïdes des Vosges*»

Se trataba de un contrato de Derecho Privado, porque fue contraído, con una persona pública (*la ville de Lille*), para la compra de adoquines que debe ser enviada según reglas de condiciones de contratos que se realizan entre privados, de manera que no contenían cláusulas exorbitantes de Derecho común.

Puede haber contratos de derecho privado que contengan cláusulas exorbitantes, si se refieren a servicios públicos, industriales y comerciales, y le permite a los usuarios beneficiarse de las prestaciones de servicio.

La gestión del dominio privado, por un sujeto, es de Derecho Privado, salvo si contienen cláusulas exorbitantes de Derecho común.

**André de Labaudere** nos resume la Teoría de las Cláusulas Exorbitantes en los siguientes términos: «*La teoría general de los contratos administrativos, comparte una serie de reglas características que será necesario estudiar especialmente en relación con la ejecución de estos contratos. Sin duda, para saber si estas reglas son aplicables, es necesario precisar primero si el contrato es administrativo; pero puede ocurrir que una o varias de éstas reglas hayan sido insertadas en el texto del contrato. Estas reglas deberían por este sólo hecho, ser consideradas como portadoras de la marca del Administrativo y como*

El artículo 28 de la Constitución Política de Costa Rica establece la libertad contractual y concomitantemente, el principio de la autonomía de la voluntad. Este principio constitucional, que establece que se puede hacer todo lo que no está prohibido, o que no atente contra la moral, el orden público y las buenas costumbres, no es aplicable a una relación jurídica que se establece entre el sujeto y el Estado cocontratante. Todo lo contrario, el Estado tiene un poder superior en su relación con el administrado, precisamente porque el Estado ha nacido para satisfacer necesidades públicas y esa búsqueda de la satisfacción de los intereses públicos, es lo que permite darle y concederle los privilegios o prerrogativas.

En el contrato laboral, el patrono tiene una superioridad sobre el trabajador y por ende, es igualmente un contrato desigual, o bien, en el que el patrono impone sus condiciones al trabajador, el cual debe subordinarse al mismo. Empero, esa desigualdad es **económica, no jurídica**, porque en todo caso, lo único que existiría es la imposibilidad para el trabajador de aceptar válidamente cierto tipo de cláusulas que están prohibidas por la Constitución Política y las leyes de trabajo y seguridad social, por ejemplo, no puede aceptar renunciar a la jornada ordinaria, o que no se le pague el treceavo mes (aguinaldo), o bien permitir sanciones o multas sobre su salario. Aquí lo que existe es, antes bien, una protección de las normas jurídicas al trabajador, incluso para efectos de interpretación, que en caso de duda, o para delimitar o integrar, se debe favorecer al trabajador (*Indubio Pro Operario*).

De modo que, realmente el que contrata con el Estado, está en una desigualdad, tanto económica como jurídica. El poder unilateral que tiene la administración contratante de variar las condiciones contractuales, es diferente al concierto o ajuste de voluntades o la creación de obligaciones sinalagmáticas, derechos y obligaciones recíprocas, consentidas por las partes en una relación regida por el derecho privado.

Ahora bien, nadie puede ser obligado a contratar con el Estado. Sin embargo, y obviamente que por razones económicas, el contratista, si pretenderle venderle bienes y servicios al Estado, debe saber que, siempre que se contrate

---

*exorbitantes (de Derecho Común), y aún así si no sirven de base a prerrogativas de la Administración ni son imposibles en los Contratos Civiles (por ejemplo, las reglas relativas a la Doctrina Administrativa de la imprevisión o más generalmente la ecuación financiera del contrato. Es suficiente, en una palabra, en nuestra opinión, que una cláusula aparezca como una alusión, como un préstamo a los principios y reglas técnicas esenciales del Derecho de los Contratos Administrativos, para que pueda ser reputada exorbitante y sea administrativo el contrato.»* **Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs**. París, 1996.



con el Estado, éste usará una máscara, ocultará sus poderes o sus prerrogativas, por cuanto éstas son irrenunciables, indelegables e imprescriptibles, conforme al artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública, que lo define en estos términos:

- «1. Las potestades de imperio y su ejercicio, los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.*
- 2. Sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso.*
- 3. El ejercicio de las potestades en casos concretos podrá estar expresamente sujeto a caducidad, en virtud de otras leyes.»*

De modo que, de acuerdo al principio de adherencia al fin público (Artículo 10 L.G.A.P.)<sup>4</sup>, el Estado debe buscar siempre la satisfacción de los intereses generales, y por ende, se le permite o se le posibilita, la imposición de esas cláusulas exorbitantes en el mejor ejercicio de las potestades públicas.

Algunos autores han establecido – como se dijo *ut supra* - que en verdad el contrato es simple y llanamente un **contrato de adhesión**, porque no hay discusión, unilateralmente la Administración define sus derechos y por ende, no existe acuerdo de voluntades, sólo impera el acto impositivo de la Administración.

Al particular no le interesa tanto, cumplir con los objetivos del ordenamiento jurídico, pues normalmente su fin y su objeto es el **lucro**. Tampoco siguen estos procedimientos previos, simplemente se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio y se perfecciona la relación contractual. En cambio, la voluntad contractual de la Administración Pública sigue todo un *iter*, un procedimiento, para seleccionar al contratista y perfeccionar la relación contractual para así obtener las mejores condiciones en un régimen de concurrencia.

---

<sup>4</sup> Artículo 10.-

1. La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular.

2. Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere.

Pero todos los que concurren saben, en primer término, que no pueden alegar ignorancia de la ley, (Artículo 129 de la Constitución Política de Costa Rica)<sup>5</sup>, y por otra parte, que esos procedimientos son de orden público. O sea, que las partes no pueden válidamente dejarlo sin efecto, porque por ejemplo, en el caso de la Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica, no pueden sustituirse al legislador, y en el caso del Reglamento, sustituirse al Poder Ejecutivo, o en el primer caso, sustituirse a ambos poderes, lo cual es inválido.

De lo dicho hasta aquí es importante enfatizar en que, si bien en la relación administrado-administración, existe desigualdad, o la supremacía de uno con respecto a los otros, es lo cierto que, debe imperiosamente existir **igualdad entre los oferentes**. Bajo esa premisa, el Cartel de Licitación que contenga características, plazos y demás elementos, que impidan que los potenciales oferentes puedan competir o concursar en una forma igualitaria, conforme a los objetivos de transparencia que tiene todo proceso de selección de contratista, y en razón también de la búsqueda del interés público por parte de la Administración contratante, para lograr las mejores ofertas al menor precio posible, es que en Costa Rica existe la posibilidad de objetar un Cartel que contenga condiciones discriminatorias a favor de unos y en perjuicio de otros.

Bajo esa tesitura se establece un Recurso Administrativo ante la Contraloría General de la Republica, que es un ente auxiliar de la Asamblea Legislativa, para el control de la Hacienda Pública, y que tiene base en la Constitución Política, artículos 183 y 184<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> **Artículo 129.-**

Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial.

Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice.

No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público.

Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa.

*La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución.*

<sup>6</sup> **Artículo 183.-**

La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores.





El Recurso es sumario y se da audiencia a las partes, incluyendo a la Administración interesada, que posteriormente puede dictar una resolución fundada o motivada, en que anula todo el cartel o alguna de sus cláusulas, que benefician a unos en perjuicio de otros, y le puede solicitar también a la Administración que las redacte en una forma diferente, o bien, que se realice todo el procedimiento nuevamente, todo ello de acuerdo con el grado de invalidez del procedimiento administrativo de selección del contratista.

En suma, los contratos administrativos limitan la libertad contractual de las partes, en razón de que la Administración está obligada a seguir los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico, pero además, al interesado en contratar con la Administración se le imponen las condiciones en el Cartel, los cuales, salvo por medio del recurso de objeción de existir cláusulas discriminatorias, no pueden ser disputadas por el potencial oferente, o las acepta o simplemente no participa en el concurso. Ahora, si decide participar en el concurso, debe ajustar si aplica al ordenamiento jurídico, que establece como

---

La Contraloría está a cargo de un Contralor y un Subcontralor. Ambos funcionarios serán nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años; pueden ser reelectos indefinidamente, y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes.

El Contralor y Subcontralor responden ante la Asamblea por el cumplimiento de sus funciones, y pueden ser removidos por ella, mediante votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les comprobare ineptitud o proceder incorrectos.

#### **Artículo 184.-**

Son deberes y atribuciones de la Contraloría:

1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República.

No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella;

2) Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación;

3) Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugerencias que éste considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos;

4) Examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos;

5) Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen.

obligatorio el ajuste al Cartel o sea, a las condiciones especiales técnicas y generales que establece el Estado para contratar.

Igualmente, la Administración puede ejecutar el contrato por sí o con la ayuda de otro contratista, en caso de incumplimiento o mora comprobada y declarada (debido proceso) del contratista original, e incluso liquidar la garantía de cumplimiento y todavía le puede cobrar daños y perjuicios en vía administrativa y judicial. Igualmente puede resolver el contrato en forma unilateral, en caso de incumplimiento del contratista, o rescindirlo cuando el interés público así lo exija. Es decir, la Administración puede decidir unilateralmente (principio de ejecutoriedad) sobre todos los aspectos del contrato, desde su validez, interpretación, revisión, modificación, régimen sancionatorio y hacerlas efectivas (Principio de Ejecutividad). El Administrado puede recurrir u objetar ese poder, pero salvo suspensión del acto, debe cumplir con lo que ordenó o declaró la Administración.

Otra diferencia importante en relación con la contratación privada es la inaplicabilidad de la «*exceptio non adimpleti contractus*». Esto es la negación del derecho del contratista de exceptuarse de cumplir con sus obligaciones, si la Administración no ha cumplido con las suyas. Si la Administración no paga, el contratista no puede dejar de ejecutar su obligación. Sin embargo, la más reciente doctrina, jurisprudencia y legislación comparada han venido permitiéndole al contratista suspender su obra, y aquí simplemente se extingue la obligación porque hay un incumplimiento mutuo, o más claro, culpa concurrente de ambas partes, o bien exención de culpa.

Y es que, como dice García de Enterría, «los privilegios tienen sus garantías», como objetivo del Derecho Administrativo, que es la permanente búsqueda de equilibrar las prerrogativas con las garantías. Así por ejemplo, en lugar de estudiarse ahora de «subordinación», se habla de «colaboración», y es lo cierto que la Administración cada día hace más uso de las concesiones de obra pública y servicios públicos, es decir, otrora, el Estado directamente construía las carreteras y reparaba los caminos vecinales de carácter público, ahora trata de encomendarle esa función al sujeto privado, al empresario, el cual arriesga su patrimonio, o sea, su riesgo empresarial, para cumplir con la satisfacción del interés público.

Así, debe recordarse que todos los contratos -sean públicos o privados- son de buena fe. De ahí que, la equidad, la razonabilidad o la justicia deben de prevalecer, sobre todo cuando se resuelven los problemas de interpretación, delimitación e integración de las cláusulas.



Es posible que una cláusula viole el ordenamiento jurídico, verbigracia: que el que las implemente no sea el órgano, ente o funcionario **competente**, produciendo los vicios de incompetencia en sus diversas manifestaciones, especialmente *rationae persona*, o bien, que no exista un motivo cierto o real para establecerla, o que su contenido y/o el motivo produzcan una inadecuación con el fin público, lo que produce los vicios de exceso y desviación de poder, que sea irracional, ilógico, inoportuno, injusto, inconveniente; desbordando los límites de la discrecionalidad administrativa artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, 9, 11, 39, 41 y 49 de la Constitución Política. Consecuentemente, cualquier cláusula, ilegítimamente establecida o aplicada, debe ser objeto de control por parte de la Contraloría General de la República, o por el Juez Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, porque en un Estado de Derecho, que significa que el Estado dicta las normas, pero a la vez se autolimita y se autorregula, no puede haber ningún acto o actividad de la Administración que escape al control de la Ley, ni siquiera por razones de oportunidad o conveniencia.

Para concluir esta primera parte, es importante citar dos normas filosófico-jurídicas, que contiene la Ley General de la Administración Pública en Costa Rica, una ley que es de orden público, en caso de dudas sus normas y principios prevalecen y es el criterio de interpretación de todo el ordenamiento iuspublicístico costarricense, a saber, los artículos 113 y 114 que literalmente dicen:

#### Artículo 113.-

- «1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.
2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.
3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.»

#### Artículo 114.-

- «1. El servidor público será un servidor de los administrados, en general, y en particular de cada individuo o administrado que con

*él se relacione en virtud de la función que desempeña; cada administrado deberá ser considerado en el caso individual como representante de la colectividad de que el funcionario depende y por cuyos intereses debe velar.*

2. *Sin perjuicio de lo que otras leyes establezcan para el servidor, considérese, en especial, irregular desempeño de su función todo acto, hecho u omisión que por su culpa o negligencia ocasione trabas u obstáculos injustificados o arbitrarios a los administrados.»*

De modo que esas normas, como su nombre lo indica, establecen nítidamente que vale más la norma jurídica en su interpretación, delimitación e integración, que razones de mera conveniencia, que normalmente son arbitrarias. Una institución pública no puede soslayar el imperio de la Ley, el bloque de legalidad o el ordenamiento jurídico. Si así no fuera, no se estaría en presencia de un Estado de Derecho, y por ende, se vulnerarían los principios democráticos del Poder del Pueblo y para el Pueblo, que dominan a las civilizaciones occidentales desde la época moderna.

Es interesante indicar que alguna doctrina se pronuncia en el sentido que, con base en el principio de libertad contractual y de autonomía de la voluntad, si una parte propone en un contrato privado cláusulas exorbitantes y la otra las acepta, esas cláusulas son total y absolutamente válidas, siempre que no se atente contra leyes prohibitivas, la moral y las buenas costumbres. (Artículo 28 de la Constitución Política). La diferencia principalmente se puede hacer en estos términos: aunque la Administración no las establezca en el contrato público, es lo cierto que las cláusulas exorbitantes se tienen por incorporadas por imperio de la ley. No obstante, hay algunas cláusulas exorbitantes que se consideran que no podrían ser jamás admitidas, aunque la otra parte las admitiera, **como la rescisión unilateral sin responsabilidad.**

Toda esta tesis se basa sobre todo en dos grandes principios de la teoría general del contrato:

1. Que el contrato es ley entre partes. El artículo 1022 del Código Civil de Costa Rica dice literalmente:

*«Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.»*

De modo que tienen la fuerza como norma jurídica promulgada por el Estado, y se asemeja a esa voluntad de ambas partes, de crear derechos y obligaciones recíprocas, como si fuera una Ley.



2. El otro gran principio es el «**pacta sunt servanda**», que significa que el contrato se debe cumplir o ejecutar, en estricta conformidad con lo que se pactó, o bien, en lo que convinieron voluntariamente las partes contratantes.

Este principio jurídico contractual, se ha atenuado, al permitir la modificabilidad contractualmente convenida con el principio denominado «*rebus sic stantibus*», por el cual es posible mitigar un poco el principio «*pacta sunt servanda*», para establecer que las circunstancias de ejecución pueden modificar los derechos y obligaciones originalmente pactados, es decir, que ya en su plena ejecución, puede haber circunstancias de hecho y de derecho, que imponen renegociaciones para mantener la equidad, el uso y la igualdad, con base en el espíritu, sentido, objeto y demás circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando ambas partes decidieron realizar el contrato.

Un aspecto muy importante que hace una diferenciación entre efectos de los contratos privados de dos partes, de un mismo poder jurídico, y los contratos administrativos, estriba en que es posible que en los contratos públicos se puedan afectar a terceros, lo cual no es posible en un contrato privado, aunque esto es también total y absolutamente discutible.

El hecho o la circunstancia que una persona venda una propiedad que tiene alquilada, obviamente que puede afectar al inquilino. En cambio, la Administración, en un Contrato de Concesión, crea derechos a favor del concesionario y a cargo del tercero que es el usuario del contrato de concesión, o sea, de explotación de la carretera o bien público.

## LA TEORÍA DE LOS ACTOS SEPARABLES

### (*Actes Detachables*)

Tiene su origen en la doctrina y jurisprudencia francesa. En efecto, los actos preparatorios se rigen total y absolutamente por el Derecho Administrativo, por ejemplo, para contratar, la Administración tiene que tener fondos suficientes, tiene que haber un acto administrativo preparatorio, en donde se establece la necesidad a satisfacer, debe seguirse un procedimiento normalmente de convocatoria de Licitación o Concurso Público y todos los actos subsiguientes como son la aclaración del cartel y adjudicación son susceptibles de impugnación. Todos esos actos están regidos por el Derecho Público.

Ahora bien, cuando se adjudica el contrato y se formaliza este contrato, puede estar regido por el Derecho Privado. El acto administrativo que declara

la voluntad de la Administración para contratar ha sido un acto participativo y tiene un régimen indudablemente administrativo, aún cuando el objeto del contrato sea regulado por el Derecho Civil, como es el caso en Costa Rica de la venta de seguros o los contratos mercantiles que realizan los bancos del Estado.

De modo que, la fase previa de selección de contratista es de Derecho Administrativo y el objeto del contrato se rige por el Derecho Civil o Común. Por ejemplo, es pública la competencia del ente y a seguir un procedimiento debido, que es de carácter público. Por ello, es posible anular fases preparatorias y entonces, como consecuencia de ello, es posible anular también fases de ejecución contractual.

En cuanto al conocimiento jurisdiccional, como en Costa Rica existe una unidad de jurisdicción, no existen problemas de asignación de competencias, todo es de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda.

### **Prerrogativas y Sujeciones**

Las prerrogativas son **potestades**, derechos, atribuciones que se confieren. En cambio, las sujeciones son **limitaciones** a los poderes, incluso del Estado.

Por ejemplo, entre las prerrogativas de la Administración Pública en la Contratación Administrativa, está el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, los poderes de dirección, inspección y control, y el poder de interpretación unilateral y el *ius variandi*.

En cambio, las sujeciones son restricciones al poder público, por ejemplo, para seleccionarse un contratista tiene que seguirse un procedimiento previo y reglado, de conformidad con el ordenamiento jurídico administrativo. Más claro, la Constitución, la Ley y el Reglamento de Contratación e incluso el Cartel de Licitación autolimitan el poder público creándole una sujeción.

Las prerrogativas son esencialmente privilegios, como los hemos definido *ut supra*, como poderes y potestades que se confieren a un sujeto y que se le niegan a otro, estando ambos en una misma situación fáctico-jurídica. Y es claro que esto produce una desigualdad jurídica, porque al otorgarle ventajas a uno y negárselas a otros, se produce una diferencia de trato jurídico-material.



Podemos decir siempre que los privilegios son otorgados por razones de interés público. Diremos con Eduardo Ortiz Ortiz, que básicamente hay dos tipos de privilegios sustantivos a favor de la Administración:

- a) los que sirven para hacer más expedito y eficaz el ejercicio de sus poderes, frente a los particulares o a otros entes menores, y
- b) los que sirven para impedir o hacer más difícil el ejercicio de los poderes del administrado contra la Administración.

De ahí que, se define el privilegio como la situación jurídica accesoria de otra material sustantiva, destinada a mejorar su ejercicio o su protección frente a terceros, a favor de su titular, o en su caso, de la Administración.

Don Eduardo Ortiz Ortiz explicaba que en Costa Rica la potestad de modificar unilateralmente un contrato, tiene su fundamento en la potestad de expropiación del artículo 45 de la Constitución Política<sup>7</sup>, por cuanto el poder unilateral debe ser compensado económicamente.

Igualmente, con el artículo 14, inciso 1) de la misma Ley General que dice:

*«1. Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración.»*

En Costa Rica, los privilegios tienen su origen en la vetusta Ley de Administración Financiera de la República, que en su artículo 108 establecía:

*«Por convenir al interés público, o por fuerza mayor, puede la administración modificar sus contratos. Dentro de esta atribución no está comprendida la de modificar contratos para incluir aspectos que sean susceptibles de una contratación independiente. Para modificar los contratos será preciso, salvo situaciones excepcionales que definirá el Reglamento, contar con la autorización de la Contraloría General de la República, la cual resolverá según la naturaleza de la modificación y las implicaciones de la misma frente a los principios que informan la materia. Para efectos del párrafo anterior, el contratante está obligado a aceptar las modificaciones que el Estado*

<sup>7</sup> ORTIZ ORTIZ, (Eduardo), **Lecciones de Derecho Administrativo**, , tesis III, pág. 8

*le indique dentro de los límites reglamentarios, sin perjuicio de las compensaciones pecuniarias que procedan».*

Igualmente, el antiguo artículo 227 del Reglamento de la Contratación Administrativa disponía:

*«Se reconocen a la Administración fundamentalmente los siguientes derechos originados en el contrato administrativo: a) De fiscalización; b) De impartir instrucciones; c) De modificación; d) De ejecución administrativa de garantías; y e) De rescisión y resolución administrativa.»*

### **Principios Informadores**

Respecto de las prerrogativas, nuestra Sala de Casación dijo en el Voto N° 89 de las 15:30 horas de 28 de julio de 1976, lo siguiente:

*«Cualquier limitación que, en vía contractual, se hubiese impuesto el Poder Público al ejercicio de sus potestades, las que, por ser de derecho necesario, son irrenunciables: y de ahí la ineficacia de toda limitación al ejercicio o cometido futuro de ellas. Lo que significa, entonces, que en la materia el particular contratante no puede adquirir, hacia el futuro, derechos o consolidar situaciones jurídicas en los términos del artículo 34 de la Constitución».*

El artículo 34 de la Constitución Política dice así: «A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.»

Igualmente, la Ley General de la Administración Pública estableció o positivizó, como una prerrogativa, *el privilegio de la Decisión Unilateral y ejecutoria, al regular expresamente la ejecutoriedad del acto administrativo*. (Ver el Libro Primero, Título Sexto, Capítulo Cuarto, Sección Segunda).

#### **«SECCION SEGUNDA**

##### **De la Ejecutoriedad**

##### **Artículo 146.-**

- 1. La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar.*





2. *El empleo de los medios de ejecución administrativa se hará sin perjuicio de las otras responsabilidades en que incurra el administrado por su rebeldía.*
3. *No procederá la ejecución administrativa de los actos ineficaces o absolutamente nulos y la misma, de darse, producirá responsabilidad penal del servidor que la haya ordenado, sin perjuicio de las otras resultantes.*
4. *La ejecución en estas circunstancias se reputará como abuso de poder.*

Artículo 147.-

*«Los derechos de la Administración provenientes de su capacidad de derecho público serán también ejecutivos por los mismos medios que esta Ley señala para la ejecución de los actos administrativos.»*

Artículo 148.-

*«Los recursos administrativos no tendrán efecto suspensivo de la ejecución, pero el servidor que dictó el acto, su superior jerárquico o la autoridad que decide el recurso, podrán suspender la ejecución cuando la misma pueda causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación.»*

Artículo 149.- (\*)

*«1. Los medios de la ejecución administrativa serán los siguientes:*

- a) *Ejecución forzada mediante apremio sobre el patrimonio del administrado, cuando se trate de un crédito líquido de la Administración, todo con aplicación de las normas pertinentes del Código de Procedimientos Civiles sobre embargo y remate, con la salvedad de que el título ejecutivo podrá ser la certificación del acto constitutivo del crédito expedida por el órgano competente para ordenar la ejecución;*
- b) *Ejecución sustitutiva, cuando se trate de obligaciones cuyo cumplimiento puede ser logrado por un tercero en lugar del obligado, en cuyo caso las costas de la ejecución serán a cargo de éste y podrán serle cobradas según el procedimiento señalado en el inciso anterior; y*
- c) *Cumplimiento forzoso, cuando la obligación sea personalísima, de dar, de hacer o de tolerar o no hacer, con la alternativa de*

*convertirla en daños y perjuicios a prudencial criterio de la Administración, cobrarles mediante el procedimiento señalado en el inciso a).*

2. *En caso de cumplimiento forzoso la Administración obtendrá el concurso de la policía y podrá emplear la fuerza pública dentro de los límites de lo estrictamente necesario. La Administración podrá a este efecto decomisar bienes y clausurar establecimientos mercantiles.*

*(\*) En cuanto a la constitucionalidad del presente artículo ver consulta judicial No. 893-96. BJ# 113 de 14 de junio de 1996.»*

#### Artículo 150.-

1. *La ejecución administrativa no podrá ser anterior a la debida comunicación del acto principal, so pena de responsabilidad.*
2. *Deberá hacerse preceder de dos intimaciones consecutivas, salvo caso de urgencia.*
3. *Las intimaciones contendrán un requerimiento de cumplir, una clara definición y conminación del medio coercitivo aplicable que no podrá ser más de uno, y un plazo prudencial para cumplir.*
4. *Las intimaciones podrán disponerse con el acto principal o separadamente.*
5. *Cuando sea posible elegir entre diversos medios coercitivos, el servidor competente deberá escoger el menos oneroso o perjudicial de entre los que sean suficientes al efecto.*
6. *Los medios coercitivos serán aplicables uno por uno a la vez, pero podrán variarse ante la rebeldía del administrado si el medio anterior no ha sufrido efecto.*

#### Artículo 151.-

*«Queda prohibida la resistencia violenta a la ejecución del acto administrativo, bajo sanción de responsabilidad civil, y, en su caso, penal.»*

Igualmente amplió el número de prerrogativas a los principios fundamentales del servicio público en caso de urgente necesidad, pero responsabilizó a la Administración de indemnizar a sus contratantes por sus actos lícitos o ilícitos.



El *Ius Variandi* o el poder de modificación, lo limitó hasta máximo de 50% del precio general de la obra. Si es mayor, el contratista puede no aceptarla y solicitar la resolución del Contrato. Para poder excederse ese porcentaje, estando de acuerdo ambas partes, se necesita consentimiento de la Contraloría General de la República.

Las prerrogativas como hemos dicho, son contractuales, es decir, establecidas en los contratos, o bien, en el ordenamiento jurídico, respecto de las cuales ninguna de las partes, ni la Administración, pueden dejar sin efecto o modificar en modo alguno. De modo que son imperativas, existen por voluntad de la Ley, o sea, del ordenamiento jurídico y no es necesario consignarlas en el contrato. Son prerrogativas legales o de pleno derecho, y obedecen sobre todo a la satisfacción del interés público.

Los privilegios igualmente se pueden dar en la fase de selección del futuro contratista. En efecto, ejemplo claro de ello es la declaratoria de deserción de un concurso público, por no convenir al interés público. Aunque la Ley de Contratación Administrativa establece la obligación en el Artículo 29<sup>8</sup>, de fundamentar y motivar, lo cierto es que la Administración no lo hace, ni el oferente lo exige. Pero ese es un privilegio ilegítimo de la Administración que no para mientes en los altos costos que significa preparar una oferta, en estudios, proyectos, asesoramiento jurídico, técnico, viajes, muestras, etc, que producen un alto costo, que nunca son indemnizados por la Administración.

Las prerrogativas en la fase de ejecución propiamente contractual, que son las contractuales o las legales, como lo hemos visto son, entre otras:

El *ius variandi*, que es el poder que le otorga el ordenamiento jurídico a la Administración para modificar sus contratos y excepcionalmente hasta resolverlos, si razones de interés público motivan esa resolución. Lo único que existe para el contratista es la garantía del debido proceso y la exigibilidad de una compensación económica. De acuerdo con ese poder, la Administración puede modificar el objeto del contrato, aumentando o disminuyendo las obras, modificando los planos, cambios de materiales, suspendiendo las obras, etc. Aquí es importante señalar que si la Administración establece que renuncia a sus prerrogativas y que no hará uso de su poder de *ius variandi* o modificabilidad de sus contratos, esa cláusula es absolutamente nula.

---

<sup>8</sup> **Artículo 29.- Motivación de la deserción**

Cuando la Administración resuelva declarar desierto un procedimiento de contratación, deberá dejar constancia de los motivos de interés público para adoptar esa decisión.

En el *ius variandi* hay compensación, en cambio en la teoría de la imprevisión, se trata incluso hasta de dar una subvención, ayuda económica, para buscar el equilibrio económico del contrato. En la imprevisión, hay una coparticipación de gastos, para no suspender el servicio y que se mantenga el servicio con regularidad.

En todo contrato administrativo existen las posibilidades de un riesgo normal, todo tiene un riesgo, pero hay otro anormal. Por ejemplo, la Administración no cumple con la obligación contratada, una alteración imprevista en la ejecución del contrato, trastorno en el juego de las leyes económicas, hechos de la naturaleza o del hombre, ajenos a las partes.

### **La Exceptio Non Adimpleti Contractus**

Significa que todas las partes deben cumplir con todas las obligaciones a las que se han obligado contractualmente. Ahora, si una parte no cumple, la que sí ha cumplido puede invocar esta cláusula para no cumplir y eximirse de responsabilidad.

Aquí se trata de establecer quién incumple primero, no obstante, es importante que en un principio, si el Estado no le paga al contratista, éste no puede dejar de ejecutar su obligación contractual. Esto ha variado y en la Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica, se establece la posibilidad de suspender las obras si existe convenio entre las partes. Asimismo, en otras legislaciones se ha autorizado la aplicación de este principio, sobre todo en tratándose de las modernamente denominadas «alianzas público-privadas», en las que se interpreta que debe haber un concierto de voluntades entre el sector público y privado, para la plena satisfacción del interés público. De esta forma, se ha establecido la posibilidad de que el contratista no ejecute sus obras si el Estado no le paga, pues es lógico que el no pago de sumas de dinero pactadas en el contrato, crea una situación ruinoso para el contratista provocada por la propia Administración, que hace imposible su ejecución y que incluso puede ser causa de resolución contractual. Esto último bajo el principio de equidad, de lógica, justicia y de que nadie está obligado a lo imposible.

### **Privilegio de la Decisión Unilateral y Ejecutoria**

García de Enterría, en su Curso de Derecho Administrativo establece el concepto y fundamento de este poder así:

*«En virtud de este formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones*



*debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza.*

*Inversamente, el contratista no sólo está vinculado por esas decisiones a reserva de recursos ex post contra las mismas (recursos a interponer por las vías propias del Derecho Administrativo, con plazos extraordinariamente fugaces y perentorios), sino que cuando se trate de un incumplimiento de la Administración, tiene la carga de solicitar de ésta la resolución pertinente.»*

Autotutela es la potestad de la Administración para resolver por acto propio sobre la legalidad y oportunidad de su conducta o sobre la legalidad de la ajena en las relaciones de la Administración con otro sujeto, y, eventualmente, para ejecutar materialmente su decisión, todo con el fin de gestionar mejor los cometidos públicos que le han sido encomendados.

Según don Eduardo Ortiz Ortiz, esta prerrogativa se divide en dos:

La autotutela sobre actos de la Administración, para garantizar su legalidad en beneficio de los cometidos públicos y la autotutela sobre las relaciones de la Administración con terceros, para asegurar la utilidad o el bien que el tercero debe a la Administración.

Esta prerrogativa consiste en el poder general que el Estado ostenta para resolver unilateralmente sus actos, sin recurrir a los Jueces y contra la voluntad del destinatario. Simple y llanamente, la decisión la toma unilateralmente la Administración y la ejecuta, sujeto obviamente al control administrativo y judicial posterior, que normalmente es costoso, técnico y prolongado, lo que lo hace estéril. No obstante, existe la posibilidad de la suspensión de actos. Artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 146 de la Ley General de la Administración Pública.

Obviamente todo se hace en virtud de los principios de continuidad de los servicios públicos y de la satisfacción de las necesidades públicas por parte del Estado, que no podrían estar sujetas a recursos paralizantes. No obstante, en esto es importante establecer que cuando el acto administrativo pueda producir daños de imposible o difícil reparación, y bajo los principios del

«periculum in mora», y aplicando el principio «fumus boni iuris», es posible la suspensión de los actos administrativos.

En cuanto al reajuste de precios, la Administración tiene que resolver el mismo en un tiempo prudencial, pero siempre retarda su decisión, y cuando ya se resuelve y ya acepta, han cambiado las condiciones materiales origen del reclamo pecuniario, entonces requiere un nuevo aumento. No existe ninguna norma, y las que existen, como el Recurso de Queja, o algún otro tipo, son totalmente imprácticas, porque no se tiene un poder conminatorio. No obstante, existe el Silencio Positivo, que debe aplicarse conforme al Artículo 16 de la Ley de Contratación Administrativa que dice:

*«Obligación de tramitación*

*La Administración está obligada a tramitar, en un plazo de treinta días hábiles, cualquier gestión que le formule el contratista, cuando sea necesaria para ejecutar la contratación. Transcurrido este plazo sin una respuesta motivada de la Administración, operará el silencio positivo y la gestión se tendrá por acogida. Lo anterior sin detrimento de la responsabilidad en que pueda incurrir el funcionario, a tenor del artículo 96 de esta Ley.*

El silencio positivo también se regula en la Ley General de la Administración Pública, en los siguientes términos:

**Artículo 330.-**

- «1. El silencio de la Administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela.*
- 2. También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones.»*

**Artículo 331.-**

- «1. El plazo para que surja el silencio positivo será de un mes, a partir de que el órgano reciba la solicitud de aprobación, autorización o licencia con los requisitos legales.*
- 2. Acaecido el silencio positivo no podrá la Administración dictar un acto denegatorio de la instancia, ni extinguir el acto sino en aquellos casos y en la forma previstos en esta ley.»*



### Otros Privilegios: Poderes de Dirección, Inspección y Control y el Poder de Interpretación

Hay que manifestarlo, la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, así como también nuestra Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos establecen los poderes de fiscalización y de impartir instrucciones. Lo ejerce el órgano contratante o el que designe la Administración, pero también lo puede hacer la Contraloría General de la República, y lo pueden hacer las Auditorías Internas o Externas, con lo que se pretende que se cumpla estrictamente con las condiciones, especificaciones y plazos establecidos en el contrato y en el ordenamiento jurídico contractual.

Ello deviene del hecho que, la relación jurídica conformada entre el Estado y el contratista y/o concesionario denota una gran proximidad e intensidad. Así, se crea entre ambos un ámbito jurídico de naturaleza especial en el cual existe un control más intenso por parte del Estado. Siendo ello así, los derechos y garantías del contratista y/o concesionario deben interpretarse y aplicarse conforme al fin de la relación de sujeción especial establecida.

En este contexto, entonces, el contratista y con mayor razón aún el concesionario, están vinculados a determinadas finalidades de interés general que le confiere una virtualidad expansiva a la regulación administrativa que impera sobre éstos. Por lo tanto, el contratista o el concesionario -sin dejar de ser una persona jurídica privada- debe cumplir las obligaciones acordadas con la Administración contratante o concedente con sometimiento pleno y estricto no sólo a las bases y términos de la contratación, sino también a numerosos controles administrativos, tales como órdenes y directrices por parte de la Administración.

Claro ejemplo de lo anterior es el caso de la sociedad anónima nacional o concesionaria que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos. En esta Ley se ordena la constitución de una **sociedad anónima nacional** a fin de instrumentalizar el contrato de concesión, que está sujeta a detalladas regulaciones, no sólo en su marco externo, sino también en su propia vida interna, cuyos aspectos técnicos, financieros, comerciales o contables, el *quantum* y el modo de su actividad están también sometidas a normas y directrices especiales que la Administración dicta para ella. [Vid artículos 15.a), 16.a), 17.d); 18.a); 18.d); 19.b) de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos] Por lo tanto, en tratándose de la **sociedad anónima nacional**, la dirección del ente

concedente no sólo limita o condiciona el ejercicio de su actividad, sino que configura internamente a ésta<sup>9</sup>.

### **El poder de interpretación unilateral**

Está basado en el principio de autotutela y la Administración puede interpretar unilateralmente y con poder ejecutorio el contrato. El particular puede hacerlo, pero no es ejecutorio su poder, sino tiene que ir ante un Juez para que le de la razón y eventualmente que se le indemnice si su interpretación ha sido la legítima y válida y contraria a lo que interpretó la Administración, pero después de un proceso judicial complejo y largo en el tiempo.

### **Poder Sancionatorio**

Es importante establecer que esto es de principio y que en su aplicación, la Administración puede hacerlo de oficio, unilateralmente sin acudir ante el Juez. Sin embargo, la doctrina moderna establece que sólo si está previsto en el contrato o en los pliegos de condiciones es posible el ejercicio de ese poder. De modo que debe estar previsto, de lo contrario, no se puede imponer.

Las más comunes son las sanciones pecuniarias, que pueden consistir en cláusulas penales, multas y daños y perjuicios, aunque esto último sería una **reparación** más que una sanción administrativa.

Las coercitivas son aquellas que tienen la posibilidad de sustituir al contratante por la propia Administración por un tercero. Y la sanción represiva definitiva, es la resolución unilateral que en realidad más que una sanción es el ejercicio de otro, de los poderes de la Administración, que es resolver unilateralmente.

### **Tipos de Cláusulas Exorbitantes en el Régimen Jurídico Costarricense**

Las cláusulas pueden ser establecidas por el ordenamiento jurídico, lo que significa que, se tienen de pleno derecho incorporadas a cualquier contrato de Derecho Público, aunque no se establezcan expresamente.

Es en virtud de la *ratio legis* y por ende, mientras no sean declaradas inconstitucionales, o anuladas por la jurisdicción contenciosa administrativa, en el caso del Reglamento, se tienen por incorporadas a los contratos.

---

<sup>9</sup> Sobre el particular véase: ORTIZ ZAMORA (LUIS) y MUÑOZ HERRERA (DANIEL) **Particularidades de la Sociedad Anónima Nacional o Concesionaria**. IVSTITIA No. 219-220. Año 19. Marzo-Abril 2005.





Las otras son virtuales, o sea, las impone la Administración al contratista, y en esto es muy importante establecer simple y llanamente que el Estado tiene esa potestad, en razón del interés público. No obstante, esas cláusulas pueden ser controlables en el caso de la Contraloría General de la República, si están incorporadas en el Cartel, por razones discriminatorias, o incluso por irracionalidad, por contener los vicios propios de cualquier acto administrativo.

Las normas legales y reglamentarias más importantes se expresan así:

*Artículo 10.- Sumisión a la normativa administrativa*

*En cualquier procedimiento de contratación administrativa, el oferente queda plenamente sometido al ordenamiento jurídico costarricense en especial a los postulados de esta Ley, su Reglamento Ejecutivo, el reglamento institucional correspondiente, el cartel del respectivo procedimiento y, en general, a cualquier otra regulación administrativa relacionada con el procedimiento de contratación de que se trate.*

*Artículo 11.- Derecho de rescisión y resolución unilateral*

*Unilateralmente, la Administración podrá rescindir o resolver, según corresponda, sus relaciones contractuales, por motivo de incumplimiento, por causa de fuerza mayor, caso fortuito o cuando así convenga al interés público, todo con apego al debido proceso.*

*Cuando se ponga término al contrato, por causas que no se le imputen al contratista, la Administración deberá liquidarle la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados.*

*En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada y los gastos en que haya incurrido razonablemente el contratista en previsión de la ejecución total del contrato.*

*La Administración podrá reconocer, en sede administrativa, los extremos indicados en los incisos anteriores. Para hacer efectiva la resolución deberá contar con la aprobación de la Contraloría General de la República.*

*Artículo 12.- Derecho de modificación unilateral*

*Durante la ejecución del contrato, la Administración podrá modificar, disminuirlo aumentar, hasta en un cincuenta por ciento (50%), el*

*objeto de la contratación, cuando concurren circunstancias imprevisibles en el momento de iniciarse los procedimientos y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público perseguido, siempre que la suma de la contratación original y el incremento adicional no excedan del límite previsto, en el artículo 27 de esta Ley, para el procedimiento de contratación que se trate.*

#### **Artículo 13.- Fiscalización**

*La Administración fiscalizará todo el proceso de ejecución, para eso el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias. A fin de establecer la verdad real, podrá prescindir de las formas jurídicas que adopten los agentes económicos, cuando no correspondan a la realidad de los hechos.*

*En virtud de este derecho de fiscalización, la Administración tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas.*

*Si la Administración no fiscaliza los procesos, eso no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.*

#### **Artículo 14.- Derecho de ejecución de garantías**

*Cuando un oferente o un contratista incurra en incumplimiento, la Administración podrá hacer efectiva la garantía correspondiente. La decisión administrativa de ejecutar esa garantía debe ser motivada y se dará audiencia previa al interesado para exponer su posición.*

#### **Artículo 21.- Verificación de procedimientos**

*Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa.*

#### **12.- Sumisión a la normativa administrativa**

*12.1 Es una prerrogativa de la Administración, en toda contratación administrativa, el sometimiento de las partes al ordenamiento jurídico administrativo. Esta sumisión operará de pleno derecho por la sola circunstancia de la participación del particular en el procedimiento*



*de contratación e implicará la incorporación dentro del contenido de la relación contractual de las normas de la Ley de Contratación Administrativa, el presente Reglamento, el Reglamento institucional respectivo y las bases o condiciones del concurso. No será necesaria mención alguna del oferente sobre este extremo, y cualquier indicación en sentido contrario se tendrá como no puesta y se notificará de tal circunstancia al concursante. De persistir el oferente en su negativa a someterse al ordenamiento costarricense, será descalificado y se ejecutará su garantía de participación.*

*12.2 La Administración no puede inaplicar el régimen de contratación administrativa para un caso particular. Únicamente el legislador, mediante autorización expresa, puede establecer la aplicación de procedimientos sustitutivos especiales, sea por definición expresa de esos procedimientos o por remisión a conjuntos ciertos y determinados de normas. En estos casos, serán de plena aplicación los principios generales de la contratación administrativa regulados en la Ley y el presente reglamento.*

### **13- Derecho de rescisión y resolución unilateral**

*13.1 La Administración se encuentra facultada para dar por terminadas unilateralmente sus relaciones contractuales.*

#### **13.2 Resolución.**

*13.2.1 En caso de incumplimiento imputable al contratista, la Administración podrá resolver sus relaciones contractuales. De previo a la audiencia que se conferirá al interesado, la Administración debe haber verificado preliminarmente las causales de la resolución y acreditarlas en el expediente que se levantará al efecto.*

*13.2.2 A partir de la notificación de la audiencia, el contratista dispondrá de un plazo de diez días hábiles para expresar su posición y aportar la prueba que considere pertinente.*

*13.2.3 Dentro de los primeros cinco días hábiles luego de notificado, el contratista podrá solicitar a la Administración que su posición se atienda por medio de una comparecencia oral. En estos casos, se aplicarán supletoriamente las disposiciones que sobre la comparecencia oral contempla el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública.*

*13.2.4 Una vez contestada la audiencia, la Administración dispondrá de un plazo de un mes para dictar la resolución final. Esta resolución*

*tendrá los recursos ordinarios y extraordinarios que señala la Ley General de la Administración Pública.*

*13.2.5 Una vez firme la decisión administrativa de resolver, se procederá a la ejecución de la garantía de cumplimiento y de ser procedente, a la ejecución de las cláusulas penales previstas contractualmente.*

*13.2.6 La garantía de cumplimiento se ejecutará en la proporción necesaria para resarcir a la Administración de los daños y perjuicios causados.*

*13.2.7 En caso que el incumplimiento del contratista haya ocasionado a la Administración daños y perjuicios no compensados con la ejecución de la garantía de cumplimiento, se dispondrá la adopción de las medidas necesarias para el debido resarcimiento.*

### *13.3 Rescisión.*

*13.3.1. En cualquier momento podrá la Administración rescindir unilateralmente, por motivos de interés público, caso fortuito o fuerza mayor, sus relaciones contractuales, no iniciadas o en curso de ejecución.*

*13.3.2. El acuerdo de rescisión debe estar precedido de los estudios e informes técnicos que acrediten fehacientemente las causales de la rescisión. Este acuerdo se notificara al interesado, para que en el término de diez días hábiles se manifieste sobre el particular.*

*13.3.3. El acuerdo de rescisión tendrá los recursos ordinarios y extraordinarios que señala la Ley General de la Administración Pública.*

*13.3.4. Una vez firme el acuerdo de rescisión, se procederá a la liquidación de las indemnizaciones que correspondan.*

*13.3.5. Cuando la rescisión se origine en caso fortuito o fuerza mayor, la Administración deberá resarcir por completo la parte efectivamente ejecutada del contrato y los gastos en que haya debido incurrir el contratista para la ejecución total del contrato.*

*13.3.6. Cuando la rescisión se fundamente en motivos de interés público, la Administración deberá resarcir, además, cualquier daño o perjuicio que causare al contratista con motivo de la terminación del contrato.*



#### *13.3.7. Término por mutuo acuerdo*

*En cualquier momento podrán las partes poner término a la contratación de mutuo acuerdo, cuando medien circunstancias de interés público suficientes para ello. Antes de acordarse la rescisión, las partes deberán haber fijado con todo detalle las modalidades de liquidación o indemnización que correspondan.*

#### *13.4 Trámite de la indemnización.*

*13.4.1. Para el reconocimiento de la indemnización, la parte interesada deberá presentar, un detalle de la liquidación, acompañado de la prueba correspondiente.*

*13.4.2. La Administración dispondrá de un plazo de treinta días hábiles para tramitar la liquidación y estará obligada a la verificación de todos los rubros presentados. A falta de acuerdo, el contratista podrá presentar un reclamo administrativo o solicitar el sometimiento del asunto a arbitraje, de acuerdo con las regulaciones sobre la materia.*

*13.5 Aprobación de la liquidación. Las liquidaciones de los extremos anteriores podrán ser reconocidos en sede administrativa, y requerirán para su pago, de la aprobación de la Contraloría General, órgano que dispondrá de treinta días hábiles para aprobar o improbar la resolución o efectuar las observaciones que considere pertinentes.*

### **14.- Derecho de modificación unilateral**

*14.1 La Administración podrá modificar, disminuir o aumentar unilateralmente, durante la ejecución del contrato, hasta en un cincuenta por ciento la prestación objeto de la contratación, cuando concurran al menos las siguientes circunstancias:*

*14.1.1 Que obedezca a una situación de naturaleza imprevisible al momento de iniciarse los procedimientos de contratación.*

*14.1.2 Que la modificación, aumento, o disminución sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público perseguido con la contratación.*

*14.1.3 Que el monto de la suma de la contratación original, más el incremento adicional que la modificación implica, no excedan el límite previsto por la ley para la determinación del procedimiento de contratación seguido, ni tampoco sea superior al cincuenta por ciento del precio adjudicado originalmente.*

*14.2 El incremento o disminución en la remuneración se calculará en forma proporcional a las condiciones establecidas en el contrato original. En caso de disminución, el contratista tendrá derecho a que se le reconozcan los gastos en que haya debido incurrir para atender la ejecución total de la obligación.*

*14.3 En los contratos de obra únicamente se podrá hacer uso de la facultad de aumento del objeto, en aquellos aspectos que no puedan contratarse independientemente sin afectar la uniformidad, la coordinación o la integridad global de la obra.*

*14.4 Cuando se haga uso de la facultad de modificación, la Administración deberá solicitar al contratista ajustar el monto de la garantía de cumplimiento.*

*14.5 Si ejecutado un contrato, la Administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:*

*14.5.1 Que el contratista libremente convenga en ello;*

*14.5.2 Que el nuevo contrato se concluya sobre las mismas bases del precedente;*

*14.5.3 Que el monto del nuevo contrato sume no más del 50% del contrato anterior;*

*14.5.4 Que no hayan transcurrido más de seis meses después de la recepción provisional del objeto del primer contrato; y*

*14.5.5 Que se ajuste a las disposiciones del presente Reglamento en los demás aspectos pertinentes.*

#### **ARTÍCULO 15 REGLAMENTO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA:**

##### **15.- Derecho de fiscalización**

*15.1 El contratista se encuentra obligado a ofrecer a la Administración las facilidades necesarias para el ejercicio de la fiscalización.*

*15.2 Para el efectivo ejercicio del derecho de fiscalización, la Administración designará un órgano que asumirá la obligación de tomar oportunamente las providencias necesarias para que el contratista se ajuste al estricto cumplimiento de las condiciones,*



*especificaciones y plazos establecidos en el contrato y demás obligaciones implícitas en éste.*

*15.3 Corresponde a dicho órgano verificar el cumplimiento del objeto de la contratación, advertir, a quien corresponda de acuerdo con el régimen interno, la conveniencia de introducir modificaciones o señalar correcciones en la ejecución, recomendar la ejecución de las garantías o bien la rescisión o resolución del contrato cuando advierta fundamento para ello. En el caso del Gobierno Central, estas atribuciones se ejercerán sin perjuicio de las facultades que le corresponden a la Proveeduría Nacional.*

*15.4 La ausencia de fiscalización por parte de la Administración, no exime al contratista de cumplir a cabalidad con sus deberes, ni de la responsabilidad que de ello se derive.*

Se establece que únicamente puede modificarse en circunstancias imprevisibles, las cuales no pueden ser previstas al momento de iniciarse los procedimientos de contratación. Igualmente que sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público. Ya no es necesaria la intervención previa de la Contraloría General de la República, para autorizar esa modificación. De ahí que la modificación es de responsabilidad única de la Administración Pública contratante y en los contratos de obra pública se restringe a aquellos aspectos que no sean **susceptibles de una contratación independiente**.

Nuestra Ley no establece los poderes de dirección y control como elementos en que una de las partes está subordinada a la otra, lo que produce la desigualdad jurídica. Lo que se pretende es que se respete el objeto del contrato. De ahí que este poder de dirección y control no es ilimitado, tiene que adecuarse al objeto del contrato y claro, en la ejecución del contrato pueden presentarse problemas, por ejemplo, que hayan distintas opciones o posibilidades en su ejecución y se deba elegir entre una, o el Estado puede ir impartiendo por medio de sus órganos de fiscalización, a medida que se va avanzando en la ejecución del contrato. Se puede referir a aspectos materiales, técnicos, financieros y es claro que este poder de dirección y control, no cabe en los contratos de ejecución instantánea, o sea, aquellos que se perfeccionan con una única prestación; pero si es aplicable en los que se prolongan en su ejecución en el tiempo.

Básicamente, el Estado si va a realizar una determinada obra pública o para prestar un servicio público y respecto de estos servicios públicos, rigen los principios de igualdad, de continuidad, de adaptabilidad y de eficiencia. De

modo que, para cumplir esos objetivos, esas leyes y principios, es necesario dotar al Estado de esas cláusulas exorbitantes que no pueden aparecer en el Derecho común, porque básicamente cuando el particular realiza un contrato, el animus es de lucro, o de mera satisfacción personal, en cambio el Estado siempre debe satisfacer el fin y el interés público, pero sobre todo en este caso, cuando se trata de obras, de trabajos públicos o concesión de servicio público, siempre tiene en la mira una prestación de un servicio público: construir una carretera, construir un Hospital, construir una Escuela, adquirir uniformes para la Policía, pizarras, pupitres, etc. De modo que debe satisfacer con prontitud y adoptarlo antes de la conclusión contractual.

Y también diremos que tiene su razón de ser también en el artículo 4° de la Ley General de la Administración Pública que establece literalmente:

*«La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.»*

### **La Potestad de Rescisión y Resolución Unilateral de la Administración Pública con causa y sin causa**

Lo importante en cualquier relación contractual, y especialmente en el derecho de la Contratación Administrativa, es que las relaciones establecidas, derechos y obligaciones, lleguen a una terminación normal, mediante el cumplimiento de ambas partes de todas sus obligaciones, de modo que se extingan voluntaria, lícita y pacíficamente las relaciones de ambas partes contratantes.

Rescindir es dejar sin efecto un contrato u obligación. Es poner fin o dejar sin efecto las obligaciones jurídico materiales. Puede ser que ambas partes estén de acuerdo en rescindir un contrato, o bien unilateralmente, una parte que así lo determine. Es una de las causas de extinción de los contratos y deshace un vínculo contractual existente y válido.

En Costa Rica el Código Civil establece la prohibición de la rescisión unilateral entre sujetos privados. De tal forma que, quien lo hace, no sólo está actuando *contra legem*, sino que genera un incumplimiento que produce indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones contractuales.





No ocurre lo mismo, sin embargo, con la Administración Pública, quien puede introducir estas condiciones rescisorias meramente potestativas y que le permiten extinguir el contrato unilateralmente por causas distintas de la fuerza mayor.

El artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa y el 13.3 del Reglamento General de Contratación establece, que en cualquier momento podrá la Administración rescindir unilateralmente, por motivos de interés público, caso fortuito o fuerza mayor, sus relaciones contractuales, no iniciadas o en curso de ejecución.

La fuerza mayor es un caso de exoneración de responsabilidad, lo establece la Ley General de la Administración Pública, en el artículo 190 que dice:

- «1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, **salvo fuerza mayor**, culpa de la víctima o hecho de un tercero.*
- 2. La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aún cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente.»*

Véase que no se establece el caso fortuito.

Igualmente el artículo 703 del Código Civil establece: *«El deudor no está obligado al caso fortuito, sino cuando ha contribuido a él o ha aceptado expresamente esa responsabilidad.»*

La fuerza mayor es un hecho que aunque previsible es inevitable, lo que hace que se impida el cumplimiento del contrato.

Normalmente son hechos de la naturaleza o hechos del hombre, como la guerra, ciclones, terremotos, huracanes, lluvias, descalabros financieros internacionales, sentencias judiciales, actos administrativos.

El Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera de Costa, en Sentencia de las 9:40 horas del 26 de mayo de 1993, en Proceso Ordinario Contencioso Administrativo de R.E.H. contra Banco Popular, hace una definición jurisprudencial, porque la Ley normalmente no lo hace, en los siguientes términos:

*«III.- A pesar de que existe doctrina que considera equivalentes los términos caso fortuito y fuerza mayor, también se ha sostenido que el primero tiene dos características esenciales: la indeterminación y la interioridad: la indeterminación consiste en que la causa del incumplimiento contractual es desconocida y la interioridad a que sus efectos inciden en la esfera personal o en la constitución o funcionamiento del sujeto o empresa obligada.*

*La fuerza mayor se define por contraposición al caso fortuito como aquella causa extraña o exterior al obligado a la prestación, imprevisible en su producción y en todo caso **absolutamente irresistible** aún en el caso de que hubiere podido ser prevista.»*

Los elementos de la fuerza mayor son la inimputabilidad, la relación causa-efecto, la inevitabilidad, y por ende, la imposibilidad del cumplimiento.

La primera se refiere al hecho que el contratante -deudor que alega la fuerza mayor como **eximiente** de responsabilidad contractual y fundamento de la rescisión unilateral de la Administración- no haya participado en el acontecimiento que origina la fuerza mayor, o sea, que no se le impute el hecho como producto de su comportamiento, o mejor, no tiene culpa en la realización de los hechos que son el origen o el motivo de la fuerza mayor<sup>10</sup>.

**La Relación de Causa-Efecto.** En el sentido que el hecho imprevisto inevitable y externo, que es la fuerza mayor, debe ser la causa directa de la imposibilidad de cumplimiento; debe existir esa relación de causa (suceso) efecto (la no posibilidad de cumplir); un hecho que a pesar de ser constitutivo de fuerza mayor, no incide en el contrato impidiendo su ejecución, no libera de responsabilidad ante el incumplimiento.

La inevitabilidad: «La expresión misma, fuerza mayor está indicando que ésta debe ser insuperable, que debe hacer imposible el cumplimiento de la obligación objetivamente considerada y no relativamente a las condiciones particulares del deudor»<sup>11</sup>.

La imposibilidad del cumplimiento, implica que el hecho generador de la fuerza mayor impida razonablemente el cumplimiento de la obligación, el fundamento de esta afirmación, explican los autores, es que el hecho de la

---

<sup>10</sup> Ver ROGUE VIDE (Carlos), **Responsabilidad Civil Extracontractual**, Madrid, Editorial Civitas, 1976, p. 79.

<sup>11</sup> OSPINA FERNÁNDEZ (Guillermo), **Régimen General de las Obligaciones**, Bogotá, Editorial Temis, Segunda Edición, 1978, p. 120



fuerza mayor y del caso fortuito crea para el cocontratante una imposibilidad material que no puede vencer, si no es mediante la realización de una prestación exorbitante, a la cual nadie está obligado, porque sería tanto como exigir una prestación relativamente imposible.

Nunca debe ser una resolución que recaiga sobre el contratista como producto de una actuación ilícita del mismo, porque en tal caso si éste incumple el contrato por ese motivo, su acción constituiría un incumplimiento, y produciría una disolución del contrato por resolución.

Resolución unilateral. Es la extinción de un contrato por acaecimiento del hecho que la Ley o las partes expresa o tácitamente, previeron al celebrarlo, de modo que su vida está sujeta desde un comienzo, al cumplimiento, o no, del hecho previsto con causa de su extinción, en virtud de una cláusula expresa o implícita en el contenido.

El poder de resolver es meramente discrecional de la Administración. Al respecto ver la Jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia N° 7 de las 15 H 05 del 23 de Enero de 1991, proceso ordinario Contencioso Administrativo de la Junta Administrativa del Registro Nacional c/Proyectos de Ingeniería y Arquitectura S.A. y Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, N° 26 de las 15 horas del 12 de marzo de 1971, que dice:

«Al respecto es preciso recordar que con la resolución contractual por incumplimiento (entendido este último como la no realización de la prestación debida por una de las partes), se pretende esencialmente dos cosas: a- liberar al contratante que no ha incumplido, de sus obligaciones respecto de su contraparte y b- la restitución de las prestaciones realizadas a su estado original. Concomitantemente con estos resultados, puede lograrse la indemnización de los daños y perjuicios, como lo dispone el artículo 692 del Código Civil.- No obstante, esos daños y perjuicios no resultan indemnizables como consecuencia directa de la resolución del negocio, sino en forma paralela a ella, de acuerdo con el artículo 702 del mismo Código Civil. Así las cosas, para la restitución plena de las prestaciones contractuales ejecutadas (en los casos que es posible), sí es preciso solicitar la resolución; no así para la exclusiva indemnización de los daños y perjuicios causados con el incumplimiento. Negar lo anterior implicaría negar la indemnización de los daños y perjuicios para aquellas relaciones contractuales en que sea improcedente la resolución por difícil o imposible restitución de las prestaciones dadas, como sucede en el presente caso.

En efecto, la resolución del contrato, como facultad alternativa (cosa bien distinta de la rescisión), tiene poco o ningún sentido práctico en aquellos casos en los que las prestaciones recíprocas ya realizadas por ambas partes (defectuosas en forma total o parcial, son de muy difícil o imposible restitución puesto que cada uno de los contratantes (o tan sólo uno de ellos), no podría devolver lo recibido a favor de la otra, al menos en su estado original o porque la finalidad o función última del contrato, bien o mal, ya fue, cumplida, como ocurre precisamente con la situación planteada con el presente juicio en la que resulta absurdo e innecesario a esta altura de los hechos declarar la resolución del negocio. Claro está ello no es obstáculo para que las partes puedan exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado. En esta forma lo ha entendido nuestro más alto Tribunal, cuando dispuso: ‘VII.- que tampoco existe infracción del artículo 692 del Código Civil, pues no siempre es indispensable pedir que se resuelva el contrato, para reclamar daños y perjuicios, desde luego que la responsabilidad indemnizatoria no dimana propiamente de la resolución sino del incumplimiento. El artículo 692 no es la única regla que concede derecho a los daños y perjuicios, pues también lo otorga el artículo 702 *ibidem*; En algunas situaciones mas bien resultaría inconducente la resolución del contrato, como ocurre por ejemplo, cuando este ya no puede ejecutarse, o cuando tratándose de incumplimiento tardío, parcial o defectuoso, el acreedor acepta lo cumplido y exige indemnización en lo demás. Todo depende de las circunstancias, de la utilidad práctica de la resolución y del interés jurídico, que pueda justificarla. VIII. Que aparte del problema puramente formal de si debe o no pedirse la resolución del contrato en términos expresos, no hay duda de que si se justifica cuando es necesario liquidar cuestiones pendientes y restituir a las partes al estado que tenían cuando celebraron el contrato, es decir, no tanto por la responsabilidad de daños y perjuicios, como para lograr esos otros fines que son consecuencia de la resolución. Pero el presente caso tiene otras características, pues en lo sustancial no se trata de restituir sino de reparar las pérdidas sufridas y de indemnizar los lucros cesantes; y esa responsabilidad bien puede declararse al amparo del artículo 702 del Código Civil. Sala de Casación No. 26 de las 15H del 12 de marzo de 1971 (pueden verse también las Casaciones: No. 107 de 1970; No. 72 de 1972, la No. 115 de 1976 y la No. 85 de 1985).»

**Causas por las cuales la Administración puede resolver unilateralmente sus relaciones contractuales**

Por incumplimiento técnicamente definido, pero se advierte que éste debe ser grave. El que invoca el incumplimiento, no debe haber incumplido, debe ser imputable al deudor de una prestación contractual, no es necesario



declarar la mora o requerir previamente el cumplimiento. Debe comprobarse mediante el debido proceso, antes de ejecutar garantías y cobrar daños y perjuicios.

Hay otras causas por las cuales la Administración puede, aunque no estén pactadas en la Ley, establecer causas rescisorias o resolutorias. Es el caso de un incumplimiento grave de la Administración, por ejemplo, el no pago reiterado, el contratista debe, en aras incluso del mismo interés público y de la ejecución de la obra, y la continuidad del servicio público, establecer una petición ante la Contraloría General de la República, ente público que puede, mediante resolución motivada y previa audiencia a la Administración, resolver lo que corresponda en Derecho y justicia, más claro, obligar al Estado, en un término perentorio al plazo y no arruinar al contratista.

Ahora bien, quedará siempre abierta la vía contenciosa Administrativa y Civil de Hacienda, para discutir los actos de rescisión o resolución ilegítima, una vez agotada la vía administrativa, pero ésta es lentísima en Costa Rica, de modo que hay que paliar un procedimiento administrativo rápido, para evitar injusticias que incluso lesionan paradójica pero realmente el interés o servicio público.

## CONCLUSIÓN

Las cláusulas exorbitantes en los contratos del Estado demuestran inobjetablemente una supremacía que se expresa en el ejercicio de los privilegios jurídicos otorgados en razón de la satisfacción de los servicios públicos.

Ahora bien, la tendencia moderna de equilibrar prerrogativa con garantía debe mitigar los poderes superiores en aras de concertar con el contratista en lugar de imponérsele, aplicando los principios de buena fe, razonabilidad, lógica y justicia para satisfacer el fin público, que es a la postre la razón o existencia del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- CHAPU (René) **Droit Administratif**. Montchrestein, 1996.
- CHASE PLATA (Enrique) **Los Contratos Públicos**. Intercontinental Editora. Asunción, Paraguay, 1998.
- DE LAUBADÉRE (André) **Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs**. París, 1996.
- DEL PIAZZO (Carlos) **Contratación Administrativa**. Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, 1988.
- FRANCO GUTIÉRREZ (Omar) **La Contratación Administrativa**. IV Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Tomás-Ramón) **Curso de Derecho Administrativo**. Octava edición. Editorial Civitas, Madrid, 1998.
- GORDILLO (Agustín) **Los Contratos Administrativos**. Tomo I. Asociación Argentina de Derecho Administrativo. 1982.
- GRANILLO OCAMPO (Raúl Enrique) **Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.
- MONTERO QUIJANO (Manuel) **Tesis de Grado de la Contratación Administrativa: Las Prerrogativas de la Administración Pública**. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1984.
- MORENO MOLINA (José Antonio) **Contratos Públicos: Derecho Comunitario, Derecho Español**. Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.
- ORTIZ ORTIZ, (Eduardo), **Lecciones de Derecho Administrativo**, Tesis III. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
- ORTIZ ZAMORA (LUIS) y MUÑOZ HERRERA (DANIEL) **Particularidades de la Sociedad Anónima Nacional o Concesionaria**. IVSTITIA No. 219-220. Año 19. Marzo-Abril 2005.
- OSPINA FERNÁNDEZ (Guillermo), **Régimen General de las Obligaciones**, Bogotá, Editorial Temis, Segunda Edición, 1978



- 
- ROGLE VIDE (Carlos), **Responsabilidad Civil Extracontractual**, Madrid, Editorial Civitas, 1976.
  - ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique) **Contratación Pública**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.
  - PANIAGUA GUEVARA (Luis Diego) **La potestad de rescisión y resolución unilateral de la Administración Pública, con causa y sin causa en la nueva Ley de la Contratación Administrativa**. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1988.
  - Contratos Administrativos**. Autores varios. Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Editorial Astrea, 1982.
  - Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos**. Autores varios. Buenos Aires, 1966.

EL DERECHO AL PRECIO DEL CONTRATISTA  
EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



## EL DERECHO AL PRECIO DEL CONTRATISTA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

*Miguel Mónaco\**

La Administración puede recurrir -en determinados casos- a los particulares para que éstos colaboren en el cumplimiento de sus fines. Ello puede darse en distintas áreas, en las cuales la Administración recurre a tal colaboración para que éstos coadyuven en la satisfacción de necesidades colectivas, como sería por ejemplo, las concesiones de servicio público o la concesión de obra pública. En estos casos, la colaboración de los particulares no se trata de una imposición de determinados deberes que, producto del *ius imperium*, le es dado establecer a la República por vía legal, con vista en las especiales previsiones constitucionales sobre la materia, sino producto del consenso alcanzado con los particulares para que éstos presten tal colaboración a cambio de una justa retribución. La vía por la cual se produce tal acuerdo entre la Administración y los particulares es la correspondiente a los contratos administrativos.

Conviene aclarar que no corresponde al presente artículo entrar a distinguir a los contratos administrativos de aquellos contratos en los cuales, si bien participa la Administración, los mismos se regulan mayormente por las reglas propias del derecho privado. No obstante, a los únicos efectos de delimitar el presente tema, debemos señalar que la existencia de un interés público involucrado en el contrato será indispensable para caracterizar a un contrato donde participe la Administración como administrativo.

Tal aclaratoria no es baladí, si se toma en cuenta las dificultades que a lo largo del tiempo han existido para distinguir o caracterizar a un contrato como administrativo. En efecto, aún cuando podemos encontrar ciertas categorías de contratos, los cuales ineludiblemente han sido reconocidos como tales (la

---

\* Abogado (UCAB, 1994), Especialista Derecho Administrativo (UCAB, 1997), Maestría en Derecho (Temple University, 1998), Doctorado en Derecho (UCV, en curso). Profesor Derecho Administrativo UCAB. Socio del Departamento de Derecho Administrativo de Anzola Raffalli Rodríguez (ARR). Autor de varias publicaciones sobre Derecho Administrativo, Telecomunicaciones y Libre Competencia.

concesión de servicio público, por ejemplo), están presentes otros contratos a los cuales la jurisprudencia les ha atribuido esa condición, pero sin que exista una base que sirva para establecer de manera clara las razones que llevaron a calificarlo como tal. En ese sentido, podemos señalar que a la fecha existe una noción amplia de contratos administrativos, en la medida que la jurisprudencia actual de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia («SPA/TSJ») califica como tales a los contratos que cumplan con las siguientes condiciones: «1) *Que una de las partes en el contrato sea un ente público;* 2) *La presencia en el contrato de las llamadas cláusulas exorbitantes;* y 3) *La finalidad y utilidad de servicio público o de intereses públicos en el contrato*»<sup>1</sup>.

Ahora bien, nos corresponde analizar la contrapartida o retribución a la cual tiene derecho el particular que, a través de un contrato calificado como administrativo, le corresponde gestionar o prestar una actividad a favor de la Administración, en la medida que esta última persigue la prestación de un servicio público o la satisfacción de intereses públicos. Esa contrapartida no es otra que el derecho al precio que tienen los particulares contratantes, el cual puede ser calificado como el «derecho al equivalente económico» de los mismos frente a las obligaciones que pactan con la Administración. De esa forma, cuando los particulares aceptan libremente colaborar con la Administración, asumiendo obligaciones establecidas por vía contractual, se hacen acreedores a una retribución suficiente para compensar proporcionalmente su esfuerzo, y el cual indudablemente debe comprender tanto los gastos en que incurran, como su derecho al lucro proveniente de dicha actividad.

El derecho a tal precio ha sido regulado fundamentalmente en nuestro país por vía contractual, estableciéndose en cada contrato administrativo el derecho del particular contratante a percibir una remuneración por su dar o hacer. No obstante, tal derecho ha sido objeto de diversas regulaciones legislativas, entre las cuales merece destacarse la consagrada en el DECRETO CON RANGO Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA SOBRE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA BAJO EL RÉGIMEN DE CONCESIONES («LEY DE CONCESIONES»)<sup>2</sup>, decreto con rango legislativo que se ocupa de regular el régimen general de los contratos administrativos que tengan por objeto la concesión de servicio público y el desarrollo de infraestructura. Allí, se establece, *inter alia*, el derecho al precio

---

<sup>1</sup> SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, sentencia 1452, del 12 de julio de 2001, caso *ALATEC HASKONING S.A.*

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Extraordinaria, N° 5.394 de fecha 25 de octubre de 1999.



del particular contratante, así como de otros derechos relacionados con éste, de la siguiente forma:

«Artículo 33. Derechos del Concesionario. Desde el momento en que se perfeccione el contrato, nacen para el concesionario los derechos a:

- a) **Percibir oportunamente las remuneraciones acordadas en el pliego de condiciones o en el contrato;**
- b) 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;
- c) 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;
- d) Gozar de los derechos y obligaciones del beneficiario de la expropiación, limitados a lo necesario para dar cumplimiento al contrato de concesión;
- e) Gozar de las garantías e incentivos establecidos por ésta u otras leyes;
- f) 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.» (Resaltado nuestro)

La disposición transcrita establece de manera clara el derecho del contratante a recibir una contraprestación o equivalente por la actividad prestada por cuenta de la Administración.

Agrega la norma, que la remuneración que reciban los particulares deberá ser oportuna, con lo cual se dispone el derecho de los contratantes para percibir las indemnizaciones que la mora en el pago por parte de la Administración le causen, incluyendo la corrección monetaria. Así ha sido reconocido por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia («SPA/CSJ»), mediante sentencia del 24 de septiembre de 1998, caso *Sajoven C.A.*, en la cual ordenó aplicar la corrección monetaria a las sumas adeudadas por la Administración con motivo a un contrato administrativo.

Ahora bien, el derecho del contratante a percibir tal remuneración oportuna en el marco de los contratos administrativos no aporta en sí misma ninguna particularidad al régimen general de los contratos, dentro de los cuales existe mayoritariamente un *quid pro quo* entre las partes que lo ejecutan. Ciertamente, pareciera propio de la esencia de un contrato que ambas partes reciban un equivalente económico en contrapartida por aquello que aportan, lo cual conforma la ecuación económica indispensable para que el contrato cumpla su función.

No obstante, en el ámbito de los contratos administrativos existen situaciones especiales que son extrañas a los contratos entre particulares, dada la presencia, con el carácter de parte, de la Administración, la cual por estar ligada a través de un contrato con un particular no pierde en modo alguno sus potestades.

En efecto, el particular, que se liga con la Administración por vía de un contrato administrativo, debe soportar que esta última cuente con potestades que le permiten *unilateralmente* alterar las obligaciones pactadas mediante el contrato administrativo, e incluso, terminarlo anticipadamente sin que medie siquiera algún incumplimiento del cocontratante. Tales potestades son las que, entre otras, son conocidas como las cláusulas exorbitantes que pueden encontrarse incorporadas a los contratos administrativos, y que, como vimos *supra*, para la jurisprudencia actual de la SPA/TSJ constituye un elemento indispensable para la existencia de este especial tipo de contratos, conjuntamente con los otros requisitos allí señalados.

Frente a dichos poderes exorbitantes han existido doctrinarios que, desde la perspectiva del Derecho Privado, las han criticado, afirmando que ello vulnera el principio general según el cual el contrato es ley entre las partes, y por lo tanto, que ninguna de ellas puede alterarlo sin el previo consentimiento de la otra. Sin embargo, ante tales críticas, resulta pertinente recordar que la Administración acude a la vía de los contratos administrativos como un medio de satisfacción de los intereses del colectivo, como por ejemplo para la gestión indirecta de un servicio público, y por lo tanto, mal podría pretenderse que la Administración se desprenda de tales poderes por mucho que el contrato nada disponga sobre ello.

En efecto, no resulta cónsono con el objeto de este tipo de contratos que el interés del colectivo quede supeditado a los derechos de un sólo particular, en este caso el particular contratante. Pero tampoco resulta justo que



únicamente ese particular deba sacrificarse por todo ese colectivo, soportando por sí sólo las cargas que la satisfacción de esos intereses amerita. Es allí pues, donde tiene plena vigencia la teoría del equivalente económico, la cual sirve para armonizar la prevalencia de las potestades de la Administración sobre los términos del contrato, con el derecho constitucional de los particulares a la «*igualdad ante las cargas públicas*»<sup>3</sup>.

El derecho al equivalente económico consiste en el derecho del particular contratante a ser compensado en todo momento de manera suficiente y justa por el ejercicio de las obligaciones a que haya consentido mediante un contrato administrativo, derecho que se encuentra presente incluso ante los perjuicios que puedan causarle las alteraciones que dicho contrato pueda sufrir por causas imputables a la Administración. Tal derecho encierra en si mismo -y salvando las diferencias sustantivas que ambos términos merezcan- una verdadera garantía que permite al particular contratar con la Administración en este ámbito, sin tener que soportar de manera especial los riesgos que este tipo de relación encierra como consecuencia de las mencionadas potestades administrativas. Corresponderá pues, mediante el resto de la presente monografía, desarrollar el alcance del derecho en cuestión.

<sup>3</sup> La jurisprudencia de la SPA/TSJ no ha vacilado en reconocer la existencia del derecho a la igualdad ante las cargas públicas, conforme al cual los derechos de un particular sólo pueden ser sacrificados a favor de la colectividad, siempre y cuando medie una justa indemnización que lo compense y sitúe en una situación económica equivalente para el caso que tal sacrificio no hubiese ocurrido, razón por la cual también es conocida en nuestro país como la «teoría de la raya». Así, la SPA/TSJ, mediante sentencia N° 968, del 2 de mayo de 2000, señaló la existencia plena del derecho a la igualdad ante las cargas públicas a la luz de la Constitución de 1999, de la siguiente manera: «Con el artículo 140 de la Constitución Vigente se establece un mandato obligatorio a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a ordenar la indemnización de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de la actividad de la Administración. Dicha norma se encuentra -a su vez- complementada por disposiciones cuyo origen inmediato puede ser encontrado en la Constitución de 1961 y que el constituyente de 1999 no dudo en incorporar al nuevo texto constitucional dado su valor y alcance a la luz de los derechos de los ciudadanos. Tales disposiciones son: (1) el artículo 259 de la Constitución vigente (antiguo 206 de la Constitución de 1961) relativo a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para «**condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración**», así como para «**conocer de reclamos por la prestación de servicios público**» (resaltado de la Sala) y (2) los artículos 21, 133 y 316 *ejusdem* (antiguos 61, 56 y 223, respectivamente, de la Constitución de 1961) en los cuales se fundamenta el *Principio de Igualdad o Equilibrio ante las Cargas Públicas*, conocida también como la *Teoría de la Raya*.» Resulta pertinente indicar que, si bien dicha decisión fue dictada en el marco de una demanda por responsabilidad objetiva en contra de una empresa del estado, la consagración de dicho principio no se encuentra circunscrita obviamente sólo a ese campo.

**1.- El derecho al equivalente económico ante el ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración**

Entre las llamadas cláusulas exorbitantes que se encuentran presente en los contratos administrativos destaca el *ius variandi* o, en otras palabras, la potestad de la Administración para alterar los términos en los cuales fue pactado un contrato administrativo originalmente. La jurisprudencia y la doctrina nacional han reconocido la existencia de dicha potestad, incluso en aquellos casos en que la misma no se encuentre establecida de manera expresa en el texto del contrato. Así, puede apreciarse de la decisión de SPA/CSJ, del 27 de enero de 1993, caso *Hotel Isla de Coche II*, en la cual afirmó:

«(...) La potestad modificatoria unilateral, con el debido respeto al principio de la llamada ecuación o equilibrio económico, fue también colocada dentro de las posibilidades de la Administración de ejercer su supremacía en el negocio jurídico, por cuanto a través de ella la Administración puede cambiar, de acuerdo con sus propios intereses, alguno o algunos de los elementos del contrato, no solamente en un sentido cuantitativo, sino también en ciertos casos, en sentido cualitativo.»

Sobre este último aspecto, como hemos esbozado anteriormente, la doctrina civilista ha manifestado especialmente su rechazo. Consideramos que ello pueda deberse a una confusión derivada de la denominación de «*cláusula exorbitante*» que este tipo de potestades ha recibido, pues se considera que no podrían causarse esos poderes de un contrato, y menos aún cuando nada se ha establecido sobre ello. Sin embargo, se olvida que no se trata de una «*facultad*» conferida a la Administración por vía contractual, o el resultado de interpretación jurisprudencial, sino que el ejercicio del *ius variandi* proviene de la ejecución de potestades consagradas en la ley, las cuales la Administración ostenta en salvaguarda de los intereses colectivos, y a las cuales no puede válidamente renunciar por vía contractual. De allí que, el *ius variandi* no sea otra cosa que el ejercicio de una potestad legal, que conlleva a la modificación de las específicas condiciones de un negocio jurídico, en beneficio de intereses colectivos.

Ahora bien, tal cual lo señala la decisión citada *supra*, frente a esa formidable potestad que le permite a la Administración alterar los términos específicos de un contrato, pudiendo hacer más gravosas las obligaciones establecidas para su cocontratante, se encuentra el derecho de este último a recibir una compensación adicional a la originalmente pactada, por tales cambios. Cuestión que como hemos también advertido se deriva del «*principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas*».



Tanto la potestad de alterar unilateralmente un contrato administrativo, como el derecho del particular a ser indemnizado por el ejercicio de esta última, se encuentra regulado de manera expresa en el artículo 39 de la Ley de Concesiones, el cual reza:

«Artículo 39. Modificación unilateral. Desde que se perfeccione el contrato, el ente concedente podrá modificar, por razones de interés público y mediante acto debidamente motivado, las características de las obras y servicios contratados. En tal circunstancia deberá 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.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato 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.»

Es importante señalar que la norma antes citada establece claramente que el derecho a indemnización del particular no procederá de manera inmediata como consecuencia del ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración, sino únicamente cuando ello le ocasione algún «perjuicio». Ciertamente, no debe confundirse a dicho derecho como una especie de penalidad ante la variación sobrevenida de los términos de un contrato por parte de la Administración, pues el mismo se funda como hemos dicho en el principio del equivalente económico, el cual obrará siempre y cuando tales alteraciones le causen al particular un gravamen que no había sido previsto inicialmente en el contrato. Ello obviamente implicará que será el particular quien deberá demostrar tal perjuicio y su cuantía.

Ahora bien, en sentido contrario, tampoco debe considerarse que sólo procederá tal indemnización cuando se impongan nuevas o mayores obligaciones al particular por vía de la variación del contrato, pues ésta también procederá incluso cuando se hayan reducido dichas obligaciones, siempre y cuando ello le cause un perjuicio al cocontratante. En efecto, considérese por ejemplo el caso de aquellas obras o servicios donde producto de su gran magnitud o cobertura el particular ha tomado en cuenta eficiencias o beneficios que provienen de la gran escala de su actividad, y los cuales no estarían presentes en caso de

reducirse el alcance del objeto del contrato. En ese caso, procederá la indemnización, aún cuando *prima facie* pudiere pensarse que más bien fueron reducidas las obligaciones del cocontratante.

En ese sentido, considérese el aumento en los costos del cocontratante que pudieren originarse producto de la pérdida de descuentos en la adquisición de materiales, a causa de reducir los volúmenes que originalmente hubiese pactado adquirir de sus proveedores, o las penalidades a las que pudiere estar sujeto como consecuencia de ello. En estos casos, sin duda alguna, el cocontratante sufriría un perjuicio, y por lo tanto, tendría derecho a ser indemnizado.

De los ejemplos expuestos se puede concluir que no puede plantearse un esquema único para establecer en cuáles supuestos procede o no la indemnización, sino que habrá que revisar caso por caso para conocer en que medida las alteraciones al contrato pudieren originar algún perjuicio al particular, siendo para ello relevante la comparación de los términos de los pliegos y el contrato, con la nueva situación que se origina producto de los cambios.

A lo anterior debe agregarse que, en algunos casos, la alteración de los términos del contrato pueden ser tales que el cocontratante no hubiese entrado en la contratación si hubiese previsto que los mismos hubiesen sido de tal magnitud. En este caso, el referido artículo 39 de la Ley de Concesiones dispone expresamente el derecho del cocontratante a solicitar la resolución del contrato cuando se modifique «*el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicialmente fijado en el contrato*», pudiendo obviamente solicitar adicional -e incluso de manera conjunta- la correspondiente indemnización por los daños que ello le pudiere haber ocasionado.

De esta forma, queda establecido que los particulares tendrán derecho al mantenimiento del equilibrio económico ante las modificaciones que la Administración pueda efectuar a un contrato administrativo, producto del *ius variandi*. Sin embargo, ello no quiere decir que los particulares queden sujetos o limitados simplemente a exigir tal resarcimiento -o la resolución del contrato en casos como el citado *ut supra*- ante el ejercicio de dicha potestad, pues siempre existirá el derecho de éstos a impugnar de manera separada el acto mediante el cual se alteren dichas condiciones, si éste es producto de la arbitrariedad.

Ciertamente, recuérdese que el ejercicio del *ius variandi* obra en salvaguarda de intereses públicos o colectivos, en la medida que la satisfacción





de éstos implique cambios en las condiciones específicas de un contrato administrativo. Ahora bien, cuando tales cambios persigan fines manifiestamente distintos al antes citado, pues mediante ellos se busca -por ejemplo- el producir un incumplimiento del cocontratante o imponer condiciones de difícil cumplimiento, aún mediando indemnización, con el objeto de producir la terminación anticipada del contrato administrativo, dicho acto se encontrará viciado por desviación de poder, y el particular podrá ejercer contra éste los recursos que el ordenamiento jurídico le confiere.

Ello se encuentra consagrado en la actualidad en la decisión de la SPA/TSJ, del 26 de junio de 2001, caso *Constructora Pedeca, C.A. vs. Estado Trujillo*, en la cual no sólo reiteró los principios que hemos enunciado, sino que también dejó sentado que el *ius variandi* no podrá fundarse válidamente en la arbitrariedad de la Administración, como se aprecia a continuación:

«siendo la concesión un mecanismo por el cual la autoridad pública otorga a una concesionaria, entre otras, la misión de gestionar un servicio público, el cumplimiento de esta función tiene lugar a cambio de una remuneración que en la mayoría de los casos consiste en la tarifa que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio. Sobre esa base tiene lugar la celebración del contrato por el cual se materializan las condiciones de la gestión a desempeñarse y de manera especial, la consagración de las cláusulas exorbitantes que tienden a instaurar los privilegios propios de la Administración. **Sin embargo, tal condición ventajosa no exime a la Administración de ajustar su actuación a derecho, pues ésta no debe, en ningún caso, cometer arbitrariedades en el uso de tal prerrogativa, o lo que es lo mismo, su ventaja no obsta al cumplimiento de ciertas obligaciones para con la empresa contratista.** De allí, que si bien se encuentra facultada para rescindir unilateralmente un contrato cuando medien razones de interés general que prevalezcan en la toma de su decisión, debe dejar a salvo los derechos de naturaleza pecuniaria que derivan de esa relación, como sería la indemnización que debe percibir la concesionaria, en atención al equilibrio financiero que caracteriza las reglas económicas básicas que debe contener todo contrato de concesión.» (Resaltado nuestro)

Conforme a lo antes dicho, si bien el *ius variandi* constituye una potestad de la Administración, frente a la cual el particular sólo puede reclamar la indemnización por los perjuicios que el ejercicio de ésta le pueda causar, ello no limita que cuando ésta sea ejercida con un fin ajeno a los tutelados por el ordenamiento jurídico, el particular no pueda optar por impugnar el acto sobre la base de la desviación de poder.

## **2.- El derecho al equivalente económico ante el Hecho del Príncipe**

Existe otro supuesto de actuaciones provenientes de los órganos del Poder Público respecto de los cuales el derecho al equivalente económico merece un tratamiento especial, el cual se encuentra referido al llamado Hecho del Príncipe. Este supuesto sufre algunas modificaciones respecto a su concepción en el Derecho Civil, en la medida que no implica -en el ámbito del Derecho Administrativo- un acto proveniente de un sujeto extraño a las partes en el contrato, ni tampoco que ese acto haga necesariamente imposible la ejecución del contrato por parte del deudor. Como veremos a lo largo del presente punto, se trata más bien de un acto de efectos generales emitido por el mismo ente contratante, el cual afecta de manera directa la ejecución del contrato, al hacerla más onerosa, y respecto del cual el contratista puede solicitar la revisión del régimen económico del contrato.

También cabe advertir que la concepción propia que en el Derecho Administrativo existe del Hecho del Príncipe, no implica que en ocasiones no pueda recurrirse a la noción del Derecho Civil, cuando la actuación provenga de otro ente distinto al contratante, y que pueda incluso hacer imposible el cumplimiento de la obligación del contratista, pero en este caso, a los fines de mantener las categorías propias del Derecho Administrativo será conveniente encuadrar a tales supuestos dentro de la Teoría de la Imprevisión, la cual en todo caso sirve para ambos supuestos.

Para demostrar las conclusiones que hemos indicado, comencemos nuestro análisis por señalar que -quizás- uno de los conceptos que encuentra mayor problema de concreción en la doctrina administrativa es el llamado Hecho del Príncipe. Una simple revisión de los textos sobre la materia basta para advertir que no existe consenso respecto a qué autoridad debe imputarse la actuación para encuadrarse en este supuesto, así como al tipo de acto (de efectos generales o de efectos particulares) que merece esa calificación. Es por ello que consideramos necesario efectuar nuestras consideraciones sobre el tema, partiendo del Derecho Positivo venezolano y arrojando las respuestas que, a la luz de éste, sean procedentes para arribar a una conclusión sobre el tema.

Atendiendo a lo anterior, conviene comenzar por advertir las distinciones que el Hecho del Príncipe tendrá en el ámbito del Derecho Administrativo, con aquellas propias del Derecho Civil. En efecto, el Hecho del Príncipe en el ámbito del Derecho Civil constituye uno de los supuestos que exime al deudor del cumplimiento de su obligación, de conformidad con el artículo 1.271 del Código Civil, dado que una actuación legislativa o administrativa, imprevisible



e irresistible al mismo, le impidió hacerlo. En ese respecto, destaca la definición que MELICH-ORSINI ha efectuado al respecto:

«El hecho del príncipe se llama el obstáculo al cumplimiento de la actividad prometida que proviene de un acto legislativo o de la autoridad administrativa. Considerando que el efecto liberatorio no se produce si el deudor no ejercita las iniciativas que aconseja la diligencia del buen padre de familia para vencer el obstáculo y removerlo cuando el acto de autoridad es ilegítimo o cuando pudo superarse el impedimento con otras medidas que el deudor se ha abstenido de cumplir»<sup>4</sup>.

Puede apreciarse como, en el ámbito del Derecho Civil, se considera que el Hecho del Príncipe proviene de una actuación legal o administrativa de un *agente extraño* a la relación contractual, que en este supuesto sería -en términos generales- el Estado. Nótese que, en ese respecto, sea cual sea el órgano del Poder Público que actúa, estamos hablando siempre de una persona ajena al contrato, razón por la cual la doctrina civilista analiza el tema desde la teoría de la causa extraña no imputable, que encuentra reconocimiento expreso en el artículo 1.271 del Código Civil.

Ahora bien, salta a la vista que lo antes dicho constituye una importante distinción con el ámbito de nuestro análisis, pues en los contratos administrativos, una de las partes contratantes será siempre una persona de derecho público, bien sea un ente político-territorial o bien sea un ente descentralizado funcionalmente (como admite en la actualidad la jurisprudencia de la SPA/TSJ que hemos indicado), razón por la cual no cabría, al menos en el supuesto que la actuación proviniera del mismo ente contratante, la teoría de la causa extraña no imputable para explicar el Hecho del Príncipe desde el campo del Derecho Administrativo.

Adicionalmente, debe agregarse que en los contratos administrativos está en juego el interés público, motivo por el cual, más allá que el Hecho del Príncipe siempre podrá constituir una excepción válida para el contratista frente a un reclamo por incumplimiento o mora en el cumplimiento de la obligación. No puede olvidarse que -por medio de los mismos- se persigue la satisfacción de dicho interés público y, por lo tanto, que la Administración tendrá que actuar diligentemente en intentar mantener la estabilidad del contrato ante tales situaciones.

---

<sup>4</sup> MELICH-ORSINI, José. *Doctrina General del Contrato*. Editorial Jurídica Venezolana y Marcial Pons: Caracas, 3ra. Ed., 1997, 449.

Teniendo en cuenta esas importantes distinciones con el Derecho Civil, nos proponemos formular cuál sería el alcance en el Derecho Administrativo venezolano del Hecho del Príncipe, y si el mismo es una causa de indemnización del contratista. Para ello, conviene comenzar por señalar que la jurisprudencia, aún cuando no ha definido en qué consiste el Hecho del Príncipe en el marco del Derecho Administrativo venezolano, si ha establecido que el mismo constituye un supuesto que conlleva a la indemnización del contratista, y en consecuencia, que obliga a la Administración al restablecimiento del equilibrio económico del contrato administrativo. Así, fue señalado en una de las decisiones clásicas sobre la materia, caso *Acción Comercial, S.A.*, del 14 de junio de 1983, en la cual la SPA/CSJ estableció:

«Cuando requerimientos del interés colectivo así lo postulan, acude la Administración a la figura del contrato administrativo para asegurarse la colaboración del particular en la satisfacción de determinadas necesidades de interés general. La presencia de la Administración -dadas determinadas condiciones- en el negocio jurídico, marca a éste, inevitablemente, de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquella, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificarlo en aras de intereses privados de los administrados, por importantes -individualmente considerados- que éstos parezcan. **Los particulares contratantes quedan, a su vez, protegidos en ese género de convenciones gracias a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento por la administración de las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervinientes: ‘hecho del príncipe’, circunstancias imprevisibles, fuerza mayor ...) es compensada con la correspondiente indemnización al particular por los daños y perjuicios que pudieren habérsele ocasionado.** No sin razón se ha afirmado que entre esos dos extremos -sujeción a las normas de derecho civil, expresada en el respeto de la ecuación económica del contrato; y la violación de algunos de los principios de derecho privado, motivada por razones de interés público- encuentra adecuado y paradójico juego la teoría del contrato administrativo, cuya regulación queda sometida a reglas especiales distintas de las que rigen los pactos jurídico-privados.»

Tomando en cuenta lo anterior, corresponde analizar cuándo estamos en presencia de un Hecho del Príncipe, que origine el derecho del contratista a que sea restablecido el equilibrio económico de la concesión. Para ello distinguiremos, primero, si el mismo debe provenir del mismo ente que suscribió el contrato, y luego, el tipo de acto al cual se corresponde esta categoría.



Respecto a la identidad que debe o no existir entre el ente que dicta el acto que produce algún tipo de menoscabo al contratista y el ente público que suscribió el contrato administrativo, para calificar a tal actuación como un Hecho del Príncipe, resulta obvio que, al menos desde la perspectiva del Derecho Civil, el concepto se podría cumplir plenamente cuando tal identidad no esté presente, y adicionalmente tal actuación no haya podido ser prevista por las partes y sea irresistible al contratista. En efecto, estaríamos obviamente frente a una actuación «*extraña*» a los contratantes, la cual podría, de darse los otros dos extremos ya señalados, dar derecho al contratista a eximirse incluso del cumplimiento de una obligación.

En ese caso, con respecto al derecho del contratista a ser indemnizado por tal actuación ajena a la relación contractual, consideramos que la respuesta a ello no se encuentra obviamente en el régimen propio de la responsabilidad contractual, sino precisamente en el campo de la responsabilidad extra-contractual por hecho lícito de la Administración. De esa manera, el ente ajeno a la relación contractual que produzca el acto dañino, incluso de carácter lícito, deberá responder en los términos previstos en el artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela («CRBV»), el cual reza:

«Artículo 140. El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.»

La norma citada consagra un supuesto de responsabilidad objetiva de la Administración Pública, conforme a la cual, ésta responderá por los daños que cause, aún cuando se derive de una actuación válida y lícita de la misma, siempre y cuando el particular afectado demuestre que tal daño efectivamente ocurrió, y que el mismo es consecuencia de la actuación administrativa. De allí que, cuando la actuación provenga de un ente público (actuando obviamente por cualquiera de sus órganos) distinto al ente contratante, deberá tener lugar la indemnización por parte de éste (el ente ajeno a la relación contractual) con fundamento en el artículo constitucional *in commento*.

No obstante lo anterior, debe recordarse -como insistentemente hemos referido- que detrás de los contratos administrativos existe siempre un interés público que tutelar, y por ello, que si bien el derecho del contratista en el supuesto estudiado pudiera resultar salvaguardado a través de la formula indicada, ello no quiere decir que tal solución sirva para preservar la ejecución y estabilidad del contrato administrativo. En ese sentido, resulta pertinente indicar que en el artículo 33, literal c, de la LEY DE CONCESIONES, dispone:

«Artículo 33. Derechos del Concesionario. Desde el momento en que se perfeccione el contrato, nacen para el concesionario los derechos a:

*OMISSIS*

- c) ***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; (...)» (Resaltado y negrillas nuestro)

Conforme a dicha norma, la cual pareciera referida a todos los supuestos comprendidos dentro de la Teoría de la Imprevisión, se otorga el derecho al contratista a solicitar la revisión del régimen económico de la concesión, cuando causas supervinientes alteren el equilibrio económico de la misma, y a obtener si fuere procedente, las compensaciones a que hubiere lugar. En ese sentido, por lo que respecta a las actuaciones de entes públicos ajenos al contrato, consideramos que dicha norma permite al ente contratante revisar el régimen económico del contrato administrativo, y ajustarlo para que el mismo pueda seguirse ejecutando, siempre y cuando: (i) la actuación pública no haya podido ser prevista por el contratista al momento de suscribir el contrato; y (ii) dicha actuación no haga de imposible cumplimiento la obligación por parte de este último, sino que la convierta en excesivamente onerosa, y por lo tanto, superable ese obstáculo por la vía de un ajuste en el régimen económico del contrato. En este caso, si la Administración contratante procede a ajustar el equilibrio económico de la concesión, el contratista sería resarcido por esa vía, y no tendría derecho a reclamar la indemnización al ente causante del daño, dado que éste no sería real. De lo contrario, se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa.

Las consideraciones antes referidas aplican también para aquellos casos en que la actuación provenga de un ente público ajeno a la relación contractual, pero que pertenezca al mismo nivel político-territorial. Un ejemplo de ese caso, sería un supuesto en el cual el contrato administrativo se encuentre suscrito por un instituto autónomo municipal, y el acto que altere el régimen económico de la concesión o contrato administrativo provenga del Municipio que haya creado a dicho ente. En efecto, dado que ambos entes, como su nombre lo indica de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Administración Pública («LOAP»), ostentan personalidad jurídica propia, no podría ser imputable el acto del Municipio al instituto autónomo municipal, y en



consecuencia, esa situación debería ser resuelta bajo las reglas de la responsabilidad objetiva consagrada en el artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin desmedro a que el instituto autónomo pueda ajustar el régimen económico del contrato administrativo a los fines de permitir su continuación. De allí que no compartamos respetuosamente lo sostenido por alguna doctrina nacional, que asimila o imputa el acto emitido por el ente ajeno a la relación contractual al que suscribe el contrato, basados en que ambos pertenecen, siguiendo una terminología utilizada por MARIENHOFF<sup>5</sup>, a un mismo «orden jurídico», cuestión que no resulta procedente.

Mención especial merece aquellos casos en que tal situación ocurra a nivel nacional, pues en ese específico caso pareciera plenamente aplicable lo establecido en el artículo 44 de la Ley de Concesiones, el cual dispone:

«Artículo 44. Responsabilidad de la Administración.- La República, por órgano del ministerio o *entidad competente*, será responsable por las actuaciones, hechos y omisiones que le sean imputables y que causen perjuicios al concesionario. En tales casos deberá indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el concesionario.

La República podrá concurrir junto al concesionario en 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.» (Resaltado nuestro)

Aún cuando la redacción de la norma es confusa, y asumiendo –como pareciera– que la Ley de Concesiones considera como sinónimos a entidad competente y el concepto de ente consagrado en el artículo 15 de la LOAP, pareciera que al menos a nivel nacional podrían asimilarse el ente descentralizado con la República a los fines de exigir la indemnización consagrada en ella misma. No obstante, debemos advertir, que el artículo 44 *eiusdem* regula un supuesto mucho más amplio que el Hecho del Príncipe, y que podría incluso aplicar para supuestos de responsabilidad contractual.

Establecido el tratamiento que merecen aquellas actuaciones que afectan el equilibrio económico de los contratos administrativos, pero que sean ajenas a la persona pública contratante, corresponde analizar qué ocurre cuando la actuación provenga de la misma que suscribió el contrato. En este respecto,

<sup>5</sup> Cfr. MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, Abeledo-Perrot, 4ª Edición, Buenos Aires, 486 y sig.

resulta pertinente advertir que este supuesto se distinguirá del ejercicio del *ius variandi* en que, en este último caso, la Administración dicta un acto destinado a modificar de manera especial los términos del contrato, mientras que el supuesto del Hecho del Príncipe, el mismo ocurre cuando el contrato resulta afectado de manera directa por un acto emanado del Poder Público (en este caso la misma autoridad que suscribe el contrato), que es de efectos generales.

Ciertamente, la distinción entre el Hecho del Príncipe y el *ius variandi* reside en que en el Hecho del Príncipe la Administración ejercerá una potestad distinta a aquella que le permite alterar los términos específicos del contrato administrativo, y mediante la cual persigue regular o tutelar una situación general, que excede a los términos mismos del contrato, pero que afecta de manera directa y especial a la ejecución de éste. En otras palabras, si el acto de la autoridad modifica intrínsecamente los términos existentes del contrato, no estaremos hablando de un hecho del Príncipe, sino del ejercicio del *ius variandi* y el problema entonces tendrá que ser resuelto bajo tales reglas.

Lo anterior nos lleva forzosamente a señalar que no será un supuesto de Hecho del Príncipe un acto de afectos particulares -emanado de la autoridad que suscribió el contrato- que afecte de manera directa el equilibrio económico del contrato, pues en ese caso el mismo se confundirá ineludiblemente con una manifestación del *ius variandi*. Por tal razón, la categoría del Hecho del Príncipe quedará reservada para aquellos actos de efectos generales que sean dictados por la misma autoridad que suscribió el contrato, pero que afecten de manera directa y especial el equilibrio económico del mismo.

La última aclaración es sumamente relevante, pues como lo señala la más autorizada doctrina, a la cual nos referiremos *infra*, si el acto afecta por igual a toda la colectividad, no procederá ninguna indemnización dado que, en caso contrario, se estaría otorgando un privilegio al contratista, conforme al cual, el mismo estaría exceptuado de soportar las cargas que a todos nos corresponden por igual. De allí que, no sólo podamos extraer de esa conclusión tal principio, sino que también puede concluirse que el sustento fundamental del Hecho del Príncipe se encuentra en el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas, más allá de las normas legales que como el artículo 44 de la Ley de Concesiones lo podrían soportar.

Atendiendo a lo anterior, la doctrina más reputada sobre la materia ha propuesto los elementos que deben estar presentes para que sea reestablecido el equilibrio económico del contrato administrativo con fundamento en un Hecho del Príncipe, los cuales son los siguientes:





- «1. Debe tratarse de una medida general de índole económica; (...)
2. Debe tratarse de un acto de autoridad con eficacia bastante para ser impuesta en la ejecución de los contratos; (...)
3. Debe ser imprevista; (...)
4. El daño causado por el acto de autoridad debe tratarse de un daño cierto y especial: no se tomarán en cuenta, pues, disposiciones que impliquen únicamente reducción de beneficios: así las cargas fiscales directas (impuestos complementario sobre la renta, impuesto industrial o sobre las rentas de sociedades); tampoco aquellas que tienen carácter absolutamente general, que afecten a todos, cuyas consecuencias puedan ser consideradas como cargas públicas impuestas a la colectividad. Librar de ellas al contratista sería un privilegio en relación con los demás. (...);
5. La falta concomitante del contratista (dolosa o culposa) exime a la Administración de toda responsabilidad por el *factum principis* (la mora en el cumplimiento de la obligación impide gozar del beneficio (...)).»<sup>6</sup>.

Si bien los requisitos indicados no son vinculantes para determinar cuándo es procedente el restablecimiento del equilibrio económico producto del Hecho del Príncipe, ellos constituyen una guía válida para advertir cuando una medida de carácter general afecta de manera especial o directa la ecuación económica de un contrato administrativo, y la Administración se encuentra obligada a restablecerla. De esa manera, se evita también crear privilegios especiales a favor de los particulares que son parte de un contrato administrativo, y que frente a una medida de carácter general, que afecte por igual a todos, pretenda éste ser favorecido de manera especial.

Con base en las razones expuestas sobre el particular, puede concluirse que estaremos ante un Hecho del Príncipe que da derecho ante el ente contratante al restablecimiento del equilibrio económico del contrato administrativo, cuando se trate de un acto de efectos generales emanado de esa misma autoridad con fundamento en el ejercicio de sus potestades, y que afecte de manera directa y especial a la ejecución del contrato.

---

<sup>6</sup> ARIÑO ORTIZ, Gazpar. *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968. 266

### **3.- El derecho a indemnización por terminación anticipada del contrato administrativo, fundado en causas de utilidad pública o interés público**

Un supuesto mucho más sencillo que el anteriormente estudiado será el referido a la terminación anticipada del contrato administrativo. Dicha potestad ha sido considerada como una de las llamadas «*cláusulas exorbitantes*» con las cuales cuenta la Administración para terminar el contrato, no porque medie un incumplimiento del contratista, sino porque exista una causa que la obligue a hacerlo para la protección del interés público.

En estos casos, el contratista se hace acreedor, en términos generales, a una indemnización que cubra, no sólo los costos en que hubiese incurrido, sino también el lucro dejado de percibir. Así, aparece señalado en el artículo 53 de la Ley de Concesiones, el cual dispone:

«Artículo 53. Rescate anticipado. Las concesiones podrán rescatarse anticipadamente por causa de utilidad o interés público, mediante acto administrativo debidamente motivado del ente concedente. En estos casos procederá la indemnización integral del concesionario, incluyendo la retribución que dejare de percibir por el tiempo que reste para la terminación de la concesión.

En el pliego de condiciones se establecerán los elementos o criterios que servirán para fijar el monto de la indemnización que haya de cubrirse al concesionario. Si el concesionario estuviese conforme con el monto de la indemnización, la cantidad que se señale por este concepto tendrá carácter definitivo. Si no estuviere conforme, el importe de la indemnización se determinará mediante alguno de los mecanismos de solución de conflictos contemplados en este Decreto-Ley.»

Obviamente en estos casos no será necesario para la terminación del contrato administrativo el seguir algún tipo de procedimiento administrativo previo, como si ocurriría en el caso que la razón de la terminación anticipada se fundare en algún incumplimiento del contratista y, conforme al artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela éste tendría derecho a alegar y probar todo aquello que considere pertinente para demostrar que tal incumplimiento no ocurrió. Ambos supuestos son totalmente distintos.

Resulta pertinente señalar que en el caso de la Ley Orgánica del Poder Municipal, el rescate anticipado por parte del Municipio, si bien da lugar a la indemnización por los gastos y costos no amortizados, no da derecho al pago de lucro dejado de percibir por el resto de la duración de la concesión, como se aprecia a continuación:



«Artículo 73. La prestación de los servicios públicos municipales podrá ser objeto de concesión, sólo mediante licitación pública a particulares y bajo las siguientes condiciones mínimas establecidas en el contrato de concesión:

*OMISSIS*

6. Derecho de revocatoria por parte del Municipio sin menoscabo de la indemnización por el monto de las inversiones no amortizadas, **en ningún caso la revocatoria dará lugar a indemnización por lucro cesante.** (...)» (Resaltado nuestro)

No obstante lo anterior, debemos enfatizar que, salvo que ello sea excluido expresamente, como sucede en el caso de la Ley Orgánica del Poder Municipal, la regla general debe ser que en caso de rescate anticipado, el contratista debe ser indemnizado no sólo por el monto de las inversiones no amortizadas y los gastos no compensados, sino también por el lucro dejado de percibir por el tiempo restante del contrato administrativo, dado que el mismo ostenta el derecho a ser colocado en la situación que hubiese estado al finalizar el lapso de duración del contrato, máxime si el mismo no ha incurrido en ningún incumplimiento a este último.

**4.- Derecho a la revisión del régimen económico del contrato en caso de alteraciones por causas sobrevenidas.**

Otro de los supuestos que puede originar la revisión y ajuste del régimen económico de un contrato administrativo se encuentra referido a las causas sobrevenidas e imprevisibles que pudieron alterar el equilibrio económico de éste. Estas causas, de manera similar a lo señalado respecto a algunos casos a los cuales nos referimos en el punto relativo al Hecho del Príncipe, deben ser analizados de conformidad con la Teoría de la Imprevisión, la cual encuentra cobijo expreso, por lo que respecta al Derecho Civil, en el artículo 1.272 del Código Civil, correspondiente al caso fortuito o fuerza mayor.

Bajo la Teoría de la Imprevisión se trata de regular aquellos supuestos en los cuales el deudor -en nuestro caso el contratista- se encuentra impedido de cumplir con su obligación, por causa de un hecho extraño a las partes del contrato, que no haya podido ser previsto al momento de suscribir éste (guerra, revueltas, huelga general, etc.), y que impida de manera absoluta el cumplimiento de la obligación. En estos casos, atendiendo a esos requisitos, resulta válido que un contratista se excepcionara de la exigencia de cumplir una obligación o de haber incurrido en mora respecto a ello.

No obstante, como hemos señalado en el presente artículo en repetidas oportunidades, dado el interés público sobre el cual subyacen los contratos administrativos, ello implica que, de ser posible la continuación de la ejecución del mismo, aún cuando resulte mucho más oneroso que lo previsto inicialmente, deberá ser restablecido el equilibrio económico de la concesión en los términos que corresponda. Es por ello que, como lo establece el artículo 33, literal c, de la Ley de Concesiones, el concesionario -en términos generales el contratista- puede «*solicitar la revisión del régimen económico de la concesión y del plazo de ejecución por causas sobrevinientes*», cuestión que precisamente persigue el mantener en lo posible la estabilidad del contrato administrativo y de su ejecución, para evitar lesiones al interés público. De allí que, frente a tales supuestos imprevistos, la Administración deba asumir determinadas cargas económicas destinadas a salvaguardar ese interés público por vía de la ejecución del contrato administrativo.

Sin embargo, lo anterior no significa que un contratista se encuentra librado del riesgo o ventura que desde el punto de vista económico deba soportar cualquier empresa, o que la Administración deba restablecer el equilibrio económico ante cualquier hecho sobrevenido que pudiera afectarlo. En efecto, la Administración, específicamente en los casos de las concesiones, no puede garantizar algún tipo de lucro o retribución, más allá de las condiciones generales indispensables para el mantenimiento del equilibrio económico, pues ello implicaría que la administración asumiera absolutamente los riesgos de la empresa, cuestión que es extraña a cualquier negocio, donde los contratantes deben evaluar y *prever*, antes de entrar en él, los riesgos implícitos que éste lleva consigo. En pocas palabras, la Administración, si bien debe asegurar que las condiciones generales del contrato permitan -al menos- una justa indemnización del concesionario a cambio de las obligaciones asumidas, ello no significa que ella garantiza a toda costa una ganancia para el concesionario, aún cuando a lo largo de la ejecución del mismo surjan circunstancias que afecten en alguna medida a ésta y que puedan haber sido *previstas* antes de suscribir el contrato.

Así es reconocido de manera pacífica por la doctrina, la cual ha señalado al respecto lo siguiente:

«(...) Lo cual, por otro lado, tiene su explicación, ya que lo contrario equivaldría a convertir a la Administración en aseguradora del contratista desplazando sobre aquélla todos los riesgos del contrato (piénsese que el principio del equivalente económico no lleva consigo una *compensación integral* -justo precio- del mayor coste) y no es ésta la finalidad y el sentido de este principio. Lo que se trata de conseguir con



él 'solamente la relación aproximada –equivalencia honesta- entre cargas y ventajas que el contratista ha tomado en consideración, haciendo un cálculo, en el momento de la conclusión del contrato' (Laubadere, A. *Contrats ...*, cit., II pág. 34). Equivalencia que no puede ser unilateralmente sacrificada por la Administración, ni siquiera por razones de interés público, pues constituye un derecho subjetivo público que la Administración no puede desconocer sin atentar contra la doctrina del enriquecimiento sin causa y contra el principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que de no resarcirle íntegramente por vía de equivalente económico, la Administración -y todos los administrados- obtendrían un beneficio -enriquecimiento sin causa- a costa de uno de ellos: el contratista. Ahora bien, ello no quiere decir que no se justifiquen también en el contrato administrativo una cierta compensación económica en aquellos casos en que circunstancias ajenas a la voluntad de las partes han alterado gravemente el equilibrio de las prestaciones. Pero esta doctrina -teoría de la imprevisión- tiene distinto fundamento, distintos supuestos de aplicación y distinto sistema de afectos jurídicos.(...)»<sup>7</sup>.

Un buen ejemplo de lo anterior lo podemos encontrar en la sentencia de la SPA/CSJ, del 30 de abril de 1998, caso *Constructora Guaritico C.A.*, en la cual se negó que la inflación en Venezuela diere lugar a algún tipo de indemnización al contratista con base en la Teoría de la Imprevisión, pues ella era previsible dado que ésta ocurre de forma usual:

«En este sentido no se puede aplicar la teoría de la imprevisión, por el simple hecho de que la Constructora Guaritico, C.A. alegue un aumento en la mano de obra y materiales, ya que la inflación en Venezuela no es imprevisible. La inflación con lo imprevisto que pueda resultar a veces, es una posibilidad presente en una economía con dificultades, y no puede afirmarse, que sea un hecho imprevisible.»

Obsérvese que en este caso se trató de un factor que, dada su previsibilidad, debió ser tomada en cuenta por el contratista antes de entrar en el contrato administrativo, y en todo caso, regulada en su texto, no pudiendo ser considerada como un supuesto de la Teoría de la Imprevisión. En todo caso, la SPA/CSJ señaló que la conclusión podría ser distinta en casos de un «salto brusco del índice inflacionario», el cual no podría ser previsto en ese rango.

De manera tal que, la Teoría de la Imprevisión sólo aplicará para aquellos casos en que el hecho no haya podido ser previsto por las partes al momento

<sup>7</sup> ARIÑO ORTIZ, *ib.* 247

de suscribir el contrato, caso en el cual el contratista tendrá de derecho a solicitar la revisión del régimen económico del contrato.

En ese respecto, existe una importante distinción entre el supuesto que nos ocupa en este punto, y los casos antes estudiados, pues la doctrina se pronuncia a favor que no se otorgue una indemnización completa al contratista, sino parcial, en la medida que en estos casos éste deberá compartir las cargas económicas que implique la continuación del contrato con la Administración. La razón para ello ha sido expuesta por la doctrina de la siguiente forma:

«La teoría de la imprevisión no está concebida, por lo tanto, como una garantía de beneficio del concesionario, ni como un seguro que cubra las posibles pérdidas que pueda dar lugar normalmente la explotación del servicio, sino como un mecanismo capaz de asegurar a ultranza el fin público del servicio en circunstancias normales.»<sup>8</sup>.

Esta visión pareciera ser compartida por el legislador nacional en algunos casos, como ocurre en el ya citado artículo 44 de la Ley de Concesiones, en cuyo aparte final, de manera confusa, se señala *«la República podrá concurrir junto al concesionario (en) el pago de los daños y perjuicios producto de caso fortuito o fuerza mayor, si así lo estableciese el pliego de condiciones o contrato»*.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que aquello que se persigue ante este tipo de hechos imprevistos, que pudieren tornar considerablemente oneroso el cumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista, al punto que sin la ayuda de la Administración éste no pudiera cumplir con las mismas, es buscar un supuesto en el cual ambas partes compartan dicho riesgo, cuestión que en todo caso deberá ser analizada en cada caso particular.

#### 5.- ***La excepción non adimpleti contractus en los contratos administrativos***

El artículo 1.168 del Código Civil establece que *«(e)n los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones»*, lo cual ha sido definida como la *non adimpleti contractus*. De esa manera, el deudor puede excepcionarse válidamente cuando le sea exigido el cumplimiento de una obligación, cuando su acreedor no haya cumplido con la obligación que le corresponde.

---

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Séptima Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1995, 717-718.



Ahora bien, esa norma que aplica de manera pacífica en el Derecho Civil, con las reglas propias que la doctrina y la jurisprudencia han establecido para que opere tal excepción (como por ejemplo, que el incumplimiento de la obligación por parte del acreedor no se trate de una de carácter accesorio, sino que sea esencial para el cumplimiento de la obligación por parte del deudor), en materia de contratos administrativos ha sido totalmente restringida por lo que respecta al contratista. Así, desde la decisión de la Corte Federal y de Casación, del 5 de diciembre de 1945, la jurisprudencia ha establecido que el contratista no puede invocar la excepción de la *non adimpleti contractus* cuando la Administración exija el cumplimiento de su obligación sin haber previamente cumplido ella con la obligación que le correspondía. Tal decisión ha sido reiterada en múltiples fallos, como se aprecia de la decisión recaída en el caso *Acción Comercial*, en la cual la SPA/CSJ ratificó ese criterio.

El fundamento que insistentemente se expone para respaldar tal criterio reside, como es de suponer, en el interés público que se tutela mediante los contratos administrativos, lo cual implica que no pueda suspenderse su ejecución, aún por incumplimiento de la propia Administración, y en consecuencia, que deba soportar el contratista de continuar con la ejecución del contrato con sus propios recursos, hasta tanto la Administración cumpla con sus obligaciones.

Especial mención debe recibir el hecho que dicho criterio no aplica por igual a la Administración, la cual si podrá oponer esa excepción al contratista, tal cual como se desprende de la sentencia de la SPA/TSJ, del 21 de febrero del 2002, caso *EMPACANDO, C.A.*,

«Ahora bien, coincide mayoritariamente la doctrina nacional en que la procedencia de la excepción *non adimpleti contractus*, requiere de condiciones especialísimas para que pueda prosperar, tales como las siguientes:

- i.- que se trate de un contrato bilateral, lo cual se cumple en el presente caso;
- ii.- que las obligaciones recíprocas deban satisfacerse en forma simultánea, condición que igualmente se cumple, en virtud de la naturaleza continua que emerge del cumplimiento del contrato bilateral de abastecimiento de alimentos perecederos;
- iii.- que el incumplimiento atribuido por la excepcionante a la otra parte sea de tal importancia, que incida sobre lo principal del contrato suscrito, cuestión que en criterio de la Sala también se verifica, pues la parte demandada atribuye su incumplimiento al hecho de que la

parte contraria tendría en sus depósitos alimentos almacenados en forma inadecuada, lo cual violaría disposiciones sanitarias mínimas, poniendo en peligro la salud de la población destinataria de los productos agrícolas objeto de los diferentes contratos;

iv.- que la parte que oponga la excepción no haya motivado, a su vez el incumplimiento de la otra parte. En el presente caso, en virtud de que la demandada ha admitido expresamente que no emitió la orden de despacho; y que la parte actora sostuvo, por su parte, que siempre cumplió con su obligación, no se configura en el presente caso la circunstancia de que la opositora de la excepción hubiere motivado el incumplimiento del convenio; y

v.- que se trate de un incumplimiento culposo, esto es que la conducta ilícita de la demandante sea la causa y justificación para que la demandada no cumpla o se niegue a cumplir con las obligaciones a su cargo.»

Es importante hacer notar que si bien la SPA/TSJ no distinguió entre la Administración y el contratista para hacer referencia a los requisitos que deben cumplirse para que la excepción prospere. No obstante, en el caso en cuestión la Administración fue quien opuso la *non adimpleti contractus*, y por lo tanto, no podría considerarse suficiente para tener como superado el criterio ya referido respecto del derecho del contratista a oponerla.

Pero, volviendo a lo tocante a la prohibición *jurisprudencial* que el contratista invoque a la *non adimpleti contractus*, resulta imperioso advertir que si bien es cierto que la continuidad del contrato administrativo y la tutela del interés público que el mismo envuelve justifican que operen ciertas restricciones a su aplicación en este campo, también es cierto que el concepto amplio de contratos administrativos que existe hoy en día impone la necesidad de limitar el alcance de tal prohibición tanto desde el plano sustantivo, como desde el plano económico, como lo ha señalado autorizada doctrina comparada desde vieja data<sup>9</sup>.

En efecto, resulta pertinente analizar en cada caso el objeto del contrato para determinar si la suspensión de la ejecución del mismo por parte del contratista conllevaría a vulnerar de manera irreversible al interés público, o por el contrario, resulta plenamente aplicable la excepción dada la naturaleza de la obligación que se trate.

---

<sup>9</sup> Cfr. MARIENHOFF, Miguel. *Ib.* 376 y ss.





Asimismo, también en todos los casos debe tomarse en cuenta el esfuerzo o magnitud de la obligación que se estaría imponiendo al contratista de continuar con la ejecución de la obra, sin que le sean suministrados los recursos a los cuales se obligó la Administración, por cuanto ello significaría constreñirlo «*a que actué como financiador de las obras estatales, lo cual no habría convenido expresa ni implícitamente en parte alguna del contrato*»<sup>10</sup>. Tal obligación implicaría una violación al principio de igualdad ante las cargas públicas, consagrado en nuestra Constitución, y por lo tanto, será procedente la excepción por parte del contratista cuando se le imponga incurrir en fuertes endeudamientos, o disponer de cuantiosas sumas de dinero que pondrían en riesgo su estabilidad económica.

Consideramos que esos supuestos deben ser tomados en cuenta por la jurisprudencia al momento de evaluar la procedencia o no de la excepción, por cuanto la vigencia práctica de los contratos administrativos, como un medio esencial para que la Administración moderna gestione eficientemente sus deberes en tutela de los intereses públicos y colectivos, dependerá de la necesaria seguridad jurídica que deberá brindársele al contratista, y por lo tanto, obrará en su propio interés y en el del colectivo que los particulares sigan consintiendo en pactar con ella para la satisfacción de esos fines.

---

<sup>10</sup> MARIENHOFF, Miguel. *Ib.* 382.

DIEZ PROPUESTAS PARA LA FINANCIACIÓN  
DE LAS OBRAS PÚBLICAS

## DIEZ PROPUESTAS PARA LA FINANCIACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS

*Víctor Rafael Hernández-Mendible\**

### INTRODUCCIÓN

Nadie discute actualmente la importancia que tienen las obras públicas como factor de desarrollo y progreso en las sociedades modernas. De allí que actualmente existe un pujante interés en establecer el estatuto jurídico de las obras públicas.

Ahora bien, tal estatuto tiene relevancia en la medida que la sociedad exige cada vez mejores y mayores obras públicas, que en principio deben ser provistas por el Estado, pero que en muchos casos, éste no está en capacidad de brindar, producto de diversas circunstancias propias de cada país.

Esto ha planteado la necesidad de buscar alternativas al modelo tradicional, para la realización de las obras públicas que requiere la sociedad. Es así como ante la tradicional ejecución directa de la obra pública por la Administración, surgió en un primer momento la posibilidad de ejecución indirecta a través de la figura del contrato de obra pública y posteriormente a través del contrato de concesión de obra pública.

Ello lleva a señalar que jurídicamente existen elementos que permiten distinguir entre el contrato de obra pública, el contrato de concesión de obra pública y el contrato de concesión de servicio público, lo cual se ha abordado en otra oportunidad<sup>1</sup>.

---

\* Profesor de Regulación Económica en la Universidad Católica Andrés Bello y de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. [www.hernandezmendible.com](http://www.hernandezmendible.com)

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. *Concesión de Servicios Públicos y Concesión de Obras Públicas*, en la obra colectiva *Servicios Públicos. Balance & Perspectiva*. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1999. pp. 241-245.

En el año 2000, se efectuó un ensayo de prospectiva jurídica, con una doble finalidad: Por una parte, estudiar la factibilidad de que los Estados como entes político-territoriales distintos de la República, en ejercicio de las competencias constitucionalmente atribuidas, elaborasen sus respectivas leyes para establecer los mecanismos de financiación de las obras públicas que necesitaren en sus respectivas comunidades, mediante el establecimiento de incentivos económicos y fiscales a las inversiones privadas, generándose así fuentes de empleo para la población regional, lo cual debería contribuir a la reactivación económica, una mayor cohesión social, el aumento de las comunicaciones, la calidad de vida y al progreso general de las regiones y del desarrollo conjunto del país.

Por otro lado, perseguía contribuir al debate académico respecto a la posibilidad de crear mecanismos alternos a la financiación presupuestaria de las obras públicas, que ha sido el que tradicionalmente se ha utilizado en la ejecución directa de las obras públicas o en el contrato de obras públicas; así como a la creación de mecanismos de financiación indirecta, distintos de la típica concesión de obras públicas.

Aquel estudio formaba parte de una obra colectiva sobre el «Régimen Legal de las Concesiones Públicas», que se agotó el mismo año de su edición por la calidad en el enfoque jurídico, financiero y técnico, con el cual los demás colaboradores en la misma asumieron el análisis<sup>2</sup>.

Aún cuando han transcurrido seis años de la elaboración de aquel trabajo y a pesar que se han modificado muchas disposiciones del ordenamiento jurídico desde aquel entonces hasta la presente fecha, el mismo mantiene total vigencia porque la sociedad sigue exigiendo mejores y mayores infraestructuras públicas y el Estado, a pesar de tener ingentes recursos financieros no se encuentra en plena capacidad de dar respuesta a todas las demandas de la sociedad.

Es por ello que con motivo de la invitación a participar en esta obra, he considerado pertinente reproducir las ideas esenciales expuestas en aquel entonces, pero ajustadas a las reformas legales que se han producido en el transcurso de estos años.

Son esas ideas las que constituyen las propuestas para la financiación de las obras públicas, que contribuyan a complementar -si ello fuese posible-

---

<sup>2</sup> ROMERO MENDOZA, Alfredo (coord.). Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2000.



la extraordinaria exposición sobre el «Contrato de Obra Pública y de Concesión de Obra Pública», brillantemente desarrollada por el profesor uruguayo Carlos E. Delpiazco<sup>3</sup>.

En la realidad venezolana, actualmente no existe duda alguna que tanto el contrato de obra pública como el contrato de concesión de obra pública son contratos administrativos. Ello es así porque desde el punto de vista subjetivo, en principio una de las partes contratantes es la Administración Pública; desde el punto de vista objetivo, a través de los mismos se persigue la satisfacción de un interés general; y desde el punto de vista formal; por lo general en ellos existen cláusulas exorbitantes al derecho común, que son la consecuencia de la aplicación predominante del régimen jurídico de derecho público a este tipo de contratos en los cuales interviene la Administración.

En lo atinente a este último aspecto, debe tenerse presente que los contratos administrativos de obras que celebra la Administración Pública Nacional Central, no así en el caso de la administración pública descentralizada y menos aún de la estatal o municipal, se rigen tanto por las cláusulas del propio contrato, como por las Condiciones Generales de Contratación de Obras<sup>4</sup> en lo que concierne a la parte sustantiva y en el aspecto procedimental, por la Ley de Licitaciones y el Reglamento de dicha Ley<sup>5</sup>.

Por su parte, el contrato de concesión de obras públicas tiene una regulación más compleja, porque se encuentra sometido al Decreto N° 318, con rango y fuerza de Ley sobre Promoción de la Inversión privada bajo régimen de concesiones, en los que respeta a las concesiones de obras públicas de la Administración nacional, quedando establecida la posibilidad que los estados y

<sup>3</sup> DELPIAZZO, Carlos E. Contrato de Obra Pública y Concesión de Obra Pública. Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado. VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Tomo I. Funeda. Caracas. 2005. pp. 195-228.

<sup>4</sup> Las Condiciones Generales de Contratación de Obras, se establecieron en el Decreto N° 1417, de 31 de julio 1996, publicado el 16 de septiembre de 1996.

<sup>5</sup> La Ley de Licitaciones fue publicada en la Gaceta Oficial N° 5.556, de 13 de noviembre de 2001; el Reglamento parcial de la Ley de Licitaciones para la adjudicación directa en caso de contratación de obras, servicios, o adquisición de bienes, conforme al plan excepcional de desarrollo económico y social que se establezca para fomentar la pequeña y mediana industria y demás empresas alternativas como las asociativas, cooperativas y microempresas autogestionables, deban ser ejecutados en un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días hábiles, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.688, de 13 de mayo de 2003; y el Reglamento parcial de la Ley de Licitaciones fue publicado en la Gaceta Oficial N° 38.313, de 14 de noviembre de 2005.

los municipios dicten su propia normativa sobre concesiones de obras públicas o que resuelvan aplicar potestativamente el mencionado Decreto<sup>6</sup>.

Sin embargo, este ordenamiento jurídico no es suficiente para resolver todas las exigencias de infraestructura que tiene la actual sociedad venezolana, de allí que se haya decidido retomar el tema de la financiación en los términos que se precisarán seguidamente.

Para una mayor claridad en la exposición de las ideas, dividiré el presente estudio en dos temas a saber: El primero, sobre las obras públicas y la participación pública y privada (I); y el segundo, sobre los sistemas de financiación de las obras públicas (II).

## **I. LAS OBRAS PÚBLICAS Y LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA.**

El estudio de los sistemas de financiación de las obras públicas, conduce en primer lugar, a precisar algunas nociones fundamentales que permitan efectuar un manejo adecuado del tema objeto de desarrollo.

### **1. Las obras públicas**

Algunas de las técnicas de intervención del Estado nacen alrededor del concepto de obra pública, resultando curioso que a comienzos del siglo XXI se vuelva a poner «de moda la obra pública como concepto administrativo, como categoría que quizás englobe a todas las técnicas de intervención administrativa y que da lugar incluso a la solución de los problemas económicos de final de siglo», lo que lleva a considerar a algunos que se esta volviendo al Estado liberal, al Estado gendarme de finales del siglo XIX<sup>7</sup>. No obstante desde ahora debe advertirse que no se trata de un retorno al Estado Liberal, sino de una transformación del Estado social de Derecho, de productor de bienes y prestador de servicios a regulador<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> El Decreto N° 318, con rango y fuerza de Ley sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, fue publicado en la Gaceta Oficial N° 5.394, de 25 de octubre de 1999.

<sup>7</sup> TRILLO-FIGUEROA, Jesús. *Desarrollo y Futuro en la Financiación de Infraestructura Energética*, en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. p. 102.

<sup>8</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. La Regulación de los Servicios Públicos Competitivos. Revista Actualidad en el Derecho Público. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2006.



Las obras públicas se constituyen así en recursos genéricos, productivos, que al igual que el capital, el trabajo y la industria, son los elementos integrantes del proceso de producción y contribuyen al desarrollo nacional.

Para ejecutar una obra pública se requiere una declaración de utilidad pública o interés social de parte del Estado, interés que por ser superior al de los particulares, conduce a la construcción de la obra pública, incluso con sacrificio de la propiedad privada a través de la expropiación.

Ello lleva a precisar la noción de obra pública, debiendo señalar que tradicionalmente se ha admitido como obra pública el producto de la creación, elaboración, construcción o transformación de una cosa física preexistente, que da como resultado un bien inmueble, que se promueve o financia por el Estado, con fines de uso público o para la prestación de un servicio de interés general<sup>9</sup>.

Esta noción ha entrado en crisis, a partir del momento en que la Administración ha tenido que acudir a la participación de los inversionistas privados, para la financiación de las obras públicas, lo que ha llevado a la doctrina científica a reelaborar el concepto tradicional.

## **2. Los modos de ejecución de las obras públicas**

El Estado puede realizar las obras públicas directa o indirectamente. Ello así, la Administración pública para ejecutar sus obras públicas puede acudir a la ejecución directa y con cargo a los presupuestos generales del Estado, realizando la ejecución a través de los obreros o trabajadores de las respectivas administraciones, oficinas, gerencias o direcciones de obras públicas o infraestructuras.

La Administración pública también puede acudir a la ejecución indirecta, con financiación presupuestaria, utilizando para ello el tradicional contrato de obra pública. Este contrato supone una financiación pública y directa, por la Administración, que paga al contratista por la ejecución de la obra, conforme a las condiciones establecidas en el contrato.

Esto lleva a analizar el concepto de contrato de obra pública. Éste constituye un contrato de naturaleza administrativa, en virtud del cual la

---

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. *Concesión de Servicios Públicos y Concesión de Obras Públicas*, en la obra colectiva *Servicios Públicos. Balance & Perspectiva*. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1999. pp. 241-245.

Administración contrata exclusivamente la ejecución de una obra pública, con una persona privada u otra persona pública, con capacidad técnica para realizarla y le paga como contraprestación, por la realización de la obra pública, el precio convenido, con fondos provenientes de los presupuestos generales de la Administración<sup>10</sup>.

La ejecución de la obra pública mediante este tipo de contrato requiere de financiación presupuestaria, lo que plantea como inconveniente, que al no existir o ser insuficiente la previsión presupuestaria, no se pueda contratar la ejecución de la obra, pues de hacerlo, se violaría la Constitución y la Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector público<sup>11</sup>.

Tal situación lleva a establecer los posibles niveles de participación pública y privada en la realización de las obras públicas estatales.

### **3. La participación pública y privada de las obras públicas**

Tal como he señalado antes, la realización de las obras públicas ha pasado del modelo tradicional de financiación pública con ejecución directa o indirecta, a un modelo donde se presentan distintos grados de participación pública y privada, tanto en la financiación como en la ejecución.

Ello es consecuencia de que la ejecución de las obras públicas tiene una incidencia fundamental en el desarrollo económico a mediano y largo plazo, por lo que no se puede dejar de invertir en las obras públicas.

La razón de buscar la participación privada en la financiación de las obras públicas atiende a que las Administraciones Públicas tienen un fuerte endeudamiento, tienen la necesidad de reducir el déficit público y la inflación, pero también tienen la obligación de crear y mantener el Estado de Bienestar y elevar el nivel de vida de todos los ciudadanos.

---

<sup>10</sup> Sobre la distinción entre contrato de obra pública y contrato de concesión de obra pública, puede consultarse Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Concesión de Servicios Públicos y Concesión de Obras Públicas*, en la obra *Servicios Públicos. Balance & Perspectiva*. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1999. p. 247.

<sup>11</sup> La Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector público, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.198, de 31 de mayo de 2005, es desarrollada por el Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el sistema presupuestario, publicado en la Gaceta Oficial N° 5781, de 12 de agosto de 2005 y el Reglamento N° 2, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el sistema de crédito público, publicado en la Gaceta Oficial N° 38.117 de 28 de enero de 2005.





Ahora bien, el grado de intensidad de la participación pública en la ejecución de las obras públicas puede variar en la medida en que se produzca una mayor participación privada. Ello permite encontrar cuatro grandes niveles de participación pública y participación privada, niveles que no son excluyentes y que se pueden agrupar de la siguiente manera<sup>12</sup>:

- 1.- El modelo en el cual el control de la inversión en la obra es público y los criterios de explotación también lo son. Este modelo es utilizado en aquellas obras públicas que por razones políticas, por su incidencia social, por sus condiciones de mejora de la competitividad a nivel nacional, regional o local, no se van a financiar con tarifas o tasas, sino que se financiarán directamente con cargo a los presupuestos de la Administración Pública. Este modelo es aplicado en las autovías.
- 2.- El modelo en el cual hay un control público en la inversión, pero en la gestión y explotación de la obra pública, se aplican criterios privados. En este modelo, el control de las inversiones, la gestión y los rendimientos que se generan están atribuidos íntegramente al sector público, aunque el modelo de gestión es privado. Este modelo es aplicable para los puertos o aeropuertos.
- 3.- El modelo en el cual existe una supervisión pública, pero la gestión es privada tanto en la inversión como en la explotación. Este es el caso de las sociedades mixtas, que se han utilizado para todos los proyectos de inversión relacionados con los sistemas de aguas. Tanto los rendimientos económicos que generan las sociedades y la asunción de los riesgos corresponden al sector privado, que aportan los fondos para realizar las inversiones.

Las sociedades de gestión de aguas necesitan fuertes inversiones inicialmente, desde el punto de vista financiero y generan ingresos importantes con los que se puede retribuir la inversión. La demanda de estos servicios no ofrece ningún riesgo en el cobro; la regulación tarifaria es clara y estable, lo que permite a los particulares efectuar su inversión con un margen de riesgo razonable. Durante el período inicial los ingresos retributivos son muy reducidos, generalmente negativos, siendo a partir del tercer o cuarto año que los ingresos se

<sup>12</sup> ABAD, José Antonio. *Financiación de Infraestructuras de Transporte: Ferrocarriles y Autopistas*, en *La Financiación Privada de Obras Públicas*. Civitas. Madrid. 1997. pp. 82-85.

comienzan a elevar, lo que estimula la inversión privada, independientemente de que la Administración Pública pueda participar en su gestión.

- 4.- En el modelo de la concesión, tanto la gestión de la inversión como de la explotación la realizan los particulares. Este modelo es denominado BOT (*Build, Operate and Transfer*) y conforme a él, los particulares construyen, explotan y finalmente transfieren a la Administración, pero el riesgo lo asumen éstos íntegramente. Este modelo se utiliza en las obras públicas donde las expectativas de demanda y precios dentro de un esquema tarifario equilibrado o estable, permite a los particulares tomar una decisión de inversión a largo plazo. Ello va a posibilitar la realización de determinados negocios conexos o la explotación de otros bienes vinculados con el objeto de la concesión. Este modelo se utiliza en las autopistas de peaje, ferrocarriles, sector energético.

Estos grados de intensidad de la participación pública o privada en las obras públicas son las que permiten distinguir, las formas de financiación de las obras públicas.

#### **4. Las formas de financiación de las obras públicas**

En el Derecho Administrativo moderno se han establecido diversas formas de financiación de las obras públicas, a continuación se analizarán cada una de ellas.

Hay que tener presente que la obra pública requiere de largos períodos de maduración, gestación, planificación, diseño, licitación y construcción, que deben ser considerados cuando se van a estimar los costos de su financiación.

Desde la perspectiva de su financiación, en las obras públicas se pueden distinguir dos grandes categorías: las autofinanciables y las no autofinanciables<sup>13</sup>. Las autofinanciables permiten trasladar el costo de la obra a sus futuros usuarios. Estas tienen un impacto mínimo en los presupuestos de la Administración Pública; el retorno a los inversionistas está garantizado por los recursos que genera la explotación del proyecto; permiten una eficiente asignación de riesgos y generalmente el usuario paga la totalidad de la obra.

---

<sup>13</sup> OLMEDA, Mariano. *Complementariedad de los Sectores Público y Privado en la Financiación de Infraestructuras. Principales Modelos de Financiación en Europa*, en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. p. 95.



No obstante, algunas de las obras públicas que quedan por construir no son económicamente rentables, lo que las hace poco atractivas para el capital privado, por ello se requiere para construirlas la utilización de un sistema mixto, en razón de lo cual, parte del financiamiento se trasladará a los usuarios, que efectuarán los aportes que corresponden a los particulares y la otra parte, la financiarán los contribuyentes mediante las aportaciones presupuestarias de la Administración, al proyecto.

Las obras públicas no autofinanciables se pueden distinguir en dos tipos: Unas, las que requieren una financiación pública total, que son pagadas con cargo a los presupuestos de la Administración Pública y las otras, que implican una financiación pública parcial, con aportes de los particulares. En este segundo tipo, se pueden establecer dos modalidades: La financiación privada temporal y la financiación con fondos procedentes de las privatizaciones de empresas públicas, fondos éstos que reciben un tratamiento contable y presupuestario especial.

La financiación privada temporal presenta como ventajas, la participación responsable de todos los que intervienen en la financiación; este sistema minimiza la utilización de los fondos presupuestarios y la Administración Pública mantiene el control y supervisión de la obra pública.

La aportación de la Administración Pública se materializa a través de las siguientes modalidades<sup>14</sup>:

- 1.- La Administración realiza las aportaciones no reembolsables para la construcción de la totalidad o de parte de las obras públicas, aportes que no son generados por la explotación de ésta y permite que los otros aportes sean invertidos y gestionados por los particulares.
- 2.- La Administración efectúa una aportación periódica no reembolsable, cuando se prevé que serán negativos los resultados de la explotación de la obra pública, por existir un esquema tarifario reducido, establecido con la finalidad de estimular la utilización de los usuarios.
- 3.- La Administración también puede acudir a los anticipos reintegrables, mediante los cuales ésta, inicial o periódicamente, lleva a cabo los anticipos hasta un determinado momento, en el que se verifica un

<sup>14</sup> OLMEDA, Mariano. *Complementariedad de los Sectores Público y Privado en la Financiación de Infraestructuras. Principales Modelos de Financiación en Europa*, en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. p. 97.

rendimiento en la explotación de la obra pública, que permite al gestor devolverle los anticipos a la Administración.

- 4.- Finalmente, tenemos el otorgamiento de ciertas garantías por la Administración, que aseguren al inversionista respecto a determinados riesgos, es decir, si no se cumplen los ingresos mínimos, la Administración paga la diferencia.

Lo antes dicho lleva a precisar que las fuentes de financiación de las obras públicas son fundamentalmente dos: Los presupuestos de la Administración Pública y las inversiones privadas. Además se puede dar una combinación de financiación mixta pública-privada.

#### ***4.1. La financiación pública de las obras públicas***

Cuando la ejecución de la obra pública no es rentable para los particulares, sólo es posible la financiación presupuestaria, con la finalidad de convertir proyectos socialmente atractivos en económicamente rentables. ¿Qué se puede hacer en estos casos? La solución más conocida es acudir a las subvenciones de explotación por cada viajero o usuario, es así como la Administración paga al gestor por la utilización que hacen los usuarios y se le estimula para que preste un buen servicio. Tal situación ha dado lugar al denominado «peaje en la sombra».

Otra de las formas de llevar a cabo la ejecución y explotación de la obra pública mediante la intervención pública, es acudiendo a la creación de una Administración independiente, de una sociedad pública o mixta, que recibe determinados ingresos por concepto de tasas o impuestos vinculados que pagan los particulares, ingresos que se utilizarán para el financiamiento de la obra pública.

También se puede articular un «joint venture» de entes públicos y privados para desarrollar la obra pública, en la cual para la ejecución del proyecto existe una participación pública mayoritaria, pero con una financiación privada garantizada por las tasas que se van a cobrar, por el uso de la obra pública y por los ingresos que puede generar la explotación.

#### ***4.2. La financiación privada en las obras públicas***

La financiación privada es un medio adecuado para rebajar la presión fiscal, disminuir los presupuestos públicos y reducir el endeudamiento, con el consiguiente control del déficit presupuestario, permitiendo además, una gestión



más ágil y eficiente. Para lograrlo, se debe buscar una mayor cooperación y colaboración de los particulares con la Administración Pública.

La participación privada presenta entre sus desventajas un mayor costo financiero, que en los casos de inversión pública, dado el mayor nivel de riesgo que representa para los inversionistas privados, deben otorgársele mayores garantías financieras.

La financiación privada de las obras públicas persigue cuatro objetivos a saber:

- La ejecución de obras de interés general, sin inversión de la Administración.
- El deseo de transferir a los particulares los riesgos económicos de la explotación de ciertas obras públicas.
- La necesidad de lograr una mayor eficiencia del sector público.
- El interés en reactivar la actividad económica de la construcción, que se encuentra estancada durante los últimos años.

La economía del costo de transacción pone en evidencia que uno de los elementos definidores del proceso productivo son las obras públicas, en cuanto que la economía de las mismas, determina decisivamente la eficacia del proceso de producción y del mercado en su conjunto.

Considera Ruiz Ojeda que los argumentos para propugnar por la gestión privada y financiación extrapresupuestaria de las obras públicas, son tres a saber<sup>15</sup>:

- 1.- Una razón de equidad intrageneracional, exige que sean los beneficiarios directos de las obras públicas quienes participen en su financiación en la medida de su beneficio, de forma tal que suponga una reducción de las cargas para el resto de los contribuyentes.
- 2.- Una razón de equidad intergeneracional, pues las obras públicas son bienes de prolongada duración, que alcanzan a varias generaciones. Lo más equitativo es distribuir el costo de las obras públicas durante

---

<sup>15</sup> RUIZ OJEDA, Alberto. Hacia un Nuevo Entendimiento y Articulación de las Relaciones entre los Factores Implicados en la Provisión y Gestión de Infraestructuras, en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. pp. 52-53.

el tiempo de su vida útil y que contribuyan a su financiamiento tanto los usuarios presentes como los usuarios futuros, evitando gravar única y exclusivamente a la generación presente al momento de su realización.

- 3.- Una razón de equidad interregional, impone que los recursos presupuestarios se transfieran hacia las regiones con menores niveles de renta, al tiempo que se establezcan los mecanismos de financiación extrapresupuestarios en las regiones más desarrolladas, en las que se puedan ofrecer mayores incentivos a las inversiones privadas; sin excluir la posibilidad de que la financiación privada de dotaciones públicas, complementen adecuadamente las carencias de fondos públicos en regiones menos desarrolladas.

#### ***4.3. La financiación mixta de las obras públicas***

Sin perjuicio de las formas de financiación pública o privada, se puede producir una combinación de ambas para efectuar una financiación en parte pública y en parte privada, con la finalidad de realizar aquellas obras públicas que siendo necesarias, por sus características no son lo suficientemente atractivas para que los particulares asuman el riesgo de la financiación y tampoco pueden ser sufragadas en su totalidad, a través de los presupuestos de la Administración.

Ello lleva a dedicar la segunda parte de este trabajo, a analizar algunos de los sistemas de financiación de obras públicas estatales, que pueden establecer los Estados al dictar su legislación.

## **II. LOS SISTEMAS DE FINANCIACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS**

La concepción del Estado Social de Derecho tiene entre sus objetivos garantizar un mayor nivel de vida de sus ciudadanos, que se alcanza al lograr estándares cada vez mayores en las obras y los servicios públicos.

La creciente necesidad de realizar nuevas obras públicas o de mejorar las existentes, aunado al esfuerzo que realizan todas las administraciones públicas, por reducir sus gastos públicos, disminuir los niveles de endeudamiento y realizar las obras públicas necesarias para garantizar y mejorar el Estado de Bienestar, han llevado a la búsqueda y al surgimiento de nuevas formas de financiación de las obras públicas, tanto de manera presupuestaria como por los capitales privados nacionales y extranjeros.



Estas nuevas formas de financiación de las obras públicas, distintas de la concesión, serán algunas de las que se desarrollarán a continuación, no sin antes, hacer algunas consideraciones sucintas sobre la concesión.

### 1. El sistema de contrato de concesión de obra pública

El sistema francés es el modelo tradicional de concesión administrativa<sup>16</sup>, que se ha utilizado con un doble objetivo: En primer lugar, lograr la financiación no presupuestaria de la ejecución de las obras públicas, financiación que se obtiene generalmente a través de la inversión privada y excepcionalmente, a través de la financiación de otra persona pública concesionaria; y en segundo lugar, habilitar al concesionario para realizar una actividad económica que corresponde efectuar a la Administración concedente.

Ello permite definir a la concesión administrativa de obra pública como una forma indirecta de ejecución, conservación, mantenimiento y explotación de la obra pública por parte de la Administración, que a través de la celebración de un contrato administrativo o interadministrativo, conviene con el concesionario en la ejecución de la obra pública y una vez construida, en la posterior conservación, mantenimiento y explotación de la misma, durante un determinado período, el cual una vez finalizado, transfiere la obra y su gestión a la Administración concedente, correspondiéndole al concesionario el derecho a percibir una remuneración que pueden pagar los usuarios de la obra pública, a través de una tarifa o de percibir una subvención de la Administración concedente<sup>17</sup>.

Este sistema de financiación de las obras públicas ha sido el tradicionalmente utilizado o el potencialmente utilizable por la Administración Pública Nacional, Estatal o Municipal, tal como lo viene a reconocer tanto la Constitución como el artículo 5 del Decreto N° 318.

<sup>16</sup> Cfr. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. *La Concesión de Obra Pública*, en Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Civitas. Madrid. 1996. pp. 603-646; CÁDIZ, Juan Carlos. *Los Problemas Actuales de la Financiación de Infraestructuras*, en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. pp. 37-45; SALOMÓN DE PADRÓN, Magdalena. *Comentarios sobre el Régimen Jurídico Venezolano de las Concesiones de Obras Públicas y de Servicios Públicos Nacionales*, en la obra Summa. Homenaje a la Procuraduría General de la República. 135 Aniversario. 1998. pp. 553-611; BAREA TEJEIRO, José. *Las Infraestructuras Públicas. Nuevos Sistemas de Financiación*, en Nuevas Formas de Financiación de Proyectos Públicos. Civitas. Madrid. 1999. pp. 131-132.

<sup>17</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. *Concesión de Servicios Públicos y Concesión de Obras Públicas*, en la obra colectiva Servicios Públicos. Balance & Perspectiva. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1999. pp. 252.

No obstante, como este Decreto no es de aplicación obligatoria por los Estados, sino facultativa, éstos en ejercicio de la garantía institucional de su autonomía pueden establecer a través de una ley estatal, un régimen de financiación de las obras públicas que establezca un sistema de concesión distinto al previsto en el Decreto N° 318 o cualquier otro sistema, que permita la financiación de dichas obras públicas.

Además, como la concesión no tiene que abarcar necesariamente a una única obra pública, se puede dar una combinación de proyectos mediante los cuales se podrían compensar los ingresos de una obra pública, con los ingresos menores de otra. De esta manera el concesionario recibe en concesión no sólo la obra pública que debe construir, sino también la explotación y mantenimiento de las instalaciones de las obras públicas ya existentes.

Dado que la concesión constituye sólo uno de los sistemas de financiación de las obras públicas, a continuación se estudiarán los otros sistemas de financiación de las obras públicas, distintos de la concesión tradicional.

## **2. El sistema de peaje en la sombra**

El peaje en la sombra fue utilizado por vez primera en Inglaterra, bajo el nombre de «shadow toll» y consiste en que el costo de la construcción de la obra pública es satisfecho por la Administración Pública competente, al particular encargado de la construcción, conservación y explotación de la obra pública, mediante el pago de un canon periódico, cuyo importe depende de la utilización de la obra pública por los usuarios<sup>18</sup>.

Este sistema supone que la adjudicación del proyecto de obras públicas se hace directamente a un consorcio privado, comprometiéndose la Administración a pagar el precio de la inversión, una vez finalizado el proyecto. La Administración paga unas tasas con cargo al presupuesto por el uso de la infraestructura durante un período determinado y en función del número de usuarios de la obra pública.

El sistema de peaje en la sombra en esencia es una modalidad de la concesión de obra pública, cuya variación fundamental consiste en un pago

---

<sup>18</sup> GONZÁLEZ MARÍN, Antonio. *Límites y Alternativas a la Financiación Presupuestaria de Infraestructuras* en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. pp. 27-30; ÁGUEDA MARTÍN, Francisco Javier. *La Financiación del Sistema de Peaje-Sombra en las Carreteras de la Comunidad de Madrid*, en La Financiación Privada de





aplazado, mediante el cual es la Administración y no los usuarios, la que asume el pago del peaje que le corresponde recibir al concesionario constructor y explotador de la obra pública, es decir, una suma de dinero determinada por cada usuario que utiliza la obra pública.

El establecimiento de las condiciones económico-financieras del contrato conduce a la Administración a realizar estudios que le permitan establecer la rentabilidad de la futura obra pública. Los estudios permiten determinar los períodos de retorno de la inversión, las cantidades del canon anual que deberá pagar la Administración, las posibles variaciones de los tipos de interés, el plazo del contrato, etc.

Ello lleva a establecer un recuento de los usuarios, que permita calcular la relación entre el número de los usuarios y la frecuencia de uso de la obra pública, que multiplicados por la tarifa unitaria que ofrece el financista, dará como resultado el canon, que por concepto de peaje en la sombra, deberá pagar la Administración.

Este pago puede ser total o parcial y ello dependerá de que la Administración considere que la obra pública debe ser utilizada por los usuarios de manera totalmente gratuita, por razones de interés público, general, social o que en casos excepcionales, el pago debe ser compartido entre la Administración y los usuarios.

El sistema de peaje en la sombra sólo es aplicable a la realización de obras públicas que no sean total o parcialmente rentables, por sí mismas para que la iniciativa privada, asuma el riesgo de su financiación, ejecución y explotación. Este sistema tiene como ventaja que al ser el contratista quien debe conservar la obra pública, indirectamente se produce una mejora en la calidad de la obra pública, que no se da en los sistemas de contratación extrapresupuestaria puramente financiera.

Para el usuario de la obra pública existe la ventaja, que disfruta de la misma en un corto plazo y sin tener que pagar por utilizarla, al no existir un peaje en la forma tradicionalmente conocida.

---

Obras Públicas. Civitas. Madrid.1997. pp. 139-147; VALLEJO SERRANO, Francisco. *Alternativas de Colaboración Público-Privada y de Financiación no Presupuestaria de Proyectos de Infraestructuras* en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. pp. 177-187; OLMEDO, Mariano. *Complementariedad de los Sectores Público y Privado en la Financiación de Infraestructuras. Principales Modelos de Financiación en Europa*, en Nuevas Formas de Financiación de Proyectos Públicos. Civitas. Madrid. 1999. p. 98.

Entre las ventajas que presenta para la Administración se puede destacar que la inversión no computa a los efectos de déficit público y resuelve el problema de la conservación y mantenimiento de las obras públicas sin afectar los presupuestos.

Este sistema ha sido utilizado además de Inglaterra, en Finlandia, Portugal, Holanda y España, debiendo destacarse en este último, la Comunidad de Madrid<sup>19</sup>.

### **3. El sistema llave en mano**

El sistema alemán denominado llave en mano consiste en que la Administración adjudica directamente a una empresa privada, que se compromete a construir y entregar la obra pública en un plazo y por un precio fijado, que le será pagado por la Administración cuando entregue la obra totalmente finalizada<sup>20</sup>.

Hay que señalar que este contrato aun cuando guarda semejanza con el contrato de obras, se diferencia fundamentalmente por la modalidad de realización del pago.

El denominado modelo alemán o sistema «llave en mano», produce una transferencia del riesgo al particular, no sólo de los riesgos de construcción - propio de la licitación de la obra pública-, sino también de los riesgos de financiación, los cuales se mantienen desde el período de construcción hasta que se producen los pagos aplazados o diferidos, en la fecha de entrega y recepción de la obra.

Mientras en el contrato de obra pública tradicional, los pagos se van realizando parcialmente, en la medida que se van ejecutando las fases del contrato; en el contrato de obra pública con pago diferido, la Administración

---

<sup>19</sup> En este orden de ideas, la Ley 11/1997, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 3/91, de 7 de marzo, de Carreteras de la Comunidad de Madrid, ha consagrado el sistema de peaje en la sombra. Cfr. AZOFRA VEGAS, Fernando. *La Financiación Privada de Infraestructuras Públicas*. Revista Española de Derecho Administrativo. Nº 96. 1997. p. 562.

<sup>20</sup> GONZÁLEZ MARÍN, Antonio. *Límites y Alternativas a la Financiación Presupuestaria de Infraestructuras* en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. pp. 25-30; OLMEDO, Mariano. *Complementariedad de los Sectores Público y Privado en la Financiación de Infraestructuras. Principales Modelos de Financiación en Europa*, en Nuevas Formas de Financiación de Proyectos Públicos. Civitas. Madrid. 1999. p. 98.



conviene con un contratista, la realización de una obra pública y establece que el precio de la inversión se va a satisfacer al contratista, cuando éste finalice la ejecución y puesta en funcionamiento de la obra pública, mediante el pago de un precio único o de varias anualidades.

Este compromiso supone para la Administración un diferimiento del pago, que sólo se efectuará cuando las obras se encuentren concluidas de forma satisfactoria y para la empresa constructora supone la asunción de los riesgos que subyacen en la construcción de la obra.

Ello trae como consecuencia que el precio de la obra no es líquido y exigible hasta que no se produzca el vencimiento de la obligación y desde el punto de vista presupuestario, no es computable dentro del déficit fiscal anual, porque no se incluye dentro del presupuesto de gastos, al no constituir obligaciones líquidas y exigibles anualmente pagables con los presupuestos públicos.

Ahora, en el caso de las obras públicas realizadas, en las que se emite una certificación para su pago en un período corto, si en lugar de emitirla se otorgase una constancia de reconocimiento de deuda y ésta puede ser llevada por el constructor a un banco o institución financiera para su descuento, será indiferente para éste si se financia la obra, siempre que pueda negociar su crédito, pero ello supone en cualquier caso, que la Administración reconozca una deuda. De allí que se plantee como solución intermedia, emitir una certificación en la cual la Administración reconoce que la obra ha sido ejecutada por su cuenta.

El constructor puede utilizar el compromiso de pago o la certificación de la Administración, para obtener financiación acudiendo al crédito o al mercado de capitales.

Desde el aspecto estrictamente presupuestario, la Administración registra el compromiso en una contabilidad independiente, no siendo éste imputable a deuda fiscal.

Este sistema presenta como principal inconveniente que no resuelve el problema de la gestión y mantenimiento de las obras públicas, que se efectuará con cargo a los presupuestos públicos, lo que ha llevado a afirmar que el sistema llave en mano es un maquillaje financiero o contable<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> OLMEDO, Mariano. *Complementariedad de los Sectores Público y Privado en la Financiación de Infraestructuras. Principales Modelos de Financiación en Europa*, en *Nuevas Formas de Financiación de Proyectos Públicos*. Civitas. Madrid. 1999. p. 96.

#### **4. El sistema de constitución de una sociedad pública**

El sistema español consiste en la constitución de sociedades públicas que financian, construyen y explotan la obra pública, teniendo ellas una subcapacidad de endeudamiento en el mercado de capitales, dado el respaldo de la Administración, lo que permite acceder a créditos a tasas de interés inferiores a las normales y gestionar con el apoyo de asignaciones presupuestarias<sup>22</sup>.

El sistema español supone la constitución de una empresa o sociedad pública en la cual la Administración Pública tenga participación mayoritaria. Esta sociedad y la Administración en cuestión celebran un convenio en el cual se establecen:

- Los cauces y procedimientos a seguir relativos a la ejecución de determinadas obras públicas, en atención a las políticas para determinar las inversiones y la cuantía a ejecutar en el sector de las obras públicas.
- La obligación de la Administración de financiar los costos derivados de la realización de las obras públicas y de fijar el correspondiente calendario con las oportunas asignaciones presupuestarias.

Mediante el convenio se establece un compromiso entre la Administración y la sociedad donde ella participa, para realizar las inversiones en las obras públicas, estableciendo un calendario de transferencias periódicas para la financiación, que realizará la Administración a la empresa.

El compromiso establecido en el convenio es el instrumento jurídico que va a servir a la sociedad para acudir al crédito en el sistema financiero o al mercado de capitales, con el objeto de lograr la financiación necesaria para realizar tales inversiones.

---

<sup>22</sup> GONZÁLEZ MARÍN, Antonio. *Límites y Alternativas a la Financiación Presupuestaria de Infraestructuras* en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. p. 25; VALLEJO SERRANO, Francisco. *Alternativas de Colaboración Público-Privada y de Financiación no Presupuestaria de Proyectos de Infraestructuras* en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. pp. 187-191; OLMEDO, Mariano. *Complementariedad de los Sectores Público y Privado en la Financiación de Infraestructuras. Principales Modelos de Financiación en Europa*, en Nuevas Formas de Financiación de Proyectos Públicos. Civitas. Madrid. 1999. p. 99.



Tal posibilidad de obtener financiación extrapresupuestaria para las obras públicas es la que ha permitido atribuirle a la Administración la facultad para crear determinada o determinadas empresas públicas, con forma de sociedad mercantil o para aprovechar otras preexistentes, con el objeto de encargarles la ejecución de ciertas obras públicas o la explotación de los bienes demaniales correspondientes, estableciendo la posibilidad de que tal ejecución pudiera llevarse a cabo mediante contrataciones con terceros o con la ayuda de éstos, a través de las mismas, que se someten a ciertas reglas de contratación pública e incluso, al orden jurisdiccional contencioso administrativo, en cuanto a los actos de su preparación y adjudicación.

De ello se derivan varias consecuencias:

En primer lugar, se rompe con el criterio restrictivo sobre la ejecución de la obra pública por la administración, es decir, que se denominará gestión directa, lo que venía siendo la gestión del contratista o del empresario interpuesto.

En segundo lugar, podría contrastar la nueva regulación con la reserva de contratación pública, a través de los contratos administrativos de ejecución de obras públicas, realizada por la Administración o bajo su directa dependencia.

En tercer lugar, se plantean las interrogantes sobre la posibilidad de crear sociedades estatales, no para dedicarse a actividades mercantiles, sino para la ejecución y gestión de las obras públicas, cuya titularidad corresponde a la Administración.

En cuarto lugar, tras la privatización formal de la gestión, se intenta su república parcial mediante la sumisión de estas sociedades en su actividad contractual, necesaria para la construcción de las obras públicas a ciertas reglas básicas de la contratación pública e incluso al orden jurisdiccional contencioso administrativo.

En quinto lugar, se considera que cualquier relación que la Administración establezca con otras empresas públicas para la construcción y explotación de obras públicas, plantea importantes dudas sobre la paridad de trato entre las empresas públicas y las privadas.

## **5. El sistema de project finance**

Tradicionalmente, las obras públicas se han financiado con el dinero de los presupuestos de la Administración y es con éste que se han planificado,

diseñado, proyectado, ejecutado, gestionado y explotado por la Administración Pública y ha sido ésta la que ha hecho frente a los compromisos de pago, a través del presupuesto que se nutre de los impuestos y de la emisión de deuda.

Este modelo es insostenible actualmente por dos razones fundamentales: Una es la apertura internacional a la participación privada en las obras públicas no sólo en la ejecución, sino en la gestión y más importante aún, en la financiación.

La otra razón es la escasez de fondos públicos y la necesidad acuciante de que la Administración Pública reduzca el déficit presupuestario y el endeudamiento.

No cabe duda alguna que existe una enorme necesidad de inversión en obras públicas que favorezcan el desarrollo económico, pues existe una notable correlación entre la inversión en obras públicas y el desarrollo económico-social.

La financiación de las actividades de ejecución de las obras públicas por los particulares, permite realizarlas sin repercusión inmediata en los presupuestos o sin repercusión directa en la deuda financiera de la Administración.

La financiación privada permite que la propiedad y la gestión de las obras públicas permanezcan en manos de la Administración, de una empresa pública, de una agencia pública o puedan ser cedidas a los particulares.

Hay distintos procedimientos de gestión y el costo de la inversión puede ser soportado por los usuarios, los contribuyentes o los beneficiarios de la obra pública.

La financiación privada requiere de varias condiciones, entre la que cabe destacar que exista un marco regulatorio creíble y estable, que minimice el riesgo.

De allí que para establecer una sólida colaboración entre la Administración y los particulares en la financiación de las obras públicas, hay que valorar cuidadosamente la capacidad del proyecto para generar recursos económicos futuros, en relación con los costos y la explotación.

El sistema de Project Finance permite obtener suficientes recursos para sufragar las obligaciones asumidas para la financiación del



proyecto, inversión que será reintegrada dependiendo de los ingresos que produzca el proyecto<sup>23</sup>.

La manera de funcionamiento es la siguiente: El particular que va a ejecutar y explotar la obra pública, obtiene el financiamiento de un tercero, que puede ser un prestamista público o privado, una institución financiera o a través del mercado de capitales, quedando condicionado el retorno del crédito con el beneficio razonable, a la rentabilidad de la explotación de la obra misma.

La Administración no garantiza, ni afianza el retorno de la inversión - salvo en casos excepcionales, mediante garantías restringidas-, correspondiendo al propio financista adoptar las medidas que le garanticen el retorno del capital, más sus ganancias.

Tiene como características las siguientes:

- El proyecto debe estar aislado de los promotores, creándose una sociedad para desarrollarlo.
- La viabilidad de project finance depende de su capacidad de generar flujos de caja para atender el servicio de la deuda y los gastos de explotación del proyecto.
- Excepcionalmente pueden afectarse los activos del proyecto, como garantía adicional de los financistas.
- La deuda no se consolida en el balance de los promotores.
- Este sistema es idóneo para operaciones que exijan una elevada inversión inicial, períodos de maduración largos y proyectos cuyos ingresos futuros pueden estimarse.

El project finance presenta varias ventajas:

---

<sup>23</sup> GONZÁLEZ MARÍN, Antonio. *Límites y Alternativas a la Financiación Presupuestaria de Infraestructuras*, en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. pp. 32-35; GESTOSO PRÓ, Francisco Javier. *Experiencia de las Empresas Públicas en la Financiación de Infraestructuras*. en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. pp. 49-52; UGARTE, Jesús. *El Project Finance Aplicado a la Financiación de Obras Públicas. Asignación de Riesgos*. en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. pp. 69-80; ROMERO MENDOZA, Alfredo. *Aspectos Jurídico-Financieros de las Concesiones y el «Project Financing» en Venezuela*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. N° 54. Caracas. 1999. pp. 17-37.

- Una de ellas es que favorece que la Administración pueda acometer proyectos sin alterar su capacidad de endeudamiento, ni aumentar su déficit, en tanto que el sector privado consigue alicientes para invertir en proyectos de una rentabilidad atractiva en función del riesgo que asumen.
- Se permite la obtención de fondos para financiar proyectos que por su elevado costo, no serían posibles de financiar por las vías tradicionales.
- Se facilita la financiación a largo plazo, adecuando las amortizaciones a los flujos de caja del proyecto.
- Garantiza la transparencia, al permitir el conocimiento exhaustivo de las operaciones.
- La calidad crediticia de los promotores no se ve afectada, pues sólo se comprometen los fondos aportados al proyecto y las garantías expresamente asumidas.

Entre las desventajas se pueden señalar:

- La preparación exige un largo período.
- El costo del proyecto es superior que cuando se acude a otros medios de financiación.
- Se deben considerar múltiples riesgos, lo que repercute en el costo y en la creación del proyecto.

La financiación de proyectos (project finance) consiste en la financiación que cuenta con la única garantía de los flujos previsibles, que genera la explotación del proyecto financiado.

Ello lleva al análisis de la asignación de riesgos y en tal sentido podemos señalar los siguientes<sup>24</sup>:

---

<sup>24</sup> Cfr. UGARTE, Jesús. *El Project Finance Aplicado a la Financiación de Obras Públicas. Asignación de Riesgos*. en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. pp. 69-80; ROMERO MENDOZA, Alfredo. *Aspectos Jurídico-Financieros de las Concesiones y el «Project Financing» en Venezuela*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. N° 54. Caracas. 1999. pp. 17-37.





- 1.- El riesgo de construcción de una obra pública es muy elevado. Aquí existe el riesgo del constructor, relativo a la experiencia mayor o menor en la ejecución de la obra pública; hay un riesgo de incremento de costos; el riesgo en el retraso final en la terminación o recepción de la obra pública, que tienen gran importancia por los intereses que hay que pagar, lo que conduce a un incremento de costos. A ellos hay que agregar el riesgo por modificaciones del diseño de la obra, la falta de materiales, la ausencia de mano de obra o el abandono por parte del promotor.

Los riesgos de construcción son asumidos por los constructores o por la sociedad constituida para la gestión del proyecto. Un mecanismo para hacer que los constructores actúen con diligencia en la reducción de los costos de construcción es mediante la ejecución «llave en mano», que permite realizar el pago de la obra una vez que ésta ha sido terminada, lo que obliga a los constructores a velar por la adecuada calidad de ejecución.

El financista puede solicitar una fianza de fiel cumplimiento, al constructor para asegurarse que la obra pública, va a ser ejecutada y explotada, en las condiciones que previsiblemente permitieron el otorgamiento del crédito.

- 2.- El riesgo tecnológico. Uno de los proyectos en los cuales se dificulta más el financiamiento es en aquellos que suponen innovación tecnológica. En el campo de la generación de energía eléctrica las entidades financieras suelen retraerse de financiarlos, pues no se cuenta con la experiencia suficiente para asegurar el buen funcionamiento de la tecnología aplicada y su utilidad en el proceso productivo. De allí que en estos casos se da financiación en base a garantías limitadas en el tiempo, pero el riesgo lo soportan los promotores, no las entidades financieras ni los constructores.
- 3.- El riesgo económico es propio de la fase de operación o explotación del proyecto, una vez terminada la construcción y que la obra pública se encuentra en condiciones de uso, existe la posibilidad de que los usuarios la utilicen por debajo de los niveles esperados o no la utilicen. Aquí hay que tomar en cuenta el riesgo de la demanda, riesgos de difícil distribución entre los promotores y los financistas; el riesgo de la gestión, conduce a mayores costos de explotación y son generalmente asumidos por la empresa gestora.

- 4.- Los riesgos naturales y medioambientales, se van a producir en aquellos proyectos de obras públicas que potencialmente pueden afectar las condiciones y regulaciones ambientales, pues van a requerir de trabajos especiales para que la ejecución de la obra pública, tenga el menor impacto en el medio ambiente. Estos riesgos son cubiertos a través de pólizas de seguro, lo que sin duda tiene notable incidencia en el costo de la obra.
- 5.- Los riesgos políticos o de cambio normativo que suponen una eventual modificación de la situación política, o de factores económicos y sociales, que conducen a modificar las decisiones políticas o a que se modifiquen o alteren las reglas jurídicas vigentes, para el momento de emprender el proyecto. Estos riesgos son asumidos por los financiadores, durante la fase de explotación.

6.- Finalmente no se puede soslayar el riesgo de la tarifa, indisolublemente unido al político, pues son las autoridades administrativas quienes deciden sobre la revisión de las tarifas y quienes aprueban las subidas o congelan el alza de las tarifas, cuando lo consideran pertinente. Esto siempre genera conflictos entre los promotores y los financiadores, especialmente en lo que se refiere a la cesión de acciones legales por parte de los primeros, contra la Administración para reclamar incrementos tarifarios no concedidos.

## **6. El sistema de contrato de *leasing***

También se ha utilizado como sistema de financiación de las obras públicas el contrato de *leasing*<sup>25</sup>. En este sistema tampoco se utiliza la institución clásica del Derecho Administrativo, del contrato de concesión de obra pública, sino que se acude a una figura contractual más propia del derecho privado, como lo es el *leasing*, mediante el cual la administración contrata con un particular la ejecución de la obra pública, a través del arrendamiento financiero con opción de compra, en razón de lo cual, el particular es autorizado a construir la obra, considerándosele formalmente como el propietario de la misma, mientras tenga vigencia el contrato y en consecuencia, quedando éste obligado a conservarla, repararla y mantenerla en perfectas condiciones de funcionamiento y explotación; en tanto que la Administración o los usuarios, tienen derecho a utilizar la obra pública a cambio del pago de un canon de arrendamiento y de un valor residual, sumas éstas que son calculadas y establecidas de tal manera,

---

<sup>25</sup> ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *Aspectos Jurídico-Político del Problema*, en la Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. p. 27.



que permitan al particular constructor y financista de la obra pública, recuperar el capital invertido y obtener una tasa de retorno razonable de su inversión. Una vez que expira la vigencia del contrato por vencimiento del plazo, la obra se revierte en plena propiedad a la Administración y pasa a formar parte de los bienes del dominio público.

## **7. El sistema de afectación de tributos**

Otra sistema para efectuar la operación de financiación privada de las obras públicas consiste en la cesión o afectación de tributos como garantía de la financiación privada, otorgada para la construcción de las obras públicas<sup>26</sup>.

El mecanismo consiste en constituir un financiador que servirá a los fines de la operación de financiación y éste le otorga a la Administración Pública una línea de financiación destinada a la construcción de una obra pública; en tanto, la Administración comitente afecta en garantía del pago de los intereses y de la amortización del capital de la línea de financiación, los ingresos públicos provenientes de los impuestos que pagan los contribuyentes, por vía de impuesto, tasa o contribución especial.

La afectación de tributos en garantía constituye una modalidad de cesión de créditos en garantía, la cual es una figura jurídica carente de regulación expresa en el derecho público, pero admitida tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia.

La cesión de créditos en garantía o de prenda de créditos le atribuye al cesionario el derecho de exigir, recibir el pago e imputar a la satisfacción de la obligación garantizada, el crédito cedido en garantía, en el supuesto de incumplimiento de dicha obligación.

Si la obligación garantizada es incumplida antes del vencimiento del crédito cedido en garantía, puede el cesionario esperar el vencimiento y exigir entonces, el pago al deudor e imputar lo percibido, a la satisfacción de la obligación garantizada incumplida.

Si el cesionario no quiere esperar el vencimiento del crédito cedido en garantía puede iniciar las acciones de ejecución de la prenda, destinadas a la enajenación pública del cedido en garantía para hacerse pagar con el remate

---

<sup>26</sup> En este punto, seguimos en todo a AZOFRA VEGAS, Fernando. *La Financiación Privada de Infraestructuras Públicas*. Revista Española de Derecho Administrativo. N° 96. 1997. pp. 563-572.

obtenido; si por el contrario, el crédito cedido vence antes que el crédito garantizado, la prenda de créditos se transformará en una prenda sobre la cosa entregada por el deudor, en pago del crédito cedido en garantía. El cesionario podrá entonces retener la cosa hasta el vencimiento de la obligación garantizada y ejecutarla si ésta no es cumplida.

El deudor que antes de tener conocimiento de la cesión paga al acreedor, queda liberado de su obligación; pero una vez comunicado al deudor la cesión del crédito, sólo el pago hecho al cesionario libera al deudor. No obstante que me refiero a la cesión plena de créditos, también resulta conveniente en la cesión en garantía, que al deudor se le ponga en conocimiento de la cesión, pues ello limita el elenco de excepciones que podrá oponer al cesionario en garantía, cuando reclame el pago ante el incumplimiento de la obligación garantizada. La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido, se debe realizar mediante la ley concreta que autoriza la afectación de tributos.

La posibilidad de afectar los ingresos públicos debe abordarse desde dos perspectivas:

- 1.- Se debe estudiar la posibilidad de afectación de ingresos tributarios, es decir, de aquellos supuestos en que es posible que los ingresos tributarios recaudados se puedan afectar a una finalidad concreta;
- 2.- Se debe estudiar si los ingresos tributarios pueden ser destinados a garantizar una determinada operación de endeudamiento, que la Administración puede concertar, para la financiación de una obra pública.

El principio presupuestario de no afectación de tributos, ha sido configurado como aquel en virtud del cual, todos los recursos de cada uno de los órganos de la Administración Pública deben ser destinados, indistintamente y de forma global, a financiar el conjunto de todos los gastos públicos.

Este principio tiene importancia en virtud de que la Hacienda Pública debe ser única, con la finalidad de que los ingresos públicos del Estado puedan ser invertidos en función al orden de prioridades entre las necesidades públicas. De allí que este principio tenga gran relevancia, tanto desde el aspecto de la buena administración de los fondos públicos, como para evitar que se paguen sólo aquellos tributos afectados, que según los contribuyentes sean necesarios para sufragar determinados gastos.



Ahora bien, el principio general de no afectación de ingresos a gastos específicos, salvo que se establezca lo contrario por una ley o una norma con rango de ley, lleva a afirmar que se pueden destinar fondos específicos a la financiación de determinados costos, lo que va a permitir la afectación de tributos en garantía del pago de intereses y la amortización de los créditos contraídos, para la construcción de las obras públicas en régimen de financiación privada, siempre que lo autorice una ley. Para ello es necesario que los tributos cedidos reúnan dos condiciones, a saber:

- 1.- Que la afectación de los tributos cedidos en garantía recaiga sobre ingresos afectados a un determinado fin, es decir, que sería un tributo finalista y establecido por la ley.
- 2.- Que la afectación haya sido autorizada por ley y de forma expresa.

## **8. El sistema de titulación de ingresos**

Otro sistema es la emisión de títulos de deuda, garantizada con cargo a determinados impuestos indirectos<sup>27</sup>. Estos impuestos suelen establecerse sobre determinadas ventas, en especial carburantes y también se establecen sobre inmuebles colindantes o cercanos a la obra pública a financiar.

Los títulos de deuda pública emitidos, pueden quedar garantizados por la afectación de los ingresos generados por la propia obra pública, que va a ser ejecutada. Este sistema consiste en considerar los flujos o ingresos futuros que se van a generar por la explotación de determinadas obras o servicios públicos, para emitir títulos valores que pueden adquirir los bancos e instituciones financieras u otros inversionistas finales, a través del mercado de capitales.

Los títulos o bonos de ingresos es el instrumento de que se valen entidades o consorcios públicos para construir nuevas obras públicas, que serán explotadas en régimen de tasas, tarifas o peajes pagados por los usuarios o para gestionar, mejorar y mantener las obras públicas ya existentes.

Si la garantía de los ingresos de explotación no es suficiente, se complementa con la afectación de impuestos o con avales prestados con cargo

---

<sup>27</sup> Véase con provecho, RUIZ OJEDA, Alberto. Hacia un Nuevo Entendimiento y Articulación de las Relaciones entre los Factores Implicados en la Provisión y Gestión de Infraestructuras, en La Financiación Privada de Obras Públicas. Civitas. Madrid. 1997. pp. 55-57.

a los presupuestos de los entes públicos. Lo que se persigue es diferir el pago de los costos de las obras públicas mediante la emisión de deuda, de forma tal que se hace una medición de la financiación con el período de vida útil de las obras públicas y se hacen partícipes de dicha financiación, a los usuarios y beneficiarios, al tiempo que se descarga a los presupuestos públicos de compromisos de gastos de elevada cuantía.

A través de la financiación agrupada, mancomunada o compartida, se ha alcanzado un importante nivel de consolidación de este sistema, lo que ha llevado a crear entre varios órganos de la Administración Pública, una agencia o consorcio autorizado para endeudarse en los mercados de capitales y para utilizar los fondos allí captados, para hacer préstamos a las instituciones públicas agrupadas en dicha entidad y luego con cargo a tales préstamos, devolver a los particulares el capital invertido con los intereses pactados. Este sistema de financiación es utilizado por los entes públicos que no tienen suficiente capacidad de endeudamiento o que carecen de la necesaria experiencia gestora y organizativa. Las ventajas que se obtienen son grandes, tanto en la reducción de los costos financieros y en la diversificación de los riesgos de la inversión. Esta financiación por agencias o consorcios presenta tres modalidades diferentes<sup>28</sup>:

- 1.- La *bonk bank*, en virtud de lo cual la agencia o consorcio recibe las solicitudes de préstamo por parte de cada una de las diferentes entidades públicas integradas en ella, las analizan desde el punto de vista de su viabilidad y solvencia, y autorizan aquellas que considera oportunas. Los préstamos autorizados son incluidos en un paquete único que es financiado con una emisión de bonos u obligaciones. Con el fin de satisfacer la cobertura de riesgos que los inversionistas exigen, la República puede adquirir el compromiso de hacer frente a los vencimientos en el caso de que los órganos de las entidades federales o locales agrupadas no lo hagan por sí o, de manera alternativa o conjunta. La República puede acudir al mecanismo de interceptación o retención de ayudas, que permite la retención imperativa de las transferencias de fondos de la República a las entidades deudoras, para pagar a los inversionistas.
- 2.- El *Blind Pool* implica que la agencia o consorcio capte capitales antes de saber cuáles serán las entidades públicas prestatarias y los proyectos que se van a financiar, cuando se

---

<sup>28</sup> RUIZ OJEDA, Alberto. Ob. cit. p. 56.



presenten situaciones muy favorables en el mercado que puede volatilizarse rápidamente.

- 3.- El *Revolving Funds* es una variedad de los *bond banks*, que permite que la República no adquiriera un compromiso de pago, en lugar de las entidades consorciadas o no tenga que acudir a una retención de recursos a transferir, sino que se aportan indirectamente unos fondos a la agencia o consorcio que estarán afectados al pago de la deuda emitida y de sus correspondientes intereses. En cuanto se reembolsan los bonos a los inversionistas, los fondos de procedencia nacional pueden utilizarse para las garantías de sucesivas emisiones.

Este sistema ofrece la ventaja de disponer de recursos financieros a favor de la Administración, para acometer las inversiones que se requieran para realizar la obra pública, transfiriendo el riesgo al mercado financiero, sin perjuicio de que se pueda garantizar un mínimo de rentabilidad.

Hay que señalar que como contrapartida, se produce una pérdida de disponibilidad de recursos, que van a ser afectados para cumplir o garantizar el servicio de la deuda expresada en los títulos valores.

## 9. El sistema de propiedad dividida

La operación de financiación privada de las obras públicas se puede desarrollar sobre la base del derecho de censo, estableciendo la división de la propiedad sobre una obra pública, en un dominio útil que se atribuye a la Administración y un dominio directo, que se atribuye al particular que aporta la financiación. Como dueño el particular acometerá la construcción de la obra pública de que se trate, sufragando íntegramente su costo, bien con fondos propios o con fondos de financiación ajena<sup>29</sup>.

Sobre la base de su dominio útil, la Administración queda facultada para explotar la propiedad censada y la obra pública construida por el particular, obligándose en contraprestación, a pagar un canon periódico a largo plazo, que permitirá al dueño directo, ir recuperando el importe de su inversión y obtener su beneficio.

La Administración se reserva la posibilidad de redimir el censo y adquirir la plena propiedad de la obra pública mediante el pago de un capital, decreciente

<sup>29</sup> Cfr. AZOFRA VEGAS, Fernando. *La Financiación Privada de Infraestructuras Públicas*. Revista Española de Derecho Administrativo. N° 96. 1997. p. 554.

a lo largo del tiempo y del valor residual a la culminación del plazo establecido, que permita al particular recuperar instantáneamente el costo de construcción, más la rentabilidad esperada de la inversión. Dicho derecho puede ejercerse en cualquier momento o una vez transcurrido un determinado lapso, a partir de la constitución del censo.

La suma de las pensiones periódicas permitirá al particular recuperar:

- El costo de construcción de la obra pública.
- El costo de adquisición de los terrenos.
- La rentabilidad esperada de la inversión.

Esta operación de financiación privada de obras públicas se ubica dentro de la figura del contrato de censo enfiteútico. En tal sentido, se señala que hay contrato de censo cuando se concede un fundo a perpetuidad o por tiempo determinado, con la obligación de mejorarlo y pagar un canon o pensión anual, expresado en dinero o en especie.

Mediante este contrato el particular cede a la Administración el dominio útil de la obra pública, reservándose el dominio directo y el derecho a percibir de la Administración un canon, un crédito o una pensión anual en retribución por el dominio útil cedido.

Es este censo enfiteútico el que da lugar a la propiedad dividida o compartida sobre el inmueble en el que se construye. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones al financista de la construcción de la obra pública, debe establecerse en el título constitutivo del censo una especial vinculación entre éste y la construcción de la obra pública en un plazo, de tal modo que la falta de construcción en este plazo autoriza a la Administración para resolver el censo. Azofra Vegas considera que este pacto es compatible con los perfiles del derecho real de enfiteusis y debe admitirse<sup>30</sup>.

Uno de los problemas que plantea el censo enfiteútico, se deriva de su carácter perpetuo natural a este tipo de derechos.

Ahora bien, existe el interés tanto del particular financista como de la Administración, que los derechos de aquel sobre la obra pública se mantengan

---

<sup>30</sup> AZOFRA VEGAS, Fernando. *La Financiación Privada de Infraestructuras Públicas*. Revista Española de Derecho Administrativo. Nº 96. 1997. p. 555.





durante el plazo más corto posible. Ello lleva a brindar la solución -que se ha señalado antes-, de que el enfiteuta pueda redimir el censo a su voluntad aunque se pacte lo contrario. En tal caso, el derecho de redención del censo se constituye en el mecanismo que le asegura a la Administración la posibilidad de recuperar la plena propiedad, no gravada sobre la obra pública.

La configuración del derecho de redención permitirá que la Administración al recuperar la propiedad plena sobre la obra pública, no menoscabe los derechos del particular a la recuperación del capital invertido en la operación de financiación de la obra pública y de la rentabilidad esperada, ya que el derecho de redención consiste en la entrega en metálico, y de una vez, al dueño directo, del capital que se hubiese fijado como valor de la finca al tiempo de constituirse el censo, sin que sea posible exigirse ninguna otra contraprestación, a menos que haya sido estipulada. Conforme a esto, las partes pueden calcular la suma del capital de redención que permita al financiador privado, recuperar la inversión y la rentabilidad esperada, considerando la suma de los cánones periódicos devengados hasta el momento en que se ejercite la redención o rescate.

El censo enfiteutico tiene previsiones que hacen ociosas las garantías que habitualmente se otorgan en favor de los financistas de las obras públicas. El particular financista puede ejercer acciones personales y reales contra la Administración que incumpla o retrase el pago de las pensiones periódicas. El incumplimiento de las obligaciones de pago de la pensión durante varios años consecutivos, faculta al particular financista a ejercer las acciones para recuperar la propiedad y de ser el caso, la obra pública que se haya construido sobre la misma.

Una de las posibles desventajas que puede presentar la operación de financiación privada de obras públicas, mediante un derecho de censo es que debe formalizarse mediante escritura pública, que debe inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Otros de los problemas que plantea, lo constituye el estatuto jurídico de los bienes o derechos relacionados con la financiación de la obra pública, que hayan sido expropiados por la Administración, con la finalidad de construirla, pero que luego se ha decidido su ejecución mediante la operación de financiación privada de obra pública. Si ésta se hace con antelación a la expropiación de los bienes o derechos no existirá problema, pues la Administración puede designar a una persona distinta de ella, como beneficiaria de la expropiación.

Ahora si no se tomó tal previsión, el ofrecimiento al particular financista puede encontrarse con el obstáculo del carácter demanial del bien o derecho

expropiado, así como con la eventual aparición del derecho de retrocesión. A continuación analizaremos cada uno por separado:

*1.- Carácter demanial. La adquisición por vía de expropiación forzosa de bienes y derechos apareja su afectación, a los fines determinados por la declaración de utilidad pública o interés social, tal como lo establece el artículo 115 de la Constitución.*

Ello constituye el reconocimiento del principio según el cual, la afectación de un bien o derecho a un uso público, de aprovechamiento general o de uso privado de la República, los Estados o los Municipios determina su demanialidad (artículos 539 y 540 del Código Civil).

Con la finalidad de preservar y proteger los bienes demaniales evitando su distracción y que dejen de proveer al cumplimiento de los fines públicos que le son propios, se establece que los bienes del dominio público son inalienables (artículos 12 de la Constitución y 543 del Código Civil), imprescriptibles (artículos 12 de la Constitución) e inembargables (artículo 16 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional).

La inalienabilidad supone la imposibilidad de enajenar los bienes y los derechos demaniales, así como la imposibilidad de constituir gravámenes o cargas sobre los mismos. Por ello, este principio constituye un obstáculo para las operaciones de financiación privada basadas en la propiedad compartida, que requiere el reconocimiento al particular de un dominio directo sobre el bien expropiado.

Ahora bien, la inalienabilidad es una defensa de un determinado bien a un uso público, a un aprovechamiento general o a un uso privado de un órgano público, según sea el caso, pero no supone un freno u obstáculo al desarrollo del fin que persigue la Administración, que debe ser el servicio objetivo al interés general. Por ello, propone Azofra Vegas que en aquellos casos en que el bien o derecho deja de ser apto para la consecución del fin público, la inalienabilidad debe desaparecer mediante la desafectación del fin público, quitándole al bien su carácter demanial y pasando al tráfico económico<sup>31</sup>.

Hay que señalar, que de admitirse esta propuesta de desafectación del bien, para eliminar su carácter demanial, ello no modifica la noción de obra

---

<sup>31</sup> AZOFRA VEGAS, Fernando. Ob. cit. p. 558.



pública, pues en tal caso, considérese la obra pública como un bien demanial o no, ésta continuará destinada a un fin de uso público, de aprovechamiento general o de la prestación de un servicio de interés general, aun cuando sea un particular quien la ejecuta, mantiene y explota para obtener la retribución de la inversión más el beneficio.

En este mismo orden de ideas, se señala que ni el uso público, ni el interés general exigen la titularidad pública de las obras y menos aún su carácter de dominio público, por ello el dogma de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las obras públicas, se traduce en más desventajas que beneficios. Lo que realmente importa es garantizar que la obra pública sea utilizada para el uso general o el aprovechamiento público, independientemente de la titularidad de la misma o de que su inclusión en el tráfico económico esté o no permitida. Ello así, resulta totalmente secundario, el hecho de que una obra pueda ser de titularidad pública o privada, siempre que su gestión sea económicamente rentable y permita el uso público o aprovechamiento general<sup>32</sup>.

*2.-Derecho de retrocesión. El artículo 115 de la Constitución reconoce el derecho de propiedad, el cual no es absoluto, sino sometido a las limitaciones, restricciones y obligaciones establecidas en la ley. Es esta misma norma la que establece la institución expropiatoria, la cual va acompañada de sus límites. Una de las garantías jurídicas frente a la potestad expropiatoria es la retrocesión, que tiene como finalidad el reconocimiento del derecho del antiguo propietario de solicitar la devolución total o parcial, del bien o derecho que le ha sido expropiado cuando desaparece la causa de utilidad pública o interés social, cuando no se destina el bien a la finalidad para la cual se expropió o cuando quedare una parte sobrante de los bienes expropiados que no es utilizado para el fin que justificó su expropiación, correspondiéndole al particular la devolución del justo precio recibido de la Administración<sup>33</sup>. La retrocesión implica una invalidez*

<sup>32</sup> JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier. *Hacia un Nuevo Concepto de Infraestructura Pública/Obra Pública Desligado del Dominio Público y del Servicio público*, en la obra *Privatización y Liberalización de Servicios*. Universidad Autónoma de Madrid-Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1999. pp. 195-201.

<sup>33</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. *Las Afectaciones y los Mecanismos Jurídicos para su Control*. Revista de la Fundación Procuraduría. 1997. N° 17. pp. 43-65.

*sobrevenida de la expropiación, en virtud de la desaparición del elemento esencial de la causa expropriandi.*

No obstante, debe señalarse que para facilitar la construcción de la obra pública que justificó la expropiación, el ofrecimiento de derechos al particular sobre los bienes expropiados, no debería implicar una desvinculación de los mismos de la causa de utilidad pública o interés social que motivó su expropiación, pues en caso contrario, se podría generar el derecho de retrocesión.

La constitución de derechos en favor de los particulares, sobre bienes expropiados, como paso previo a la operación de financiación privada de las obras públicas, exige la previa desafectación de dichos bienes, lo que plantea la duda de si la desafectación expresa o formal da origen al derecho de retrocesión, aunque se mantenga la vinculación material a la causa expropriatoria.

La desvinculación efectiva o real del bien o derecho expropiado a la causa expropriatoria, que se denomina desafectación material, debe diferenciarse de la desafectación formal, que no es sino una declaración administrativa expresa de desvinculación de un bien o derecho a un determinado fin público.

Al respecto considera Azofra Vegas que el derecho de retrocesión sólo aparece cuando se frustra la causa expropriandi, es decir, cuando se produce la desafectación material del bien o derecho expropiado<sup>34</sup>. En la medida en que la operación de financiación de la obra pública permite el mantenimiento de la finalidad que justificó la expropiación, no hay lugar al derecho de retrocesión, aunque para la constitución del censo, sea precisa la desafectación formal del bien demanial sobre el que ha de recaer el censo.

## **10. El sistema de encomienda de gestión**

El sistema de Encomienda de Gestión consiste en que la Administración mandante celebre un contrato de mandato con una sociedad en que tiene una participación mayoritaria la Administración Pública, en virtud de la cual puede la Administración mandante encomendar al mandatario la ejecución de la obra pública<sup>35</sup>.

La otra posibilidad es la admisión de la modalidad de contrato normativo o marco del mandato, de forma que el mandatario puede convertirse

---

<sup>34</sup> AZOFRA VEGAS, Fernando. Ob. cit. p. 560.

<sup>35</sup> AZOFRA VEGAS, Fernando. Ob. cit. p. 546.



en el instrumento de realización de las obras públicas de la Administración mandante.

Lo más relevante consiste en que la Administración mandante asume la obligación de sufragar todos los costos -incluso de la financiación- de realización de las obras públicas, efectuando a tales efectos las correspondientes consignaciones presupuestarias.

Considera Azofra Vegas que aún cuando no existen previsiones expresas que admitan la operación de financiación privada de las obras públicas articuladas con la encomienda de gestión, no existen obstáculos para su realización, no obstante, no se pueden dejar de reconocer las dificultades<sup>36</sup>.

La operación de financiación privada de obras públicas a que me refiero se encuentra estructurada sobre la base del negocio del mandato, mediante el cual la Administración le encomienda a un agente la ejecución de una obra, obligándose a reembolsarle los costos que el desarrollo del mandato produzca.

Para evitar que las reclamaciones contra el mandatario, por el desarrollo de los trabajos o de su solvencia puedan perjudicar la ejecución de la obra pública, el contrato se celebra como un mandato sin representación en que el mandatario está obligado a hacer constar en todos los contratos que celebre con terceros en ejecución del mandato, que actúa en nombre propio, pero por cuenta de su mandante, la Administración. Es por ello que las obras construidas por el mandatario en ejecución de la encomienda o por terceros por cuenta de aquél, no se integrarán en el patrimonio del mandatario, sino que pertenecen en todo momento a la Administración mandante.

La calificación del contrato como mandato sin representación, lleva a señalar que los terceros que contratan con el mandatario para la realización de las obras públicas encomendadas por la Administración mandante, carecen de acción directa frente a dicha Administración y ésta también carece de acción frente a aquéllos. Será el mandatario quien quedará directamente obligado en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera propio. De esta forma especial de mandato se excluyen dos de sus efectos naturales: la exoneración de responsabilidad personal del mandatario respecto del tercero con el que contrata y la asunción de responsabilidad y acción del mandante frente al tercero y viceversa.

---

<sup>36</sup> AZOFRA VEGAS, Fernando. Ob. cit. p. 546.

El hecho que los terceros que contratan con el mandatario para la ejecución de las obras, estén en la imposibilidad de poder reclamar a la Administración mandante en caso de incumplimiento por el mandatario, puede constituir un obstáculo para la viabilidad de una operación de financiación privada de las obras públicas, que se pretenda desarrollar en base al sistema de encomienda de gestión.

Tal dificultad se produce porque, a menos que el mandatario tenga los recursos propios necesarios para cubrir la financiación o sea capaz de ofrecer garantías, el riesgo que asumen los terceros puede hacerles desistir de la contratación. Para evitar tal riesgo, se hace preciso asegurar a los terceros una posibilidad de recurrir ante la Administración ordenante.

Una vía para lograr estos recursos puede ser que la Administración mandante remita a los terceros una «carta de patrocinio»<sup>37</sup> a través de la cual, declara en favor de los terceros haber encargado al mandatario la realización de una determinada obra pública y que está en conocimiento que entre el mandatario y los terceros se ha celebrado el contrato para la ejecución de la obra pública.

Otra vía es la suscripción por parte de la Administración mandante de un contrato a favor del tercero financista, en el que ésta se compromete directamente a cumplir las obligaciones de transferencia de fondos al mandatario e incluso a aumentar el capital de la sociedad mandataria, en la medida que sea necesario para que ésta pueda cumplir con las obligaciones adquiridas con los terceros.

Lo dicho plantea el análisis acerca de si la Administración Pública puede válidamente encomendar a un tercero la realización de actividades, que deben constituir la esencia de sus competencias, como son las obras públicas.

Considera Azofra Vegas, que estos contratos de mandato formalizan un negocio de encomienda de gestión, de asuntos propios de la Administración mandante<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> La doctrina científica distingue entre las cartas de patrocinio fuertes y las débiles. Mediante las primeras, la Administración además de efectuar declaraciones, opiniones o informaciones en torno a la entidad a la que se refiere la carta, acepta un compromiso respecto a la entidad o a la sociedad emisora; en tanto que las segundas, sólo contienen declaraciones, opiniones o informaciones. Cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, Juan. *Las Cartas de Patrocinio*, en Nuevas Entidades, Figuras Contractuales y Garantías del Mercado Financiero. Madrid. 1990. p. 345.

<sup>38</sup> AZOFRA VEGAS señala que en dictámenes del Consejo de Estado N° 54.604 de 5 de septiembre de 1991 y N° 1026 de 11 de octubre de 1991 y más recientemente el artículo



La encomienda de gestión a las sociedades mercantiles de capital privado ha sido utilizada en Inglaterra, en donde la mandataria es una sociedad que se crea con el objeto exclusivo de la realización de la operación de financiación, a través del capital privado, así como de la ejecución de la obra pública.

La figura de la encomienda de gestión a las sociedades estatales o a una empresa pública estatal o municipal, puede articularse como una operación de financiación privada de las obras públicas, sobre la base de la encomienda de gestión en la construcción de las obras públicas.

A los fines de regular la encomienda de gestión, se deben considerar dos aspectos a saber:

El primer requisito, implica que la Ley establezca las condiciones para que sea considerada válida la encomienda de gestión, estableciendo a título enunciativo unas menciones mínimas, que deben cumplir dichas encomiendas, como la actividad a las que se afectan, el plazo de vigencia, la naturaleza y alcance de la gestión encomendada. Ello deja a la Administración mandante y a la empresa encomendada, un amplio margen para la negociación.

El segundo requisito, supone que se establezca en todo caso, la obligación de que el instrumento de formalización de la encomienda de gestión se publique en la Gaceta Oficial correspondiente, como un requisito de eficacia.

Las relaciones entre las sociedades estatales y la Administración se deberán regular mediante convenios, en los cuales se deben establecer los siguientes extremos:

- El régimen de construcción y explotación de las obras públicas de que se trate.
- Las potestades de la Administración en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad corresponderá en todo caso a ella misma.
- Las aportaciones económicas que haya de realizar la Administración a la sociedad, para lo cual podrá establecer los compromisos plurianuales de gastos que sean necesarios, conforme a los principios

---

15.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ha otorgado plena carta de naturaleza a la encomienda de gestión. Ob. cit. p. 551.

establecidos en los artículos 313 de la Constitución y la Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector público.

- Las garantías que hayan de establecerse en favor de los financistas de la construcción y explotación de las obras públicas.

## CONSIDERACIONES FINALES

Las anteriores reflexiones pretenden evidenciar la posibilidad de establecer sistemas de financiación de obras públicas distintos de la concesión, debiendo destacarse los sistemas extrapresupuestarios con participación privada.

Cualquier modelo distinto de los tradicionales, requiere un intenso debate jurídico, económico y técnico que permita evaluar, proponer y desarrollar aquellos que sean más adecuados para satisfacer el interés general de la sociedad.

No constituye un secreto que actualmente existe un debate en la doctrina científica para determinar la conveniencia acerca del sostenimiento del concepto tradicional de dominio público, que en la actualidad constituye una limitación para otorgar garantías suficientes a la financiación privada de las obras públicas, habiéndose planteado la posibilidad de reelaborar dicho concepto, en el sentido de admitir que los particulares que financian las obras públicas pueden llegar a ser titulares de bienes destinados al uso público o al interés general, pudiendo ejercer los atributos del derecho de propiedad, pero sin estarle permitido una modificación del uso o explotación y en todo caso, sometido a los controles y aprobaciones de la autoridad administrativa.

Esto lleva a reconocer que actualmente la noción tradicional de obra pública se encuentra en fase de revisión, con la finalidad de determinar la factibilidad de que los particulares puedan participar con mayores garantías para su inversión, en la financiación total o parcial de las obras destinadas al uso público o a la satisfacción del interés general.



LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS:  
¿CONTRATOS ADMINISTRATIVOS?

## LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS: ¿CONTRATOS ADMINISTRATIVOS?

*Marta Franch Saguer\**

### 1. INTRODUCCIÓN: LA IMPOSIBILIDAD DE CONSTRUIR UNA CONCEPTUALIZACIÓN COMÚN DE «CONVENIO URBANÍSTICO»

En primer lugar cabría preguntarnos por el interés del tema en un contexto sobre la contratación administrativa. Cada vez más hay figuras que se asemejan a los contratos públicos. Es por este motivo que nos hemos acercado al estudio de esta técnica urbanística.

#### *1.1.- Concepto*

La legislación urbanística estatal no contiene ninguna definición del concepto de «convenio urbanístico» por más que, hoy en día, sea una de las figuras más utilizadas por la Administración con competencias en este especulativo sector<sup>1</sup>. La razón del actual abuso en las técnicas pactistas, del

---

\* Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona.

<sup>1</sup> Se trata de una figura jurídica que ha sido estudiada en el marco general del Derecho Administrativo español y, más concretamente en el ámbito urbanístico. Entre otras, y sin ánimo exhaustivo, pueden consultarse las siguientes obras: ALONSO MAS, M.J., «Responsabilidad patrimonial de la Administración por incumplimiento de los convenios urbanísticos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núms. 271-272, 1996; ARREDONDO GUTIERREZ, J.M., *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, Granada, 2003; BUSTILLO BOLADO, R.O. y CUERNO LLATA, J.R., *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones Locales y los particulares*, 2ª. ed., Pamplona, 1996; CANO MURCIA, A., *Teoría y práctica del convenio urbanístico: doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, Pamplona, 1996; CHAMORRO GONZÁLEZ, «Convenios urbanísticos y Haciendas Locales», en *Actualidad Administrativa*, núm. 44, 1995; HUERGO LORA, A., *Los convenios urbanísticos*, Madrid, 1998; LÓPEZ PELLICER, J.A., «Régimen y naturaleza de las actuaciones concertadas en materia de urbanismo» en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 73, 1981 y «Naturaleza, supuestos y límites de los convenios

que da cuenta una abundante jurisprudencia, obedece a la decidida tendencia administrativa, tanto a nivel autonómico como especialmente local, de aparcir o cuanto menos reducir drásticamente las actuaciones unilaterales en beneficio del establecimiento de acuerdos con los particulares que interactúan en el mercado del suelo.

¿Qué persigue la Administración con el recurso al convenio urbanístico? En un sector tan influenciado por elementos de contenido económico como es el urbanismo, la Administración, sin caer en la arbitrariedad, puede hacer un uso interesado de sus facultades discrecionales con el fin de negociar con los particulares una ordenación del espacio que beneficie a ambos. Para la primera, el acuerdo puede significar contar con una colaboración necesaria en el caso de insuficiencia de recursos o la localización en su término territorial de una importante operación urbanística, con lo que ello comporta de inversión -e incluso de fuente de financiación de otras actuaciones públicas-; para los segundos, la consecución de importantes beneficios inmobiliarios.

En realidad, es imposible dar una definición unitaria de «convenio urbanístico», puesto que bajo esta etiqueta se esconden acuerdos y pactos de muy variada tipología, efectos y regímenes jurídicos que coinciden casi exclusivamente en su carácter urbanístico (efectivamente, para identificarlos se pone el acento en su objeto o finalidad, esto es, la aplicación o ejecución de la normativa urbanística por particulares<sup>2</sup>). Por dicho motivo, porque el único nexo existente entre ellos es la materia de la que se ocupan, la doctrina coincide en que no sería posible hablar de una categoría jurídica. Con todo, algunos autores han hallado un elemento identificativo en dicha finalidad, puesto que estos convenios pretenden la satisfacción directa del interés general,

---

urbanísticos», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 146, 1996; MARTÍN HERNÁNDEZ, P., «Los convenios urbanísticos», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 144, 1995; PAREJO ALFONSO, L., «La terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración», en *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, 1995; ROMERO HERNÁNDEZ, F., «Los conciertos urbanísticos atípicos», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 95, 1985.

<sup>2</sup> Vamos a excluir de esta ponencia los convenios urbanísticos interadministrativos, por ser sus características radicalmente distintas de los que se celebran con particulares y, por ende, también la problemática que generan. En los primeros, los sujetos participantes son titulares de potestades administrativas que afectan al mismo objeto sin que exista entre ellos una relación de supremacía o subordinación. Por ello, también debe tenerse en cuenta que los convenios firmados entre dos Administraciones cuando una de ellas se encuentra sometida a una potestad de la que la otra es titular no tienen propiamente carácter interadministrativo.



diferenciándose del resto de contratos que suscribe la Administración, que se encaminan a satisfacer las necesidades de la Administración en cuanto organización –recursos, personal,...- y sólo indirectamente el interés general<sup>3</sup>. Según CANO<sup>4</sup>, y a tenor de las previsiones contenidas en la normativa autonómica, los convenios urbanísticos pueden ser objeto, entre otros, de los siguientes aspectos:

- Cesión de terrenos para urbanizar o edificar.
- Permitir la coordinación en contenido y plazos de las distintas intervenciones y procedimientos administrativos que inciden sobre los usos, actividades y proyectos que transforman el territorio.
- Utilización de procedimientos de gestión coordinada para ordenar la tramitación de expedientes y resoluciones, o dirigidos a la mejor gestión de infraestructuras.
- Resolución de proyectos, acciones, autorizaciones o licencias que afecten a un territorio y que incidan de forma sustancial sobre sistemas estructurales.
- Gestión adecuada de infraestructuras, servicios y equipamientos de interés o de ámbito supramunicipal.
- Gestión y ejecución del planeamiento.
- Modificación del planeamiento.
- Financiación de las obras exteriores de infraestructura sobre las que se apoya la actuación urbanística, debiendo garantizarse un adecuado enlace con las redes viarias y los servicios integrantes de la estructura del municipio.
- Mejorar la gestión de la actividad urbanística.
- Colaborar en el mejor y más eficaz desarrollo de la actividad urbanizadora.

<sup>3</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1997, 8ª. ed., págs. 666 y ss.; BUSTILLO BOLADO, R.O. y CUERNO LLATA, J.R., *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones Locales y los particulares*, pág. 30; HUERGO LORA, A., *Los convenios urbanísticos*, pág. 29 y ss.

<sup>4</sup> CANO MURCIA, A., *Teoría y práctica del Convenio urbanístico*, Navarra, 2002, 3ª. ed., págs. 25-26.

Como podemos comprobar, bajo el término «convenios urbanísticos» se encuentran incluidos conceptos jurídicos de naturaleza jurídica absolutamente diferente.

Al ser los convenios urbanísticos acuerdos o manifestaciones concurrentes de voluntades de los distintos agentes u operadores urbanísticos<sup>5</sup>, les es de aplicación la normativa urbanística vigente tanto a nivel estatal (Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones) como autonómica: verbigracia, la transmisión de deberes urbanísticos (art. 21.1 Ley 6/1998) y la acción pública, tal como establece la STS de 30 de octubre de 1997 según la cual «cualquier persona (...) puede impugnar el contrato en los aspectos urbanísticos que contiene». Más allá de esta idea, se hace imposible delimitar un régimen jurídico común aplicable a los diversos acuerdos consensuales. Como ejemplo de esta afirmación, podemos citar el art. 303 (Título IX, Régimen Jurídico) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que reza como sigue:

«Tendrán carácter jurídico administrativo todas las cuestiones que se suscitaren con ocasión o como consecuencia de los actos y *convenios* regulados en la legislación urbanística aplicable entre los órganos competentes de las Administraciones Públicas y los propietarios, individuales o asociados o empresas urbanizadoras, incluso las relativas a cesiones de terrenos para urbanizar o edificar».

Parecería que este precepto debería ser de aplicación a todos los convenios urbanísticos; sin embargo, según HUERGO, quedan excluidos del mismo los convenios atípicos o los celebrados por sociedades urbanísticas municipales, autonómicas o estatales, sometidos en muchos casos al Derecho privado (jurisdicción civil). Estas sociedades se constituyen mediante formas de personificación jurídico-privadas, de forma que sus actuaciones se rigen por el Derecho privado y no dictan actos administrativos. A pesar de ello, la solución que se propone es que los jueces y tribunales civiles que conozcan de un asunto en el que concurra un convenio urbanístico apliquen «el régimen específico de éstos, aunque el origen de ese régimen se encuentre en el Derecho administrativo. Una solución cada vez más frecuente, por lo demás, ya que muchos contratos celebrados por entidades sometidas al derecho privado (...) están sometidos al régimen de la contratación pública en cuanto a la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia en la selección del contratista»<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> MARTÍN HERNÁNDEZ, P., «Los convenios urbanísticos», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 144, pág. 61.

<sup>6</sup> HUERGO, pág. 39.



### 1.2.- Tipología

Hemos de recurrir a la doctrina y a la normativa autonómica para conocer las distintas clasificaciones que se han realizado respecto de los convenios urbanísticos.

*1.2.1.- La tipología tradicional utilizada por la doctrina ha sido la que distingue entre los convenios urbanísticos en función de si están previstos o no en la normativa aplicable:*

- a) Convenios urbanísticos típicos, esto es, los regulados o previstos expresamente en la normativa urbanística y respecto de los cuales se han previsto unas consecuencias jurídicas concretas.
- b) Convenios urbanísticos atípicos, es decir, los que no se encuentran regulados en la normativa urbanística y se concluyen con finalidades muy diversas. Su validez y efectos quedan condicionados por el propio contenido del convenio (cláusulas).

*1.2.2.- Otra clasificación utilizada, contenida en la mayor parte de normas autonómicas, es la que identifica dos tipos de convenios urbanísticos, en función de la parcela urbanística afectada:*

- a) Convenios urbanísticos de planeamiento, cuyo objeto es la aprobación o modificación del planeamiento, y que normalmente implican operaciones de reclasificación o recalificación del suelo por la Administración a cambio de una contraprestación del propietario que puede consistir, por ejemplo, en el pago de una cantidad de dinero, en la cesión de un inmueble, etc. Estos convenios no producen por si mismos una alteración del planeamiento sino que constituyen actos independientes de los procedimientos administrativos necesarios para conseguir la modificación o aprobación del plan. La legislación urbanística de Castilla – La Mancha se refiere a esta modalidad como convenios que preparan «posibles innovaciones o alteraciones del planeamiento en vigor» bien directamente o bien de forma implícita «por ser éstas precisas en todo caso para la viabilidad de lo estipulado» (art. 11.3 de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha).
- b) Convenios urbanísticos de ejecución o gestión, cuyo objeto son las condiciones de ejecución del planeamiento así como sus plazos, sin

que con arreglo a tales acuerdos pueda modificarse el plan urbanístico de que se trate. En este sentido, puede citarse el art. 129 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña cuando se refiere a una posible forma concertada de ejecución de los planes:

«La iniciativa del proyecto de reparcelación, en la modalidad de compensación *por concertación*, corresponde a los propietarios de fincas cuya superficie represente más del 25% de la superficie total del sector de planeamiento urbanístico o del polígono de actuación urbanística de que se trate, quienes pueden promover la constitución de una Junta de Compensación, una vez concertada la modalidad con el correspondiente Ayuntamiento».

*1.2.3.- ARREDONDO GUTIERREZ<sup>7</sup> añade un tercer tipo de convenios urbanísticos, atendiendo a sus efectos jurídicos:*

- a) Convenios urbanísticos de naturaleza obligacional, entendiendo por tales los que se limitan a establecer relaciones obligacionales o de naturaleza crediticia entre las partes que los otorgan. Tal sería el supuesto reflejado por el art. 44.1 de la Ley de Urbanismo de Cataluña al contemplar la asunción voluntaria por parte de la Junta de Compensación del mantenimiento de las obras de urbanización, transformándose en una Junta de Conservación.
- b) Convenios urbanísticos de trascendencia real. Estos convenios implican un tráfico jurídico sobre bienes inmuebles entre la Administración y los particulares. Así, por ejemplo, la ejecución de un plan parcial urbanístico obliga al propietario a ceder gratuitamente en favor de la Administración el suelo en el que se localice el aprovechamiento urbanístico no susceptible de apropiación privada. En el marco de este deber de cesión de los propietarios, el art. 45.3 de la Ley de Urbanismo de Cataluña permite a la Administración sustituir el suelo con aprovechamiento que debe ser objeto de cesión en suelo urbanizable delimitado por su equivalente en otros terrenos exteriores al sector en los casos en que la actuación urbanística de lugar a un único establecimiento industrial, comercial u hotelero o por razones de política de vivienda (en este caso, el equivalente se destinará a conservar o ampliar el patrimonio público de suelo).

---

<sup>7</sup> ARREDONDO GUTIERREZ, J.M., *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, Granada, 2003, págs. 34-35.



## 2. NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICOS

Ni la doctrina ni la jurisprudencia se muestran unánimes sobre la naturaleza jurídica de los convenios urbanísticos: en ocasiones, los ha caracterizado como simples acuerdos de voluntades, aunque lo cierto es que un sector mayoritario los viene considerando como contratos administrativos. Desde luego, ambas opciones son posibles, y deberemos decantarnos hacia una u otra opinión atendiendo a su contenido, efectos o la finalidad con la que se haya concluido el convenio.

Alguna doctrina afirma que se tratan de convenios de colaboración, pero no de contratos administrativos<sup>8</sup>, aunque el propio autor afirma que dicha distinción no tiene ningún fundamento.

ARREDONDO GUTIERREZ<sup>9</sup> sostiene que, con independencia de aquellos convenios que se limitan a fijar o aclarar los términos en que ha de cumplirse una obligación legal -que no pueden considerarse contratos-, la mayoría de ellos crean obligaciones entre las partes no habiendo dificultad en admitir su naturaleza contractual. Cita para ello la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la interpretación o exégesis de las cláusulas de los convenios urbanísticos efectuada en sede judicial es una interpretación contractual. Según el autor, se trataría de contratos de naturaleza administrativa especial por el hecho de «resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante» o por «satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla» (art. 5.2.b LCAP) que son las finalidades propias de la actividad pública urbanística.

El término «convenio urbanístico» no tiene un significado jurídico preciso sino muy genérico (ya que engloba desde contratos de compraventa o permuta hasta donaciones, cesiones, arrendamientos, etc.) y, en consecuencia, según HUERGO<sup>10</sup>, lo verdaderamente determinante para conocer sus efectos debe ser la *calificación jurídica* que se le da a dicho convenio.

---

<sup>8</sup> BUSTILLO BOLADO *Convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*. Ed. Aranzadi.

«Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento». Ed Aranzadi.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, pág. 36 y ss.

<sup>10</sup> HUERGO, *op. cit.*, págs. 31 y 32.

En este sentido, si bien las modalidades más complejas de los convenios urbanísticos



Además de la aplicación a los convenios urbanísticos de la legislación sectorial correspondiente, su caracterización como contratos administrativos conlleva su sujeción a la normativa sobre régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC), contratación administrativa (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP) y a la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). De aplicación es, por tanto, el art. 88 de la LRJAP-PAC según el cual la Administración podrá celebrar «acuerdos, pactos, convenios o contratos» con personas públicas o privadas

«siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la

---

tienen naturaleza contractual, HUERGO opina que los convenios pueden ser objeto de la siguiente calificación:

A. Acuerdos de intenciones. A través de los mismos, la Administración y los particulares se comprometen a adaptar su conducta a un programa fijado de común acuerdo. Dichos acuerdos no obligan por sí solos a las partes a realizar ninguna prestación y tampoco impiden que, dado el caso, estas mismas partes puedan apartarse del programa ya sea por una modificación de las circunstancias existentes o por un mero cambio de opinión. Sin embargo, podrán derivarse consecuencias jurídicas del acuerdo cuando la Administración se aparte del mismo vulnerando los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad o produciendo daños (responsabilidad extracontractual).

B. Acuerdos preparatorios de la posterior emisión por parte de la Administración de actos unilaterales necesitados del consentimiento de su destinatario (por no poder ser dictados contra su voluntad) o aceptados por éste.

C. Contratos administrativos celebrados entre la Administración y un particular a los que, en defecto de regulación específica en la legislación urbanística, se les aplica la normativa sobre contratación administrativa o sobre patrimonio de las Administraciones públicas. Evidentemente, que la Administración sea parte en los convenios urbanísticos de naturaleza contractual supone la aplicación del régimen jurídico de los contratos administrativos.

D. Contratos sobre actos y potestades administrativos. Se trata de acuerdos que buscan la obtención de una determinada actuación administrativa como contrapartida a las prestaciones realizadas por los particulares. La validez de estos acuerdos puede peligrar cuando las decisiones administrativas no tienen por finalidad la satisfacción del interés público o cuando la Administración presione a los particulares sometidos al ejercicio de sus potestades y obtenga de ellos prestaciones carentes de causa.

E. Contratos sujetos al Derecho privado.



disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin».

El precepto establece asimismo el contenido mínimo de dichos instrumentos (identificación de las partes; ámbito personal, funcional y territorial; plazo de vigencia; publicación según los casos). Ahora bien, el citado artículo no puede ser entendido como norma habilitante para las Administraciones Públicas a los efectos de celebrar negocios bilaterales, puesto que contiene una remisión a otras normas. Más específicamente, el art. 4 LCAP contempla la capacidad contractual de la Administración (art. 111 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, para la Administración local) en los siguientes términos:

«La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicios de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla».

Desde luego, este precepto no habilita a la Administración para celebrar cualquier tipo de pacto o convenio, puesto que su actuación quedará sometida en todo caso a los límites que marca el Estado de Derecho no pudiendo ser interpretado como un principio de libertad absoluta en la práctica convencional de la Administración con los efectos del art. 1255 del Código civil.

En tanto que contratos, los convenios se sujetan al requisito de capacidad de obrar. Mayores dudas suscitan la aplicación de los requisitos de solvencia y clasificación de contratistas, que no parece que sean exigibles con carácter general en los convenios de contenido urbanístico. En cuanto a las prohibiciones de contratar *ex* art. 20 LCAP (condena en sentencia firme por delito de falsedad, contra la propiedad o de cohecho, declaración de quiebra o concurso, etc.) se estimarían aplicables a pesar de que, como señala la STS de 30 de octubre de 1990, debe tenerse en cuenta la aplicación restrictiva de normas prohibitivas como la señalada (art. 4.2 Código civil) y que, por su objeto, muchos convenios suponen operaciones de comercio inmobiliario regidas por la legislación patrimonial.

A tenor del art. 29 de la Ley 29/1998, el control judicial de los convenios urbanísticos se trasladará al orden contencioso-administrativo (aunque el origen

del pleito puede ser diverso, obedece normalmente a dos tipos de pautas: la impugnación por el particular de un plan aprobado con posterioridad al convenio y que no respeta lo pactado en el mismo; la impugnación por terceras personas de un plan alegando desviación de poder al haberse dictado para dar cumplimiento a un convenio previo).

La Administración disfruta, respecto de los convenios, del privilegio de autotutela (exigencia forzosa de las prestaciones) y también de las potestades administrativas de modificación y resolución unilateral del contrato mientras dure la ejecución del mismo. Durante este período cualquiera de las partes puede solicitar la resolución del contrato cuando se produzca un cambio de circunstancias que altere o haga desaparecer el beneficio del acuerdo.

También les serán de aplicación las reglas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando el contratante privado no pueda exigir el cumplimiento del convenio *in natura* por haberse frustrado las negociaciones antes de su conclusión o por ser éste inválido. La jurisprudencia ha establecido al respecto que los únicos efectos jurídicos de los convenios inválidos son las consecuencias indemnizatorias que se generan por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración.

Asimismo, el sometimiento a la normativa administrativa general permite entender la referencia que se hace en la mayoría de ordenamientos autonómicos a la transparencia y publicidad de que deben dotarse los convenios urbanísticos, que son principios generales a los que debe acogerse toda actuación administrativa (art. 3.5 LRJAP-PAC: «En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación»). Los arts. 8.3 y 131 de la Ley de Urbanismo de Cataluña lo recogen, respectivamente, con carácter general

«Los procesos urbanísticos de planeamiento y de gestión, y el contenido de las figuras de planeamiento y de los instrumentos de gestión, incluidos los convenios, están sometidos al principio de publicidad»

y específicamente para la ejecución del planeamiento por la modalidad de compensación por concertación

«La propuesta del convenio (...) debe someterse a información pública, junto con el proyecto de bases, por un plazo de veinte días, y simultáneamente debe concederse audiencia a los propietarios mediante notificación personal (...).».



Los principios de publicidad y concurrencia también deben ser tenidos en cuenta en la selección del contratista cuando sea necesario poner en marcha un procedimiento concursal (no lo sería, por ejemplo, en el caso de un convenio de planeamiento o cuando la firma de un convenio sólo tiene interés o sentido si se firma con un sujeto determinado). Debemos apuntar al respecto que gran número de los convenios urbanísticos considerados «típicos» establecen sistemas de selección o remiten a la normativa general sobre contratos.

La jurisprudencia también ha atribuido, en numerosas ocasiones, naturaleza contractual a los convenios urbanísticos. Quisiera resaltar alguna de estas sentencias:

En una sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1997 se afirma que:

«el convenio impugnado no es un convenio privado, sometido a las normas de Derecho Civil y a la competencia de la Jurisdicción ordinaria sino que es un contrato administrativo porque tiene por finalidad el ejercicio de potestades públicas (futura tramitación de una modificación o revisión del plan, hasta donde alcanzan las potestades del Ayuntamiento) como medio para lograr finalidades esencialmente públicas como el desarrollo de la política urbanística...».

En la STSJC 865/2003, de 4 de diciembre, afirma:

«Tal figura jurídica, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo, entre otras en su sentencia de 30 de mayo (RJ 1997, 4054) y 30 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7683) y 15 diciembre de 1998 (RJ 1998, 10105), no constituye un sistema de ejecución del planeamiento, ni sustituye en cada caso al sistema escogido, limitándose a llegar a un acuerdo entre las partes al objeto de facilitar la gestión, allanando los problemas que se presenten, teniendo por objeto la satisfacción del interés público, sin que en ningún caso puedan versar sobre materias no susceptibles de transacción. De manera que las competencias jurídico públicas en materia de planeamiento son irrenunciables y deben ser ejercidas por los órganos que las tienen atribuidas como propias, sin que sea admisible su disposición por vía contractual».

Y continua:

«Desde luego el convenio urbanístico genera obligaciones y derechos para todas las partes que lo suscriben, en cuya interpretación no deben desconocerse, a falta de disposiciones específicas, las normas generales sobre contratación establecidas en las Leyes Civiles, pero tal actividad

debe quedar matizada, en todo caso, por su específica naturaleza, objetivo y finalidad, que no son otros distintos de la satisfacción del interés público, allanando así los obstáculos que al mismo puedan oponerse. Pues tal instrumento jurídico, aun atendiendo en ocasiones a finalidades privadas y pudiendo surtir sus efectos propios entre las partes que lo suscribieron, no constituye, en su esencia, más que una manera de satisfacción del interés público supraindividual, al que debe tender toda actividad de cualquier Administración Pública, en aras a lograr la mejor ordenación urbanística posible. Así que los convenios urbanísticos, por sí solos, no son figuras contractuales que únicamente generan efectos jurídicos entre los firmantes, en forma de declaración de intenciones para la Administración y de asunción de compromisos para los interesados, sin comprometer la potestad de planeamiento de aquella ni los derechos impugnatorios de estos».

Por tanto, aunque existe una jurisprudencia vacilante, parece poderse precisar que existe una línea importante que defiende la naturaleza contractual de los convenios urbanísticos.

### 3. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS

La práctica convencional se ha intensificado en las últimas décadas, pero ello no implica que fuera una figura desconocida para la legislación utilizada por la Administración española para la ordenación del territorio antes de la aprobación de la considerada como «primera ley urbanística» de nuestro país, la Ley del Suelo de 1956.

El crecimiento y expansión de las áreas urbanas en el siglo XIX como consecuencia principalmente de los efectos de la Revolución Industrial no podía llevarse a cabo con una intervención administrativa en la propiedad privada que se limitara a la expropiación forzosa. Es por ello que la legislación decimonónica regula ya esta figura, aunque no con la amplitud de miras que caracteriza en la actualidad el Derecho urbanístico. En un momento en que la actividad planificadora pública es prácticamente inexistente y que la ordenación del suelo no depende en exclusiva de la Administración, la práctica convencional es vista como un instrumento para poder hacer efectiva la dotación de viales e infraestructuras necesarias para dar viabilidad al «ensanche» de las ciudades o a su «reforma interior», sobre la base de que las obras de urbanización eran asumidas por la Administración.

Así, la Real Orden de 9 de febrero de 1863 contiene una referencia a la celebración de convenios con la finalidad de ejecutar los proyectos de



alineaciones (que obligaban a los propietarios a adelantar o retroceder sus fachadas para decuarlas a las nuevas líneas trazadas). Esta norma daba origen a dos tipos de acuerdos que se celebraban con los propietarios y en los que se negociaban obligaciones de distinto contenido: los que tenían lugar en sustitución de la expropiación y los que, ya en el marco de un procedimiento expropiatorio, tenían por finalidad ejecutar la alineación proyectada. Estos acuerdos solían materializarse en contratos de compraventa o permuta que, elevados a escritura pública, eran auténticos contratos civiles.

Los planes de ensanche (adición de nuevos barrios de cuadrícula regular al casco antiguo, presente en las principales ciudades del país como Madrid y Barcelona) van a permitir la afloración de numerosos convenios con la finalidad de solucionar los conflictos que concurren en su ejecución material (Ley de Ensanche de Poblaciones de 1864 y leyes de 1876 y 1892). Estos convenios podían tener por objeto la determinación del justiprecio del bien expropiado o la exención temporal para el propietario del pago de los tributos que grababan la parte no expropiada de la finca a cambio de la cesión de terrenos afectados por el ensanche. En ocasiones, los convenios incluso establecieron la concesión de las obras de urbanización del suelo a particulares. En cuanto a su naturaleza, la jurisprudencia no se muestra unánime al respecto (contrato administrativo / contrato civil).

La Ley del Suelo de 1956 contiene un tratamiento unitario de la actuación urbanística basado en las competencias de planificación del territorio y de su posterior ejecución, a la vez que declara que el urbanismo es una función pública. El derecho de propiedad ya no se concibe como un derecho de disposición casi absoluto del titular del suelo sobre el objeto de su derecho, propio de la regulación civilista.

A partir de este momento, el propietario va a depender por entero de la voluntad administrativa, que podrá operar unilateralmente en el ámbito urbanístico atendiendo a las exigencias del interés público para proteger los intereses de toda la comunidad y no los del propietario. La Administración ya no deberá negociar con los propietarios, que quedarán obligados a realizar determinadas cesiones gratuitas (viales, dotaciones públicas) y responder de los gastos de urbanización del suelo así como de, en ocasiones, llevar a cabo directamente el proceso de urbanización. Es por ello, que la aprobación de la Ley del Suelo de 1956 supuso dar un paso atrás en la práctica convencional, a pesar de la existencia numerosa de convenios para la ejecución del planeamiento (convenios de ejecución), como los convenios expropiatorios regulados en el art. 55.1 de dicha Ley:

«Cuando para la ejecución de un Plan no fuere menester la expropiación del dominio y bastare la constitución de alguna servidumbre sobre el mismo, prevista por el Derecho privado o el administrativo, podrá imponerse, si no se obtuviere *convenio* con el propietario, con arreglo al procedimiento de la Ley de Expropiación Forzosa ...».

La reforma de 1975 permitió avanzar en la práctica convencional al introducirse en escena el denominado «urbanismo concertado», que incrementa el número de acuerdos urbanísticos entre la Administración y los particulares y permite que aquéllos extiendan su objeto también al planeamiento (de desarrollo), afectando, por tanto, de plano al corazón de la disciplina urbanística. Esto es así debido al alto grado de discrecionalidad de que disfrutaban los poderes públicos en el ámbito de la planificación, lo que permitía que la Administración tomara decisiones importantes teniendo en cuenta los intereses de determinados propietarios en posible detrimento del interés general, o lo que es lo mismo, se hiciera primar el beneficio por encima de la racionalidad que debe concurrir en toda decisión pública.

En la práctica, las expresiones «urbanismo concertado» y «convenio urbanístico» han sido utilizados como sinónimos, aunque algún autor defiende que se trata de dos figuras distintas. La primera debería reservarse para los supuestos en que la iniciativa privada asume, en virtud de concierto o concesión, ámbitos completos de la función pública urbanística (planeamiento, gestión), mientras que la segunda tendría por objeto las negociaciones que se llevan a cabo entre Administración y particulares (con o sin respaldo legal expreso) respecto de operaciones urbanísticas relativas a algún aspecto de la planificación o la gestión (o de ambas)<sup>11</sup>.

El urbanismo concertado es una técnica contractual que parte de la idea que la Administración materializa en el Plan General Municipal el modelo urbanístico escogido para un determinado territorio y controla su posterior desarrollo a través de la clasificación del suelo en tres clases distintas y con un estatuto jurídico de la propiedad también diverso:

- a) Suelo urbano. Es el suelo que tiene la condición de solar (es decir, que ya cuenta con los elementos de urbanización previstos en la normativa y en el planeamiento) o que incluso está edificado. De acuerdo con el marco legal urbanístico en Cataluña un terreno puede considerarse solar cuando cumple los siguientes requisitos: a) ser suelo urbano por contar, como mínimo, con los servicios urbanísticos básicos (red viaria, redes de

---

<sup>11</sup> ARREDONDO GUTIERREZ, pág. 5.



abastecimiento de agua y saneamiento y suministro de energía eléctrica) y afrontar con una vía que disponga de iluminación pública y esté íntegramente pavimentada; b) que, si el planeamiento las define, tengan señaladas las alineaciones y rasantes; c) que sean susceptibles de obtener licencia urbanística inmediata por no estar incluidos en un plan urbanístico de desarrollo ni en un polígono de actuación urbanística pendientes de ejecución; y d) que se hayan realizado todas las cesiones de terrenos destinadas a viales.

- b) Suelo no urbanizable. Engloba aquellos terrenos que deben protegerse del desarrollo urbano y que no pueden ser urbanizados bajo ningún concepto, a pesar de que la legislación posibilita la edificación de este suelo en determinadas circunstancias (equipamientos y servicios comunitarios no compatibles con los usos urbanos, infraestructuras de accesibilidad, construcciones propias de una actividad rústica así como las vinculadas a la ejecución y funcionamiento de las obras públicas, reconstrucción de casas rurales, etc.).
- c) Suelo urbanizable. Se trata del suelo susceptible de transformación urbanística, aunque por la mayor o menor inmediatez de las actuaciones que deben desarrollarse en el mismo es divisible en dos subcategorías: a) suelo urbanizable delimitado (antes, programado), que será objeto de urbanización a corto o medio plazo y b) suelo urbanizable no delimitado (con anterioridad, no programado), que lo será en un plazo indeterminado. Este último subtipo de suelo ha dado mucho juego al urbanismo concertado o paccionado por posibilitar la asunción por la iniciativa privada de las actividades de elaboración del planeamiento de desarrollo y de su posterior ejecución. El instrumento en el cual se fijaban los compromisos de desarrollo urbanístico asumidos por los propietarios era el denominado Programa de Actuación Urbanística (PAU) que dotaba al suelo urbanizable no programado de una ordenación urbanística similar al suelo urbanizable programado, de forma que su transformación urbanística pudiera llevarse a cabo a través de planes parciales. El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (art. 146) establecía que la formulación y ejecución del PAU pudiera encomendarse a sujetos privados, a través de la convocatoria de concursos públicos por parte de la Administración local, previa la fijación por ésta de unas bases en las que se establecían las condiciones de la actuación y las obligaciones a asumir por el adjudicatario. La naturaleza contractual de los PAU ha sido defendida por una parte importante de la doctrina (GONZÁLEZ PÉREZ, T.R. FERNÁNDEZ, L. PAREJO ALFONSO, LÓPEZ PELLICER, etc.).



La función orientadora del desarrollo urbano que realizaba el Plan General se ha visto, pues, desplazada por la enorme cantidad de conciertos celebrados entre la Administración y particulares con el fin de modificar el planeamiento -a cambio, por ejemplo, de cesiones no previstas en el mismo- para permitir la realización de proyectos urbanísticos privados, una práctica mucho más incisiva que los convenios de simple ejecución.

Como ya se ha apuntado, la legislación urbanística estatal apenas había dedicado atención a los convenios urbanísticos, careciendo de una regulación jurídica unitaria. Sin embargo, el reconocimiento constitucional de que el urbanismo es una competencia autonómica ha comportado la aparición, a partir de la década de los noventa del siglo XX, de un conjunto de normativas procedentes de las Comunidades Autónomas que sí dedican un trato, más o menos amplio a esta figura, conscientes de que puede actuar como instrumento para solucionar los conflictos de intereses públicos y privados que se producen en el ámbito urbanístico. Es por ello, que muchas de las CCAA establecen clasificaciones de convenios urbanísticos en atención a su objeto: convenios de planeamiento y convenios de ejecución. Y aunque ello suponga un paso adelante, también debe anotarse que quedan en el tintero muchas cuestiones por resolver (por ejemplo, los efectos fiscales de los convenios urbanísticos).

La primera Comunidad Autónoma que se encargó de regular la práctica convencional fue Canarias, en 1985 (con una finalidad de protección sobre terrenos con valor ambiental y 1987 (convenios de urbanización diferida). Sin embargo, fue la valenciana la que estableció una regulación general, en 1992, con una cláusula de habilitación según la cual los municipios podrían suscribir convenios con particulares «para la mejor gestión de la actividad urbanística» y la distinción entre convenios de planeamiento y convenios de ejecución (un esquema que ha sido seguido por las regulaciones autonómicas posteriores).

#### 4. LOS LÍMITES AL CONTENIDO DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS

Hemos visto como los arts. 88 LRJAP-PAC y 4 LCAP habilitan a la Administración para concluir convenios urbanísticos, pero siempre dentro de unos límites. Evidentemente, estos límites actuarán más de lleno sobre los convenios de planeamiento (por ser susceptibles de afectar a la potestad de planeamiento) que sobre los de simple ejecución (en los que el objeto de los mismos puede ser el pago de los gastos de urbanización o la cesión de suelo destinado a equipamientos comunitarios). Entre estos límites destacan los siguientes:



- a) Legalidad. El sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho exigen que la Administración respete el carácter público de la función urbanística y las reglas que marcan esta actividad, bajo sanción de nulidad. Una Autonomía que ha regulado expresamente las consecuencias de contravenir el ordenamiento jurídico es Castilla – La Mancha (art. 11.5 Ley 2/1998) al concluir que:

«Serán nulas de pleno derecho las estipulaciones de los convenios urbanísticos que contravengan, infrinjan o defrauden objetivamente en cualquier forma normas imperativas legales o reglamentarias, incluidas las del planeamiento territorial o urbanístico, en especial las reguladoras del régimen urbanístico objetivo del suelo y del subjetivo de los propietarios de éste».

La vinculación a la ley de los convenios urbanísticos ha llevado a la jurisprudencia a las siguientes conclusiones:

- La potestad de planeamiento es indisponible o irrenunciable por vía contractual, no pudiendo supeditarse a los intereses de un particular, de tal forma que los avances de planeamiento redactados por los particulares tienen un carácter meramente orientativo. Normativas autonómicas como la madrileña, la gallega o la andaluza disponen que los convenios que versen sobre posibles modificaciones del planeamiento sólo vinculan a las partes respecto de la iniciativa y tramitación de los procedimientos de modificación de los planes sobre la base del acuerdo sobre la oportunidad, conveniencia y posibilidad de una nueva solución de ordenación, pero que en ningún caso vincularán o condicionarán el ejercicio por la Administración pública de la potestad de planeamiento.

El principio de indisponibilidad de las potestades administrativas tendría, según HUERGO, la misma función que la prohibición de la desviación de poder. Mientras que esta última supone el ejercicio de potestades por la Administración con fines distintos de los establecidos por la norma, la indisponibilidad impide a la Administración enajenar o renunciar al ejercicio de sus potestades para evitar que éstas acaben subordinadas a unos fines o intereses distintos de los previstos (los intereses públicos)<sup>12</sup>. La STS de 18 de marzo de 1992 establece que:

«El plan, elemento fundamental de nuestro ordenamiento urbanístico, dibuja el modelo territorial que se entiende, dentro de lo hacedero, más adecuado para el desarrollo de la personalidad y la convivencia.

<sup>12</sup> HUERGO, pág. 130.

Corresponde a la Administración, con una intensa participación ciudadana para asegurar su legitimación democrática, el trazado de dicho modelo atendiendo a las exigencias del interés público: la ciudad es de todos y, por tanto, es el interés de la comunidad y no el de unos pocos, los propietarios del suelo, el que ha de determinar su configuración. Y es claro que la potestad administrativa de planeamiento se extiende a la reforma de éste: la naturaleza normativa de los planes, por un lado, y la necesidad de adaptarlos a las exigencias cambiantes del interés público, por otro, justifican plenamente el *ius variandi* que en este ámbito se reconoce a la Administración (...). Existe en este sentido una frondosa jurisprudencia (...) que destaca que frente a la actuación del *ius variandi*, los derechos de los propietarios no son un obstáculo impediendo, aunque puedan originar indemnizaciones (...). Del propio modo, las exigencias del interés público que justifican la potestad de planeamiento -y por tanto el *ius variandi*- implican que su actuación no puede encontrar límite en los convenios que la Administración haya concluido con los administrados. Así esta Sala viene declarando que no resulta admisible una ‘disposición’ de la potestad de planeamiento por vía contractual: cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que el Ayuntamiento haya llegado con los administrados, aquella potestad ha de actuarse para lograr la mejor ordenación posible, sin perjuicio de las consecuencias que ya en otro terreno pueda desencadenar el apartamiento de convenios anteriores (...). En definitiva, los derechos de los propietarios, bien deriven del plan reformado, bien de convenios con la Administración, no impiden la actuación del *ius variandi*».

Con todo, un convenio urbanístico que regule el ejercicio de una potestad administrativa para un supuesto concreto y que garantice que la potestad se ha utilizado para los fines previstos en el ordenamiento será admisible, lo que no ocurriría si se vinculara el ejercicio de esa potestad en una dirección determinada -alejada de los intereses públicos- y prescindiendo de las garantías legalmente establecidas (procedimiento administrativo, motivación, ...).

Asimismo, HUERGO<sup>13</sup> afirma que a diferencia de los actos unilaterales de la Administración, el convenio no se fundamenta únicamente en las potestades administrativas sino también en el consentimiento del contratante privado. Este consentimiento legitimaría la incorporación al convenio de contenidos que en un acto unilateral estarían prohibidas por normas de carácter dispositivo (las que tutelan los intereses disponibles del particular) pero que podrían establecerse si se alcanza un acuerdo con ese particular.

---

<sup>13</sup> HUERGO, págs. 155-156.



El Tribunal Supremo ha concluido que aunque el convenio urbanístico no tenga valor normativo reglamentario autónomo ni pueda prevalecer sobre las determinaciones del plan que se apruebe con posterioridad, ello no impide que pueda acceder a dicha naturaleza normativa mediante su incorporación al contenido del plan (STS de 29 de noviembre de 1993).

- La Administración no puede negociar el ejercicio de las potestades regladas (otorgamiento de licencias, ...) a través del convenio en beneficio de un particular, aunque sea en reciprocidad de prestaciones de éste (STS de 8 de julio de 1989). Según la STS de 30 de abril de 1979, que inaugura este posicionamiento jurisprudencial:

«(...) el objeto del contrato por lo que se refiere a aquello a que quedó obligado el Ayuntamiento, está fuera del tráfico jurídico pues son las mismas potestades administrativas de ejercicio rigurosamente reglado, las que la Corporación compromete y enajena al margen de toda legalidad, de modo que (...) devienen nulas sin posibilidad de ejercicio legal, la obligaciones asumidas por la Corporación».

- No pueden alterarse los criterios legales del planeamiento (estándares, jerarquía de planes,...) ni establecerse reservas de dispensación de figuras de planeamiento. La jurisprudencia es clara respecto de la naturaleza reglamentaria de los planes urbanísticos, por lo que se trataría de la manifestación en el terreno urbanístico del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.

Así, la STS de 15 de febrero de 1994 cuando dispone que:

«(...) el convenio viene a ser un instrumento facilitador de la actuación urbanística que en modo alguno puede implicar derogación ni en beneficio para la Administración ni en favor de los particulares, de las reglamentaciones de carácter imperativo».

- No puede hacerse más onerosa para el particular una relación jurídico-pública o exigirse, a través del convenio, contrapartidas por un acto que la Administración está obligada a dictar.
- b) Defensa del interés público, lo que impide utilizar la práctica convencional como una vía para favorecer intereses particulares que vayan en contra del primero.
- c) Principio de buena administración, en virtud del cual el convenio debe ser un instrumento para fomentar la eficacia administrativa.

- d) A los anteriores pueden añadirse límites generales contenidos en el ordenamiento jurídico urbanístico (aspectos procedimentales, principios materiales rectores de la actividad, ...):
- Normativa sobre elaboración, modificación, revisión y aprobación de los distintos instrumentos de planeamiento urbanístico.
  - Distribución competencial.
  - Principio de jerarquía entre los distintos instrumentos de planeamiento.
  - Etc.

## 5. INVALIDEZ DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS

La invalidez de los convenios urbanísticos, normalmente por ejercicio ilegal de una potestad administrativa o por contener el compromiso de dictar un acto ilegal, se regula mediante las mismas normas que rigen la invalidez de los contratos administrativos (arts. 61 a 66 LCAP). El art. 62 LCAP remite a su vez a las normas administrativas comunes al establecer las causas de nulidad. Asimismo, también suponen vicio de nulidad la vulneración de las normas contenidas en la legislación urbanística, por tratarse de convenios referidos a este sector.

Debe ponerse de relieve, sin embargo, que la manifestación de voluntad de la Administración por la que ésta se adhiere al contrato se considera un acto administrativo y, por ello, cualquier causa de invalidez del contrato es asimismo una causa de invalidez del acto. En consecuencia, normalmente la impugnación del contrato se lleva a cabo mediante la impugnación del acto separable, y a su vez la anulación de éste comporta la del contrato, que entra en fase de liquidación (art. 66.1 LCAP).

La nulidad de pleno derecho es la consecuencia que se deriva del incumplimiento de la normativa por parte del convenio, con la excepción de las causas tasadas en el art. 1265 del Código civil. Aunque el acto comprometido en el convenio sea anulable, el convenio se considera nulo de pleno derecho siempre que tenga por objeto la producción de un acto ilegal.

La declaración de nulidad comportará la devolución recíproca de prestaciones (o retroacción de actuaciones) e incluso la responsabilidad pre o



extracontractual del contratante que, habiendo conocido o teniendo la obligación de conocer la causa de nulidad, no la hubiera comunicado a la otra parte.

De igual manera, la anulación del convenio podría suponer la revisión de oficio del acto dictado por la Administración en cumplimiento del mismo, incluso cuando el contenido del acto sea legal y el convenio se declara inválido por otros motivos<sup>14</sup>.

## CONCLUSIÓN

Para finalizar quisiéramos poner de manifiesto la complejidad conceptual de esta figura urbanística y de una manera especial la discusión doctrinal y jurisprudencial que sigue abierta sobre su naturaleza jurídica.

Creemos que los convenios son contratos administrativos en tanto que son acuerdos de voluntades entre la Administración y los particulares que van más allá de la simple ejecución del planeamiento y de las obligaciones legales derivadas del mismo.

La problemática existe cuando el objeto de dicho contrato es el planeamiento urbanístico y, por tanto, que lo que se está contratando es una potestad administrativa, que según afirma la jurisprudencia es indisponible. La realidad jurídica de nuestro país nos visualiza de la existencia de dichos convenios urbanísticos.

---

<sup>14</sup> HUERGO, pág. 162 y ss.

REFLEXIONES EN TORNO A LOS CONVENIOS  
URBANÍSTICOS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO VENEZOLANO

**ABREVIATURAS:**

- Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (LOOU).
- Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio (LOPYGOT).



## REFLEXIONES EN TORNO A LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO VENEZOLANO

*Dolores Aguerrevere Valero\**

### PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El sólo hecho de incluir en unas Jornadas sobre Contratos Administrativos el tema de los llamados en España «Convenios Urbanísticos» es un gran avance en dos sentidos: en primer lugar, en la *promoción* de la figura en nuestro país, y, en segundo lugar, en su necesaria *regulación*.

*Promoción* en el sentido de ponerlos a disposición de las autoridades locales como herramientas para alcanzar el interés general que fundamenta todas las actuaciones urbanísticas. Es necesario *mercadear* este tipo de herramientas jurídicas que facilitan la gestión urbanística, porque permiten una mayor agilidad en el logro de los fines que se impone el planificador urbano.

*Regulación* porque si bien la práctica convencional no es ajena al urbanismo, su regulación contribuye a fijar sus límites y garantizar su transparencia. La formalización de esta práctica, en palabras de Tomás Ramón Fernández: «*contribuye a asegurar una mayor transparencia a los procesos de negociación de soluciones y fórmulas de equilibrio que ha sido siempre habitual en este campo*»<sup>1</sup>.

El término *convenios urbanísticos* es un término genérico utilizado en España para referirse a «los acuerdos suscritos entre la Administración y los particulares afectados de un modo u otro por una determinada actuación urbanística... en orden al mejor desarrollo de la misma»<sup>2</sup>. En Venezuela tenemos

---

\* Abogado. Especialista Derecho Administrativo, Universidad Paris II. Especialista Derecho Urbano, Universidad Externado de Colombia.

<sup>1</sup> Fernández, Tomás Ramón. Manual de Derecho Urbanístico. 13ª Edición Publicaciones Abella El Consultor Madrid 1998, página 181.

<sup>2</sup> Bustillo Bolado, Roberto O. y Cuerno LLata, Jose Ramón: Los Convenios Urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares, Arandi, Pamplona, 1996, página 26.

sin duda ejemplos de este tipo de convenios pero su desarrollo normativo es escaso y su tratamiento jurisprudencial es inexistente.

Incluirlo en este temario es por ello un paso adelante en el desarrollo de la figura, más aún, cuando este paso adelante se da en un camino lleno de obstáculos, en un camino lleno de incertidumbres.

En efecto, en los actuales momentos en Venezuela podemos estar viviendo un cambio en la concepción misma del derecho de propiedad urbana. Si bien no es materia de esta exposición profundizar en estos temas que nos llevaría a enfrentar las tesis de la propiedad individual, de la propiedad socialista y de la función social de la propiedad urbana, consideramos oportuno utilizar el tema de los convenios urbanísticos para llamar la atención sobre el rumbo actual de la legislación urbanística a nivel nacional. El tratamiento legislativo de los convenios urbanísticos es sólo una de las aristas que evidencian una concepción más centralista, de preeminencia planificadora y de ausencia de incentivos y estímulos al sector privado dedicado a la actividad urbanizadora.

A tal fin, en primer lugar, haremos referencia al régimen jurídico de los convenios urbanísticos de acuerdo a las disposiciones de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (LOOU). En segundo lugar, haremos referencia al régimen consagrado en la Ley Orgánica de Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio, dictada para sustituir aquella<sup>3</sup>.

De la comparación de ambas leyes sólo pueden surgir dos conclusiones excluyentes: o una ausencia de interés por estimular la actividad de los particulares en materia de desarrollo urbano, y un mayor apoyo a las decisiones unilaterales de la autoridad plasmadas en los planes urbanos, o, un reconocimiento de los límites del poder nacional en materia de gestión urbana

---

<sup>3</sup> La *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística* (Gaceta Oficial N°33.868 del 16 de diciembre de 1897) ha sido derogada expresamente por la Disposición Derogatoria Única de la *Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio* publicada inicialmente en Gaceta Oficial N° 38.263 de fecha 1 de septiembre de 2005 (y posteriormente en fechas 2 y 23 de septiembre por corrección de errores en los originales). De acuerdo a la publicación inicial, esta Ley entraría en vigencia a los seis meses de su publicación en Gaceta Oficial. Sin embargo, el mismo día en que habría de entrar en vigencia, fue publicada en la Gaceta Oficial N°38.388 de fecha 1 de marzo de 2006, la reforma de la mencionada Ley sólo en cuanto a su entrada en vigencia, la cual fue fijada para el 31 de agosto de 2006 (Ver Disposición Final Cuarta). Para el momento de la publicación de esta ponencia, la nueva Ley está siendo sometida a un proceso de revisión cuyo alcance se desconoce. Es por ello que las referencias a la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio que se realizan en esta ponencia se refieren al texto de la Gaceta Oficial N° 38.388 de fecha 1 de marzo de 2006.



en beneficio de las potestades de las autoridades locales. El entorno político y jurídico parece sólo llevarnos a la primera conclusión.

#### 1.- LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS EN LA LEY ORGÁNICA DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA.

Es enfática la LOOU al señalar que la ejecución del desarrollo urbano se llevará a cabo por los órganos de la Administración Pública y por los particulares en los términos establecidos en la ley (artículo 60). En desarrollo de esta disposición general, la ley consagra dos artículos destinados específicamente a instrumentos convencionales que podríamos identificar con lo que se conoce en el régimen español como convenios urbanísticos.

En primer lugar, la LOOU enuncia la posibilidad de celebrar convenios de concertación. Así, el artículo 62 faculta a los organismos de la administración urbanística nacional y municipal a celebrar, conjunta o separadamente, convenios de concertación con los particulares con el objeto de fijar su forma de participación en la ejecución de proyectos específicos de desarrollo urbanístico<sup>4</sup>.

Por su parte, el Reglamento de la referida Ley, desarrolla esta facultad señalando como contenido de dichos convenios de concertación lo siguiente:

- a.- La identificación del proyecto y de su relación con el respectivo POU, PDUL o Plan Espacial.
- b.- Las acciones que correspondería realizar a cada una de las partes
- c.- Los aportes en dinero o en especie que deberán efectuar las partes y las proyecciones financieras de ingresos y egresos.
- d.- El plazo de ejecución

---

<sup>4</sup> Un ejemplo de Convenio de Concertación lo encontramos en la Ordenanza de Zonificación del Sector La Naya-Las Minitas del Municipio Baruta. Tal como se desprende de los artículos 60 y siguientes de la mencionada Ordenanza, las actuaciones urbanística para la ejecución del Plan debían establecerse en un Convenio de Concertación en el cual se determinaría la participación de los propietarios de los terrenos rezonificados en la ejecución de las obras públicas previstas de vialidad, etc. Estamos aquí ante un caso de convenio urbanístico previsto en un Plan como instrumento de gestión del mismo, el cual, al estar previsto en la norma urbanística se le conoce en el derecho español como convenio urbanístico típico, por contraposición a los convenios urbanísticos atípicos que son aquellos que no están previstos expresamente en la norma urbanística. Para ver la Ordenanza de Zonificación del Sector La Naya-Las Minitas: [www.baruta.gov.ve](http://www.baruta.gov.ve).

- e.- La propiedad de los bienes afectos al proyecto u obra a realizar, según la naturaleza de aquellos y de éstos
- f.- Los demás aspectos que fuera necesario indicar, según la naturaleza del proyecto a ejecutar. (Artículo 45 Reglamento<sup>5</sup>).

Asimismo, la ley enuncia, dentro de las modalidades de ejecución del desarrollo urbano, la posibilidad de constituir asociaciones de propietarios, los cuales por iniciativa propia, o a solicitud de la autoridad urbanística podrán unirse en cualquier forma asociativa con el objeto de urbanizar a sus expensas los terrenos de su propiedad. Si bien este sistema carece de instrumentación, lo cual lo ha llevado al desuso, es una clara referencia al régimen de compensación español, lo cual por lo menos se traduce en una clara previsión de la participación del sector privado en la actividad urbanizadora.

Tal como veremos de seguidas, ese apoyo, esa clara referencia a la participación del sector privado en el desarrollo urbano, no la encontramos en la nueva Ley que viene a sustituir a la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

## 2.- LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PLANIFICACIÓN Y GESTIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.

La referencia a este tipo de convenios en la nueva ley ha desaparecido. En otras palabras, el escaso anclaje legal que tenían estos convenios, ahora no existe y sólo podrán alegarse las facultades generales de contratación de las autoridades administrativas.

En efecto, una revisión de la nueva ley nos permite evidenciar que si bien se enuncia que la ejecución del desarrollo urbano se llevará a cabo por los organismos públicos y por los particulares en coordinación con aquellos, lo cierto es que no se instrumentan los mecanismos para concretar esta participación. La experiencia dice que la falta de regulación de estos mecanismos, produce inseguridad jurídica y por ende una falta de confianza en los mismos, puesta de manifiesto tanto por las administraciones locales, como por los particulares promotores y la colectividad en general. Cuantos proyectos de mejoramiento urbano no han quedado engavetados por no contar con un plan que los respalde ni con los mecanismos que los hagan flexibles!

---

<sup>5</sup> Gaceta Oficial N° 4.175 Extraordinario del 30 de marzo de 1990.



Un apoyo a este tipo de instrumentos habría supuesto la inclusión en la ley no sólo de los enunciados que encontramos ya en la LOOU sino una especial referencia a sus requisitos esenciales y en especial a los límites dentro de los cuales pueden funcionar. Las especificaciones sobre publicidad y transparencia que tanto respaldo han tenido en los regímenes autonómicos españoles, para sólo citar un ejemplo.

Al contrario, el Título VI sobre Ejecución del Desarrollo Urbanístico de la nueva ley tan sólo consagra una disposición general según la cual las actividades que impliquen ocupación del territorio a ser desarrolladas en áreas urbanas, serán ejecutadas por organismos públicos y privados o por particulares

Sin embargo, no se desarrollan las modalidades de ejecución, ni se hace mención alguna a los anteriores convenios de concertación ni a mecanismos alternativos de ejecución del urbanismo como la asociación de propietarios del derecho español o el reajuste de tierras del ordenamiento colombiano o las operaciones interligadas y demás mecanismos innovadores de desarrollo urbano y que están siendo estudiados en todos los países latinoamericanos<sup>6</sup>.

Si bien en la LOOU sólo se enunciaban y tampoco se explicaban a cabalidad, ahora ni siquiera se enuncian, quedando por lo tanto los convenios urbanísticos eliminados del régimen actual.

Ahora bien, es necesario señalar que esta eliminación de la referencia a los convenios urbanísticos en la nueva ley territorial no impide su utilización por los Municipios en determinadas situaciones. Si bien como hemos dicho, evidencia una ausencia de interés en su promoción como instrumento de gestión, este vacío puede ser llenado por las Municipios en los planes urbanos, en ejercicio de su competencia constitucional en materia de ordenación territorial y urbanística (Constitución, artículo 178), la cual necesariamente incluye la planificación y junto a ella, la gestión de lo planificado. Serán los planes municipales los que establecerán en cada caso los requisitos de validez, transparencia y publicidad de los convenios urbanísticos que sean necesarios para la ejecución de los mismos, sirviendo de base para una deseada reforma de la LOPYGOT que tome en cuenta el requerimiento de seguridad jurídica que este tipo de instrumentos requiere para su efectiva implementación.

---

<sup>6</sup> Para ver un listado de los instrumentos de gestión del urbanismo que están siendo estudiados y puestos en práctica en países latinoamericanos ver: Smolka, Martín, Contribuciones alternativas para el financiamiento urbano en: <http://www.uimunicipalistas.org/documentos/20031118142227.pdf>.

EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN  
LAS ETAPAS DE FORMACIÓN Y DE  
EJECUCIÓN CONTRACTUAL

## EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LAS ETAPAS DE FORMACIÓN Y DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL

*Miriam Mabel Ivanega\**

*«Minino de Cheshire ¿podrías decirme, por favor,  
que camino debo seguir para salir de aquí?». «Eso depende en gran parte del sitio al que  
quieras llegar» dijo el Gato». «No me importa  
mucho el sitio...» dijo Alicia. «Entonces tampoco  
importa mucho el camino que tomes» dijo el Gato.*

*Charles Lewis Carroll Dodgson, Alicia  
en el país de las maravillas, 1865*

### I. INTRODUCCIÓN

Transparente es aquello que se vislumbra, que se deja adivinar sin declararse o manifestarse: lo claro, lo que se comprende sin duda o ambigüedad.

Y es así como debe entenderse a toda contratación pública: su formación y su ejecución no deben dejar lugar a incertidumbre alguna; los objetivos propuestos, los medios para alcanzarlos y los resultados obtenidos deben surgir en forma precisa y evidente.

En el fondo, como sostiene Jaime Rodríguez Arana-Muñoz la Administración Pública exige un cambio en su concepción y actuación, que no se limite a las reformas administrativas encaminadas hacia principios de eficacia y servicio, dado que debe apuntarse a hacer posible que la calidad y la transparencia constituyan sus propiedades connaturales<sup>1</sup>.

La Administración no sólo debe servir, sino que debe mostrar cómo sirve: organización y actividad deben ser transparentes.

Desde ese punto de vista, hay que reconocer la vigencia de este principio desde la decisión misma del Estado a contratar, hasta la finalización del contrato.

---

\* Profesora adjunta regular de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Profesora titular de la maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral.

Es indudable que el procedimiento administrativo que, principalmente, responde a la aplicación de este principio, es el de la licitación pública: «modo de selección de los contratistas de entes públicos en ejercicio de la función administrativa, por medio del cual éstos invitan, públicamente, a los posibles interesados para que, con arreglo a los pliegos de bases y de condiciones pertinentes, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará la más conveniente al interés público»<sup>2</sup>.

Sin embargo, la transparencia es una regla que no puede predicarse en forma exclusiva respecto de ese procedimiento, pues resulta de aplicación a toda actividad estatal y por ende a todo mecanismo de selección: licitación o concurso privado, contrataciones directas, subastas, remates.

En general, entonces, los principios que informan el procedimiento licitatorio no le son exclusivos, sino que por extensión interpretativa o analógica se aplican también a los demás sistemas de selección<sup>3</sup>.

Desde otro ángulo, es indudable que el cumplimiento del principio de transparencia en la primera etapa de selección del contratista incidirá directamente durante la ejecución, pudiendo invalidar todo lo actuado no obstante el estado de avance o trámite del acuerdo. En síntesis, la formación del contrato supone un procedimiento, cuya legitimidad lo trasciende, para proyectarse en el contrato propiamente dicho.

Actualmente, en la República Argentina, este enfoque está consagrado en el Régimen de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto 1023/2001, al señalar que desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios por aquella mencionados<sup>4</sup>.

Con estas aclaraciones, veamos como se concreta este principio en las dos fases básicas de la relación contractual, para luego considerar las normas y procedimientos más relevantes del derecho argentino.

---

<sup>1</sup> Rodríguez Arana-Muñoz Jaime, *Ética, Poder y Estado*, RAP, Buenos Aires, 2004

<sup>2</sup> Comadira Julio R., *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p.275.

<sup>3</sup> Así lo ha sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 199:119

<sup>4</sup> El artículo 3 cita como principios los de razonabilidad y eficiencia; concurrencia y competencia; transparencia; publicidad y difusión; responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos; igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.





## II. LOS PRINCIPIOS EN EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA. EL CASO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA. LA TRANSPARENCIA.

Aquí, un sucinto repaso sobre los tres principios básicos de la licitación pública:

### a. **Concurrencia, igualdad y publicidad**

Ya lo advirtió Comadira, que cada uno de los principios tradicionales de la licitación pública se vincula con la transparencia.

La **concurrencia**, persigue convocar la mayor cantidad de oferentes posibles, a efectos de que la Administración pueda contratar con el tercero que ofrezca la mejor opción<sup>5</sup>.

Integrando los principios inherentes a la defensa de la competencia, es aplicable a las contrataciones estatales, con lo cual soslayar la licitación pública constituye una forma de distorsionar el mercado<sup>6</sup>.

Este principio, implica oposición para poder evaluar y seleccionar conforme a las pautas establecidas en los pliegos de bases y condiciones.

Es importante comprender que la competencia se presenta respecto de aquellos que pueden encontrarse en un pie de igualdad. Es decir: competir entre iguales. De ahí la estrecha vinculación con esta regla.

El citado Decreto 1023/2001 instituye que el *principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes, debiéndose requerir a los oferentes incursos en falta las aclaraciones que sean necesarias, dándoseles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, no pudiendo alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el artículo 3° de este régimen, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.* (artículo 17)

**La igualdad**, está reconocida en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

<sup>5</sup> Comadira Julio R, Derecho..., op.cit., Cap. XXIII

<sup>6</sup> Cassagne Juan C., Contratos administrativos, Lexis Nexis, Buenos Aires 2005, p. 73

En primer término, el contenido igualitario del pliego es decisivo para la transparencia de todo el procedimiento licitatorio. Por eso, no pueden modificarse después de la publicación del llamado. En el caso que la Administración lo hiciera, se estaría configurando un nuevo llamado por derogación tácita o expresa de la convocatoria originaria<sup>7</sup>.

Tampoco es conforme a derecho y a los principios aquí comentados, el cambio de las bases del llamado después de la apertura de ofertas, aún habiendo obtenido el acuerdo de los oferentes<sup>8</sup>. Se impone, siempre, salvaguardar la garantía de igualdad debida a quienes fueron excluidos, del llamado originario.

En forma concordante, los términos o expresiones de los pliegos de condiciones son de interpretación estricta o restringida. La igualdad y la coherencia entre los pliegos y el contrato que en definitiva se suscriba con el adjudicatario, son pautas obligadas que legitiman la actuación estatal<sup>9</sup>.

El trato igualitario mantiene su vigencia incluso luego de celebrarse el acuerdo de voluntades, porque la Administración no podrá durante el desarrollo de la relación contractual modificar las bases licitatorias para favorecer ni para perjudicar a su contraparte.

Una práctica habitual es incorporar en el contrato que se firma con el adjudicatario, cláusulas no previstas o no contempladas de una determinada forma en el pliego, que conceden al contratista beneficios que no formaron parte de las reglas del llamado; modalidad que resulta ilegítima<sup>10</sup>.

Es cierto que los parámetros iniciales del pliego puedan experimentar adaptaciones, justificadas en la abstracta imprevisibilidad de ciertas situaciones, pero ello no puede implicar un cambio sustancial de las bases. Aún atendiéndose a la magnitud de la operatoria de que se trate o a la alta complejidad técnica de la contratación, esos avances y las consecuentes adecuaciones del pliego, deben sujetarse y limitarse a la razonabilidad ínsita en el accionar administrativo<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Ver en ese sentido, Comadira Julio R, Derecho, op.cit., p. 290 y ss.

<sup>8</sup> Así lo consideró la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 107:015.

<sup>9</sup> Ver en ese sentido, Comadira Julio R., Derecho, op.cit.

<sup>10</sup> Fallos 179:249.

<sup>11</sup> Procuración del Tesoro de la Nación - Dictámenes 217:115.



Esta tesitura responde a exigencias sociales y económicas de la realidad: no es posible que en el pliego todo esté exactamente previsto, motivo por el cual hay aspectos de la contratación que requieren, ineludiblemente, de un desarrollo contractual. Sin embargo, insisto en que estas situaciones deben ser excepcionales e interpretadas en forma restrictiva, de modo tal que no puedan asumir un contenido generalizado de la actuación administrativa.

Permitir o generar la alteración de las condiciones originarias en forma irregular, es una práctica corrupta en los términos del artículo IV 1.c de la Convención Americana contra la Corrupción.

Respecto a la **publicidad** -sin perjuicio de volver sobre este aspecto en ocasión de abordar el sistema de contrataciones en la República Argentina- cabe señalar que constituye una condición ineludible en todo procedimiento de contratación que en el caso específico de la licitación implica -entre otros aspectos- cumplir con todas las publicaciones y avisos del llamado y de todos los actos que la norma jurídica exija.

El objetivo es dar a conocer la convocatoria, a los posibles oferentes lo que traduce la compatibilidad con el principio de concurrencia.

En cuanto a la difusión el régimen nacional prevé que el llamado a presentar ofertas en las licitaciones y concursos públicos que no se realicen en formato digital, deberá llevarse a cabo mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno (el Boletín Oficial), por el término de dos (2) días, con un mínimo de veinte (20) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura. Se estipula también, que en los supuestos de contrataciones que por su importancia, complejidad u otras características lo hicieran necesario, se podrán ampliar los plazos de antelación. En el caso de licitaciones o concursos internacionales, se dispondrán publicaciones pertinentes en países extranjeros, con una antelación no menor a cuarenta (40) días corridos.

Respecto a las licitaciones y concursos privados las publicaciones se efectuarán con un mínimo de siete (7) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura, complementado con la exhibición de la convocatoria, el pliego de bases y condiciones particulares y las especificaciones técnicas en carteleros o carpetas ubicadas en lugares visibles del organismo contratante, cuyo ingreso sea irrestricto para los interesados en consultarlos.

Es importante subrayar que la publicidad no debe limitarse a las publicaciones legales; este principio debe ser entendido en un sentido

onmicomprensivo, identificado con la transparencia: dar a publicidad es poner a disposición de la sociedad, en forma directa, toda la información atinente a los contratos administrativos, el objeto, las condiciones, el monto, la empresa contratista.

Adelanto, la relevancia de la previsión normativa que contempla que todas las convocatorias, cualquiera sea el procedimiento de selección que se utilice, se difundirán por INTERNET u otro medio electrónico de igual alcance que lo reemplace en el sitio del Órgano Rector del Sistema de Contrataciones del Estado, desde el día en que se les comience a dar publicidad por el pertinente medio, hasta el día de la apertura, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios generales que el decreto fija. En ese sitio se difunden las convocatorias, los proyectos de pliegos correspondientes a contrataciones que se sometan a consideración pública, los pliegos de bases y condiciones, el acta de apertura, las adjudicaciones, las órdenes de compra y toda otra información pertinente.

Referirse a la publicidad es aludir también al instituto de la vista, la posibilidad de acceder a las actuaciones administrativas.

Este instituto permite tanto que el particular se defienda frente al accionar de la Administración, como también que en su carácter de colaborador -al intervenir en los procedimientos administrativos- defienda la legalidad y eficacia de la actividad administrativa<sup>12</sup>.

El Decreto 1023/01 establece que *toda persona que acredite fehacientemente algún interés, podrá en cualquier momento tomar vista de las actuaciones referidas a la contratación, con excepción de la información que se encuentre amparada bajo normas de confidencialidad, desde la iniciación de las actuaciones hasta la extinción del contrato, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas. La negativa infundada a dar vista de las actuaciones se considerará falta grave por parte del funcionario o agente al que corresponda otorgarla. La vista del expediente no interrumpirá los plazos*<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Fiorini, Bartolomé, Derecho Administrativo, Edit.T.II,

<sup>13</sup> El amplio acceso a las actuaciones administrativas propiciada por el profesor Comadira, no excluye en su concepción, la posibilidad de que en la etapa evaluativa de ofertas la Administración declare su reserva con el fin de asegurar la celeridad y sencillez del procedimiento; pues concluida ésta se reabrirá con toda amplitud, la participación de los oferentes quienes podrán impugnar el acto correspondiente, Comadira Julio, Derecho Administrativo, op. cit.,p.299



Complementa esta previsión, el Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional del año 2003, que será referenciado más adelante.

Una última consideración respecto a los Pliegos de Bases y Condiciones y este principio; la norma legal a la que venimos aludiendo indica que cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifiquen, el llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares.

Ahora bien, advertimos que no obstante estas previsiones, la transparencia obliga a que los pliegos sean precisos y no incluyan exigencias «oscuras» o ambiguas que dificulten su interpretación y en última instancia que sean la base de conductas discrecionales irrestrictas por parte de la Administración.

Es durante la etapa de ejecución en la cual se presentan los mayores inconvenientes si los pliegos no resultan *transparentes*. De suceder esto último, aquellos dejarían de constituir la base y parámetro válido de comparación con las cláusulas del contrato, lo que en consecuencia impediría, según el caso, evaluar tanto el efectivo cumplimiento de las condiciones originarias como las necesidades tenidas en mira por la Administración al decidir la contratación.

La **razonabilidad** y la **eficiencia** son principios contenidos en el Decreto 1023/01.

El primero es un límite a toda la actuación administrativa<sup>14</sup>. Concebido también como principio de proporcionalidad, no pueden entenderse

<sup>14</sup> En oportunidad de abordar la cuestión atinente a la razonabilidad en las tarifas de servicios públicos, consideré a este principio desde el enfoque de los conceptos jurídicos indeterminados. Recordé –con cita de Eduardo García de Enterría– que *con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto (...) se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesta que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación*. La ley utiliza conceptos de experiencia o de valor (justo precio), porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de

separadamente y en el marco de la actividad pública se los identifica con lo idóneo (el medio adecuado en relación al fin), indispensable o necesario y proporcionado<sup>15</sup>.

La eficiencia está unida a la idea de rendimiento y como tal, es un valor imprescindible a considerar a la Administración en cuanto función y estructura.

Entendemos que este principio en el campo de las contrataciones, se concreta cuando la organización administrativa y los procedimientos se adecuan a los objetivos propuestos. Pero también advertimos que la eficiencia no puede instituirse como principio autónomo, apartado de la legalidad; pues toda actuación administrativa de por sí debe ajustarse a derecho. La juridicidad entonces enmarca también a la eficiencia; no podríamos en aras de defender la eficiencia soslayar el cumplimiento de la ley.

Su estrecho vínculo con la eficacia, hace que en varias ocasiones se las utilice como sinónimos, pues ésta refiere a las metas propuestas y su cumplimiento.

Pero en realidad, mientras la eficacia alude al hecho de que se produzca determinado efecto o fin; la eficiencia se refiere a los medios utilizados y la idoneidad que tienen en sí mismos, para lograr la meta propuesta<sup>16</sup>.

#### **b. El principio de transparencia en la legislación argentina**

Se han dictado una diversidad de normas en esta materia: decretos, resoluciones de la Oficina Nacional de Contrataciones, de la Sindicatura General de la Nación (órgano de control interno del Sector Público Nacional), de la Secretaría de Hacienda de la Nación, mediante las cuales aprobaron regímenes, manuales, modalidades, procedimientos de registros, etc.. Por eso, en esta ocasión sólo mencionaré las normas principales que aluden al principio de transparencia.

---

*circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto, o el precio/tarifa es justo o no es justo.* Ivanega, Miriam M. Control judicial de las tarifas de servicios públicos, en Servicios Públicos, Policía y Fomento, Ediciones RAP, Buenos Aires 2003, p. 845 y ss.

<sup>15</sup> Cianciardo Juan, El principio de razonabilidad, Ábaco Buenos Aires, 2004.

<sup>16</sup> Ver Ivanega Miriam M., Mecanismos de control y argumentaciones de responsabilidad, Abaco, Buenos Aires, 2003, p. 95 y ss.



El **Decreto 1023/2001** aprobó el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, cuyo objeto es que *las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor; coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad. Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado* (artículo 1º)

Este régimen se aplica a los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente; así como las obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias -sin perjuicio del régimen específico de éstos-.

Los principios generales consagrados por las normas, a los que la gestión de las contrataciones debe ajustarse: a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; c) Transparencia en los procedimientos; d) Publicidad y difusión de las actuaciones; e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes

En cuanto a **la transparencia** específicamente, se instituye que las contrataciones públicas se desarrollarán en todas sus etapas en un contexto de transparencia basada en la publicidad y difusión de las actuaciones, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas. Con sustento en el mismo principio se exige que la apertura de las ofertas siempre se realicen en acto público, incluso en las contrataciones públicas electrónicas.

En forma concordante, se estipula que es causal determinante del rechazo de la propuesta u oferta, en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato, dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de

que: a) Funcionarios públicos, con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; b) para que se haga valer la influencia de su cargo ante otro funcionario público con la competencia descrita, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones, c) cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario público con la competencia descrita, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

Son considerados *sujetos activos de esta conducta quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, ya sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, factores, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos, o cualquier otra persona física o jurídica. Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aun cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa.*

El **Decreto 436/00**, si bien de fecha anterior al Decreto 1023/01 no ha dejado de tener vigencia, aplicándose como norma reglamentaria a este último.

Aquella norma, también regula en un título especial la transparencia en la gestión de las contrataciones y las conductas consideradas corruptas; exigiendo la remisión mediante transmisión electrónica o medio magnético a la Oficina Nacional de Contrataciones la información derivada de los procedimientos de contrataciones que lleven a cabo conforme al régimen legal.

Esta información no se entenderá como sustitutiva del procedimiento legal que corresponda, ni limitará en modo alguno el ejercicio de las atribuciones propias de los organismos de control, que podrán en cualquier momento requerir información adicional relativa a los actos y contratos de que se trate.

Cabe también resaltar la **ley 25.188**, de Ética en Ejercicio de la Función Pública, dado que entre los deberes y pautas de comportamiento ético consigna la de *observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia razonabilidad* (art. 2 inc. a).

A su vez establece la incompatibilidad con el ejercicio de la función pública *dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas*





*por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades; (artículo 13 inc. a)*

Un acertado criterio es aquel que prevé que los actos emitidos por los sujetos alcanzados por la ley, dictados en violación de ese régimen, serán nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Y consecuentemente *las firmas contratantes o concesionarias serán solidariamente responsables por la reparación de los daños y perjuicios que por esos actos le ocasionen al Estado.*

Es cita obligada en materia de transparencia<sup>17</sup>, el **Decreto 1172/03** que aprobó cinco Reglamentos Generales, entre ellos el de Acceso a la Información Pública<sup>18</sup>.

Este reglamento se aplica en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional. Incluso, sus disposiciones son aplicables a las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, así como a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional -a través de sus jurisdicciones o entidades- y a las empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público.

Se estipula que el acceso a la información pública constituye *una instancia de participación ciudadana por la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los organismos comprendidos en la norma.* La finalidad consiste en que se provea al ciudadano de información completa, adecuada, oportuna y veraz. No es necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado.

<sup>17</sup> Recuérdese lo sostenido por Rodríguez Arana-Muñoz en el sentido que la transparencia como valor ético se corresponde jurídicamente con los derechos al acceso a archivos y a la información. Rodríguez Arana-Muñoz Jaime, *Ética*, op.cit., p. 106.

<sup>18</sup> Los Reglamentos Generales son: 1) de Audiencias Públicas, 2) para la Publicidad de la Gestión de Intereses, 3) para la Elaboración Participativa de Normas, 4) del Acceso a la Información Pública y 5) de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos

El mecanismo de acceso debe garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, celeridad, informalidad y gratuidad. Se presume pública toda información producida u obtenida por o para los organismos, entes y sociedades del Poder Ejecutivo Nacional.

El decreto establece que la solicitud de información debe ser realizada por escrito, con la identificación del requirente y no está sujeta a ninguna otra formalidad. Tampoco puede exigirse que se manifieste el propósito de la requisitoria.

El obligado, debe permitir el acceso a la información en el momento de ser solicitado o en un plazo no mayor de diez (10) días; término que puede ser prorrogado en forma excepcional por el mismo lapso, de mediar circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada.

La información debe ser brindada en el estado en que se encuentre al momento de efectuarse la petición, no estando obligado el sujeto requerido a procesarla o clasificarla. *Cuando la información contenga datos personales o perfiles de consumo, estos datos deben ser protegidos.*

La obstrucción arbitraria o injustificada al acceso, o el suministro incompleto de información generarán la responsabilidad, por falta grave, del funcionario sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal que pudieran corresponderle<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> La norma también contempla los casos que pueden exceptuarse de proveer la información requerida: si una Ley o Decreto así lo establece; si fuera expresamente clasificada como reservada (seguridad, defensa o política exterior); que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario; secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos; que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial; preparada por los organismos dedicados a regular o supervisar instituciones financieras o preparada por terceros para ser utilizada por aquellos y que se refiera a exámenes de situación, evaluación de sus sistemas de operación o condición de funcionamiento o a prevención o investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícitos; preparada por asesores jurídicos o abogados de la Administración cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare las técnicas o procedimientos de investigación o cuando la información privare a una persona el pleno ejercicio de la garantía del debido proceso; cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional; notas internas con recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso previo al dictado de un acto administrativo o a la toma de una decisión, que no formen parte de un expediente; información referida a datos personales de carácter sensible cuya publicidad constituya una vulneración del derecho a la intimidad y al honor, -salvo que se cuente con el consentimiento expreso de la persona a que refiere la información solicitada-; información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona. Se fijan también los casos de información parcialmente reservada.



En el marco de la ética y la lucha contra la corrupción, uno de los organismos públicos competentes es la Oficina Anticorrupción<sup>20</sup>, órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Actúa en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas, sociedades y todo otro ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, y es la encargada de velar por la prevención e investigación de aquellas conductas que se consideren comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Carece de funciones para realizar investigaciones en el ámbito del Poder Legislativo, el Poder Judicial o en los organismos de las Administraciones Provinciales y Municipales.

En el marco de sus competencias, puede recibir denuncias de particulares o agentes públicos sobre situaciones y/o entes donde se sospecha pudo haber actos de corrupción; investigar preliminarmente a los agentes públicos y a toda Institución o Asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal -en el supuesto de sospecha razonable sobre irregularidades en la administración de los recursos-; denunciar ante la justicia los hechos que, como consecuencia de las investigaciones practicadas, pudieren constituir delitos; constituirse en parte querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del Estado; llevar, evaluar y controlar el contenido del registro de las declaraciones juradas de los agentes públicos y las situaciones que pudieran constituir enriquecimiento ilícito o incompatibilidad en el ejercicio de la función.

En el tema que nos convoca, la Oficina Anticorrupción brinda asistencia técnica e interviene en procesos de compras y contrataciones públicas, con el fin de generar mecanismos de transparencia que garanticen la correcta y eficiente utilización de los fondos públicos. Incluso, los organismos pueden solicitarle opinión ante contrataciones de significación económica, pudiendo intervenir por ejemplo en la preparación de pliegos.

Ha llevado a cabo estudios y realizado «mapas de riesgos» en los que expuso las deficiencias, irregularidades en sobreprecios, la ausencia de debida coordinación y/o la falta de comunicación e información entre quienes solicitan

---

<sup>20</sup> Ley 25.233

los bienes y servicios (dirigencia política) y quienes administran el proceso de contratación (equipos técnicos) impidiendo ello que pueda gestionarse debidamente el plan de compras.

Se ha instituido también un **sistema de precios testigos** para las compras y contrataciones que se realicen en los Ministerios, Secretarías de la Presidencia de la Nación, y Organismos centralizados y descentralizados de la Administración Pública Nacional, a cargo de la Sindicatura General de la Nación<sup>21</sup>.

Este sistema, fue objeto de reglamentación por parte de ese Órgano de Control Interno; la última resolución que data de este año, aprobó que el régimen se aplicará cuando el monto estimado de la compra o contratación sea igual o superior a la suma de pesos cuatrocientos cincuenta mil (\$ 450.000.-) sin distinguir el procedimiento de selección.

La Sindicatura no está obligada a proporcionar el precio testigo solicitado cuando el monto de la contratación fuere inferior a la suma indicada; así como cuando exista imposibilidad material para ello, o cuando razones debidamente fundadas impidan o dificulten su elaboración, o el cumplimiento de los objetivos del sistema. En estos casos, el organismo de control deberá, en la nota de respuesta, incluir expresamente las causas que fundamentan la imposibilidad o impedimento que no permitan formular el respectivo precio testigo. A mi criterio, aún a pesar de esta exigencia, los supuestos mencionados son ambiguos e imprecisos y no coinciden con el objetivo del sistema, que es que la Administración cuente con una herramienta de control que contribuya, en el análisis de los distintos parámetros, a determinar la razonabilidad de los valores ofrecidos.

Sin perjuicio de ello, sobre aquellas contrataciones alcanzadas por lo dispuesto en el artículo anterior, la Sindicatura podrá seleccionar y analizar cualquier otra actuación, incluidas las de menor cuantía. En ese supuesto, a partir de la información que le suministren los organismos, seleccionará las muestras que estarán sometidas al control del Sistema de Precios Testigos.

El procedimiento establecido, en resumen, consiste en los siguientes pasos:

- a. Los organismos deberán presentar la documentación sometida al control del sistema de Precios Testigo, por nota, informando el acto

---

<sup>21</sup> Decreto N° 558/96



que origina la contratación, el monto estimado, y acompañando un ejemplar del pliego de bases y condiciones del bien o servicio a contratar y de sus circulares aclaratorias y modificatorias, con la correspondiente constancia de su aprobación por la autoridad competente. Si no existiese pliego se remitirá la información más relevante de las contrataciones (objeto; especificaciones técnicas; fecha de apertura de ofertas; cantidades solicitadas y plazos de entrega; condiciones económico-financieras de la contratación; monto estimado)

- b. La determinación de Precio Testigo, se requerirá con un mínimo de quince (15) días hábiles de anticipación a la fecha de apertura de la oferta económica.
- c. La aplicación del sistema, operará sin interferir ni interrumpir la gestión de compras y contrataciones de los organismos, y deberá ser utilizada, en la etapa de evaluación de ofertas
- d. La tarea de la Sindicatura se concreta mediante la emisión de un informe dentro de los veinte (20) días hábiles a contar desde la recepción formal de la solicitud, o de informada la última modificación de condiciones en su caso. Ese informe debe contener elementos de juicio suficientes y analíticos para evaluar cada contratación, o las razones por las que no se determinó valor de referencia. Sin perjuicio de ello, dicho informe será remitido, en todos los casos, con posterioridad al acto de apertura de la oferta económica.
- e. En la elaboración de los valores de mercado, la Sindicatura debe utilizar preferentemente datos emergentes de organismos públicos, recurriendo a fuentes privadas solamente cuando ello no sea factible.
- f. En todos los casos, ante el suministro de un precio testigo, los organismos solicitantes deberán incorporar el respectivo Informe al expediente bajo el cual se tramita la contratación, y para el supuesto que la oferta preseleccionada supere los valores informados por encima del diez por ciento (10%), deberá propulsarse un mecanismo formal de mejora de precios a los efectos de alinear la mejor oferta con los valores de mercado que se informan.
- g. En caso que la autoridad competente de la Jurisdicción o entidad decida la adjudicación, debe incluir en el acto administrativo

aprobatorio, los motivos que, fundados en razones de mérito, oportunidad y conveniencia, aconsejan continuar con el trámite no obstante el mayor precio.

- h. Sin excepción, se debe informar a la Sindicatura dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la orden de compra o el contrato respectivo, el valor de la oferta seleccionada como más conveniente, si se efectuó procedimiento de mejora, los resultados obtenidos, el importe final adjudicado y la resolución de la entidad contratante, en la que consten, si correspondiere los motivos que llevaron a apartarse de los montos informados. Además, mensualmente, deberá remitirse, un detalle de las contrataciones adjudicadas especificando el valor de adjudicación, el precio testigo y la diferencia entre ambos valores.
- i. En el supuesto que por las condiciones imperantes del mercado para la contratación que se trate en cada caso, no se pueda emitir un precio testigo se formulará, de ser ello posible, un «valor de referencia», a fin que el organismo contratante disponga de un parámetro directriz de evaluación económica de las ofertas.
- j. Los organismos también podrán solicitar opinión a la Sindicatura sobre los Pliegos de Bases y Condiciones, sin que implique ello la evaluación particularizada de las especificaciones técnicas.
- k. En los casos que el organismo decida aplicar el procedimiento de contratación con precio tope o precio de referencia<sup>22</sup>, la determinación respecto de dicho precio se requerirá con un mínimo de veinte (20) días hábiles de anticipación a la fecha de inicio de venta de los pliegos o documentación que haga sus veces, y deberá ser informado por la Sindicatura en dicho plazo -siempre con anterioridad a la publicación y puesta a disposición del pliego a los eventuales interesados y oferentes-.
- l. Los organismos deberán presentar al referido organismo el plan de compras elaborado para el año siguiente o, en su defecto, un detalle tentativo de las principales compras y contrataciones previstas para dicho período, con una antelación de 30 días hábiles del cierre de cada año.

---

<sup>22</sup> Artículo 41 del Decreto N° 436/2000



### III. LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL. SU RELACIÓN CON LA TRANSPARENCIA.

#### a. Criterios jurisprudenciales

El Poder Judicial argentino, en particular la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha ponderado en variadas ocasiones la aplicación de los principios generales, para dilucidar los conflictos que se plantean durante la ejecución del contrato.

A partir de esos lineamientos judiciales, se derivaron determinados criterios de interpretación:

- 1. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de **buena fe** y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con **cuidado y previsión**, principios aplicables al ámbito de los contratos administrativos<sup>23</sup>. Éste es un principio cardinal que informa y fundamenta todo el ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al «enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura»<sup>24</sup>.*
- 2. Siguiendo esa interpretación, se entiende que es dable **exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales**, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que -merced a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro contratante<sup>25</sup>.*

Es indudable que la buena fe y la coherencia se encuentran ínsitas en la transparencia, en la medida que imponen la actuación clara, precisa y sin ocultamientos tanto del Estado como del privado, desde el inicio del procedimiento hasta su conclusión.

<sup>23</sup> Entre otros «Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Provincia de Corrientes y otro»; «Cinplast S.A. c/ Entel» y Fallos 300:273; 311:970, 312:84; 319:2037. El artículo 1198° del Código Civil argentino establece el referido principio.

<sup>24</sup> Causa «Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentino SA y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo» del 18 de julio de 2002.

<sup>25</sup> Fallos 311:971

Por ende, la legitimidad de cualquier decisión en el curso de un contrato debe examinarse considerando, por un lado la obligación que pesa sobre la Administración de no incurrir en prácticas que impliquen comprometer intereses superiores, que ella misma debe preservar y por el otro, que el contratista se comporte con diligencia, prudencia y buena fe, en atención a su condición de colaborador de aquella en la realización de un fin público<sup>26</sup>.

*3. Respecto a la forma, cabe señalar que es un requisito que se vincula con la existencia del contrato. Las particularidades del derecho administrativo, concuerdan con el principio general vigente en el derecho privado en cuanto a que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta<sup>27</sup>.*

Es indudable que la forma se convierte en un requisito esencial que trasciende su mero carácter instrumental para ubicarse en el plano de los comportamientos éticos. Es así, en la medida que, a mi entender, la exigencia de que el vínculo contractual cumpla con determinadas formalidades, no sólo hace al valor probatorio sino a posibilitar que las modalidades del acuerdo no queden en la esfera reservada de quienes lo celebran.

La sociedad tiene derecho a conocer qué se contrata, con quién, bajo qué condiciones y el ajuste a las formas legales es un paso fundamental para cumplir con esa obligación de la Administración.

Este enfoque se une a la interpretación jurisprudencial que considera esencial **la subordinación de las disposiciones contractuales a las normas legales o reglamentarias pertinentes**, en clara concordancia con el principio de juridicidad que exige el respeto al orden jerárquico legal.

El mencionado Decreto 1023/01, impone que las actuaciones, como mínimo, deben ser formalizadas mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en la Ley de Procedimientos

---

<sup>26</sup> En ese sentido, respecto a una rescisión contractual: Causa «Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentino SA y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo» del 18 de julio de 2002.

<sup>27</sup> Causa «Carl Chun Ching Kao c/ La Pampa, Provincia de s/ cobro de pesos» También Fallos 316:382; 323:1146; 323:1515; 323:3924; 324:3019.





Administrativos Nacional (sin perjuicio de otras que por su importancia también lo hicieren necesario): a) La convocatoria y la elección del procedimiento de selección; b) La aprobación de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares; c) La declaración de que el llamado hubiere resultado desierto o fracasado; d) La preselección de los oferentes en la licitación con etapa múltiple; e) La aplicación de penalidades y sanciones a los oferentes o cocontratantes; f) La aprobación del procedimiento de selección y la adjudicación; g) La determinación de dejar sin efecto el procedimiento; h) La revocación de los actos administrativos del procedimiento de contratación; i) La suspensión, resolución, rescisión, rescate o declaración de caducidad del contrato.

*4. El principio de la **autonomía de la voluntad de las partes se relativiza** en el ámbito de los contratos administrativos, pues aquéllas están subordinadas a una legalidad imperativa. En realidad es una consecuencia lógica de lo que venimos sosteniendo, en atención a que el principio de legalidad desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y somete el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no están habilitadas a disponer sin expresa autorización legal<sup>28</sup>.*

*5. La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego de bases y condiciones instrumento en el cual se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario<sup>29</sup>.*

Es por ello que, como consecuencia de la igualdad y tal como se señaló con anterioridad, las modificaciones al Pliego posteriores al llamado y a la adjudicación, en principio no son válidas, debiendo ser interpretadas restrictivamente a fin de evaluar la legitimidad del procedimiento de selección y del contrato en sí mismo.

*6. El mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra un vínculo del oferente con la Administración y lo supedita a la eventualidad de la adjudicación que implica en definitiva la concreción del*

<sup>28</sup> Fallos 321:174; 316:3157

<sup>29</sup> Fallos 316:382

*acuerdo de voluntades. Ello presupone, dada la seriedad y relevancia del acto, la diligencia del postulante que excede la común al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación.*

Se impone a quien contrata con la Administración un comportamiento oportuno, diligente y activo, que obliga a poner de manifiesto las circunstancias susceptibles de modificar las cláusulas contractuales a los efectos de que el órgano estatal pueda evaluar si, ante la nueva situación, conviene al interés público proseguir con el contrato, proceder a su limitación o a otro tipo de previsión o reaseguro.

Es decir que en este enfoque, la transparencia es particularmente exigible al contratista cuyo actuar se debe configurar de manera tal, que le permita a la Administración prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente sobre sus derechos.

*7. Aún tratándose de contratos administrativos, el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado<sup>30</sup>.*

La regla del **pacta sunt servanda** también se instituye como principio general del ordenamiento jurídico.

A partir de su vigencia, deberán analizarse las potestades, los derechos y las ulteriores modificaciones contractuales.

Es erróneo presumir que el contrato administrativo lleva consigo el incumplimiento estatal. Una posición semejante atenta contra el propio interés público que motivó su formación.

#### **b. La potestad de variación y la transparencia.**

El principio de mutabilidad o *ius variandi* es un instrumento adecuado para introducir los cambios -en especial tecnológicos- en la etapa de ejecución de los contratos para satisfacer el bien común<sup>31</sup>.

Esto no importa un total abandono de los efectos del acuerdo de voluntades que dio vida al contrato, ni la alteración a los principios que venimos comentando.

---

<sup>30</sup> Fallos 314:491

<sup>31</sup> Sacristán Estela B., *Ius Variandi* y modificaciones de precios en los contratos administrativos, RAP, 219, Ciencias de la Administración, Buenos Aires 1996



La mutabilidad encontrará sus propios límites en el objeto del contrato y en la finalidad que se persiguió al contratar: la satisfacción de un concreto interés público, por parte de la Administración y el beneficio económico previsto por parte del administrado.

Ese principio es manifestación del régimen exorbitante; prerrogativa estatal que para algunos autores está ínsita en todo contrato administrativo por lo cual no resulta necesario que una norma expresamente la prevea.

El *ius variandi* no debe confundirse con el hecho del príncipe, caso fortuito o la teoría de la imprevisión: en estos casos los factores de modificación tienen un origen ajeno a las partes; distinto a la prerrogativa estatal que implica una modificación que nace de la Administración<sup>32</sup>.

Esta potestad que como tal es irrenunciable, además de sus límites jurídicos generales (no afectar la sustancia o esencia del contrato), está prevista en los regímenes de obra pública y de suministro, en la que se ha tasado el máximo dentro del cual puede ejercerse la mencionada potestad. De excederse tales límites se reconoce pacíficamente el derecho del contratista a rescindir el contrato.

El Decreto 1023/01 incluye dentro de las prerrogativas estatales la de *aumentar o disminuir hasta un 20% el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos*<sup>33</sup>.

La ley 13.064, de obras públicas, en el artículo 30 determina que las alteraciones del proyecto que produzcan aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados, serán obligatorias para el contratista, abonándose, en el primer caso, el importe del aumento, sin que tenga derecho en el segundo a reclamar ninguna indemnización por los beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada. Si el contratista justificase haber acopiado o contratado materiales o equipos para las obras reducidas o suprimidas, se hará un justiprecio del perjuicio que haya sufrido por dicha causa, el que le será certificado y abonado.

La obligación por parte del contratista, de aceptar las modificaciones a que se refiere el presente artículo, queda limitada al 20% del valor total de las

<sup>32</sup> Ugolini Daniela, El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos, ED 148:870

<sup>33</sup> Artículo 12, inc. b)

obras, pues por el artículo 53 de dicha ley, el contratista tendrá derecho a rescindir el contrato.

Si por el contrario la modificación unilateral del contrato es irregular, el contratista tiene un verdadero derecho subjetivo a la intangibilidad de su remuneración y por ende a que se le mantenga integralmente indemne la ecuación económico-financiera originaria.

La cuestión se plantea cuando el ejercicio de la potestad provoca un desequilibrio en la referida ecuación, con un menoscabo en el patrimonio del contratista que afecta la garantía de la propiedad, reconocida en el artículo 17 de la Constitución Nacional.

Es indudable, que el contratista pretende en forma lícita obtener un beneficio económico, resultante de la diferencia entre el costo de ejecución de las prestaciones asumidas y el precio contenido por ellas. Se habla entonces de un principio del equivalente económico, que en realidad se convierte en un derecho subjetivo del contratista y que integra su propiedad<sup>34</sup>.

Es así que si la Administración no cumple con su obligación principal, la de abonar el precio, alterando la ecuación económico-financiera se genera un supuesto de responsabilidad contractual del Estado<sup>35</sup>.

Sin entrar a considerar los supuestos e interpretaciones en relación a las consecuencias económicas que la alteración de las condiciones del contrato produce y a la indemnización que corresponde reconocer; lo cierto es que **el ejercicio del *ius variandi* debe responder al principio de transparencia.**

Las modificaciones, previstas en el contrato o producidas por imposición legal, deben fundarse en circunstancias objetivas, precisas, que atiendan a lo previsto y a una necesidad pública, pues debe evitarse que mediante ellas se encubra un sistema de beneficios o de «presiones» para el contratista.

El capricho estatal, ha sido combatido sin mengua, a partir de los controles sociales, administrativos, legislativos y judiciales principalmente. Por eso, aquí

---

<sup>34</sup> Muratorio Jorge I., Incumplimiento contractual por omisión del Estado nacional, en Derecho procesal administrativo T.1, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 1289/1290

<sup>35</sup> En la doctrina administrativa argentina se discute si resulta aplicable la *exceptio non adimpleti contractus*, figura del derecho civil, por el cual el cocontratante puede invocar si acredita una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, ante el incumplimiento del otro contratista (en el caso la Administración). El decreto 1023/2001, reconoce que el contratista se exima de cumplir con sus obligaciones si el incumplimiento de la Administración es de tal gravedad que torna imposible el cumplimiento del contrato.



juegan todas las consideraciones propias del régimen exorbitante, que obliga a que las potestades reconozcan el límite del respeto de derechos y garantías y que en definitiva se ejerzan en consonancia con el fin público que las inspiran. De nada sirve a dicho fin que la potestad se concrete, sin responder a objetivos éticos y transparentes.

Por lo tanto, el análisis de este principio no sólo abarca la intangibilidad de la remuneración del contratista y el mantenimiento de la ecuación económica-financiera, pues más allá de reparar los perjuicios patrimoniales al contratista, la Administración tiene la obligación superior de responder ante la sociedad.

#### IV. EL SISTEMA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

*A. Mediante un decreto del Poder Ejecutivo Nacional del año 1994 -Decreto N° 1545/94- se creó el Sistema de Contrataciones del Sector Público Nacional, con el objeto de establecer las políticas y normas necesarias para la eficaz y eficiente obtención de los bienes y servicios que el mismo requiera.*

Este criterio lo mantuvo el decreto 1023/01 que organizó el Sistema en función de los conceptos de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa.

En realidad, ese enfoque siguió los parámetros de la Ley 24.156, que organizó la Administración Financiera y el Control Público<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> La ley 24.156 contiene dos principios: a) la aplicación de la teoría general de sistemas y b) la centralización normativa y descentralización operativa. Por la primera se concibe a la Administración Financiera como un macrosistema mediante el cual la planificación, obtención, asignación, utilización, registro, información y control que tiene como objetivo una gestión eficiente de los recursos financieros del Estado. Supone la interrelación de metodologías, normas y procedimientos pues todos los elementos o componentes del sistema están interrelacionados entre sí. La centralización normativa y descentralización operativa se complementan dado que implican: 1) la creación de órganos rectores en cada uno de los subsistemas (presupuesto, crédito público, contabilidad y tesorería) que definen las políticas generales y elaboran las normas y procedimientos comunes aplicables a cada sistema; y 2) la conformación en cada ente y organismo de un órgano responsable de operar en su ámbito cada sistema y aplicar las normas y procedimientos establecidos por el órgano rector. Ver Ivanega Miriam Mabel, *Mecanismos de control*, op.cit., Cap. I.

La Oficina Nacional de Contrataciones tiene a su cargo, básicamente, las funciones de proponer políticas de contrataciones y de organización del sistema, proyectar normas legales y reglamentarias, dictar normas aclaratorias, interpretativas y complementarias, elaborar el pliego único de bases y condiciones generales, diseñar e implementar un sistema de información, ejercer la supervisión y la evaluación del diseño y operatividad del sistema de contrataciones y aplicar las sanciones previstas en la norma.

El sistema se completa con las Unidades Operativas de Contrataciones, que funcionan en las jurisdicciones y entidades alcanzadas por el régimen, con competencia en la gestión de las contrataciones.

Un aspecto relevante que lo vincula con el de presupuesto, es la previsión normativa que contempla *cada jurisdicción o entidad formulará su programa de contrataciones ajustado a la naturaleza de sus actividades y a los créditos asignados en la Ley de Presupuesto de la Administración Nacional* (artículo 6º)

Esta modalidad es relevante en la medida que el presupuesto, es el instrumento principal para determinar objetivos, políticas y programas a implementar en el período durante el que estará vigente.

Se podrá conocer al elaborar el presupuesto, qué política concreta en materia de contrataciones aplicarán las autoridades gubernamentales en el ejercicio presupuestario. Recordemos que aquél lleva en su naturaleza la noción de visión anticipada, en lo que hace a la futura actividad estatal, el gasto y el tiempo que insumirá su concreción<sup>37</sup>.

Con anterioridad al dictado del Decreto 1023/01, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió -respecto a un contrato de obra pública- que el acto de convocar a la recepción de ofertas sin crédito disponible es legítimo, pues la Administración puede subsanar ese defecto con los ajustes presupuestarios pertinentes<sup>38</sup>.

Particularmente, entendemos que en la actualidad la exigencia del crédito legal y aún más de un programa de contrataciones, trasciende el carácter de «una simple previsión» pues como se indicó, el presupuesto se ha convertido

---

<sup>37</sup> Ivanega Miriam M., Principios de la Administración Pública, Ábaco, Buenos Aires, 2005, p. 242

<sup>38</sup> Fallos 310:548 (fallo del año 1987)



en las últimas décadas en un herramienta de gestión y de gobierno que refleja mucho más que un simple cálculo financiero.

*B. Como ya se señalara los Decretos 1023/01 y 436/00 consagran el principio de transparencia. Uno de los mecanismos utilizado para la difusión de las contrataciones es la difusión por el sitio Web de la Oficina Nacional de Contrataciones, las principales etapas de los procedimientos de contratación: las convocatorias, los proyectos de pliegos que la autoridad competente someta a consideración pública, los pliegos de bases y condiciones, el acta de apertura, los cuadros comparativos de ofertas, los dictámenes de evaluación de ofertas, las adjudicaciones y las órdenes de compra.*

Se puede consultar por este medio los procedimientos iniciados pero que en los cuales no se ha concretado la apertura de las ofertas y los que sí se llevaron a cabo.

Los campos de búsqueda más importantes son: a) organismo, b) rubros (alimentos, maquinarias, carpintería, cerrajería, equipos de oficina y muebles, inmuebles, metalurgia, servicios profesionales, etc.), c) tipo de procedimiento (concursos públicos o privados; licitaciones públicas o privadas, remates, subastas), d) clase (de etapa única, múltiple, nacional, internacional, etc.); e) modalidad (compra informatizada, llave en mano, orden de compra abierta, entre otros)

En cuanto a los proveedores, también es posible obtener información. Por un lado se puede obtener información de un proveedor en particular si se conoce el Número de la Clave Unica de Identificación Tributaria (CUIT) o la razón social; y por el otro se puede buscar un conjunto de proveedores que posean las mismas características (por ejemplo por rubro comercial, o firmas habilitadas). La propia página contiene los campos de búsqueda.

A su vez los proveedores pueden conocer datos que los involucran, los procedimientos en los que participó, las correcciones de sus datos, entre otros.

## V. REFLEXIONES FINALES

En el marco que se viene desarrollando, es evidente que la legislación ha recogido a la transparencia como un principio fundamental en la gestión de las contrataciones públicas. Pero bien sabemos que no alcanza con las normas; éstas deben aplicarse y cumplirse.

La experiencia nos muestra que la transparencia, en ciertas ocasiones, se convierte en una fórmula legislativa que atiende más a intenciones oportunistas y políticas, que al sentido que la inspira. Los niveles de corrupción no son menores en países que cuentan con una significativa cantidad de normas jurídicas.

En ese escenario, en esta ocasión quiero concluir con unas breves reflexiones, acerca de tres aspectos que inciden en el cumplimiento normativo -y en la eficacia de un régimen contractual- y que entiendo que no podemos obviar a la hora de evaluar la gestión: a) el equilibrio entre prerrogativas estatales y garantías particulares, propio del régimen exorbitante; b) el control que debe ejercerse sobre las contrataciones; c) la efectivización de la responsabilidad de los funcionarios públicos.

*a) El derecho no puede entenderse sin el poder, y el poder se configura, cristaliza, se racionaliza, se frena y se limita por medio del derecho. De ahí que esa relación suponga en definitiva un poder institucionalizado, es decir abierto a valores, ajustado a derecho. Éste juridifica al poder, organizando quién y cómo se manda<sup>39</sup>.*

Por ello existe una necesidad imperiosa de coordinar e integrar al poder y al derecho; ambos extremos de la relación, imprescindibles entre sí y que se comunican.

Ese es el sentido que corresponde otorgar al vínculo entre las potestades y las garantías, en el marco de las contrataciones públicas. Unas y otras coexisten en el mismo ámbito.

Las prerrogativas implican autoridad estatal lo que no significa autoritarismo<sup>40</sup>, dado que encuentran su legitimación en el Estado de derecho. Su justificación nace tanto del interés público como del respeto de los derechos y garantías individuales.

---

<sup>39</sup> Ver en ese sentido, Peces-Barba Martínez, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 323 y ss.

<sup>40</sup> Fiorini, Bartolomé, Derecho Administrativo, Edit. Abeledo Perrot, 2da. Edición actualizada, reimpresión. Buenos Aires, 1976, p. 25.





Éstos sólo pueden concretarse, si el Estado los respeta y los hace respetar. Y para ello cuenta con potestades en el marco del régimen exorbitante, limitadas por el ordenamiento jurídico<sup>41</sup>.

Entre el hombre y el grupo social hay siempre presente una relación indisoluble que los une y que se manifiesta con dos perspectivas: que el individuo satisfaga las necesidades inherentes a su naturaleza; y que el grupo permita que las realice<sup>42</sup>.

Reparemos en la precisa concepción que nos dejara Su Santidad Juan XXIII en la Encíclica *Mater et Magister*: bien común *es el conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección*<sup>43</sup>.

Por lo tanto, este bien comprende el bienestar general comunitario y a su vez alcanza a cada uno de los individuos que concretan su realización espiritual. Éste es un fundamento invalorable a la hora de legitimar al poder público<sup>44</sup>.

En este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado que el ejercicio de la autoridad pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado y que el aparato estatal tiene la obligación de garantizarlos y de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de aquellos<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Ver Ivanega Miriam Mabel, Reflexiones acerca del derecho Administrativo y el régimen exorbitante de derecho privado, Ediciones RAPN° 323, Buenos Aires 2005.

<sup>42</sup> Fayt Carlos S., Los Derechos Humanos y el Poder Mediático, Político y Económico. Su Mundialización en el Siglo XXI, Edit. La Ley, Buenos Aires, p. 31 y ss.

<sup>43</sup> Papa Juan XXIII, «Mater et Magistra».

<sup>44</sup> Como lo ha señalado la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, cabe entender el bien común dentro del contexto de la Convención Americana como «un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos (...) de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de su contenido real (...) Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones estrictamente ceñidas a las «justas exigencias» de «una sociedad democrática» que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención».

<sup>45</sup> Opinión Consultiva Corte Interamericana DH - OC-6/86.

En suma, se busca el equilibrio en la interpretación de facultades y derechos, de forma tal que las limitaciones se ciñan estrictamente a las «justas exigencias» de «una sociedad democrática» que permitan la coordinación de los distintos intereses en juego<sup>46</sup>.

Respecto a las contrataciones públicas, es importante recalcar que las decisiones que adopta la Administración durante la ejecución contractual, encuentra un doble límite: el interés público que innegablemente debe justificar la modificación, y el respeto de las garantías individuales.

Reconocemos que el equilibrio, en tanto armonía, mesura, sensatez, estabilidad y prudencia, requiere de la transparencia, como pauta interpretativa integradora en la determinación de límites y alcances de potestades y derechos.

Así, cuanto más claras son las condiciones de un contrato, cuanto más transparente es la actividad administrativa en todas sus manifestaciones, mayores posibilidades de lograr el mentado equilibrio.

La transparencia permitirá evitar -o al menos detectar- la anulación de los derechos del contratista frente al ejercicio desmedido del poder; así como las situaciones en las cuales el particular contratante abusa de su posición y elude sus obligaciones o reciben privilegios indebidos.

*b) El control público es uno de los medios más eficaces para limitar el poder.*

Cualquiera fuese el alcance o contenido que se le atribuya, lo cierto es que todos los instrumentos de control llevan ínsitos, en mayor o menor medida, las ideas de comparación, verificación, fiscalización de las acciones cumplidas a partir de normas, parámetros o metas.

Por eso, sin perjuicio del control que le corresponde a los órganos judiciales, resulta relevante la función que cumplen organismos con competencias específicas en esta materia, como por ejemplo los entes de control de la Administración Financiera.

Entiendo que el control «transparenta» la actividad administrativa; en la medida que pone en evidencia las irregularidades y las deficiencias de la gestión. Pero su vez, es un medio eficaz para determinar si en el desarrollo de las funciones, se cumple o no con la transparencia.

---

<sup>46</sup> En ese sentido ver la Opinión Consultiva Corte Interamericana DH - OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 66 y 67 CIDH.



En definitiva, existe una estrecha relación entre ambos, cuya concreción, sin duda, coadyuva a la vigencia del Estado de Derecho.

Ahora bien, quiero insistir en una condición ineludible, que complementa lo expresado: el control en sí mismo debe ser transparente. Y ello con especial referencia a los medios aplicados, al fin perseguido y a la comunicación de los resultados -del control- a la sociedad. De lo contrario, las consecuencias negativas por violación a este principio serían aún mayores.

En efecto, para lograr una «cultura» del control público, y evitar que éste resulte **inútil** debe ir acompañado del principio de transparencia, en una relación simbiótica.

En el marco de los contratos administrativos, es dable observar que los procedimientos de selección y la ejecución posterior, requieren tanto de un control que acompañe su desarrollo y que permita detectar los desvíos e ir corrigiendo los errores de la gestión, como de una evaluación posterior que, junto a ese mecanismo de verificación, permita observar las conductas irregulares y, en su caso, determinar las responsabilidades.

Así, los controles interno y externo, independientes pero complementarios, si son ejercidos en tiempo y forma se convierten en instrumentos inevitables de una gestión que pretenda ser eficiente y eficaz.

*c) La responsabilidad de los funcionarios públicos encuentra tierra fértil en los regímenes democráticos; ella presupone que gobernantes y administradores sean responsabilizados por sus actos y omisiones y rindan cuenta de ello.*

El funcionario se obliga hacia la sociedad y a cada uno de sus integrantes. Por ello, tal como lo señalamos no alcanza con su reconocimiento normativo, es necesario que se concrete en la formulación de cargos, la aplicación de sanciones disciplinarias, las condenas civil y penales.

Pero es de advertir, que las responsabilidades disciplinaria, penal, patrimonial, civil, contable, deben ser deslindadas atendiendo a los bienes jurídicos que protegen, de forma tal que ninguna de ellas quede soslayada o solapada. Cada responsabilidad tiene un objetivo distinto y si ello no es respetado, se corre el riesgo de que la indeterminación de una de ellas, se extienda a las otras, las cuales podrían no ser investigadas con el consiguiente perjuicio de dejar impune una irregularidad<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Sobre el tema ver Ivanega Miriam M., Mecanismos...op.cit., Cap. IV y V

Ahora bien, el Estado social y democrático de derecho no se satisface con el reconocimiento de la responsabilidad del Estado; limitarlo a ello es una falacia. Si bien la evolución legal, doctrinaria y jurisprudencial ha permitido consagrar definitivamente la responsabilidad estatal; este significativo avance no puede suplir la responsabilidad de los funcionarios, pues éstos tienen aún una obligación mayor, ya que responden ante la sociedad y cada uno de sus integrantes y frente al propio Estado.

Por ello, de tramitarse una contratación irregular, sin perjuicio de las consecuencias que la actuación estatal pudo producir al contratista (y sobre las cuales ha de responder) se debe perseguir la responsabilidad de los funcionarios públicos cuyo deslinde se deberá llevar a cabo, mediante la sustanciación de los procedimientos administrativos y judiciales fijados por las normas.

Y en ese contexto, debe entenderse que la ausencia de transparencia apareja responsabilidad del funcionario, por acción y por omisión, es decir por impedirla o por no aplicar los medios para que exista.

El más perfecto de los sistemas legales y de gestión, se *desploma* y se vuelve estéril, frente a la imposibilidad de precisar y hacer efectivas las responsabilidades de los servidores públicos.

**En síntesis**, la transparencia en la actividad estatal, y particularmente en materia contractual, no puede quedar en el plano de los buenos deseos, debe hacerse ella misma «transparente», real, concreta. Por eso, resulta fundamental que, en el ejercicio de potestades públicas se logre el equilibrio entre interés público y las garantías individuales; se consolide un control efectivo y eficiente y, por último, se determinen las responsabilidades de aquellos que ejercieron, o dejaron ejercer, conductas impropias y contrarias a derecho.

LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y EL ARBITRAJE  
EN LOS CONTRATOS DEL ESTADO

## LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DEL ESTADO\*

*Rafael Badell Madrid\*\**

### I. INTRODUCCIÓN

En el marco de las presentes Jornadas, dedicadas al estudio de las contrataciones del Estado, realizadas en homenaje a la obra jurídica del Maestro Allan R. Brewer-Carías, y con el aporte extraordinario de los Ilustres profesores extranjeros que nos acompañan, nos han asignado el estudio del tema referido a la Inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en la Actividad Contractual de la Administración Pública, sobre el cual hemos oído el acertado criterio del Profesor JOFFRE CAMPAÑA.

La posibilidad de que la Administración Pública -territorial, centralizada o descentralizada- se vincule por medio de *figuras contractuales* con otras personas -públicas o privadas- ha sido expresamente reconocida por el Derecho Positivo venezolano desde el año 1830 (Art. 147, num. 5, Constitución de 1830).

El Estado en efecto, puede, a través de la contratación obtener la colaboración de los particulares en el cumplimiento de sus cometidos, lo cual hace de forma usual en nuestros días, dando lugar a la noción del contrato administrativo. Sin embargo, la contratación de la Administración, en la actualidad, ha adquirido mayor relevancia en razón de la acentuada intervención del Estado en la economía y la creciente intervención e interacción de la Administración y sus entes en el campo de acción de los particulares. El Venezolano, sin dudas, es un «*Estado empresario*» que ha asumido de manera creciente diversas tareas que exceden las típicas potestades de *imperio* de Derecho Público. El Estado celebra toda clase de negocios jurídicos con los

---

\* Conferencia dictada por Rafael Badell Madrid en el marco de las VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías» celebradas del 9 al 11 noviembre de 2005 en la ciudad de Caracas, Venezuela.

\*\* Profesor de Derecho Administrativo en Pregado y Postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Miembro del Despacho de Abogados Badell, Grau & De Grazia.

particulares, dentro de los cuales los contratos juegan un papel principal. Un Estado cuya Administración Descentralizada Funcionalmente desarrolla actividades empresariales que van desde la explotación y comercialización de hidrocarburos, minas, actividad bancaria, seguros, realiza explotación agrícola, produce y distribuye alimentos, tiene -de nuevo- líneas aéreas, hoteles, restaurantes, etc., debe *necesariamente* celebrar toda clase de convenciones con los particulares sobre aspectos que pueden ser bien netamente comerciales o relativos del interés público.

No es difícil imaginar que esa creciente actividad contractual, administrativa o de la Administración, generará, en la misma medida, gran cantidad de controversias suscitadas durante su ejecución. Ello, ligado a la relativa ineficacia de acudir a los órganos jurisdiccionales para solventar esas controversias -aspecto casi universal, como bien lo ha señalado el Profesor CAMPAÑA- obliga al examen de la posibilidad de acudir a medios alternativos de resolución para los conflictos surgidos en contratos de la Administración.

El contrato administrativo se define como aquél que celebra, directa o indirectamente, la Administración pública, en cualquiera de sus manifestaciones -central y descentralizada, territorial o funcionalmente- con otro sujeto de Derecho -público o privado- para satisfacer una finalidad pública y que son gobernados fundamentalmente por normas de Derecho Administrativo en la etapa previa a su formación -licitación, concurso, subasta-; durante su ejecución -cláusulas exorbitantes y preservación del equilibrio económico-; y sometido también al régimen administrativo en lo que respecta al control -jurisdicción contencioso administrativa-. En contraste, serán Contratos de Derecho Privado de la Administración, aquellos que no involucren directamente el interés público y que por tanto su objeto se vincula con aspectos del Derecho Privado.

Junto a esta definición es conveniente recordar que la teoría de los contratos administrativos es producto de la intención de residenciar en una jurisdicción especial -la *contencioso-administrativa*- las controversias derivadas de la ejecución de contratos celebrados por el Gobierno con los particulares (los de obras, suministro y de prestación de servicios), por cuanto se entendía que tales tribunales conocían mejor el funcionamiento de la administración y eran, por ende, más aptos para resolver esos conflictos. Más aún, como lo resalta PARADA, la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa tuvo como razón fundamental impedir que los tribunales civiles conocieran de los contratos que suscribía la Administración<sup>1</sup>. Posteriormente,

---

<sup>1</sup> Cfr. Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 335.



sin embargo, la propia jurisdicción contenciosa excluyó de su conocimiento los contratos sobre asuntos patrimoniales y civiles de contratos del Estado, lo que hizo imperativo determinar los elementos que diferenciaban los contratos administrativos de los civiles, a los fines de concretar la jurisdicción aplicable. Hoy, en Venezuela, esta distinción no tiene cabida, ya que de acuerdo a la interpretación de la jurisprudencia sobre las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, las controversias vinculadas con estos contratos aún de Derecho Privado de la Administración, también son conocidas por la jurisdicción contencioso administrativa.

Es cierto, entonces, que los contratos administrativos se encuentran vinculados desde su nacimiento, en el Derecho Francés, a la jurisdicción contencioso-administrativa. También en Venezuela ha sido así. Tengamos en cuenta que por muchos años sólo una norma, en nuestro ordenamiento jurídico, se refería a los contratos administrativos y era, precisamente, la que tenía esta finalidad: residenciar en la jurisdicción administrativa estas contiendas. Esta es la contenida en el artículo 42, numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), que otorgaba a la Sala Político-Administrativa la competencia para: *«Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos»*.

Esta sujeción, tan tradicional y arraigada en esta institución, a una jurisdicción especial, ha hecho que la doctrina administrativa, observe con cierta reticencia la posibilidad de que los conflictos derivados de la ejecución de contratos administrativos sean dirimidos por órganos diferentes a los tribunales contencioso-administrativos. Es ésa, quizá una de las trabas iniciales que ha tenido la resolución alternativa de conflictos, a través del arbitraje, en materia de contratos administrativos. Aunado a lo anterior, una vez construida la tesis del contrato administrativo y visto que en éste se involucra la satisfacción del interés público, se ha entendido que tampoco podrá acudir a medios alternativos de resolución de conflictos surgidos en su ejecución, porque las atribuciones de imperio del Estado no pueden ser objeto de transacción y por ende, no podrán ser sometidas a arbitraje. Luego, se ha invocado, para negar esa posibilidad, la tesis de la inmunidad de jurisdicción, la cual, en Venezuela, se limita como veremos a una categoría especial de contratos y no a todos los contratos administrativos.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que en Venezuela no hay un régimen general que regule los contratos públicos, por el contrario las normas que disciplinan la contratación de la Administración son recientes, de aplicación



especial a una categoría de contratos y diversas. Y en este sentido, dado que tales regulaciones parciales no agotan el régimen al que se someten los contratos administrativos, su evolución y sobre todo su desarrollo (régimen jurídico de suscripción, ejecución, control y extinción) se ha hecho, al igual de cómo ocurrió en Francia, por vía jurisprudencial.

Ello hace, desde luego, que en Venezuela la propia noción de contratos administrativos y su régimen aplicable no tenga la misma estabilidad que tiene en otros países que cuentan con normas positivas en materia de contratos del Estado, como es el caso de España, en donde existe, desde el año 1852, una legislación que sustenta esa figura, con la aparición del Real Decreto del 27 de febrero, que establecía las *reglas para la celebración de los contratos sobre servicios públicos*, y, más concretamente, con la Ley de Contratos del Estado de 1965 y el Reglamento General de Contratación de 1967, posteriormente modificados hasta llegar al *Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (TRLCAP, RD1098/2001). Lo mismo ocurre en Colombia, con el Estatuto de la Contratación Administrativa -la cual tiene por objeto disponer las reglas y principios de la contratación estatal- y otros regímenes jurídicos que han resultado brillantemente expuestos en estas jornadas, como es el caso de Brasil, Argentina y Ecuador.

De modo que no podemos hablar en Venezuela de un régimen jurídico consolidado de los contratos administrativos, ya que éste se ha ido construyendo por medio de interpretación legislativa, jurisprudencia y doctrina, lo que hace que el régimen de los contratos administrativos en Venezuela sea -como señala ARIÑO con el caso de España- «una destilación de la experiencia histórica».

De allí que si el propio tema de la resolución alternativa de conflictos y la procedencia del arbitraje en el marco de la actuación de la Administración -y concretamente en los contratos administrativos- es controvertido incluso en otros ordenamientos jurídicos con una legislación positiva más ordenada, como es el caso de España -según comenta TESTUT- mucho más complicado será tratar este aspecto en Venezuela, en donde los contratos administrativos carecen de regulación expresa y la aproximación al arbitraje se fundamenta en el análisis de estas disposiciones, ya lo dijimos nuevas, dispersas y de aplicación especial.

Menos aún existe en Venezuela regulación positiva con carácter general aplicable al arbitraje administrativo como un medio de solución de conflictos alternativo a los medios administrativos tradicionales (recursos administrativos y contencioso-administrativos). En contraste, con otros ordenamientos jurídicos como el Español donde existe un *Anteproyecto de Ley reguladora del*



**Arbitraje Administrativo**, en el cual se regula la resolución alternativa de conflictos según lo previsto en la *Ley del procedimiento administrativo común* de 1992, que establece la posibilidad de sustituir los recursos administrativos por procedimientos de arbitraje ajenos a la Administración, incluyendo la resolución extrajudicial de conflictos como alternativa a acudir al contencioso administrativo, todo ello por medio de un arbitraje de Derecho, ya que se excluye expresamente la aplicación de arbitrajes de equidad. A ese medio podrán someterse, en el futuro y de ser aprobado el anteproyecto, conflictos surgidos en contratos entre la Administración y los particulares, regidos por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En Venezuela, carecemos de disposiciones similares a la española, ya que en lo que se refiere, al menos, a los procedimientos administrativos, la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP) y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) que regulan el régimen de actuación de la Administración, nada disponen sobre tal posibilidad.

## II. NORMAS QUE REGULAN EL ARBITRAJE EN VENEZUELA

La Constitución de 1999 contempla y estimula el uso de tal medio alternativo de solución de conflictos en su artículo 258, al señalar que «*la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos*» (énfasis añadido). Esta norma ubicada en las Disposiciones Generales del capítulo referido al Poder Judicial, es de aplicación general a la solución de todo tipo de controversias incluso a las referidas a los contratos de la administración, tanto más cuanto se halla ubicada justo antes del artículo 259 regulador de la jurisdicción contencioso administrativa. (énfasis añadido).

De otra parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República prevé que los contratos suscritos por la República en los cuales se establezcan:

*«cláusulas de arbitraje, tanto nacional como internacional, deben ser sometidos a la opinión previa y expresa de la Procuraduría General de la República» (Art. 12) y a tales fines, «las máximas autoridades de los órganos del Poder Público Nacional, deben remitir a la Procuraduría General de la República los proyectos de contratos a suscribirse, conjuntamente con sus soportes y la opinión de la respectiva Consultoría Jurídica, la cual debe hacer pronunciamiento expreso, de ser el caso, sobre la procedencia de las cláusulas de arbitraje nacional e internacional».*

Asimismo, la Ley de Concesiones, establece en su artículo 61, lo siguiente:

*«Artículo 61: Medios de solución de conflictos.- Para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos regulados por este Decreto-Ley, las partes podrán utilizar mecanismos de solución directa tales como la conciliación y la transacción. Asimismo, podrán acordar en el respectivo contrato someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán 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».*

De otra parte, el Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana<sup>2</sup>, que rige la actuación de la Corporación Venezolana de Guayana (C.V.G.) y de las empresas públicas que ese Instituto tutela, establece en su artículo 21 la posibilidad expresa de establecer acuerdos o cláusulas compromisorias de arbitraje en sus contratos. La C.V.G. y sus empresas tuteladas deberán determinar el tipo de arbitraje, el número de árbitros y la legislación sustantiva y adjetiva aplicable, únicamente limitando esa posibilidad a la obtención de una autorización expresa del Presidente de la C.V.G., y excluyendo el arbitraje cuando se trate de controversias concernientes a las atribuciones o funciones de esa Corporación o del objeto de sus empresas tuteladas; materias de orden público; controversias sobre los mecanismos de control de tutela del órgano de adscripción de la C.V.G.; controversias sobre el patrimonio, ingresos y disponibilidad presupuestada de la Corporación y controversias sobre la designación de sus funcionarios, autoridades u órganos administrativos, entre otras.

Adicionalmente, el arbitraje se encuentra regulado en Venezuela en el Código de Procedimiento Civil (CPC) -de manera tradicional- y en la Ley de Arbitraje Comercial (LAC)<sup>3</sup>. Estas Leyes se refieren, obviamente, a la actividad comercial, esto es, aquellas cuyo objeto verse sobre alguno de los actos objetivos de comercio, previstos en el Código de Comercio (Art. 2); o bien cuando dicha controversia derive de los actos llevados a cabo por los *comerciantes* (actos subjetivos de comercio, Art. 3).

---

<sup>2</sup> Decreto N° 1.531 con Fuerza de Ley de Reforma del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana (G.O. N° 5.553 Ext., 12.11.2001).

<sup>3</sup> G.O. N° 36.430, 07.04.98.



Se excluyen expresamente del arbitraje comercial, las controversias directamente relacionadas con las atribuciones o funciones de imperio o de personas de entes de Derecho Público<sup>4</sup>, lo que pareciera negar, respecto de éstas, la posibilidad de acudir a un arbitraje comercial. Sin embargo, lo cierto es que esas excepciones *deben ser interpretadas restrictivamente*, por lo que la exclusión del arbitraje de la LAC se entenderá cuando (i) la controversia se relacione directamente con atribuciones de imperio o competencias administrativas y (ii) una de las partes de la controversia sea el Estado, o un ente de Derecho Público *territorial* (República, los Estados o los Municipios).

Por lo que se refiere a los órganos de arbitraje, el principal y de mayor antigüedad en Venezuela es el ***Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACCC)***, creado en el año 1989 (y reactivado en 1998 con la entrada en vigencia de la LAC), el cual funge como la Sección Nacional de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) en Venezuela. Ante la Cámara de Comercio, desde luego, se sustancian procesos arbitrales locales relacionados con aspectos comerciales, pero ello será aplicable a los contratos en los cuales sea parte la Administración cuando sea procedente el arbitraje de acuerdo con la LAC.

De otra parte, puede mencionarse el ***Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)***, creado por la *Cámara Venezolana Americana (VENAMCHAM)* conjuntamente con el *Centro Venezolano Americano (CVA)*, a partir de la promulgación de la LAC, el cual está diseñado para arbitrajes nacionales e internacionales, ya que se tomó como modelo los principios establecidos en el Reglamento de la *Asociación Americana de Arbitraje (AAA)*, la *Cámara de Comercio Internacional (CCI)*, la Ley Modelo UNCITRAL y el Reglamento de la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI)*.

<sup>4</sup> Por lo general, las materias excluidas de ir a arbitraje comercial se relacionan con el orden público. Así, el artículo 3 de la LAC prevé que estarán excluidas las controversias: a) Que sean ***contrarias al orden público*** o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme; b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas; d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

### III. PROCEDENCIA GENERAL DEL ARBITRAJE EN CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN

En lo que se refiere a los contratos de Derecho Privado de la Administración, ***la procedencia de cláusulas compromisorias que remitan la solución de controversias suscitadas en su ejecución a tribunales arbitrales, no ha sido, de manera general, cuestionada por la doctrina***, ya que es evidente que si en la ejecución de esos contratos, la Administración actúa desvinculada de sus potestades de Derecho Público, es decir, como un particular, nada impide, entonces, que el objeto de esos contratos de Derecho Privado sea resuelto de acuerdo a la fórmula escogida por las partes, lo que permite, claro está, la procedencia del arbitraje.

En todo caso, si los contratos de Derecho Privado de la Administración, conforme a lo expuesto, se excluyen de la regulación del Derecho Público y versan sobre materias de gestión diaria de la Administración o de esta actividad de carácter empresarial que asume, la procedencia del arbitraje será innegable.

Así, se ha entendido que en la medida en que no se ventile en tales procedimientos arbitrales cuestiones relativas al interés público del Estado, se admite el arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos. Ello simplemente ratifica la aplicación preponderante del Derecho Privado y la igualdad negocial que rige en los contratos de Derecho Privado de la Administración.

En este tema la doctrina se muestra en un todo de acuerdo. ESCOLA, señala que la discusión doctrinaria acerca de la procedencia del arbitraje se ha centrado:

*«...exclusivamente, en lo que se refiere a los contratos administrativos, ya que existe acuerdo pacífico en el sentido de que cuando la administración pública ha celebrado un contrato de derecho privado, no hay ningún impedimento que se oponga a que las diferencias que se susciten entre las partes puedan ser sometidas a la decisión de árbitros»*<sup>5</sup>. MARIENHOFF señala que: *«Se acepta que el arbitraje procede respecto a contratos donde el Estado actúa en el ámbito del derecho privado, lo que equivale a admitir su procedencia respecto a los contratos de «derecho común» de la Administración Pública. Es lo resuelto por la jurisprudencia y aceptado por la doctrina»*<sup>6</sup>. MOLES

---

<sup>5</sup> Escola, Héctor Jorge, *ob. cit.*, p. 493.

<sup>6</sup> Marienhoff, Miguel, *ob. cit.*, p. 596.



CAUBET en Venezuela va más allá cuando señala que «...no existe en Venezuela prohibición alguna de la cláusula compromisoria y del subsiguiente procedimiento de arbitraje o arbitramento en los contratos de la administración, sea cualquiera su especie, contratos propiamente administrativos o contratos de derecho privado...»<sup>7</sup>.

#### IV. DEL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Si bien la doctrina tradicional ha sido la de negar la procedencia del arbitraje en materia de contratos Administrativos, en virtud de que se involucra el juzgamiento de actuaciones vinculadas al ejercicio de potestades públicas, la legislación local ha mostrado claros signos de admitir esa posibilidad. En efecto, la posición doctrinaria actual es la que favorece la procedencia del arbitraje como medio de solución de conflictos en los contratos administrativos.

La admisión del arbitraje se inicia con la aceptación de su aplicación a los fines de resolver «aspectos técnicos» del contrato administrativo, más no los relacionados con la ejecución, extinción o cumplimiento del contrato, en los cuales podía haber asuntos propios al *interés público*, vedados al tribunal arbitral.

Así se pronunció originalmente la Procuraduría General de la República en el año 1959, al admitir la validez de una cláusula compromisoria que remitía a tribunales arbitrales «las discrepancias que pueden presentarse entre las partes sobre cuestiones técnicas», pero sosteniendo que serían nulas de nulidad absoluta aquellas cláusulas que remitiesen a árbitros cuestiones de otra naturaleza, relacionadas con la interpretación o ejecución del contrato<sup>8</sup>.

Tal criterio resultó acogido en el año 98, por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de un contrato de reponteciación de tanques, suscrito entre la República de Venezuela, a través del Ministerio de la Defensa y la empresa *Industrias Metalúrgicas Van Dam, C.A.* (SPA 15.01.1998), en el cual se admitió la procedencia de una cláusula arbitral en un contrato administrativo -que la Sala calificó de interés público nacional- referida netamente a «aspectos técnicos» de la ejecución del contrato, y no en relación con el cumplimiento y ejecución de tales contratos<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Moles Caubet, citado en Fraga Pittaluga, *El Arbitraje en el Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 139.

<sup>8</sup> Dictamen de la Procuraduría General de la República de 1959, citado en Brewer-Carías, Allan R., ob. cit., p. 263.

<sup>9</sup> La doctrina extranjera -ESCOLA- había señalado que «Debe concluirse, por tanto, que aun tratándose de un contrato administrativo stricto sensu, la administración pública podrá

La interpretación restrictiva del arbitraje en los contratos administrativos fue superada en el año 1999, pues además de la cláusula Constitucional, ya citada, contenida en el artículo 258 «*la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos*» (énfasis añadido) de forma concreta con la promulgación de la Ley de Concesiones<sup>10</sup>, la cual contempla de manera expresa la posibilidad de acudir al arbitraje en tal categoría de contratos (*i.e.* concesión de servicios públicos y de obras públicas).

Ello sin duda tuvo influencia en la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que permitió la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos administrativos, tal como ocurrió en el año 2000 en el caso *Aerolink International S.A.*, en el cual la Sala hizo referencia expresa a la Ley de Concesiones al establecer lo siguiente:

**«La eficacia y validez de una cláusula compromisoria estipulada en un contrato administrativo es hoy una cuestión fuera de toda duda, como lo confirma la opinión de nuestra más calificada doctrina (cfr. Antonio Moles Caubet: «El Arbitraje en la Contratación Administrativa», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, N° 20, páginas 9 a 34; Baumeister, Alberto: «Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Aplicable a los Casos de Arbitrajes regidos por la Ley de Arbitraje Comercial», en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999, páginas 95 a 100), opinión ratificada por la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 6 de noviembre de 1997 en el caso *Van Dam contra la República y acogida además en el artículo 10 del Decreto Ley N° 138 de 1994 sobre «Concesiones de Obras y Servicios Públicos».***

*En ese sentido, expone dice (sic) Luis Fraga Pitaluga que «lo propio en materia de concesiones administrativas, de conformidad con lo*

---

*recurrir al arbitraje, dentro de los límites que quedan señalados, para dilucidar cuestiones de carácter técnico, o de tipo pecuniario o económico-financiero, o situaciones de hecho que deban ser establecidas, con el agregado de que en esos casos el arbitraje podrá ser confiado tanto a meros arbitradores como a «árbitros juris», pudiendo estos últimos resolver también cuestiones de derecho en cuanto ellas estén vinculadas y sean consideradas para dirimir los casos en que procede la jurisdicción arbitral, pero siempre que de ese modo no se extralimite la esfera admitida para esta jurisdicción» (ob. cit.).*

<sup>10</sup> Decreto N° 318 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones (G.O. N° 5.394 Extraordinaria del 25 de octubre de 1999).





*dispuesto en el Decreto-Ley Nro. 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, cuyo artículo 10 dispone que el Ejecutivo Nacional y el concesionario podrán convenir en que las dudas y controversias que puedan suscitarse con motivo de la interpretación o ejecución del contrato de concesión se decidan por un tribunal arbitral cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados por las partes» (El Arbitraje y la Transacción como Métodos Alternativos de resolución de Conflictos Administrativos, en IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías; 1998, pág 176)» (énfasis añadido).*

De forma que la Ley de Concesiones resolvió la discusión respecto de la procedencia y el alcance del arbitraje en los contratos administrativos. Así, la Ley de Concesiones, establece en su artículo 61, que para la solución de conflictos con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos de concesión podrá utilizarse el arbitraje, lo que implica que este medio podrá ser aplicado en (i) la solución de conflictos que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de un contrato de concesión y (ii) en la solución de diferencias de carácter técnico. Para el primero de los supuestos, se prevé que las partes podrán emplear mecanismos de solución directa, tales como, la conciliación y la transacción y someter sus diferencias a un *Tribunal Arbitral*. Para el segundo, se dispone que las partes podrán someter la solución del asunto al conocimiento de expertos.

Se evidencia, de esa disposición, que la procedencia del arbitraje en materia de concesiones *es amplia*, ya que no limita ese medio de solución de conflictos a los aspectos técnicos, siendo éste viable en asuntos relativos a «...la ejecución, desarrollo o extinción...» de las concesiones. Ello así, es claro que la postura asumida es la de que las controversias que serán remitidas a los tribunales arbitrales en el caso de concesiones, no versarán únicamente sobre aspectos técnicos, sino propiamente sobre asuntos relativos a la ejecución del contrato.

En todo caso, dadas las particulares limitaciones que van aparejadas al uso de estos medios de solución de controversias en los casos en que una de las partes es un ente u organismo de la Administración, deben establecerse en la cláusula arbitral o compromisoria, las condiciones dentro de las cuales se desarrollará el arbitraje. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que mediante esta vía no podrán debatirse asuntos o materias que puedan afectar el interés público, otorgarse potestades reservadas por la Constitución y las leyes al poder público o convenir sobre el ejercicio de potestades administrativas. Así, por



ejemplo, sería nula una cláusula que permitiera a un tribunal arbitral controlar la legalidad de un acto administrativo o establecer cortapisas a la Administración para el ejercicio de las potestades que legalmente tiene conferidas.

## V. DEL ARBITRAJE COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN VENEZUELA

La causa del arbitraje internacional difiere de la que motiva el arbitraje local, ya que cuando se celebran contratos -administrativos o no- entre dos partes de diferentes nacionalidades, el arbitraje se considera prácticamente como la única vía de solución de conflictos, antes de someterse a normas no conocidas por alguna de las partes.

Por ello, además de que, como hemos analizado, los contratos administrativos están regulados por diversas normas de derecho interno en cuanto a la procedencia del arbitraje, hay tratados internacionales que norman también la materia para los casos en los que el cocontratante de la Administración sea una empresa extranjera.

Tal es el caso del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*, del cual son signatarios 155 Estados para el año 2005 y que fue suscrito por Venezuela en agosto de 1993 (aunque entró en vigor el 1 de julio de 2005)<sup>11</sup>. Ese convenio fue ratificado mediante Ley Aprobatoria (G.O. N° 35.685 del 3 de Abril de 1995) y tiene el carácter de Ley formal. La Convención fue originalmente formulada por el Banco Mundial en el año 1965 a los efectos de que los Estados miembros del Banco la suscribieran, con la finalidad de proveer de confianza mutua entre los Estados y los inversionistas internacionales.

A través de ese convenio, se creó el *Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas a Inversiones* o **CIADI** (conocido también como ICSID por sus siglas en inglés), el cual tiene por objeto facilitar la solución de las controversias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Partes, mediante un procedimiento de arbitraje. Ahora bien,

---

<sup>11</sup> Venezuela también es firmante de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional la cual fue ratificada por Ley aprobatoria publicada en G.O. N° 33.170 del 22 de febrero de 1985, pero que resulta aplicable, al igual que la LAC, eminentemente a controversias mercantiles y comerciales. Asimismo, es firmante de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros (G.O. N° 33.144 del 15.01.85), y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales en el Extranjero (G.O. N° 4.832 Ext., 29.12.94).



el CIADI no sustancia directamente los procedimientos arbitrales, sino que regula la tarea de los árbitros designados por las partes a tal efecto y desarrolla las funciones administrativas necesarias para llevar a cabo el arbitraje.

Las controversias que son resueltas por el CIADI derivadas de *inversiones* son diversas, y ello puede incluir, desde luego, inversiones relativas a la ejecución de contratos administrativos. De conformidad con el artículo 25 del Convenio, el CIADI tendrá jurisdicción sobre «*diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante [...] y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro*». Sin embargo, la aceptación del Convenio permite excluir cierta clase de controversias de su aplicación, lo cual será a discreción del Estado signatario<sup>12</sup>.

Asimismo, la ratificación del Convenio no constituye una obligación del Estado firmante a someter sus diferencias al CIADI. Antes bien, cada sometimiento a arbitraje requiere del consentimiento expreso de cada Estado en cada contrato. En efecto, en el preámbulo se dispone que: «*[L]a mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado*».

Dicho consentimiento puede, además, estar condicionado. En este sentido, el artículo 26 del Convenio dispone: «*Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio*».

Para acudir a un arbitraje por el CIADI, el Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante, deberá presentar una *solicitud escrita* al Secretario General del Centro, quien enviará copia de ésta a la otra parte. Dicha solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia; a la identidad de las partes, y al consentimiento de éstas al arbitraje (Art. 36).

<sup>12</sup> En efecto, el artículo 25 prevé que «*los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción*».

El laudo dictado por el CIADI será obligatorio para las partes, y por regla general, no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, y tendrá carácter obligatorio, por lo que cada Estado firmante ejecutará dentro de su territorio, las obligaciones pecuniarias impuestas, como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado<sup>13</sup>. Sin embargo, establece el Convenio en su artículo 55 que ninguna de las disposiciones del Convenio se interpretarán como derogatorias de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante, *relativas a la inmunidad en materia de ejecución*.

De modo que el arbitraje previsto en el Convenio, se refiere principalmente a la protección de *inversiones*, es decir, a aspectos mercantiles o comerciales en los cuales tenga interés un Estado firmante o un nacional de un Estado firmante. Sin embargo, como señalamos, ***las inversiones podrán venir en forma de contratos administrativos*** -como es el caso de las concesiones- lo que implicaría que tales contratos serían objeto de arbitrajes internacionales, cuando ello sea incluido o expresamente aceptado en el propio texto del contrato.

La celebración de este tipo de acuerdos lleva a la admisión del arbitraje en materia de contratos administrativos cuando se trate de aquellos en los que la otra parte sea un inversor extranjero. Así, contratos suscritos directamente por la República de Venezuela como entidad político-territorial -a través de Ministerios- han incluido de manera expresa esas cláusulas compromisorias, que han resultado en al menos tres (3) sometimientos a arbitraje, de controversias surgidas en la ejecución de esos contratos. Así, en el caso ***GRAD Associates vs. Venezuela*** (No. ARB/00/3) la controversia versó sobre la ejecución de obras públicas relacionadas con la modernización de una institución penitenciaria, contrato que -aparte de conllevar una *inversión*- es claramente administrativo en su objeto.

Asimismo, fue objeto de arbitraje el caso de ***Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. vs. Venezuela*** (No. ARB/00/5), en el cual se discutió la ejecución de un contrato de concesión de obras públicas para la construcción y mantenimiento de la autopista de La Guaira. Este arbitraje, cabe señalar, no se limitó únicamente a aspectos técnicos de la controversia, ya que el tribunal arbitral conoció del fondo del asunto, y se pronunció sobre la ejecución del

---

<sup>13</sup> A tal fin, la parte que solicite la ejecución del Laudo, deberá presentar, ante los Tribunales competentes, una copia de éste, debidamente certificada por el Secretario General. En este sentido, el laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencia, estuviesen en vigor en los territorios en que dicha ejecución sea presentada.



contrato, propiamente dicho, y del cumplimiento de las obligaciones de las partes. Así, se discutió en ese procedimiento, no sólo aspectos concretos, como la procedencia de la fuerza mayor, sino la adecuación de la actuación de la República a las obligaciones contractuales previstas en la concesión y la procedencia de ajustar el equilibrio económico-financiero del contrato, aspectos que, claramente, no son sólo de carácter técnico.

De otra parte, se ha solicitado la constitución de un tribunal arbitral conforme al CIADI en el caso *Vannessa Ventures Ltd. vs. Venezuela* (No. ARB(AF)/04/6), el cual versa sobre la ejecución de contratos de concesiones mineras de oro y cobre en la zona de Guayana<sup>14</sup>.

Es claro que todos ellos son contratos administrativos, cuya ejecución involucra indisolublemente el interés público. Sin embargo, desde un punto de vista práctico se ha entendido que tal resolución de conflictos implica, para los Estados partes, solventar aspectos comerciales internacionales, y de allí que se admita la remisión a tal procedimiento arbitral a través de cláusulas compromisorias. Y es que la procedencia de tales arbitrajes no compromete necesariamente la jurisdicción del Estado firmante, ya que de acuerdo con el Convenio, queda a salvo la posibilidad de no consentir el arbitraje en casos en los cuales éste no resulte procedente de acuerdo al asunto discutido o -y así se prevé de manera expresa- cuando existan normas internas que establezcan la *inmunidad de jurisdicción del Estado contratante*.

De otra parte tenemos en cuenta también que en gran cantidad de contratos, sin duda administrativos, suscritos por empresas del Estado, se ha procedido a solucionar las controversias surgidas durante su ejecución, por medio de arbitrajes previstos en cláusulas compromisorias previa y expresamente acordadas por las partes. PDVSA y sus empresas filiales han sido objeto de diversos procedimientos arbitrales en contratos de construcción, mantenimiento y operación de puertos petroleros, contratos de suministro, en los cuales si bien no se han discutido *potestades públicas*, si ha versado el arbitraje sobre aspectos relacionados con la ejecución de los contratos, sin que se haya restringido esa posibilidad en virtud de la inmunidad de jurisdicción. La práctica generalizada de los contratos de PDVSA es el arbitraje, ya que éste se encuentra contenido de manera concreta en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos y la Ley de Minas.

<sup>14</sup> En el caso de Argentina, se están sustanciando por ante el CIADI numerosos arbitrajes relativos a contratos de concesiones de prestación de servicios de agua potable y de saneamiento.

## VI. DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL

La inmunidad de jurisdicción es el privilegio que tienen los Estados a no ser sometidos a la jurisdicción de tribunales de otro Estado sin su consentimiento. Este privilegio forma parte de los principios generales del Derecho Internacional y se fundamenta en la igualdad de los Estados soberanos en el plano internacional. En virtud de ese principio, los Estados se abstienen de tramitar juicios en su jurisdicción en los cuales una de las partes sea un Estado soberano, salvo que éste expresamente renuncie a tal privilegio.

Esa cualidad, que originalmente no admitía restricciones -es decir era considerada *absoluta*- pasó a estimarse *relativa* con el paso del tiempo y la evolución del Derecho Internacional, bajo la consideración de que cierto tipo de actos del Estado no generaban tal inmunidad ante la jurisdicción de tribunales extranjeros: es así como nace la distinción de los actos *soberanos o de imperio* (*iure imperii*) y los relativos a la gestión diaria de la Administración (*iure gestionis*) a los fines de determinar la procedencia de la inmunidad de jurisdicción.

La tesis tradicional propugna la inmunidad de jurisdicción de los Estados respecto de los actos de imperio (*iure imperii*), ya que ellos conforman la actuación propia del Estado en sus funciones de Derecho Público, lo que implica que no puedan ser revisados por tribunales de la jurisdicción de otro Estado. Sin embargo, ello no resulta aplicable respecto de los actos de Derecho Privado (*acta iure gestionis*), pues se ha entendido que si un Estado actúa dentro de la esfera jurídica de los particulares, como si fuese una persona de Derecho Privado, debería poder someterse a la jurisdicción de tribunales extranjeros, sin que se comprometa así la revisión de actuaciones de imperio, inherentes a los poderes del Estado soberano<sup>15</sup>.

En Venezuela, históricamente, la inclusión de esa cláusula -originalmente planteada en términos absolutos- respondió a la articulación constitucional de

---

<sup>15</sup> Ahora bien, es claro que aun cuando esa distinción pareciera sencilla, deja de serlo cuando el Estado -no ya como «Estado Soberano» sino como un Estado empresario- actúa a través de los entes de la Administración Descentralizada funcionalmente con forma de Derecho Privado (empresas públicas y las asociaciones), por cuanto tales actuaciones no son exclusivamente públicas ni comerciales, sino que pueden involucrar ambos aspectos. Ello se plantea con toda su agudeza en materia de contratos administrativos, ya que en tal categoría contractual *siempre* estará involucrado el interés público, sin perjuicio de que puedan formar parte de esas obligaciones, aspectos comerciales, atinentes a la *ejecución del contrato*.



un mecanismo que previniera a Venezuela de ser sujeto pasivo del uso eventual de la fuerza por parte de las naciones extranjeras en sus reclamaciones por obligaciones pecuniarias. Para evitar tales abusos, fue planteada la inclusión de una cláusula de inmunidad de jurisdicción, la cual ha sido tradicionalmente apodada en Latinoamérica como «*Cláusula Calvo*», en honor al tratadista Carlos Calvo, quien sostenía que las reclamaciones por incumplimiento de contratos pecuniarios ente dos naciones no podían dar origen a reclamaciones de hecho (acudiendo a las armas) sino que debían ser resueltas por los tribunales locales del Estado que incumplía el contrato.

El principio de inmunidad de jurisdicción se encuentra regulado en la Constitución del 99 en el **artículo 151** en los siguientes términos: las dudas y controversias suscitadas en la ejecución de «*contratos de interés público*» serán decididas por los Tribunales competentes de la República, sin que puedan dar origen por ningún motivo a reclamaciones extranjeras, salvo que ello no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los contratos.

Esa cláusula constitucional de inmunidad de jurisdicción tiene dos aspectos que merecen ser destacados: (i) Su carácter relativo, es decir, que permite el sometimiento de controversias a tribunales extranjeros, cuando ello fuere procedente *de acuerdo a la naturaleza de los contratos*; y (ii) La aplicación de manera expresa a los denominados «*contratos de interés público*»<sup>16</sup>.

La inmunidad de jurisdicción -absoluta o relativa- siempre se refirió en las constituciones venezolanas, a los *contratos de interés público*, sin que tal noción fuese definida en texto normativo alguno. Es decir, que la aplicación de ese principio pasa por distinguir qué tipos de contratos administrativos son de *interés público* (nacional, estatal o municipal) y delimitar esa categoría de contratos a los efectos de determinar la procedencia del arbitraje.

<sup>16</sup> No siempre fue esa inmunidad de carácter relativo, ya que desde la Constitución de 1893 hasta la de 1947, esa previsión tenía un carácter absoluto: todas las dudas y controversias de contratos de interés público serían resueltas por los tribunales nacionales. Fue a partir de la Constitución de 1947 cuando se incorporó la disposición de *inmunidad relativa*, la cual admitía el sometimiento de los conflictos a los tribunales extranjeros cuando fuese procedente de acuerdo a la naturaleza del contrato. Ello tenía por finalidad prevenir las reclamaciones de Estados extranjeros como medio compulsivo de deudas contraídas por Venezuela, en contratos de empréstito público, los cuales eran considerados *contratos de interés público*.

De ese modo, para delimitar la aplicación obligatoria del principio de inmunidad de jurisdicción, debe determinarse: ¿Qué tipo de contratos son de *interés público*, en el sentido previsto en el artículo 151 de la Constitución?; pues en caso contrario resultará procedente el sometimiento a arbitraje de acuerdo a la *naturaleza del contrato*.

## 1. De la noción de contratos de interés público nacional

Fue la doctrina nacional la encargada de delimitar la noción contrato de interés público nacional. Según LARES MARTÍNEZ, el contrato de interés público se correspondía con la categoría del contrato administrativo y las expresiones contrato de interés *nacional, estatal o municipal* constituían categorías específicas de los contratos de interés público. De esa manera, el citado autor utilizaba ambos términos (i.e. contratos de interés nacional y contratos de interés público) como conceptos con relación *de género a especie*<sup>17</sup>. En contraposición, BREWER-CARÍAS considera como contrato de interés público nacional, aquel que «interesa al ámbito nacional (en contraposición al ámbito estatal o municipal) porque ha sido celebrado por una persona jurídica estatal nacional, de derecho público (la República o un Instituto Autónomo) o de derecho privado (empresa del Estado)»<sup>18</sup>.

Existen autores para quienes la noción de *contratos de interés público nacional* debe necesariamente interpretarse de acuerdo con un criterio cuantitativo-cualitativo. Tal es la posición de PÉREZ LUCIANI, quien ha expuesto una interpretación que obedece al carácter histórico de la norma, haciendo referencia a la finalidad perseguida por el Constituyente a través de los diversos textos constitucionales para calificar los contratos de interés nacional. Así, afirma este autor que la preocupación del constituyente en la calificación de ese tipo de contratos y la finalidad de que sean controlados por el órgano legislativo, era la de prevenir las consecuencias económicas y financieras de contratos celebrados por el Ejecutivo, el temor de que se malgastasen los fondos públicos y la necesidad de conservar los bienes patrimoniales del Estado<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. Lares Martínez, Eloy, *ob. cit.*, pp. 315-319.

<sup>18</sup> Cfr. Brewer-Carías, Allan R., *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, p. 293.

<sup>19</sup> Pérez Luciani, Gonzalo, «*Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público*», en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas, 1984, p. 103.



De otra parte, para FARÍAS MATA, cuando el constituyente se refiere a los *contratos de interés público*, «*está tratando de contratos administrativos, es decir de aquellos en que [...] «el interés público está directamente implicado»...*». Más adelante precisa el autor que dentro de esos contratos, serán de interés público nacional los que tienen «*relevancia para la vida nacional*» en contraposición a los que interesan en el ámbito estatal o municipal<sup>20</sup>. Se desprende de esta doctrina -al margen de lo expuesto sobre los contratos administrativos- que podrán ser considerados *contratos de interés público nacional* aquellos que tienen un interés público directamente implicado el cual incumbe al Poder Nacional, en oposición a las otras entidades político-territoriales (i.e. estados y municipios), lo que corrobora lo ya expuesto por autores antes citados<sup>21</sup>.

Ahora bien, estas posiciones doctrinarias -que no agotan el tema- fueron resueltas, en mi criterio acertadamente, por la decisión del Tribunal Supremo de Justicia del 24 de septiembre de 2002 (Caso: *Andrés Velázquez, Elías Mata y otros*), en la cual la Sala Constitucional, invocando su carácter de máximo intérprete de la Constitución, estableció los criterios para determinar cuando se está en presencia de un contrato de interés público.

En la citada sentencia se estableció que los criterios que llevan a incluir en la categoría de contratos de interés público (nacional, estatal o municipal) a los contratos del Estado son los siguientes:

<sup>20</sup> Farías Mata, Luis Henrique, «La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas» en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 935-971.

<sup>21</sup> Es claro que la distinción o asimilación de los *contratos de interés público nacional* con los *contratos administrativos*, en poco ayuda a esclarecer la noción de contratos de interés público. Sin embargo, en nuestro criterio, es cierto que los contratos administrativos comparten algunos caracteres con los contratos de interés público a que alude la Constitución, *mas los contratos administrativos no se identifican con esta última categoría*: ambos son contratos de Derecho Público, se celebran para satisfacer un interés público, pueden tener incorporados (tácita o expresamente) cláusulas exorbitantes del Derecho Común y siguen formalidades especiales para su formación, entre otros elementos. Sin embargo, ambos difieren en cuanto al régimen constitucional especial que se les aplica, ya que los contratos administrativos no están sometidos a aprobación legislativa ni al régimen de inmunidad de jurisdicción, como sí lo están, por mandato constitucional, los contratos de *interés público nacional*. Desde esta perspectiva podríamos afirmar que todo «contrato de interés público» (en el sentido que la Constitución le ha dado a esa expresión) es un contrato administrativo; sin embargo, no todo contrato administrativo es un contrato de interés público.



a) *Que sean contratos celebrados por la República, los Estados o los Municipios*

La condición de que el contrato sea celebrado por la República lo establece la sentencia antes citada en más de una oportunidad al referirse a los contratos de interés nacional y lo precisa cuando señala respecto del contrato de interés público en general, bien sea nacional, estatal o municipal, que *«la discusión doctrinal existente durante la vigencia de la Constitución de 1961, entre las expresiones contrato de interés público y contrato de interés nacional, ha sido, como se indicara previamente, resuelta por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en su artículo 150 estableció claramente la relación de género-especies que existe entre la noción de contrato de interés público y las nociones de contrato de interés público nacional, estatal y municipal, en las cuales lo determinante sería la participación de la República, los Estados o los Municipios»* (énfasis y negrillas añadidos).

De manera que los *contratos de interés público nacional* deberán ser celebrados por **la República**, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional. Ello deriva, además, de que el artículo 187, numeral 9 de la Constitución, establece que corresponde a la Asamblea Nacional *«autorizar al **Ejecutivo Nacional** para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la Ley»* (énfasis añadido).

Así, la competencia para suscribir dichos contratos se encuentra atribuida constitucionalmente al **Presidente de la República** en el artículo 236, numeral 14, de la Constitución, que prevé su potestad para *«celebrar contratos de interés nacional»*, la cual será ejercida en *Consejo de Ministros*, de conformidad con el penúltimo aparte de esa disposición.

Si bien se entiende, conforme a la citada sentencia, que los contratos de interés público nacional deberán ser suscritos por **la República**, debe tenerse en cuenta que la doctrina -BREWER- ha considerado que esta categoría aplica también para aquellos contratos suscritos por la Administración Pública Nacional descentralizada funcionalmente (i.e. Institutos Autónomos y empresas del Estado).

Sin perjuicio de que en la sentencia que se comenta, se señala en todo momento que uno de los criterios para definir estos contratos es que el celebrante sea el ente territorial, consideramos que en efecto, podría admitirse que se califiquen también como contratos de interés público los suscritos por la



administración funcionalmente descentralizada, pero sólo si ***ellos afectan directamente los intereses de la República*** como ente territorial, o de los Estados y Municipios.

En efecto, la *regla general* es que en la calificación de esos contratos se debe atender a la entidad territorial, es decir, la República en los contratos de interés público nacional, y a los Estados y Municipios, en los contratos de interés público estatal o municipal. Sin embargo, podrán ser considerados como contratos de interés público nacional los suscritos por las empresas públicas, cuando se afecten de manera directa los intereses nacionales que corresponden a la República.

Así entendemos que lo determinó la Sala Constitucional en la sentencia del **29 de abril de 2003 (Exp. 00-0836)**, en la cual examinó un contrato suscrito por C.V.G Electrificación del Caroní (EDELCA) con empresas eléctricas brasileras, en ejecución de un compromiso internacional previo que había sido suscrito por la República, por intermedio del Ejecutivo Nacional. En esa oportunidad la Sala señaló que:

*«Respecto a la figura jurídica celebrada, la cual se basa en los compromisos internacionales suscritos por el Ejecutivo Nacional, es de destacar que si bien es producto de los actos de gobierno antes mencionados, la misma resulta ser una estipulación de índole contractual, la cual constituye un contrato de interés público, toda vez que se ha comprometido un alto interés de la República en el margen de sus relaciones internacionales con la República Federativa del Brasil para el suministro de energía eléctrica»* (énfasis añadido).

Nótese que en este caso la extensión de la calificación de los contratos de interés público nacional a convenios celebrados por un ente de la Administración Pública Nacional descentralizada, se ha hecho en virtud de que esos contratos ***comprometen los intereses de la República*** como ente político-territorial.

En efecto, en el caso citado se entendió que ese contrato era de interés público nacional por comprometer los intereses de la República en sus relaciones internacionales. Cabe acotar, que dicho contrato se celebró en ejecución de compromisos existentes suscritos precisamente por la República de Venezuela con un estado extranjero (i.e. República Federativa del Brasil) y que, además, la circunstancia de que se considerase contrato de interés público nacional no necesariamente lo sujetaba a la aprobación del Congreso, pues allí se invocaba,

precisamente, que el régimen aplicable era el de los tratados y, concretamente, la norma constitucional que exceptuaba de la aprobación parlamentaria la ejecución de obligaciones previamente adquiridas por la República, lo cual no llegó a dilucidar el máximo tribunal, pues en el caso que se refiere se decidió la inadmisibilidad del recurso intentado.

*b) Que su objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano*

Señala la sentencia que el objeto del contrato de interés público nacional debe ser **determinante o esencial** para la realización de los fines y cometidos del **Estado venezolano** y por ende, debe satisfacer de manera directa los intereses de la comunidad nacional, en contraposición a los intereses estatales y municipales.

La doctrina -RAMOS MARTÍNEZ- ha apuntado, como señalamos, que deben considerarse contratos de interés público nacional, los que persiguen el cumplimiento de las actividades que el Estado ha asumido como propias determinadas por el constituyente y el legislador como imprescindibles para el beneficio de la colectividad nacional<sup>22</sup>.

*c) Que impliquen la asunción de obligaciones o compromisos que involucren la vida económica y social de la Nación*

De acuerdo con el criterio expuesto por la Sala Constitucional, para calificar un contrato como de interés público nacional, es necesario que dicho acuerdo conlleve a la asunción, por parte de la República, de **obligaciones** cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, «*en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación*».

De modo que será determinante, de conformidad con el criterio expuesto, tomar en cuenta el elemento cuantitativo, expuesto por la doctrina nacional. En efecto, CABALLERO ORTÍZ, había apuntado -como lo hace el sentenciador- que «*otro elemento a ser tomado en consideración es la circunstancia de que el pago del contrato deba hacerse con cargo a varios ejercicios fiscales, de tal modo que se comprometan cantidades de dinero y recursos fiscales*

---

<sup>22</sup> Ramos Martínez, José Antonio, *ob. cit.*, p. 637.



de presupuestos futuros»<sup>23</sup>. Asimismo, PÉREZ LUCIANI, ha señalado que el contrato de interés público nacional involucra contrataciones de suma importancia en atención a su costo «elevado»<sup>24</sup>; que pudiesen –sostiene MELICH-ORSINI– comprometer gravemente el patrimonio económico de la República<sup>25</sup>.

## 2. De la relatividad de la inmunidad de jurisdicción

Expuesto lo anterior, debemos hacer notar que, a todo evento, la cláusula de inmunidad de jurisdicción contenida en el artículo 151 de la Constitución, se encuentra planteada -desde la Constitución de 1.947- como de ***inmunidad relativa*** y no absoluta, lo que permite recurrir al arbitraje en la contratación administrativa.

En efecto, la cláusula señala que es en los contratos de interés público (nacional, estatal o municipal) en los que se entenderá incorporada una cláusula que reserve las reclamaciones a los tribunales venezolanos, siempre que ello «*no fuere improcedente con la naturaleza de los mismos...*». Ello admite, desde luego, la posibilidad de que no se entienda incorporada tal cláusula de inmunidad, cuando la naturaleza del contrato lo permita, que son, por cierto, la mayoría de los contratos.

La relatividad en la formulación de esa cláusula contenida en la Constitución permite interpretar en efecto que es posible la figura del arbitraje en contratos administrativos.

Esa excepción, ha llevado a concluir que en los contratos de interés público es válida la inclusión de una cláusula arbitral, por cuanto la inmunidad de jurisdicción establecida en la Constitución, *no es absoluta, sino relativa*. Es decir, la Constitución obliga a la reserva de jurisdicción de los tribunales venezolanos, con la excepción de los contratos en los cuales tal cláusula *no sea compatible con la naturaleza de los mismos*.

En efecto, como señala RAMOS MARTÍNEZ, «...en Venezuela el criterio absolutista es indefendible, pues lo descarta el propio texto del artículo

<sup>23</sup> Caballero Ortiz, Jesús, «Los Contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999», en *Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 2, Caracas, 2001, pp. 142-143.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Cfr. Melich-Orsini, José, *ob. cit.*, pp. 32 y ss.

*151 constitucional, que por un lado sólo hace aplicable la cláusula Calvo a los contratos de interés público, y por otro, aun dentro de esa categoría, excluye de su ámbito de aplicación aquellos contratos de interés público en los que dicha cláusula «fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos», fórmula esta que por su ambigüedad, «en la práctica ha presentado problemas insolubles» como bien apunta el eximio doctor Lares Martínez (ob. cit., pág. 289)».*

En efecto, dicha cláusula ha planteado, otra discusión, que versa sobre la naturaleza jurídica de los contratos de interés público y el sentido que debe dársele a la expresión cuando no fuere incompatible con la naturaleza de los mismos.

El profesor MELICH-ORSINI ha señalado que la expresión «*según la naturaleza del contrato*» debe ser interpretada haciendo referencia a la naturaleza comercial o técnica del contrato: de ese modo, si el contrato, aun siendo de interés público nacional, involucra elementos eminentemente comerciales, se podrá acudir al arbitraje en relación con tales aspectos, ya que esa expresión «*no puede interpretarse referida a las notas formales que sirven para clasificar un contrato como de derecho público o de derecho privado*».

Y es que se ha argumentado que la naturaleza jurídica de estos contratos es, precisamente, *pública*, por lo que parece que sólo podrían ser sometidos a arbitraje, *aspectos comerciales, industriales o técnicos del contrato*, reservando a la jurisdicción de los tribunales venezolanos aquellos asuntos del contrato que sean de interés público.

No obstante, la antigua Corte Suprema de Justicia en pleno, con ponencia de la magistrado Cecilia Sosa, *no llegó a tal conclusión* en el caso ***Simón Muñoz Armas y otros*** (CSJ/SP 17.8.99), por cuanto en esa decisión se reconoció plenamente la validez de la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato administrativo calificado como de *interés público nacional*, basándose en dos razones, a saber:

- (i) La necesidad en la práctica del arbitraje como medio de solución de conflictos en contratos con concesionarios extranjeros; y
- (ii) Concluyendo que es a la Administración a quien le corresponde determinar la idoneidad del arbitraje.

Así, en esa decisión el Tribunal Supremo consideró válida la inclusión de una cláusula arbitral en un convenio de asociación petrolera y se sostuvo que



«...la Administración puede y debe estimar la circunstancia específica del caso, y siempre que en ella esté involucrado el interés general, el interés público, en definitiva, la conveniencia del colectivo, **la idoneidad del arbitraje como mecanismo que coadyuve, al mejor cumplimiento de los fines perseguidos con la contratación [...]**» (énfasis añadido).

No obstante, en la citada decisión hubo un voto salvado de la Magistrado Hildegard Rondón de Sansó, en el cual disiente acerca de la validez de la cláusula arbitral como medio de resolución de conflictos de los *contratos de interés público*. Así, la doctora Rondón concluye que el artículo 151 de la Constitución «*establece una tácita incorporación en todos los contratos de interés público de una cláusula que señale que las dudas y controversias que se susciten respecto a tales contratos y que no pudieron ser resueltas amigablemente, sólo podrán ser planteadas ante los tribunales competentes de Venezuela*».

A todo evento, estimamos que es innegable que la cláusula de inmunidad de jurisdicción establecida en el artículo 151 de la Constitución es, precisamente, **relativa** ya que se establece una excepción que permite que ciertos contratos de interés público nacional sean dirimidos mediante arbitraje, cuando éste no fuere improcedente con su naturaleza.

Y es que como bien lo señala RAMOS MARTÍNEZ, Venezuela ha incorporado a su ordenamiento jurídico, bien a través de tratados internacionales o por medio de leyes internas:

«... la tesis de la inmunidad relativa de jurisdicción y ha consagrado en forma expresa hipótesis que considera implícitamente comprendidas en la excepción del artículo 151 de la Constitución. Ejemplos del primer tipo los tenemos en el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), aprobado por ley del 9 de julio de 1931, cuyos artículos 333 al 336 adoptan el principio de inmunidad jurisdiccional, pero con importantes excepciones, entre ellas la relativa a la sumisión expresa del Estado demandado a la jurisdicción extranjera, en materia de acciones personales, y la que admite la competencia de los tribunales extranjeros en materia de acciones reales cuando el Estado demandado no ha actuado como tal y en su carácter público (artículos 333 y 334); y en fechas más recientes fueron aprobados legislativamente el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que permite someter a la conciliación y el arbitraje internacionales las diferencias que surjan en la ejecución e interpretación de los contratos a los cuales dicho convenio se refiere (capítulos III y IV. Ley aprobatoria de

*fecha 3 de abril de 1995), y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, cuyo artículo 7 confiere validez y prevalencia a la elección por las partes del derecho aplicable, e implícitamente admite la legitimidad de la elección de foro competente (Ley aprobatoria del 22 de septiembre de 1995). Ejemplo muy significativo del segundo tipo lo constituye la Ley Especial de Carácter Orgánico que Autoriza al Ejecutivo Nacional para Realizar Operaciones de Crédito Público Destinadas a Refinanciar Deuda Pública Externa, de fecha 21 de septiembre de 1990: el artículo 13 de esta ley especialísima dispone que «en los contratos (de refinanciamiento, es decir, de crédito público) se podrá estipular, cuando lo requiera la legislación a la que estén sometidos, el nombramiento por parte del Procurador General de la República de los agentes procesales necesarios; en esta disposición el legislador venezolano ha admitido inequívocamente que los contratos de crédito público pueden ser sometidos a una legislación distinta de la nacional, con lo que por consecuencia reconoce que esos contratos son de aquellos en los que, por su naturaleza, resulta improcedente la inclusión de la cláusula Calvo».*

Ahora bien, al margen de una discusión doctrinal que está lejos de culminar, resulta claro que si la validez de las cláusulas compromisorias ha sido establecida por la jurisprudencia y la doctrina incluso en los contratos de interés público nacional, con más razón deben tales cláusulas ser consideradas válidas en el resto de los contratos administrativos, en los cuales no está involucrado el interés público nacional, estatal o municipal.

## VII. CONCLUSIONES

1. Venezuela carece de normas positivas que regulen el régimen general de los contratos de la administración, por lo que ese régimen ha sido compuesto de manera parcial por diversas normas y por la jurisprudencia. Tampoco existe una regulación general del arbitraje como medio de solución de los conflictos derivados de contratos de la Administración, sino que éste es admitido en normas dispersas, incluidas algunas que regulan contratos y la materia administrativa (LOPGR, el Estatuto de la CVG y la Ley de Concesiones).
2. La Constitución de 1999 promueve el arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos como principio general.
3. El arbitraje es un medio válido y legal de solución de conflictos surgidos en los contratos administrativos, ya que la legislación aplicable

específicamente a las concesiones -típicos contratos administrativos- podrá ser aplicada, como principio general, a los demás contratos administrativos.

4. En materia de contratos administrativos internacionales, se aplican las normas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros, por medio del cual se creó el *Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas a Inversiones* (CIADI) para facilitar la solución de las controversias relativas a inversiones entre Estados Contratantes mediante arbitraje.
5. La inmunidad de jurisdicción se contempla de manera relativa para los contratos de interés público (nacionales, estatales o municipales), siempre que ello no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza del contrato.
6. Los *Contratos de Interés Público Nacionales, Estadales o Municipales*, a los cuales se refiere la inmunidad de jurisdicción constitucional, han sido delimitados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, como aquellos que (i) hayan sido suscritos por una entidad territorial (República, Estados o Municipios) o excepcionalmente una empresa del Estado; (ii) que tengan para la Nación o para la entidad territorial involucrada un impacto económico y social tal que deben ser aprobados por el Poder Legislativo y (iii) que sean determinantes o esenciales para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano y por ende, tengan por finalidad satisfacer de manera directa los intereses de la comunidad nacional, estatal o municipal.
7. Aún para este tipo de contratos se ha admitido en la jurisprudencia el arbitraje para la solución de diferencias de carácter técnico, siempre que en ambos no se discutan propiamente aspectos relativos a las atribuciones o potestades de imperio de la Administración.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Badell Madrid, Rafael. *La contratación administrativa en Venezuela*. Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- Badell Madrid, Rafael, et al. *Régimen de los contratos administrativos*. Cuadernos Jurídicos Badell & Grau. Caracas, 1999.



- Badell Madrid, Rafael, et al. *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial*. Cuadernos Jurídicos Badell & Grau. Caracas, 1998.
- Badell Madrid, Rafael. *Régimen Jurídico de las Concesiones en Venezuela*. Caracas, 2002.
- Berçaitz, Miguel Angel. *Teoría general del contrato administrativo*. 2da edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1979.
- Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1947.
- Boscán de Ruesta, Isabel. *La Inmunidad de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público* en Revista de Derecho Público, No. 14 (abril-junio). Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983.
- Brewer-Carías, Allan R. *Contratos Administrativos*. Colección Estudios Jurídicos N° 44. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1992.
- Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2004.
- Brewer-Carías, Allan R. «Los Contratos de Interés Nacional y su Aprobación Legislativa» en Revista de Derecho Público, número 11, Julio Septiembre. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1982.
- Britto García, Luis. *Los contratos de interés público*, en Pérez Luciani, «Los contratos de interés nacional» en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*. Fundación de la Procuraduría General de la República. Caracas, 1991.
- Caballero Ortiz, Jesús. «Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999» en *Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001.
- Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999.
- Casal Montbrun, Jesús María. *Dictamen para el Congreso Nacional en Procedimiento Parlamentario para la aprobación de los Contratos de Interés Nacional*, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, 1973.



- De Laubadère, Jean y Gaudemet, Yves. *Traité de Droit Administratif*. Tomo I. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence E.J.A. París, 2001.
- Delpiazzo, Carlos E. *Manual de Contratación Administrativa*. Tomo I. Editorial Universidad. Uruguay 1996.
- Escola, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Vol. I. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1977.
- Farías Mata, Luis Henrique. *La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas*, en *Libro Homenaje a Antonio Moles Caubet*, Caracas.
- Fraga Pittaluga, Luis. *El arbitraje en el Derecho Administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2000.
- Gaceta Constituyente. Diario de Debates, octubre-noviembre de 1999, sesión 1.11.99. Imprenta del Congreso de la República. Caracas, 1999.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Civitas. Madrid, 1996.
- Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Tecnos. Madrid, 1989.
- Henríquez La Roche, Ricardo. *El Arbitraje Comercial en Venezuela*. Cámara de Comercio de Caracas. Centro de Arbitraje. Caracas, 2000.
- Huergo Lora, Alejandro. *La Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Derecho Administrativo*. Studia Albornotiana. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2000.
- Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Décima Segunda Edición. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001.
- Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A; Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 1983.
- Melich-Orsini, José, «*La Noción de Contrato de Interés Público*» en Revista de Derecho Público número 7, julio-septiembre, Caracas, 1981.
- Moya-Ocampos Panzera, Diego y Maria del Sol. «*Comentarios relativos a la procedencia de las Cláusulas de Arbitraje en los Contratos de*

- Interés Público Nacional. En particular: Las Concesiones Mineras*», en Revista de Derecho Administrativo N° 19. Editorial Sherwood. Caracas, 2005.
- Ortiz-Álvarez, Luís y Mascetti, Giovanna. *Jurisprudencia de Contratos Administrativos* (1980-1999). Colección Jurisprudencia N° 1. Editorial Sherwood. Caracas, 1999.
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Marcial Pons. Madrid, 1996.
- Pérez Luciani, Gonzalo, «*Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público*» en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas, 1984.
- Pérez Luciani, Gonzalo. «*Los contratos de interés nacional*», en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*. Ediciones de la Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991.
- Ramos Martínez, José Antonio. «*Contratos de Interés Público*» en *El Derecho Constitucional y Público en Venezuela. Libro Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2003.
- Rivero, Jean. *Derecho Administrativo*. (Traducción a la 9ª Edición). Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984.
- Rondón de Sansó, Hildegard. *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*. Editorial Ex Libris. Caracas, 2000.
- Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1959.
- Toro Jiménez, Fermín. *Manual de Derecho Internacional Público*. Caracas, 1982.
- Vedel, Georges. *Derecho Administrativo*. Ediciones Aguilar. Madrid, 1980.

EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE INTERÉS  
PÚBLICO A LA LUZ DE LA CLÁUSULA DE INMUNIDAD  
DE JURISDICCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 151  
DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

#### ABREVIATURAS:

- Ley de Arbitraje Comercial (LAC).
- Código de Procedimiento Civil (CPC).
- Ley Orgánica que Reserva el Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (LOREICH).
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI) conocida también como International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).
- Minera Las Cristinas (MINCA).
- Corporación Venezolana de Guayana (CVG).
- Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA).

# EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO A LA LUZ DE LA CLÁUSULA DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 151 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Juan Carlos Balzán P.\*

## I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La jurisprudencia venezolana ha definido al arbitraje como el *«mecanismo de resolución de conflicto de intereses, cuyo origen resulta de un convenio entre las partes para que terceras personas ajenas al conflicto, imparciales, denominadas «árbitros», se pronuncien mediante un laudo respecto de ello»*<sup>1</sup>. El arbitraje tiene, en consecuencia, un carácter *«voluntario y privado frente al carácter finalista, determinante y público del proceso»*. Ello en virtud, como bien señala FRAGA PITALUGA, que *«...supone suplantar a los órganos a los cuales el Estado encomienda la solución de conflictos intersubjetivos por unos terceros que sin ser jueces en sentido técnico, vinculan con la solución dada a la controversia pendiente a los comprometidos, quienes previamente se han sometido de mutuo acuerdo al arbitraje»*<sup>2</sup>.

Constituye pues el arbitraje un mecanismo o medio alternativo para la solución de conflictos. Así precisamente ha sido reconocido en el sistema jurídico venezolano. De hecho, la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (la «Constitución de 1999») no sólo admite sino que, al propio tiempo, promueve el arbitraje como medio alternativo de justicia en sus artículos 253 y 258 al disponer:

---

\* Abogado *Cum Laude* egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. Socio Local del Despacho de Abogados miembro de «Baker & McKenzie».

<sup>1</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 832 del 15 de julio de 2004 (Caso: *Minera Las Cristinas v. Corporación Venezolana de Guayana*).

<sup>2</sup> FRAGA PITALUGA, Luis. *«El Arbitraje y la Transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos»*. En: Libro Memorias de las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer Carías», Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, pp. 172-173.

Artículo 253 de la Constitución de 1999: *«La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.*

(...)

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, **los medios alternativos de justicia....»**.

Artículo 258 de la Constitución de 1999: *«La ley organizará la justifica de paz en las comunidades (...)*

***La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos»*** (Resaltado nuestro).

Las aludidas normas consagran lo que la administrativista HUEN RIVAS ha dado en llamar la **«constitucionalización»** de los medios alternativos para la solución de conflictos<sup>3</sup>. Acorde con ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, recogiendo el espíritu del Constituyente ha declarado que *«las normas contenidas en los artículos 253 y 258 de la Carta Fundamental (...) reconocen e incorporan los medios alternativos de conflictos, como parte integrante del sistema de justicia patrio y, aunado a ello, establece una directriz a los órganos legislativos a los fines de que éstos promuevan el arbitraje, conciliación, mediación y demás vías alternativas para solucionar las controversias»*<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> HUEN RIVAS, Margot Y. *«El Arbitraje Internacional en los Contratos Administrativos»*. En: Libro Memorias VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer Carías», Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005, pp. 410-411.

<sup>4</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 186 del 14 de febrero de 2001, Caso: *Fermín Toro Jiménez y Luis Britto García v. Artículos 17, 22 y 23 del Decreto con rango y fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones*. En similares términos, se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su fallo número 1981 del 16 de octubre de 2001 (Caso: *Compañía Anónima Venezolana de Televisión (VTV) v. Elettronica Industriale S.P.A. - Elin*) y la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia número 832 del 15 de julio de 2004 (Caso: *Minera Las Cristinas v. Corporación Venezolana de Guayana*).



Es así como el legislador nacional se ha hecho eco de la labor de promoción que el Constituyente le ha encomendado al consagrar el arbitraje en recientes leyes reguladoras de la actividad contractual de la Administración. En efecto, el legislador nacional, acatando el llamado y mandato del Constituyente, ha previsto en recientes leyes la posibilidad de acudir al arbitraje para la solución de conflictos intersubjetivos surgidos con ocasión de la ejecución de contratos suscritos entre particulares y entes públicos para coadyuvar a la concreción de los fines y cometidos del Estado

Al efecto, se observa, a título meramente ilustrativo, que la vigente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República<sup>5</sup> admite en su artículo 12 que, contratos suscritos por la República, establezcan cláusulas de arbitraje *-tanto nacional como internacional*. Sin embargo, exige que tales contratos sean sometidos a la opinión previa y expresa de ese organismo consultivo y asesor de la Administración Pública Nacional, a cuyo efecto impone en su artículo 13 a las máximas autoridades de los órganos del Poder Público Nacional, la obligación de remitirle a ese organismo los proyectos de contratos a celebrarse, conjuntamente con sus soportes y la opinión de la respectiva Consultoría Jurídica sobre la procedencia de las cláusulas de arbitraje nacional e internacional<sup>6</sup>.

De igual manera destaca la Ley de Reforma Parcial del Estatuto Orgánico de Guayana<sup>7</sup>, ley de especial trascendencia en esta materia dada la significativa cantidad de contratos que, por la naturaleza de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, suscriben tanto la Corporación Venezolana de Guayana (CVG) como las empresas tuteladas por ese instituto autónomo. Al efecto, es de destacar que en el artículo 21 de la Ley de Reforma Parcial del

---

<sup>5</sup> La vigente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República fue publicada en la Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

<sup>6</sup> En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el legislador justificó el por qué de tal exigencia, indicando que la «Procuraduría General de la República se ve igualmente investida, por primera vez, de la facultad legal de emitir su opinión previa, en relación con las cláusulas de arbitraje nacional o internacional que establezcan los contratos a ser suscritos por la República (Artículos 12 y 13). *Esta atribución no es más que la respuesta a una práctica abusiva que se ha venido generando en Venezuela, en la cual, a pesar de las limitaciones constitucionales y legales, se introducen cláusulas que extraen de la jurisdicción venezolana la solución de los conflictos en los cuales esté involucrado el interés de la República*» (Resaltado nuestro).

<sup>7</sup> El Decreto N° 1.531 con Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Estatuto Orgánico de Guayana fue publicado en la Gaceta Oficial N° 5.553 Extraordinario del 12 de noviembre de 2001.



Estatuto Orgánico de Guayana se prevén los requisitos que deberán cumplir la Corporación Venezolana de Guayana (CVG) y sus empresas tuteladas para establecer acuerdos o cláusulas compromisorias de arbitraje, so pena de estar viciados de nulidad absoluta.

El legislador nacional, acatando el mandato del Constituyente, también ha admitido la procedencia del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos en leyes reguladoras de un importante sector de la economía nacional, como lo es, el sector o negocio petrolero en el que, tradicionalmente, la suscripción de contratos con entes públicos se encuentra a la orden del día. En tal sentido, se observa que la Ley Orgánica de Hidrocarburos<sup>8</sup> prevé la posibilidad de acudir al arbitraje para resolver las dudas y controversias que pudieran surgir con motivo de la ejecución de contratos con entes públicos vinculados al sector.

El arbitraje también se encuentra consagrado en la Ley de Minas<sup>9</sup>, legislación en la cual se admite el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos en el marco de concesiones mineras, las cuales, vale decir, constituyen contratos administrativos conforme a la jurisprudencia venezolana.

Resulta clara entonces la tendencia del legislador nacional de admitir el arbitraje como medio o mecanismo de resolución de conflictos surgidos en ejecución de contratos en los que participan entes públicos. Sin embargo, cabe señalar que esta tendencia, incluso con anterioridad a la Constitución de 1999, no era del todo ajena al sentir del legislador nacional como lo revela, por ejemplo, en materia de concesiones administrativas, el Decreto Ley N° 138 sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones<sup>10</sup>, mejor conocido como Ley de Concesiones. Así, en el artículo 61 de la Ley de Concesiones expresamente se dispone que «*para la solución de los conflictos*

---

<sup>8</sup> La vigente Ley Orgánica de Hidrocarburos fue publicada en la Gaceta Oficial N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001.

<sup>9</sup> La vigente Ley de Minas, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.392 Extraordinario del 28 de septiembre de 1999, dispone en su artículo 33: «*En todo título minero se considera implícita la condición de que las dudas y controversias que puedan suscitarse con motivo de la concesión y que no puedan ser resueltas amigablemente por ambas partes, **incluido el arbitraje**, serán decididas por los Tribunales competentes de la República de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras*» (Resaltado nuestro).

<sup>10</sup> El Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones fue publicado en la Gaceta Oficial N° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999.



*que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos regulados por este Decreto Ley, las partes podrán (...) 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».*

A propósito de la expresión «*de conformidad con la normativa que rige la materia*», nos vienen a la mente las normas del ordenamiento jurídico procesal venezolano que consagran el arbitraje y a tal efecto, cabe mencionar que en general el arbitraje en Venezuela se rige por el Código de Procedimiento, por la Ley de Arbitraje Comercial y una serie de tratados suscritos y ratificados válidamente por Venezuela.

En relación a la Ley de Arbitraje Comercial, es de señalar que la doctrina ha discutido su aplicación a los contratos administrativos a propósito de la norma contenida en su artículo 3°, literal b), en la cual textualmente se prevé:

*«Artículo 3: Podrán **someterse a arbitraje** las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.*

Quedan exceptuadas las controversias:

(...)

b) **Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o de entes de derecho público»**  
(Resaltado nuestro)

La redacción del literal b) del artículo 3° de la Ley de Arbitraje Comercial, antes transcrito, ha sido duramente criticada por BREWER CARÍAS, quien la califica de «*rebuscada, propia, quizás de los comercialistas que redactaron esta Ley*» y precisa que más apropiado hubiera sido «*referirla a las competencias de los entes públicos*», de modo de excluir del campo de aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial a aquellas controversias concernientes a la competencia de los entes públicos<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> BREWER CARÍAS, Allan Randolph. «*El Arbitraje y los contratos de interés nacional*». Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial, Serie Eventos, Caracas, 1999, p. 181.

Algunos autores (BADELL<sup>12</sup>, FRAGA PITALUGA<sup>13</sup>, entre otros) niegan la aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial cuando se trata de controversias relacionadas con el ejercicio por parte de la Administración de potestades públicas o de atribuciones o potestades de imperio (como por ejemplo, en una concesión administrativa), pues éstas no tienen carácter comercial o mercantil y, en consecuencia, no podrían someterse a arbitraje comercial. En apoyo a ese criterio, se encuentra la doctrina recogida en la sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 15 de enero de 1998 (Caso: *Industrias Metalúrgicas Van Dam v. República de Venezuela-Ministerio de la Defensa*) en la que se limitó la procedencia del arbitraje en los contratos de la Administración cuyo objeto involucre soberanía o «*potestades de imperio*». Argumentó al efecto el Máximo Tribunal de la República en el caso en concreto, referido por cierto a un conflicto surgido con motivo de la ejecución de un «*contrato de interés público nacional*», que «*si bien el tribunal arbitral cumple una función jurisdiccional no es un órgano que detente poder público, por lo que no le corresponde la fijación de qué es o cómo se beneficia el interés público en la solución de una controversia en la que están involucrados esos altos intereses*». Sin embargo, compartimos la opinión de BAUMEISTER<sup>14</sup> y de BADELL, en el sentido que la exclusión prevista en el artículo 3, literal b) de la Ley de Arbitraje Comercial no impide a la República, a los Estados, a los Municipios y a los Institutos Autónomos estipular válidamente convenios arbitrales o comerciales en asuntos que no sean propios de las atribuciones o funciones de su potestad de imperio, y en consecuencia, someter a arbitraje comercial los asuntos o controversias que surjan en su interacción contractual con los particulares si lo debatido en dichos casos, en lugar de controversias relacionadas con atribuciones de imperio o competencias administrativas, son operaciones, negocios o actos susceptibles de transacción. En apoyo a esa opinión, se observa, por una parte, que la propia Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 4º admite la aplicación del arbitraje a contratos suscritos por «*empresas públicas*» al disponer que los acuerdos arbitrales en los que una de las partes sea una empresa pública requerirán de la aprobación y de la autorización que en el referido artículo se

---

<sup>12</sup> BADELL MADRID, Rafael. «*Régimen Jurídico de las Concesiones en Venezuela*», Editorial Torino, Caracas, 2002, p. 238. El criterio del profesor BADELL igualmente se encuentra recogido en: «*Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial*», Cuadernos Jurídicos Badel & Grau N° 1, Editorial Torino, Caracas, 1998, pp.19-20.

<sup>13</sup> FRAGA PITALUGA, Luis: Op.cit., pp. 176-177.

<sup>14</sup> Cfr. BAUMEISTER TOLEDO, Alberto. «*Algunas consideraciones sobre el procedimiento arbitral en la nueva Ley de Arbitraje Comercial*». En: *Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Livrosca, Caracas, Venezuela, 1999, pp. 47-48.



contempla y por otra, que la comentada Ley de Concesiones admite expresamente el arbitraje como medio de solución de conflictos.

En la misma línea de criterio, se inscribe HUNG VAILLANT quien sostiene que *«una interpretación coordinada de nuestro sistema de Arbitraje, permite afirmar que el mismo (tanto las normas previstas en la LAC como las contenidas en el CPC) es aplicable en aquellas controversias jurídicas en las cuales un órgano del Poder Público sea parte con las limitaciones siguientes: a) La materia objeto del Arbitraje debe ser de aquellas sobre las cuales el ente público involucrado tenga facultad suficiente para transigir; y, b) Que la materia sometida a Arbitraje no está integrada por asuntos que puedan interpretarse en el sentido de que el organismo público está comprometiendo asuntos que caen dentro del concepto de Poder Público, ni tampoco dentro del concepto de atribuciones propias de la soberanía»*<sup>15</sup>.

En cualquier caso, independientemente de la polémica o discusión que ciertamente existe sobre la aplicación o no de la Ley de Arbitraje Comercial a los contratos administrativos, lo que realmente queremos destacar en esta oportunidad es que sin duda alguna existe una clara tendencia legislativa a admitir el arbitraje en contratos suscritos en el marco de la actividad contractual de la Administración Pública. De allí que tenga plena vigencia la expresión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia según la cual *«el arbitraje -nacional e internacional- está admitido en nuestra legislación como parte integrante del sistema de justicia»*<sup>16</sup>.

Este reconocimiento constitucional y legal del arbitraje rememora el pensamiento del Maestro MOLES CAUBET cuando luego de promulgado el Código de Procedimiento Civil en 1960 manifestó que *«...no existe en Venezuela prohibición alguna compromisoria y del subsiguiente procedimiento de **arbitraje** o arbitramento en los contratos de la administración, sea cualquiera su especie, contratos propiamente **administrativos** o contratos de derecho privado»*<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> HUNG VAILLANT, Francisco. *«Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano»*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos 74, Caracas, 2001, p. 129.

<sup>16</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 186 del 14 de febrero de 2001, recaída en el caso *Fermín Toro Jiménez y Luis Britto García v. Artículos 17, 22 y 23 del Decreto con rango y fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones*.

<sup>17</sup> MOLES CAUBET, Antonio. *«El Arbitraje en la Contratación Administrativa»*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela N° 20, Caracas, 1960, p. 22.

Conforme al espíritu del constituyente y siguiendo el pensamiento del Maestro MOLES CAUBET, pareciera posible afirmar sin cortapisas que, conforme al marco constitucional y legal venezolano, es perfectamente admisible el arbitraje en contratos administrativos y, por ende, tiene plena cabida en esa categoría especial de contratos administrativos que se ha dado en llamar «*contratos de interés público*». Sin embargo, a lo largo del presente estudio veremos que ello no es exactamente así dado el comportamiento asumido por la doctrina y la jurisprudencia dictada en la materia.

Abordaremos pues en el presente estudio la posibilidad de acudir al arbitraje para la solución de conflictos o controversias suscitadas entre particulares y entes públicos con ocasión de la ejecución de esa categoría especial de contratos administrativos que se denomina «*contratos de interés público*». Para ello, dedicaremos una primera parte de nuestro estudio, al análisis exegético del artículo 151 de la Constitución de 1999.

## II EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO Y LA CLÁUSULA DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN: UN IMPERATIVO ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL ARTÍCULO 151 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

El artículo 151 de la Constitución de 1999 permite a los entes públicos someterse a arbitraje en contratos de interés público, siempre que se cumpla con los términos previstos en la referida disposición constitucional, la cual textualmente dispone:

*«En los **contratos de interés público**, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aún cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras».* (Resaltado nuestro).

La norma constitucional transcrita dispone la obligación de ocurrir a la jurisdicción venezolana para resolver las dudas y controversias en los «*contratos de interés público*», siempre que ello no fuere improcedente de acuerdo con la «*naturaleza de los mismos*». Allí se consagra el denominado «*principio de inmunidad de jurisdicción*» o la denominada «*cláusula de inmunidad de jurisdicción*» o «*cláusula de reserva de la jurisdicción venezolana*».



Tal principio implica o supone la incorporación tácita de una cláusula que impide la jurisdicción de un tribunal extranjero para conocer de los conflictos derivados del contrato de interés público.

En su última parte, la norma constitucional transcrita prevé *«sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras»*, expresión en la que, al margen de la cláusula de inmunidad de jurisdicción consagrada en el artículo 151 de la Constitución de 1999, se recoge la denominada *«Cláusula Calvo»*, cláusula que debe su nombre al tratadista argentino Carlos Calvo y que, conforme a la tradición constitucional venezolana, resulta obligatoria en todo contrato de interés público de manera que no puedan formularse reclamaciones extranjeras de cualquier especie que sea con motivo de su ejecución.

En el presente capítulo de nuestro estudio, nos dedicaremos a efectuar un detenido análisis de la norma contenida en el artículo 151 de la Constitución de 1999, pues ello nos permitirá determinar en su justo alcance y medida cuándo procedería la excepción de inmunidad de jurisdicción y por tanto, el arbitraje en contratos de interés público. Pasaremos pues a desglosar la norma de manera de hacer un análisis exhaustivo y exegético de su contenido. A tales fines, analizaremos en primer término qué ha de entenderse por *«contrato de interés público»*, toda vez que la obligación de recurrir a la jurisdicción venezolana para resolver dudas y controversias opera únicamente en los *«contratos de interés público»*. Luego, pasaremos a analizar qué se entiende por la cláusula de inmunidad de jurisdicción para así finalmente delimitar cuándo *«por la naturaleza»* del contrato de interés público procede la excepción a la inmunidad de jurisdicción venezolana y por tanto, cuándo *«por la naturaleza»* del contrato de interés público se admite el arbitraje en esta especial categoría de contratos administrativos.

## **2.1. La definición de «contratos de interés público» como primer elemento de análisis.**

A efectos del análisis propuesto, hemos estimado necesario delimitar la noción de *«contratos de interés público»*. Ello claramente obedece a que la norma constitucional a cuyo análisis nos abocaremos alude a *«contratos de interés público»*, esto es, limita su aplicación a los contratos de interés público, para lo cual debemos entonces escudriñar, conforme a los aportes de la doctrina y jurisprudencia, qué ha de entenderse por tal categoría de contratos, luego de lo cual estaremos en capacidad de abordar el núcleo de nuestro estudio cual es, el alcance y sentido de la cláusula de inmunidad de jurisdicción.

2.1.1. *Distinción entre las nociones de «contratos de interés público» y «contratos de interés nacional»: una discusión doctrinal superada.*

A los fines de definir y, especialmente, determinar qué ha de entenderse por «*contrato de interés público*», debemos empezar por analizar la norma contenida en el artículo 126 de la Constitución de 1961. Así nos lo sugiere acertadamente la profesora ISABEL BOSCÁN DE RUESTA, cuando indica que precisamente «...la utilización en esa norma de las expresiones «*Contratos de Interés Nacional*», «*Contratos de Interés Público Nacional*», o «*Municipal*» y luego «*Contratos de Interés Público*», ha exigido que se determine la relación que existe entre estas expresiones»<sup>18</sup>.

Cabe preguntarse, aun cuando no sea en modo alguno esencial para los fines propuestos, ¿cuál es la redacción de la norma contenida en el artículo 126 de la Constitución de 1961?. Pues bien, para evitar que el lector, asaltado por la curiosidad, acuda a la revisión del artículo 126 de la Constitución de 1961 y pierda el hilo conductor del presente estudio, nos permitimos reproducirlo parcialmente en la parte que resulta pertinente.

**Artículo 126 de la Constitución de 1961:** «Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún *contrato de interés nacional*, salvo los que fuesen necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permita la Ley (...) Tampoco podrá celebrarse *ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipal* con Estados o Entidades oficiales extranjeras ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellas sin la aprobación del Congreso.

La Ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden o requerir especiales garantías en los **contratos de interés público**» (Resaltado nuestro).

Nótese pues que el Constituyente de 1961 incluyó en una sola norma varias nociones. A este respecto surgieron en su momento histórico-constitucional varias corrientes doctrinarias en nuestro país. Un primer sector,

---

<sup>18</sup> BOSCÁN DE RUESTA, Isabel. «La Inmunidad de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público». En: Revista de Derecho Público N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, p. 38.





representado por LARES MARTÍNEZ<sup>19</sup>, FARÍAS MATA<sup>20</sup>, BRITTO GARCÍA<sup>21</sup>, MELICH ORSINI<sup>22</sup> y BREWER CARÍAS<sup>23</sup>, para quienes «contrato de interés nacional» era un tipo de «contrato de interés público»,

<sup>19</sup> El Maestro Eloy Lares Martínez sostuvo que «...del análisis de las distintas reglas contenidas en el citado artículo 126 de la Constitución se desprende que **existe una expresión genérica -la de contratos de interés público-**, perfectamente asimilable a la de contrato administrativo y **expresiones específicas que son: contrato de interés nacional, contrato de interés estatal y contratos de interés municipal**. En efecto, el interés público puede ser: nacional, estatal o municipal. Por lo tanto, los contratos de interés nacional forman parte de la categoría de los contratos administrativos» (LARES MARTÍNEZ, Eloy. «Contratos de Interés Nacional». En: Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981, pp. 117 y ss). El reputado profesor MELICH ORSINI nos comenta en su obra «La Noción de Contrato de Interés Público» que el profesor LARES MARTÍNEZ apoya su criterio en el Dictamen de la Procuraduría General de la República emitido por él mismo el 8 de octubre de 1968 en su carácter de Procurador General de la República para tal fecha y con ocasión del proceso de licitación para construir la planta de laminados de la Siderúrgica del Orinoco, C.A. (Cr. MELICH ORSINI, José. «La Noción de Contrato de Interés Público». En: Revista de Derecho Público N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, p.35, nota 1).

<sup>20</sup> Cfr. FARÍAS MATA, Luis Henrique. «La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas». En: Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981, p. 943.

<sup>21</sup> BRITTO GARCÍA expresó en su obra «Régimen Constitucional de los Contratos de Interés Público» que «...el texto constitucional -refiriéndose a la Constitución de 1961- (...) emplea sucesivamente las expresiones «contratos de interés nacional», «contratos de interés público nacional, estatal o municipal» y «contratos de interés público» (...) **La expresión «contratos de interés público» es la más genérica (...) y (...) las expresiones «contratos de interés público nacional» -o su equivalente resumido, «contratos de interés nacional»- «contratos de interés público estatal» y «contrato de interés público municipal», constituyen otras tantas categorías de contratos de interés público, que se distinguen, respectivamente, por la amplitud de la esfera del interés público que afectan y por las autoridades a las cuales está encomendada su celebración»** (BRITTO GARCÍA, Luis. «Régimen Constitucional de los Contratos de Interés Público». En: Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa N° 50, publicación de la Contraloría General de la República, Caracas, 1968, p. 88).

<sup>22</sup> Sostiene MELICH ORSINI que «...dentro de la categoría de contrato «...de 'interés público' estarían incluidas a su vez tres **especies** particulares: el contrato de interés público nacional (esto es, celebrado por el Poder Público Nacional), el contrato de interés público estatal (celebrado por alguno de los Estados) y el contrato de interés público municipal (celebrado por alguna de las municipalidades)» (MELICH ORSINI, José: Ob.cit., p. 37)

<sup>23</sup> Para BREWER-CARÍAS «todos los contratos de interés nacional, estatal o municipal, serían, por supuesto, 'contratos de interés público' (...) en el mismo sentido que la noción de Poder Público (...) comprende al Poder Nacional, a los Poderes de los Estados y al



es decir, postulaban una relación de género a especie, en la que lógicamente, conforme a lo antes anotado, el «*contrato de interés público*» era el género y el «*contrato de interés nacional*» la especie. Para este sector, el calificativo «*nacional*», «*estadal*» o «*municipal*» aludía a la persona jurídica territorial que celebraba el contrato o el ámbito territorial que abarcaba o sobre el cual incidía la contratación.

En contraposición a sector mayoritario, otro sector de la doctrina, cuyo principal y más ferviente abanderado fue el profesor PÉREZ LUCIANI<sup>24</sup>, sostenía que la expresión «*contrato de interés nacional*» no coincidía con la expresión «*contrato de interés público*» ni mucho menos consideraba que entre ambas nociones existía una relación de género a especie.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la discusión doctrinal existente durante la vigencia de la Constitución de 1961 entre las nociones de «*contratos de interés público*» y «*contratos de interés nacional*» quedó resuelta y por tanto, superada ya que la Constitución de 1999 en sus artículos 150<sup>25</sup> y 187,

---

*Poder Municipal (...) No se olvide que los primeros - los contratos de interés público constituyen el género y los segundos - los contratos de interés nacional - la especie». De tal manera que, conforme afirma el citado autor, los «contratos de interés público» constituyen el género y los «contratos de interés nacional» la especie (BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. «Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa». En: Revista de Derecho Público N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 50-51).*

<sup>24</sup> Para PÉREZ LUCIANI «...las expresiones «*contratos de interés nacional*» y «*contratos de interés público*», no son sinónimas como señala una parte de la doctrina venezolana....**Tampoco creemos que la noción de «contrato de interés público» sea de naturaleza genérica y la de «contrato de interés nacional» sea específica**». Justifica su posición el profesor PÉREZ LUCIANI, indicando que «una primera razón para no creer que las dos nociones sean equivalentes o derivadas una de la otra es la diferente partida de nacimiento que ostenta cada una. La noción de «contrato de interés nacional» tuvo su origen en la primera Constitución Federal de 1864; en cambio la de «contrato de interés público», nace treinta años más tarde en la Constitución de 1953". (PÉREZ LUCIANI, Gonzalo. «Los Contratos de Interés Nacional». En: Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos», Fundación Procuraduría General de la República», Caracas, 1991, pp. 144-149). Además de la razón histórico-constitucional, el profesor PÉREZ LUCIANI esboza en apoyo a su criterio otra serie de razonamientos con base a los cuales concluye que la expresión «*contrato de interés nacional*» pudiera llegar a ser más o menos amplia que la de «*contrato de interés público*», razonamientos que expone en forma resumida la profesora BOSCAN DE RUESTA en la página 39 de su obra «*La inmunidad de jurisdicción en los contratos de interés público*», citada en la nota 18.

<sup>25</sup> «**Artículo 150 de la Constitución de 1999: La celebración de los *contratos de interés público nacional* requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley.**



numeral 9<sup>26</sup>, estableció claramente la relación de genero-especie que existe entre la noción de «*contrato de interés público*» y las nociones de «*contrato de interés público nacional, estatal y municipal*» en función a la participación de la República, los Estados o los Municipios.

Así expresamente lo declaró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia número 2241 del 24 de septiembre de 2002. Esa sentencia fue dictada con motivo del recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido por *Andrés Velásquez, Elías Mata y Enrique Márquez* en contra del último aparte del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público. En su fallo, la Sala Constitucional reconoció que:

«la Constitución vigente **eliminó la distinción que la Constitución de la República de Venezuela de 1961 establecía entre contratos de interés público y contratos de interés nacional, por cuanto** de la letra misma de los artículos 150 y 187, numeral 9, antes citados, **se evidencia la adopción por el constituyente de la categoría genérica «contratos de interés público», de la cual serían especies las de contratos de interés público «nacional, «estadal» y «municipal»**, siendo así irrelevante en el presente caso entrar a examinar las distinciones o similitudes que en el pasado pudieran haberse formulado entre nociones jurídicas que, en la actualidad, se encuentran debidamente formuladas por el Texto Constitucional» (Resaltado nuestro).

Con anterioridad al fallo parcialmente transcrito, ya la doctrina venezolana había reconocido que la Constitución de 1999 acabó con la discusión doctrinal que, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, se había elaborado en torno a la distinción entre «*contratos de interés público*» y «*contratos de interés nacional*». En efecto, el administrativista venezolano CABALLERO ORTIZ, en términos muy similares a los que después empleara la Sala Constitucional

No podrá celebrarse **contrato** alguno **de interés público municipal, estadal o nacional** con Estado o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional.

La ley podrá exigir en los **contratos de interés público** determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías» (Resaltado nuestro).

<sup>26</sup> «**Artículo 187 de la Constitución de 1999:** *Corresponde a la Asamblea Nacional:*

(...)

9. Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. Autorizar los **contratos de interés público municipal, estadal o nacional** con Estados, entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela» (Resaltado nuestro).

del Tribunal Supremo de Justicia en su fallo del 24 de septiembre de 2002, había correcta y categóricamente afirmado que «...en la Constitución vigente ya no pueden considerarse como sinónimos los contratos de interés público y los contratos de interés nacional. **Existe en la Constitución una sola categoría de contratos que son aquellos de interés público. Luego, existen especies de esta tipología que son los contratos de interés público nacional, estatal o municipal. De esta forma se pone fin a las distintas interpretaciones a las cuales daba lugar la Constitución de 1961 al referirse, en su artículo 126, en primer término, a los contratos de interés nacional y, luego, a los contratos de interés público**»<sup>27</sup>. (Resaltado nuestro). Ciertamente, la Constitución de 1999, a diferencia de la Constitución de 1961, únicamente alude a «contratos de interés público», por lo que la discusión doctrinal sobre su diferenciación de los «contratos de interés nacional» hoy en día carece de todo sentido práctico.

Sin embargo, la Constitución de 1999 no aclaró qué ha de entenderse por «contrato de interés público». Su determinación resulta necesaria pues de ello dependerá la aplicación del artículo 151 de la Constitución de 1999 y por tanto, la aplicación o procedencia de la excepción a la cláusula de inmunidad de jurisdicción, lo cual constituye el núcleo esencial del análisis que nos hemos propuesto. Por tal motivo, procederemos a tratar de delimitar y definir qué ha de entenderse por «contrato de interés público» apelando para ello a las diferentes corrientes doctrinarias elaboradas al efecto durante la vigencia de la Constitución de 1961. A medida de tal revisión, trataremos de determinar cuál de ellas tiene mayor aplicación luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 y de hecho ha sido acogida por la jurisprudencia venezolana.

### **2.1.2. De las tesis doctrinarias dirigidas a la definición de «contratos de interés público» y su recepción en la jurisprudencia venezolana.**

Hemos visto como durante la vigencia de la Constitución de 1961, existía una profunda discusión doctrinal acerca de la aparente distinción que formulaba el Constituyente de 1961 entre las nociones de «contrato de interés público» y «contrato de interés nacional». Del mismo modo hemos visto como tal

---

<sup>27</sup> CABALLERO ORTÍZ, Jesús. «Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999». En: Libro Homenaje a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo, Estudios de Derecho Administrativo N° 1, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 2, Caracas, 2001, p. 142.



discusión doctrinal se encuentra actualmente superada con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999.

Ahora bien y sin perjuicio de lo anterior, es preciso señalar que durante la vigencia de la Constitución de 1961, igualmente existía una profusa discusión doctrinal respecto a qué debía entenderse por «*contrato de interés público*» a la luz del derogado Texto Constitucional, discusión que, a diferencia de la anterior, no ha perdido vigencia ni ha sido superada, incluso bajo la vigencia de la Constitución de 1999. De allí que, a los fines de definir qué ha de entenderse por «*contrato de interés público*», pasaremos de inmediato a revisar y analizar cada una de esas corrientes o tesis doctrinarias que, durante la vigencia de la Constitución de 1961, fueron elaboradas a propósito de esa discusión para así determinar cuál es de esas corrientes o tesis todavía tiene plena vigencia en el marco constitucional actual y de hecho, ha sido objeto de recepción en la jurisprudencia venezolana.

**a) Contrato de interés público equivale a contrato administrativo.**

Esta tesis se fundamenta en que las expresiones «*contratos de interés público*» y «*contratos administrativos*» son sinónimas o equivalentes, quedando únicamente por fuera los contratos de derecho privado de la Administración.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1961, algunos autores (LARES MARTÍNEZ, FARÍAS MATA y BRITTO GARCÍA) sostenían la tesis de que los contratos de interés público no son otra cosa que los contratos administrativos en contraposición a los contratos de derecho privado de la Administración. Siguiendo la orientación francesa y en particular la noción francesa de «*contrato administrativo*», los partidarios de esta corriente doctrinal partían de la premisa que los «*contratos de interés público*» son aquellos contratos que tienen por objeto el funcionamiento de un servicio público o de una actividad de interés general.

Tal como nos explica BOSCAN DE RUESTA, los partidarios de esta corriente sólo diferían en los sujetos que pueden celebrarlos: LARES MARTÍNEZ (República), FARÍAS MATA (además los institutos autónomos) y para BRITTO GARCÍA (República, Institutos Autónomos y Administración Central y Descentralizada)<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> BOSCAN DE RUESTA, Isabel: Ob.cit., p. 40

Analicemos más detenidamente los razonamientos expuestos por cada uno de los partidarios de esta corriente doctrinal. En primer lugar, LARES MARTÍNEZ sostuvo, bajo la vigencia de la Constitución de 1961 y con fundamento en un análisis histórico constitucional, que «...los contratos de interés nacional son los contratos administrativos celebrados por la Administración Pública» y en tal sentido, acotó que la expresión «contratos de interés público es perfectamente asimilable a la de contrato administrativo»<sup>29</sup>.

Por su parte, FARÍAS MATA<sup>30</sup> ha sostenido que «...la figura del contrato administrativo es consagrada por la Constitución -refiriéndose a la Constitución de 1961- con el nombre de contratos de interés nacional o de interés público». Argumenta en tal sentido que cuando el Constituyente de 1961 se refería a «contratos de interés público» se estaba refiriendo a «contratos administrativos», es decir, de aquellos en que «el interés público está en cierta manera directamente implicado», pudiendo ser ese interés de relevancia para la «vida nacional», para la «comunidad estatal» o para la «vida local y municipal».

Y, finalmente, BRITTO GARCÍA expresó que «...los «contratos de interés público» a los cuales se refiere la Constitución -aludiendo a la Constitución de 1961-, no son otros que aquellos a los cuales la más calificada doctrina denomina «contratos administrativos de la Administración», y considera como opuestos a los que denomina «contratos de derecho privado de la Administración» (...) Una vez establecido, como queda dicho, que no hay diferencia alguna entre la expresión constitucional «contratos de interés público» y el término doctrinario «contrato administrativo de la Administración», el citado autor concluye que «contrato administrativo o contrato de interés público, es aquél en el cual la Administración, actuando en su carácter de tal, esto es, persiguiendo aquellas finalidades de orden público que le corresponde cumplir, celebra con un tercero un pacto cuyo objeto tiende a dar cumplimiento a una finalidad de interés público»<sup>31</sup>.

Esta tesis fue duramente criticada por PÉREZ LUCIANI, para quien, conforme nos explica MELICH ORSINI -quien a su vez se adhirió a las

---

<sup>29</sup> LARES MARTÍNEZ, Eloy; Ob. cit., pp. 117 y ss.

<sup>30</sup> FARÍAS MATA, Luis Enrique; Ob.cit., p. 943.

<sup>31</sup> BRITTO GARCÍA, Luis; Ob.cit, pp. 89-90.



*críticas de PÉREZ LUCANI- «es imposible identificar los conceptos de «contrato de interés público» y de «contrato de interés nacional» con el de «contrato administrativo», por la sencilla razón de que esta última categoría es una creación jurisprudencial peculiar del sistema francés desarrollada apenas a partir de 1903 -con el celebre Arrêt Terrier- (...), lo que hace que en nuestra jurisprudencia y prácticas administrativas no se utilice la denominación «contrato administrativo» hasta una reciente sentencia de nuestra Corte Federal y de Casación del 5 de febrero de 1944 en tanto que la noción de «contrato de interés nacional» habría aparecido en nuestro ordenamiento positivo ya desde la Constitución de 1864 y la de «contrato de interés público» desde 1893»<sup>32</sup>.*

Más recientemente, ya bajo la vigencia de la Constitución de 1999, CABALLERO ORTIZ también critica esta corriente doctrinaria por la señalada razón esbozada por PÉREZ LUCIANI pero adicionalmente, a los mismos efectos, es decir, para justificar que «*contratos de interés público o de interés nacional*» y «*contratos administrativos*» son nociones diferentes añade que «*la noción de contrato administrativo, tal como fue trasladada del derecho francés, se fundamenta en la circunstancia de que el contratista va a tener a su cargo la prestación de un servicio público y, de allí, la incorporación de la noción al Derecho Administrativo (...). En cambio, la noción de contrato de interés público o de interés nacional, no aparece vinculada a esa noción, como por ejemplo, las concesiones de minas, las enajenaciones de terrenos baldíos o de cualesquiera bienes muebles de la Nación*». Es más, CABALLERO ORTÍZ continúa su crítica a esta tesis o corriente doctrinal atacando el criterio del Maestro FARÍAS MATA -quien, conforme se indicó, postula que en los contratos administrativos está en cierta manera directamente involucrado un interés público-, a cuyo efecto indica que «*...el concepto de interés público no necesariamente implica el de servicio público. Una actividad determinada puede ser de interés público sin que ello traiga consigo la prestación de un servicio público, noción clave del contrato administrativo*». En definitiva, CABALLERO ORTIZ es del criterio, el cual compartimos, que «*bajo la vigencia de dicha disposición -artículo 126 de la Constitución de 1961-, lo que constituye un criterio válido bajo la Constitución actual -de 1999- el contrato de interés nacional o el contrato de interés público, no podía asimilarse al contrato administrativo*»<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> MELICH ORSINI, José: Ob.cit., pp. 38-39.

<sup>33</sup> CABALLERO ORTIZ, Jesús: Ob.cit., pp. 139-141.

Finalmente, cabe señalar que esta tesis igualmente fue criticada por la administrativista SANSÓ DE RAMÍREZ ya habiendo entrado en vigencia la Constitución de 1999. La mencionada autora critica enérgicamente que se pretenda «...equiparar la noción de contrato de interés público a la de contrato administrativo, calificando como tal a aquel en el que interviene un ente administrativo, cualquier que éste sea, e independientemente de los intereses que encierre su celebración». De hecho, califica de «grave» que se «pretenda equiparar los contratos de interés público a los administrativos, tal como lo hiciera la sentencia del caso apertura petrolera (...) ya que, no sólo no siempre coinciden y he allí el quid del asunto sino que con relación a aquellos no existe un criterio lógico para su calificación»<sup>34</sup>.

Nótese que la profesora SANSÓ DE RAMÍREZ hace expresa alusión a la denominada «sentencia del caso apertura petrolera». Ese es el nombre con que el se conoce la sentencia dictada por la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia en fecha 17 de agosto de 1999 con motivo de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad ejercida por *Simón Muñoz Armas, Elías Eljuri Abraham, Trino Alcides Díaz, Alí Rodríguez Araque y otros* en contra de las cláusulas primera, segunda, cuarta, sexta, décima, decimoséptima y vigésima primera del artículo 2° del Acuerdo del Congreso de la República, aprobado en fecha 4 de julio de 1995, por el cual se autorizó la celebración de los Convenios de Asociación para la explotación a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas. En ese fallo efectivamente se declaró que, en virtud del interés público del cual están revestidos los Convenios de Asociación al que se refería el aludido Acuerdo del Congreso «...su naturaleza jurídica, es la de un contrato administrativo, o de interés público»<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> SANSÓ DE RAMÍREZ, Beatrice. «La Inmunidad de Jurisdicción en el Artículo 151 de la Constitución de 1999». En: Libro Homenaje a Enrique Tejera París «Temas sobre la Constitución de 1999», Caracas, 2001, pp. 338-339. En esta obra, la autora concluye que «los 'contratos de interés público' no pueden ser equiparados a los denominados 'contratos administrativos', más aún cuando el contrato administrativo ha sido definido como cualquier contrato en el que intervenga cualquier órgano de la Administración, independientemente de los intereses que el mismo persigue. Además, porque no siempre el órgano que celebra un 'contrato de interés público' ha de ser un ente Administrativo, toda vez que el mismo puede ser también celebrado por la Asamblea Nacional o por un órgano del Poder Judicial, los cuales, aún pudiendo ser sustancialmente administrativos, son formalmente legislativos o jurisdiccionales (como por ejemplo, en este último caso, las contrataciones celebradas entre el Banco Mundial y la extinta Corte Suprema de Justicia para llevar a cabo el proyecto de modernización del Poder Judicial)»

<sup>35</sup> Cabe acotar, a propósito del comentario de la profesora SANSÓ DE RAMÍREZ, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia número 953 del 29 de





**b) Contrato de interés público equivale a contrato celebrado con extranjeros.**

Una segunda corriente, claramente impregnada de nociones propias del Derecho Internacional Público, fue propuesta por FERMÍN TORO JIMÉNEZ, quien sostuvo que contratos de interés público y contratos celebrados con extranjeros son conceptos sinónimos o equivalentes. Para el internacionalista TORO JIMÉNEZ los contratos de interés público (incluidos los de interés nacional) son «...los celebrados por el Estado, los Estados y las Municipalidades, que pueden dar origen a reclamaciones extranjeras». Dicho en otros términos, TORO JIMÉNEZ postula que «contratos de interés público» son «aquellos celebrados entre el Estado venezolano, o un ente público, los Estados o las Municipalidades y una persona natural o jurídica de nacionalidad extranjera que pueden dar origen a reclamaciones extranjeras»<sup>36</sup>, que es precisamente, conforme bien indica BOSCÁN DE RUESTA<sup>37</sup> al referirse al fundamento de la tesis de TORO JIMÉNEZ, lo que se quiere evitar en la Constitución al prever una cláusula de reserva de jurisdicción o Cláusula Calvo incorporada en los contratos de interés público. Por argumento en contrario, siguiendo esta corriente, podría concluirse entonces, aunque resulte baladí, que no serán contratos de interés público aquellos en que no pueda plantearse la posibilidad de una reclamación extranjera, ni directamente, a través de una reclamación diplomática, ni indirectamente mediante el ejercicio de una acción en contra del Estado venezolano ante un

---

abril de 2003 calificó de «*interés público*» un contrato de servicio eléctrico suscrito por la C.V.G. Electrificación del Caroní, C.A. (EDELCA) con las empresas brasileras CENTRAIS ELECTRICAS DO NORTE DO BRASIL (ELECTRONORTE) y CENTRAIS ELECTRICAS BRASILEIRAS (ELECTROBAS) y a renglón seguido, advirtió, acogiendo la posición de LARES MARTINEZ, que los «*contratos administrativos*» no pueden confundirse con los «*contratos de interés público*». Sin embargo, se declaró incompetente para conocer del recurso de nulidad ejercido en contra del aludido contrato argumentando, siguiendo a PEREZ LUCIANI, que la atribución de competencia a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia a que aludía el 42, numeral 12 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de contratos administrativos «*es mucho más extensa e involucra figuras contractuales que van más allá de los convenimientos obligacionales que tengan por finalidad la prestación de un servicio público, la realización de una obra pública o el manejo y administración de bienes del dominio público*».

<sup>36</sup> TORO JIMÉNEZ, Fermín. «*Manual de Derecho Internacional Público*», Volumen I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982, pp. 481-482

<sup>37</sup> BOSCÁN DE RUESTA, Isabel : ob.cit., p. 40.



tribunal extranjero, es decir, aquellos celebrados por el Estado venezolano o demás entes públicos con personas, naturales o jurídicas, venezolanas. Se trata de una tesis claramente elaborada bajo la óptica del Derecho Internacional Público, lo cual era previsible tomando en cuenta las credenciales de su, quizás, único abanderado.

Esta tesis, como resulta lógico suponer, no fue ni ha sido acogida en modo alguno por los administrativistas venezolanos sino que, muy por el contrario, éstos la han criticado férreamente, críticas que igualmente compartimos. BREWER-CARÍAS por ejemplo, sostiene que tal posición «...no es admisible, no sólo por su visión limitada respecto de los efectos internacionales de los contratos de interés público, sino porque el mismo artículo 126 de la Constitución -refiriéndose a la Constitución de 1961- le da una connotación de derecho interno a los contratos de interés nacional, al admitir que una categoría de ellos pueden ser «necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública» aún cuando se celebren con personas jurídicas extranjeras»<sup>38</sup>. Además -acota BREWER-CARÍAS- tal tesis está «...basada en la sola posibilidad de reclamaciones extranjeras derivadas contra el Estado del vínculo contractual».

CABALLERO ORTÍZ, por su parte, también formula serias críticas a esta corriente doctrinal claramente elaborada con el bisturí del Derecho Internacional Público. No obstante, a los efectos de nuestro estudio, nos interesa destacar que CABALLERO ORTÍZ concluye en términos condicionales pero, en nuestro criterio, correctos: si bajo la Constitución de 1961 el «contrato de interés público» no era aquél celebrado por el Estado y demás entes públicos que puede dar origen a reclamaciones extranjeras, «menos aún lo es conforme a la vigente -refiriéndose a la Constitución de 1999-»<sup>39</sup>.

**c) Contrato de interés público por su importancia, por su quantum, por su magnitud económica o por sus consecuencias.**

Una última corriente doctrinal pretende definir «contrato de interés público» con fundamento en un criterio «cuantitativo» y no «cualitativo». Esta corriente propone que se identifique a esta categoría de contratos por elementos cuantitativos. Entre otros elementos cuantitativos que mencionan los seguidores de esta corriente doctrinal destacan los siguientes: (1) que se trate de grandes contrataciones o contrataciones de importancia; (2) que el

---

<sup>38</sup> BREWER-CARÍAS, Allan Randolph: «Los contratos ....», p.51)

<sup>39</sup> CABALLERO ORTÍZ, Jesús: Ob.cit., p.145.



contrato sea de una significativa o considerable magnitud económico-financiera, esto es, que el contrato implique importantes compromisos económicos o financieros para el Estado y en definitiva, para el ente público contratante o lo que es lo mismo, que el contrato pueda revestir importantes consecuencias económicas o financieras y, (3) que el contrato tenga especial trascendencia para el país, para el Estado o para la localidad o Municipalidad de que se trate.

Así pues, PÉREZ LUCIANI, con fundamento en un análisis histórico-constitucional, aludiendo a varios de los citados «*elementos cuantitativos*» formuló una argumentación lógica, por lo demás, que consistía en afirmar que «...*de no existir diferencias cualitativas entre los diferentes contratos que pudiere celebrar la Administración para calificar a unos de Interés Nacional y a otros no, la única posibilidad es que las notas diferenciales sean exclusivamente cuantitativas (...) la preocupación del Constituyente -refiriéndose al de 1961- ha girado en torno a cuestiones como las siguientes: los **compromisos económicos o financieros que pudieran resultar a cargo del Estado**; el temor a que se malgasten o dilapiden los fondos públicos; la necesidad de conservar los bienes patrimoniales o los recursos naturales del Estado, o que los mismos no sirvan para beneficiar a unos pocos en detrimento de todos; los requerimientos de control, sobre los poderes de la Administración, para evitar abusos, favoritismo, etc. Estas características cuantitativas son las que han movido al constituyente para considerar a unos contratos de interés nacional.*»<sup>40</sup> (Resaltado nuestro).

En similares términos se pronunció MELICH ORSINI al sostener que «*contrato de interés público*» (en el cual incluye a los contratos de interés nacional por su relación de género-especie) comprende «*una **gran contratación** hecha por la Administración Pública nacional, estatal o municipal que justifique la intervención del Congreso, bien porque con la misma se compromete gravemente el patrimonio económico de la República o de sus secciones, o bien porque sea susceptible de suscitar reclamaciones extranjeras*»<sup>41</sup> (Resaltado nuestro).

<sup>40</sup> PÉREZ LUCIANI, Gonzalo. «*Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público*». En: Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez, Tomo I, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 103.

<sup>41</sup> MELICH ORSINI, José: Ob.cit., p. 62.

Por su parte, CABALLERO ORTÍZ, complementando a PÉREZ LUCIANI y a MELICH ORSINI añade un nuevo elemento «cuantitativo» al indicar que «*otro elemento a ser tomado en consideración es la circunstancia de que el pago del contrato deba hacerse con cargo a varios ejercicios fiscales, de tal modo que se comprometan cantidades de dinero y recursos fiscales de presupuestos futuros*». Así «*...pueden ser calificados como contratos de interés público nacional los relativos a ferrocarriles, títulos y concesiones de minas, enajenaciones de tierras baldías y construcción de vías de comunicación*». Luego, CABALLERO ORTIZ, sin desconocer las críticas que pudiera tener esta postura, asevera enfáticamente y sin titubeos que «*...la importancia del contrato, su magnitud económica-financiera y la trascendencia que implique para el desarrollo del país en términos cualitativos y cuantitativos deben ser los índices a tomar en cuenta para determinar en qué casos debe quedar un determinado tipo de contrato calificado como de «interés público nacional...»*»<sup>42</sup>.

Otros autores igualmente comparten esta corriente doctrinal, a la cual nos adherimos. Al efecto, merece traerse a colación el criterio de SANSÓ DE RAMÍREZ, quien coincide con los autores señalados en que el «*quantum*» es lo que determina o califica a un «*contrato de interés público*», el cual define como aquél que excede las negociaciones que se realizan para el normal desarrollo de las actividades administrativas.

Del mismo modo, los autores Diego y María del Sol MOYA-OCAMPOS PANZERA sostienen que el **quantum** es lo que determina que un contrato sea de interés público. En efecto, sin aspaviento, se inclinan «*hacia una posición más conservadora con LUCIANI, en el sentido que es el quantum lo que determinará que algunas contrataciones sean de interés público y otras no*». De tal manera que en su criterio «*si no existe una diferencia cualitativa entre contratos administrativos y contratos de interés público lo que separa ambas nociones en el orden práctico es el quantum, vale decir, la significación, relevancia, riqueza, trascendencia e importancia en lo económico*»<sup>43</sup>. Consideran los mencionados autores que los «*contratos de interés público*» son una especie del género contratos administrativos caracterizados por la magnitud e importancia con que inciden sobre la

---

<sup>42</sup> CABALLERO ORTIZ, Jesús: Ob.cit., pp. 144-145.

<sup>43</sup> MOYA-OCAMPOS PANZERA, Diego y MOYA-OCAMPOS PANZERA, María del Sol. «*Comentarios relativos a la procedencia de las Cláusulas de Arbitraje en los Contratos de Interés Público Nacional. En particular: Las Concesiones Mineras*». En: Revista de Derecho Administrativo N° 19, Editorial Sherwood, Caracas, 2004, pp. 170-171.



colectividad, es decir, por las implicaciones que tienen para la vida económica y social de la Nación.

Habiéndonos pues referido a las diferentes corrientes o tesis doctrinales que han tratado de explicar o determinar qué ha de entenderse por «*contrato de interés público*» y luego de haber procedido a su justo e integral análisis, debemos mencionar que la última de las tesis mencionadas pareciera ser la que hasta la fecha ha sido acogida por la jurisprudencia venezolana. En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, acogiendo expresamente el criterio «*cuantitativo*» en los términos propuestos por PÉREZ LUCIANI y MELICH ORSINI y haciendo suyo ese otro elemento cuantitativo de carácter presupuestario del que nos hablaba CABALLERO ORTÍZ, declaró en su sentencia número 2241 del 24 de septiembre de 2002, recaída en el caso *Andrés Velásquez y otros* en contra del último aparte del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, textualmente lo siguiente:

«**A los efectos de precisar el sentido de la noción de contrato de interés público**, expresión que aparece por primera vez en la Constitución de 1893 y se mantiene en los Textos Constitucionales de 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1947, 1951, 1961, hasta la vigente de 1999, la doctrina nacional ha propuesto distintas interpretaciones, como la desarrollada por el autor Eloy Lares Martínez, quien al referirse a la expresión examinada, para entonces contenida en el artículo 126 de la Constitución de 1961 señaló: «*existe una expresión genérica -la de contratos de interés público- que consideramos administrativo y expresiones específicas que son: contratos de interés nacional, contratos de interés estatal y contratos de interés municipal, ya que el interés público puede ser nacional, estatal o municipal*» («*Contratos de Interés Nacional*», en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas, UCV, 1981, p. 117),

En tal sentido, para el autor citado es necesario, pero no suficiente, que una de las partes en la contratación fuera la República, debiendo además exigirse que el contrato celebrado tuviera por finalidad el atender, de modo inmediato y directo, requerimientos de interés general (Cfr. *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, UCV, 1996, p. 321).

Un sector de la doctrina, en armonía con la actual regulación constitucional de los contratos de interés público, ha sostenido, atendiendo a la división en tres niveles político-territoriales del Poder Público, que los contratos de interés público constituyen el género mientras que los contratos de interés público nacional, estatal y municipal constituyen especies de aquél (Cfr. Allan R. Brewer Carías, *Estudios de Derecho Público* Tomo I, Caracas, 1983, pp. 186 y 187),

mientras que **otro sector**, apartándose de las interpretaciones precedentes, y *haciendo énfasis en aspectos cuantitativos, ha expresado que cuando en los textos constitucionales se adopta la fórmula contrato de interés público, ha sido para referirse a aquellas «grandes contrataciones» susceptibles de comprometer gravemente el patrimonio económico de la República, de exponerla a pérdidas graves o inclusive a reclamaciones internacionales que pudieran llegar a atentar contra la soberanía o la integridad del país (Cfr. José Melich Orsini, La Noción de Contrato de Interés Público, en Revista de Derecho Público n° 7, Caracas, 1981, p. 61)*

Profundizando en el criterio cuantitativo acogido por la última de las interpretaciones referidas, se ha advertido en distintos análisis respecto del sentido que ha de atribuírsele que la noción de contrato de interés público, que la gran preocupación del constituyente, al aprobar los textos de las Constituciones antes indicadas, ha girado en torno a cuestiones como los compromisos económicos o financieros que pueden resultar a cargo del Estado, el temor a que se malgasten o dilapiden los fondos públicos, la necesidad de conservar los bienes patrimoniales o los recursos naturales del Estado, o que los mismos no sirvan para beneficiar a unos pocos en detrimento de todos, los requerimientos, inherentes a todo sistema democrático de gobierno, de control sobre los poderes de la Administración, para evitar abusos, favoritismos, etc (Cfr. Gonzalo Pérez Luciani, «Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público», en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas, 1984, p. 103).

La discusión doctrinal existente durante la vigencia de la Constitución de 1961, entre las expresiones contrato de interés público y contrato de interés nacional, ha sido, como se indicara previamente, resuelta por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en su artículo 150 estableció claramente la relación de género-especies que existe entre la noción de contrato de interés público y las nociones de contrato de interés público nacional, estatal y municipal, en las cuales lo determinante sería la participación de la República, los Estados o los Municipios.

**Sin embargo, la Constitución vigente no indica qué sentido ha de atribuírsele a la noción de contrato de interés público, motivo por el cual esta Sala, tomando en consideración las interpretaciones previamente examinadas, en tanto máximo y último intérprete del Texto Constitucional, considera que son subsumibles en dicho género todos aquellos contratos celebrados por la República, los Estados o los Municipios en los cuales esté involucrado el interés público nacional,**



estadal o municipal, entendido éste, de acuerdo con el autor Héctor J. Escola, como «*el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el quehacer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos*» (*El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 249 y 250).

En tal sentido, **estarán incluidos dentro de la especie de contratos de interés público nacional, todos aquellos contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional** y no tan solo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estadal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estadal o municipal contratante, **que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación**» (Resaltado nuestro).

Concluye pues la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que en la expresión «**contrato de interés público nacional**» están comprendidos, *siguiendo el criterio «cuantitativo» propuesto por PÉREZ LUCIANI y MELICH ORSINI, «todos aquellos contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea la realización de los fines y cometidos del Estado en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes con la comunidad nacional (...) que implique la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule en el transcurso de varios ejercicios fiscales posterior a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación*». La misma definición aplica, conforme a las motivaciones de la Sala Constitucional para los «**contratos de interés público estadal o municipal**» sólo que éstos persiguen dar

satisfacción a los *«intereses de un sector de la comunidad (...) en donde el objeto de tales contratos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante»*.

El criterio recogido en la sentencia recaída en el caso *Andrés Velásquez* fue ratificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia número 953 del 29 de abril de 2003<sup>44</sup>, en la que al analizarse un contrato de servicio eléctrico suscrito por C.V.G. Electrificación del Caroní, C.A. (EDELCA) con empresas eléctricas brasileras, se concluyó, con base en el criterio *«cuantitativo»* acogido en la sentencia recaída en el caso *Andrés Velásquez*, que tal contrato era un *«contrato de interés público»*, a pesar de haber sido suscrito por un instituto autónomo y no por la República, un Estado o un Municipio, toda vez que *«se ha comprometido un alto interés de la República en el margen de sus relaciones internacionales con la República Federativa del Brasil para el suministro de energía eléctrica»*. Textualmente declaró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su fallo:

«...resulta necesario hacer énfasis en el segundo de los actos invocados por los recurrentes como inconstitucional, contenido en el contrato celebrado entre la C.V.G. ELECTRIFICACIÓN DEL CARONÍ, C.A. y LA CORPORACIÓN VENEZOLANA DE GUAYANA, con las empresas CENTRAIS ELÉCTRICAS DO NORTE DO BRASIL S/A ELETRONORTE y CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A ELETROBRAS, el 11 de abril de 1997.

Al respecto, es de observarse que en ejecución del Convenio de Amistad y Cooperación entre la República de Venezuela y la República Federativa del Brasil del 17 de noviembre de 1977, así como del Protocolo Adicional a dicho Convenio, suscrito por los Presidentes de ambos países el 4 de marzo de 1994, y en cumplimiento del Memorándum de Entendimiento para el Suministro de Energía Eléctrica Venezuela-Brasil, se suscribió el 11 de abril de 1997, en la ciudad de Boa Vista, Brasil, el Contrato de

---

<sup>44</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 953 del 29 de abril de 2003, dictada con motivo del recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto el 3 de marzo de 2000 por la entonces Presidente de la Comisión Permanente de Ambiente y Ordenación Territorial del Senado y por un entonces Senador adscrito a dicha Comisión contra el Memorándum de Entendimiento para el Suministro de Energía Eléctrica celebrado para aquel entonces por la República de Venezuela y la República Federativa del Brasil el 29 de enero de 1997, así como el contrato de servicio eléctrico suscrito por la C.V.G. Electrificación del Caroní, C.A. (EDELCA) con las empresas CENTRAIS ELECTRICAS DO NORTE DO BRASIL (ELECTRONORTE) y CENTRAIS ELECTRICAS BRASILEIRAS (ELECTROBAS) el 11 de abril de 1997.





Suministro entre C.V. ELECTRIFICACIÓN DEL CARONÍ, C.A. EDELCA, y CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A ELETROBRAS y CENTRAIS ELÉTRICAS DO NORTE DO BRASIL S/A ELETRONORTE, mediante el cual ambos países, por órgano de las empresas suscribientes, acordaban ejecutar en sus respectivos territorios, la edificación de un tendido eléctrico con la finalidad de que el Estado Venezolano suministrara electricidad proveniente de la central hidroeléctrica Macagua II, a las poblaciones del sureste del país y a la referida ciudad brasileña.

Respecto a la figura jurídica celebrada, la cual se basa en los compromisos internacionales suscritos por el Ejecutivo Nacional, es de destacar que si bien es producto de los actos de gobierno antes mencionados, la misma resulta ser una estipulación de índole contractual, la cual **constituye un contrato de interés público, toda vez que se ha comprometido un alto interés de la República en el margen de sus relaciones internacionales con la República Federativa del Brasil para el suministro de energía eléctrica. Respecto a ello, el convenio celebrado se subsume dentro de los límites definidos por esta Sala, sobre los contratos de interés público**, los cuales, luego de una ardua discusión doctrinal respecto a los contratos de interés nacional y de interés público, los cuales han quedado dilucidados con la denominación única de contratos de interés público por parte de la reciente Constitución de 1999, **el Juez Constitucional determinó que los mismos debían entenderse de la siguiente manera, a saber:**

«La discusión doctrinal existente durante la vigencia de la Constitución de 1961, entre las expresiones de contrato de interés público y contrato de interés nacional, ha sido, como se indicara previamente, resuelta por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en su artículo 150 estableció claramente la relación de género-especies que existe entre la noción de contrato de interés público y las nociones de contrato de interés público nacional, estatal y municipal, en las cuales lo determinante sería la participación de la República, los Estados o los Municipios.

Sin embargo, la Constitución vigente no indica qué sentido ha de atribuírsele a la noción de contrato de interés público, motivo por el cual esta Sala, tomando en consideración las interpretaciones previamente examinadas, en tanto máximo y último intérprete del Texto Constitucional, considera que son subsumibles en dicho género todos aquellos contratos celebrados por la República, los Estados o los Municipios en los cuales esté involucrado un interés público nacional, estatal o municipal, entendido éste, de acuerdo con el autor Héctor J. Escola, como ‘el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a



toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el quehacer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual, potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos' (El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 249 y 250).

En tal sentido, estarán incluidos dentro de la especie de contratos de interés público nacional, todos aquellos contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan solo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante, que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación».

Con base en el criterio antes expuesto, cabe afirmar (...) **haberse celebrado una convención generadora de obligaciones para la República en ejercicio de su representación internacional, mediante un contrato de interés público....»** (Resaltado nuestro).

De acuerdo con lo antes expuesto, pareciera ya doctrina reiterada y pacífica de la jurisprudencia venezolana la total y absoluta acogida del criterio «*cuantitativo*», al cual insistimos nos adherimos, para definir qué ha de entenderse por «*contrato de interés público*». Sin embargo, debemos reconocer que este criterio abre una amplia y no necesariamente confiable compuerta a la discrecionalidad para su definición como ya lo podemos avizorar con la jurisprudencia que al efecto ha sido dictada. De allí que, autores como BREWER CARÍAS, hayan advertido que este criterio, por sí solo, es inadmisibles para trazar el límite entre el «*contrato de interés público*» y el que no lo sea, por lo que considera que debería ser el legislador el que establezca el límite «*cuantitativo*» o de «*gran contratación*» por ejemplo<sup>45</sup>. Sin embargo, y en

---

<sup>45</sup> Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. «*Los contratos...*», p. 51.



ello compartimos la opinión de la profesora SANSÓ DE RAMÍREZ, en el sentido de que si bien es cierto «*las leyes que regulan como de 'interés público' un contrato pueden ser un buen índice de la naturaleza de los que se suscriban sobre tales materias*», también lo es que se corre el riesgo que sean excesivos los supuestos «*dada la tendencia del Legislador a maximizar la importancia de las materias reguladas*», a cuyo efecto cita el caso de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público que declara «*todas*» las materias que regula como de interés público<sup>46</sup>.

Ahora bien, sin desconocer que no hemos agotado el tema relativo a la definición del sentido y alcance de los señalados elementos «*cuantitativos*», debemos continuar con nuestro análisis del artículo 151 de la Constitución de 1999 a los fines de determinar cuándo en definitiva opera o resulta aplicable la cláusula de inmunidad de jurisdicción que en esa norma se consagra. En consecuencia, nos corresponde ahora dilucidar cómo ha de entenderse o interpretarse la expresión «*si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza*» del contrato de interés público, expresión incluida tanto por el Constituyente de 1961 como el de 1999 en el Texto Fundamental. Ello nos ayudará a delimitar cuándo resulta o no aplicable la cláusula de inmunidad de jurisdicción en un «*contrato de interés público*» o en una «*gran contratación*». Sin embargo, antes de analizar qué ha entenderse por la expresión «*si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza*» del contrato hemos estimado pertinente analizar qué significa y en qué consiste la «*cláusula de inmunidad*». Tal determinación previa, nos conduce al estudio del carácter relativo de la inmunidad de jurisdicción como segundo elemento de análisis de la norma contenida en el artículo 151 de la Constitución de 1999.

## 2.2. *Cláusula de inmunidad de jurisdicción: su carácter «relativo» como segundo elemento de análisis.*

El artículo 151 de la Constitución de 1999 prevé, conforme hemos visto, que los contratos de interés público contienen, ***salvo que fuere improcedente de acuerdo a su naturaleza***, una cláusula según la cual las dudas y controversias que de los mismos surjan deberán someterse a la jurisdicción de los Tribunales venezolanos.

De tal manera que en todo contrato de interés público se entenderá implícita o tácitamente incorporada una cláusula de inmunidad de jurisdicción.

<sup>46</sup> SANSÓ DE RAMÍREZ, Beatrice: Ob.cit., pp. 340-341.

El objeto de esta cláusula es, salvo que la naturaleza del contrato de interés público lo excluya, *primero*, estipular que la interpretación, aplicación y ejecución de esos contratos debe someterse a la ley venezolana y *segundo* que las dudas y controversias que surjan deberán también someterse a la jurisdicción venezolana<sup>47</sup>. En consecuencia, corresponderá determinar, conforme analizaremos más adelante, *¿cuándo se está o no en presencia de un contrato de interés público que «por su naturaleza» admite la excepción de inmunidad de jurisdicción y, por tanto, no se aplica la inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución de 1999?*

Esta cláusula de inmunidad de jurisdicción encuentra su fundamento en el principio de Derecho Internacional Público de la «*inmunidad de jurisdicción de los Estados Extranjeros*», el cual consiste en el privilegio de los Estados de no ser sometidos, sin su consentimiento, a los tribunales de otro Estado<sup>48</sup>. Vamos a analizar el principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados pues resulta de utilidad para los fines que nos hemos propuesto conforme podremos apreciar en el desarrollo del presente capítulo del estudio al que nos hemos abocado.

---

<sup>47</sup> Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. «*Debate Constituyente*» (Aportes a la Asamblea Nacional), Tomo I (8 agosto – 8 septiembre 1999), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 210 y ss.

<sup>48</sup> BOGDANOWSKY DE MAEKELT, Tatiana. «*Inmunidad de Jurisdicción de los Estados*». En: Libro Homenaje a José Melich Orsini, Volumen I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982, pp. 213 y ss. Es de señalar que BREWER-CARÍAS nos comenta que paralelamente al principio de inmunidad jurisdiccional de los Estados, de aplicación en los Estados Unidos, en el derecho público contemporáneo también se ha desarrollado la doctrina conocida en el sistema angloamericano como la del *act of state*, según la cual «*los Tribunales norteamericanos no pueden juzgar, ciertos actos del propio Estado norteamericano (a cuyo efecto se ha desarrollado la doctrina de las political questions) sino los actos que puedan considerarse como de otros Estados soberanos*», de modo que, conforme a la primera de las doctrinas, los Tribunales norteamericanos deben inhibirse de revisar o controlar la legalidad y validez de los actos de una Nación soberana e independiente. Curiosamente la doctrina del *act of state* tuvo su consagración definitiva en una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1897 relacionada con Venezuela (Caso: *Underhill v. Hernández*). El caso se refería a una decisión que había tomado un comandante militar (Hernández) en perjuicio de un ciudadano norteamericano representando la autoridad de un grupo que había asumido el poder, y cuyo gobierno había sido reconocido por los Estados Unidos. Pues bien, la Corte Suprema de ese país decidió que los Tribunales norteamericanos no podían juzgar los actos del gobierno soberano de Venezuela. (Cfr. BREWER CARÍAS, Allan Randolph. «*Algunos aspectos de la inmunidad jurisdiccional de los Estados y la cuestión de los Actos de Estado (Act of State) en la jurisprudencia Norteamericana*». En: Revista de Derecho Público N° 24, Editorial Jurídica Venezuela, Caracas, 1985, pp. 29 y ss).



### 2.2.1. Origen y evolución del principio de inmunidad de jurisdicción en el Derecho Internacional Público.

Hemos visto como el principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados viene a ser el privilegio de los Estados de no ser llevados a juicio, sin su consentimiento, ante los Tribunales de otro Estado. Ese principio tenía en sus inicios carácter absoluto y se fundamentaba en la independencia absoluta o igualdad de los Estados Soberanos, invocándose a tales efectos el apotegma «*Par in Parem non Habet Jurisdictionem*» (los Estados son pares entre sí por lo que en ningún caso un Estado puede someterse a los tribunales de otro). El principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados planteaba que el Estado, en virtud del principio de soberanía, no podía ser sometido sin su aprobación previa a la jurisdicción de tribunales extranjeros.

Después de la Primera Guerra Mundial, los Estados asumieron la realización de una serie de actividades, principalmente en el plano económico, a la par que se experimentaron grandes cambios en el Derecho Internacional, entre otros, la flexibilización del principio de independencia absoluta de los Estados soberanos. Especialmente, la creciente participación de los Estados soberanos en el plano comercial o empresarial motivó, conforme nos enseña BOSCAN DE RUESTA, a que el carácter absoluto que inicialmente tuvo el principio de «*inmunidad de jurisdicción de los Estados*» evolucionara a su carácter relativo o restringido permitiéndose descartar la inmunidad en algunos casos (inmobiliario, sucesiones y cuando el Estado extranjero era el demandante pues se entendía que había renunciado a su inmunidad)<sup>49</sup>.

Para limitar o restringir la inmunidad de jurisdicción de los Estados se elaboró una doctrina que distinguía en la actividad del Estado dos tipos de actos: «*actos jure gestionis*» (actos de gestión) y «*actos imperii*» (actos de autoridad). En ella radica el criterio que se empleaba para definir cuándo se estaba o no presencia de un caso de inmunidad de jurisdicción.

Esa evolución del principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados de su carácter absoluto a su carácter relativo y con ello, a la aceptación de la doctrina que distinguía en la actividad del Estado entre «*actos jure gestionis*» (actos de gestión) y «*actos imperii*» (actos de autoridad) como criterio para determinar la aplicación o no de la inmunidad de jurisdicción, fue magistralmente

<sup>49</sup> BOSCAN DE RUESTA, Isabel: Ob.cit., p. 26.

expuesta por la Sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en su fallo del 30 de julio de 1998 (Caso: *Lilia M. Ramírez v. Estados Unidos de América*) en los siguientes términos:

**«La inmunidad de jurisdicción es una cualidad o atributo fundamental de los Estados, en virtud de la cual ningún Estado puede ser sometido a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, a menos que consienta en ello voluntariamente. Esta cualidad es una consecuencia de la igualdad entre los Estados (Par in parem non habet jurisdictionem), que a su vez deriva de la subjetividad jurídica y constituye un principio universal del derecho Internacional Público. Es por esto que todo Estado tiene derecho a que se respete esa inmunidad de jurisdicción, cuya garantía es el deber de los demás Estados que sea objeto de una acción ante sus órganos jurisdiccionales por parte de cualquier persona o sujeto de derecho internacional público.**

**Ahora bien, antiguamente este criterio de inmunidad de jurisdicción absoluta, ha sufrido cambios en el tiempo;** hasta la primera guerra mundial, la sociedad internacional no admitía excepción alguna a esta regla, es decir, que en ningún caso, salvo el consentimiento expreso, podía un Estado ser sometido a un proceso judicial por ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado. **Es el caso que a raíz de la aparición de la Unión Soviética y del bloque socialista, se marcó un cambio en la dirección de la doctrina y la jurisprudencia de los Estados occidentales.** Con el propósito de justificar y apoyar acciones judiciales contra el nuevo bloque soviético, dirigidas a reclamar bienes del patrimonio de dicho Estado situados en el extranjero, se originó el criterio de que, si los particulares o personas privadas extranjeras quedaban sujetos a jurisdicción de un Estado por los actos de naturaleza comercial o industrial que realizaran en el territorio del estado, no había razón legítima para que los Estados no pudieran ser sometidos a la jurisdicción de otro Estado, por causa de actos de índole comercial o industrial al igual que los daños extracontractuales por hecho ilícito. Lo anterior se produjo en virtud de que el bloque soviético monopolizaba el comercio en determinados productos, que antes pertenecían a particulares y se quería evitar al alegato de la inmunidad absoluta con el fin de facilitar, por parte de terceros, la apropiación de los bienes del nuevo Estado, situados en territorio occidental.

**A partir de este momento y hasta el presente, el principio de la inmunidad de jurisdicción se encuentra consagrado con un criterio de inmunidad relativa de jurisdicción, que se fundamenta en la teoría de la distinción entre actos del estado «iure imperio» y actos «iure gestionis...» (Resaltado nuestro).**



Las críticas a la doctrina sentada en el fallo parcialmente transcrito no se hicieron esperar. La primera y no por ello más importante, su imprecisión en virtud de lo difícil que resulta establecer la línea fronteriza entre actos de gestión, en los que el particular actúa como un particular y actos de imperio del Estado. Colabora para su imprecisión el hecho cierto que en algunas ocasiones ambas actividades del Estado pudiesen mezclarse o confundirse.

A pesar de sus críticas, la distinción entre «*actos jure gestionis*» (actos de gestión) y «*actos imperii*» (actos de autoridad) ha sido acogida en el Derecho Internacional Público, aunque la tendencia moderna pareciera ser su sustitución en razón a la **naturaleza comercial, industrial o financiera** de la actividad del Estado y sobre esa base sostener su carácter relativo. De tal modo que, en el Derecho Internacional Público, se admiten excepciones al principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados en función a la **naturaleza de la actividad del Estado**. En esta tendencia del Derecho Internacional se inscriben el Código Bustamante (1928), la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados de 1972 y su Protocolo Adicional, la Ley de Inmunidad de Soberanía de los Estados extranjeros (*Foreign Sovereign Immunity Act*), de los Estados Unidos de América de 1976<sup>50</sup>, la Ley de Inmunidad del Estado (*Immunity Act*), del Reino Unido de 1978 y el Proyecto de Convención Interamericana de Inmunidad de Jurisdicción de los Estados aprobado en 1983. En definitiva, es posible afirmar que «...se recoge el principio de inmunidad de jurisdicción cuando se trata de actos soberanos o *acta iure imperii*, mientras que la inmunidad no podría ser invocada cuando se trata de actos mercantiles o empresariales o *acta iure gestionis*. La inmunidad de jurisdicción sólo ampara a los *acta iure imperii*. Por lo que respecta a los *acta iure gestionis*, los Estados soberanos están sometidos a la jurisdicción de los Estados en la medida que las normas nacionales sobre la competencia procesal internacional directa así lo prescriben. De esta

<sup>50</sup> En el texto de la «Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 o «Ley sobre Inmunidad de Soberanía de los Estados Extranjeros» se ratificó la doctrina restrictiva o relativa de la inmunidad. En el aparte 1605 de la misma, se prevé que un Estado extranjero no gozará de inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos: 1) En caso de renuncia a la inmunidad; 2) Cuando la acción propuesta esté fundamentada en una actividad comercial ejercida en los Estados Unidos (...) 5) Daños y perjuicios demandados a un Estado extranjero por lesiones personales o muerte, daños o pérdidas de propiedades ocurridos en los Estados Unidos y causados por la acción u omisión del Estado extranjero o por cualquier oficial o empleado del mismo, actuando dentro del ámbito de sus funciones. Conforme a esa ley, en los Estados Unidos, si un extranjero, por hecho ilícito produce daños a terceros, no gozará de inmunidad porque se considera que actuó como cualquier particular y se le aplicará el derecho privado.

*manera, la inmunidad de jurisdicción reconocida originalmente ratione personae se ve coloreada ratione materiae»<sup>51</sup>.*

La tesis de la inmunidad absoluta hoy por hoy ha sido totalmente abandonada en el Derecho Internacional y por el constituyente venezolano conforme apreciaremos más adelante. En el Derecho Internacional, la regla es reconocer el carácter «relativo» del principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros. De hecho, tal como hemos visto, se han venido estableciendo excepciones al principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados y en tal sentido, existe una clara tendencia a permitir la «renuncia» a la inmunidad de jurisdicción. En el Derecho Comparado encontramos ejemplos de esta tendencia. Así, a título meramente ilustrativo, cabe mencionar la sentencia de la Primera Cámara de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Francia del 6 de julio de 2000 (Caso: *Société Creighton Limited v. Ministres des Fiances du Qatar*), en la que se declaró que la celebración del Estado Francés de una cláusula arbitral implicaba la renuncia a cualquier inmunidad de jurisdicción de la que pudo haber gozado.

#### **2.2.2. La consagración de la inmunidad de jurisdicción en el sistema constitucional venezolano: su aplicación a los «contratos de interés público».**

##### **2.2.2.1. Evolución constitucional: De su carácter absoluto a su relatividad**

En la historia constitucional venezolana encontramos que el antecedente más remoto del principio de inmunidad de jurisdicción en materia de contratos de interés público se encuentra recogido en la Constitución de 1893<sup>52</sup>, en cuyo artículo 149 se establecía textualmente:

«Ningún contrato de interés público celebrado por el Gobierno Nacional o por el de los Estados podrá ser traspasado en todo ni en parte a

---

<sup>51</sup> DE MAEKELT, Tatiana y HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. «*Jurisdicción y Derecho Aplicable en materia de contratos de empréstito público*», Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 102, Caracas, 1997, pp. 328-329.

<sup>52</sup> Resulta interesante señalar en este estudio qué fue lo que motivó la inclusión de la norma contenida en el artículo 149 de la Constitución de 1893 y su ratificación en las Constituciones posteriores. Al respecto, OROPEZA nos explica en términos verdaderamente didácticos que lo que motivó su inclusión fueron los constantes atropellos y abusos a la soberanía nacional que sufrió el Estado venezolano por las reclamaciones extranjeras que incluso le fueron exigidas por la vía de la fuerza. A tal efecto señala «...esta disposición fue sancionada





Gobierno Extranjero. En todo contrato de interés público se establecerá la Cláusula de que las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre su inteligencia y ejecución, serán decididas por los tribunales venezolanos y conforme a las Leyes de la República, sin que puedan tales contratos ser, en ningún caso, motivo de reclamaciones internacionales».

Nótese que la norma consagraba, por una parte, el principio de inmunidad de jurisdicción en materia contractual y por otra, la denominada «Cláusula Calvo» que suponía la improcedencia de reclamaciones diplomáticas por parte de Estados extranjeros en nombre de sus nacionales, sin que se hubiese agotado

---

*por vez primera en la Constitución de 1893 (...) se inspiró en la necesidad de frenar la pretensión, que prosperó por mucho tiempo contra la protesta de Venezuela, de súbditos extranjeros, quienes ocurrieron a la vía diplomática a propósito del cumplimiento o ejecución de contratos celebrados por ellos con el Estado venezolano. Lo que ocurrió, principalmente, con motivo de los contratos que celebró Guzmán Blanco con inversionistas extranjeros para dotar al país de una red ferroviaria. Con suma imprudencia y absoluta irresponsabilidad, se estimuló en ellos que los capitales invertidos en la empresa ganarían un estipendio equivalente al siete por ciento anual. Y como el beneficio prometido no alcanzó en ningún momento la cuantía convenida, se originó contra la República, por tal respecto, una deuda considerable, que los acreedores extranjeros se hicieron reconocer mediante reclamaciones diplomáticas y, en último término, coercitivamente, a cañonazos. Semejante procedimiento vulneraba escandalosamente la soberanía de la nación (...) Por ello el constituyente de 1893 estampó en la Carta de ese año un precepto según el cual «en todo contrato de interés público se establecerá la cláusula de que las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre su inteligencia o ejecución, serán decididas por los tribunales venezolanos y conforme a las leyes de la República, sin que puedan tales contratos ser, en ningún caso, motivo de reclamaciones internacionales». Por tal modo, creyeron los legisladores venezolanos hacer respetar la soberanía del país frente a extranjeros que (...) en vez de acudir a las autoridades venezolanas, cuando surgían diferencias en la interpretación y ejecución de los contratos, apelaban al recurso de reclamaciones diplomáticas. Y de tal modo había penetrado en la opinión y en las esferas del gobierno la necesidad de combatir procedimientos como éste tan lesivos de la soberanía del Estado, que el constituyente de 1901 al ratificar la mencionada cláusula la reforzó con la mención de que ella se consideraría incorporada, aunque no la hubiere estampado expresamente, en todo contrato de interés público. (...) Tales previsiones no impidieron (...) por debilidad y anarquía del país, que los acreedores extranjeros, por razón de alegado incumplimiento de contratos celebrados por ellos con el Estado, ocurriesen a la vía diplomática y, finalmente, al cobro compulsivo de acreencias reales, desfiguradas o supuestas. Mas, de todos modos, la cláusula implícita que dejaba a salvo la soberanía del país, era una clara advertencia a quienes contrataban con el Estado venezolano, de que en derecho, por lo menos, jamás podrán sustraerse a la legislación venezolana y a la competencia de los tribunales venezolanos cada vez que se originasen dificultades o conflictos con ocasión de los contratos celebrados. De allí que aquella cláusula se haya venido repitiendo en Constituciones posteriores...» (OROPEZA, Ambrosio. «La Nueva Constitución Venezolana 1961», 3era. Edición, Caracas, 1981, pp. 381-382).*



previamente la jurisdicción venezolana. Nótese además que la inmunidad de jurisdicción era absoluta, de modo que no contenía expresión alguna que diera lugar a excepciones en su aplicación.

El carácter «*absoluto*» de la inmunidad de jurisdicción se mantuvo, con algunas variantes, en Constituciones dictadas **desde 1893 hasta 1945** (léase, las Constituciones de 1901, 1904, 1909, 1913, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936 y finalmente 1945). De modo que en las Constituciones dictadas desde 1893 hasta 1945 se recogió la inmunidad absoluta de la jurisdicción. En consecuencia, todos los mencionados textos constitucionales, incluyeron una disposición según la cual en todo contrato de interés público se debía establecer (o tácita o automáticamente incorporada según algunas de esas Constituciones) la cláusula según la cual las dudas y controversias sobre su inteligencia y ejecución serían resueltas por los tribunales venezolanos conforme a las leyes venezolanas.

No fue sino en la **Constitución de 1947** cuando se abandonó la fórmula absoluta del principio de inmunidad de jurisdicción y se recogió su carácter relativo al consagrar, por vez primera en la historia constitucional venezolana, la posibilidad de incluir la cláusula de reserva de jurisdicción sólo «*cuando fuere procedente de acuerdo con la naturaleza del contrato*». En efecto, en su artículo 108, el Constituyente de 1947 previó:

«En los contratos a los que se refiere el artículo anterior [contratos de interés público], si fuera procedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada una cláusula por la cual se establezca que las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela, en conformidad con sus Leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras».

En la **Constitución de 1961** se mantiene la misma redacción, con algunos cambios de estilo verdaderamente insignificantes al disponer en su artículo 127:

«En los *contratos de interés público, si no fuese improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aún cuando no estuviera expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los tribunales competentes de la República en conformidad con sus Leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras*». (Resaltado nuestro).



Como comentario curioso de la historia constitucional venezolana, cabe mencionar que la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución de 1961, estudió un informe del 1º de agosto de 1960, elaborado por el Dr. Ramón Carmona, quien fuera Consultor Jurídico y luego asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre los problemas que planteaba tanto la Cláusula Calvo como la Cláusula de Reserva de Jurisdicción y por ello, su propuesta de no incluir el artículo 127 y en su lugar se le sustituyera por la siguiente redacción: *«La Ley puede, por razones de interés nacional, exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público»*<sup>53</sup>. Sin embargo, en el Acta que recoge las deliberaciones de la Comisión Redactora se aprecia que la propuesta del Dr. Ramón Carmona no fue acogida como sí lo fue la propuesta del entonces diputado Rafael Caldera de mantener el artículo 127 por considerarlo una defensa de la República frente a Estados más poderosos pero con una modificación cual era incluir la frase *«si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos»*, indicándose respecto de esta norma en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961:

«En cuanto a las cláusulas de interés nacional que han de dejar a salvo la soberanía y la seguridad de la República y que son ordenadas en las Constituciones anteriores, la redacción de los artículos respectivos se ha adaptado a la índole de los documentos, para no desconocer variedades surgidas con la evolución del Derecho Internacional, y ha sido consultado cuidadosamente con expertos de la Cancillería».

Compartimos la apreciación lógica, por lo demás, de BOSCÁN DE RUESTA y de allí lo curioso del comentario en el sentido que resulta indudable que cuando la Exposición de Motivos alude a *«los expertos de la Cancillería»*

<sup>53</sup> El Informe del Dr. Ramón Carmona fue elaborado bajo la vigencia de la Constitución de 1953, en la que a diferencia de la Constitución de 1947, se recogió la redacción de las constituciones anteriores a 1947 en las que se preveía el carácter absoluto del principio de inmunidad de jurisdicción. Ello explica el por qué en su informe, el Dr. Ramón Carmona destacó, por una parte, que carecía de «toda eficacia jurídica» la cláusula de renuncia por parte del extranjero en un contrato de interés público celebrado con el Estado venezolano, a cualquier reclamación de su Estado de origen, *«por cuanto no es potestativo de los ciudadanos privados renunciar a un derecho inminente del Estado al que pertenecen y de cuya acción o renuncia sólo el Estado es Juez»* y por otra, que era *«ineficaz y de dudosa validez a la luz del Derecho Internacional Público»*, la cláusula sobre inmunidad de jurisdicción absoluta, contenida en la entonces vigente Constitución de 1953, por cuanto la tendencia en el Derecho Internacional era el abandono del carácter absoluto y como contrapartida, el reconocimiento del carácter relativo del principio de inmunidad jurisdiccional de los Estados basado en la distinción entre actos del Estado *Iure Imperii* y *Iure Gestionis*. (Cfr. BOSCÁN DE RUESTA: Ob.cit., pp. 36-37)

realmente se está refiriendo únicamente al Dr. Ramón Carmona y en lo particular a su informe.

Es de señalar que antes de que la Cámara de Diputados pasara el proyecto del artículo 127 al estudio de la Comisión Redactora, el entonces Diputado Silva Torres, conforme se recoge en el Diario de Debates<sup>54</sup>, llamó la atención respecto a que su redacción dejaba la «*puerta abierta para otras soluciones*» cuando emplea la expresión «*si fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos*», de modo que en su criterio «*si no fuere procedente de acuerdo con la naturaleza, no se considerará incorporada la cláusula implícita de solución obligada de diferencias y problemas por los tribunales nacionales*». Por tanto, cuando sea procedente por la naturaleza del contrato podrá adoptarse cualesquiera otro mecanismo de solución, como por ejemplo, el arbitraje.

Finalmente, tenemos, conforme ya hemos anotado, que el artículo 151 de la **Constitución de 1999** consagra el principio de inmunidad relativa de jurisdicción, al prever:

«En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aún cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, **de** conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras». (Resaltado nuestro).

El artículo 151 de la Constitución de 1999 (idéntico al artículo 127 de la Constitución de 1961 salvo por una coma y una preposición que hemos resaltado al transcribirlo) prevé la incorporación implícita de una cláusula en los contratos de interés público que implica la imposibilidad de sustraer la resolución de las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos del conocimiento de los tribunales venezolanos y decidirlos conforme a las leyes venezolanas y por tanto, impide que los conflictos surgidos con ocasión de esos contratos sean decididos por tribunales extranjeros. Pero al propio tiempo prevé una excepción y allí su relatividad pues admite que existen determinados contratos de interés público que, por su naturaleza, podrían ser excluidos de la jurisdicción venezolana.

---

<sup>54</sup> Cfr. ARCAYA, Mariano. «*Constitución de la República de Venezuela (Constitución de 1961)*», Tomo II, Editorial El Cojo, Caracas, 1971, pp. 221-222.



La relatividad deriva de la frase «*Si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos*» (contratos de interés público). La cláusula de inmunidad de jurisdicción se presume incorporada en los contratos de interés público, siempre que ello no sea improcedente de acuerdo a la «*naturaleza*» de los contratos, como por ejemplo, contratos que no afectan la soberanía, como es el caso de los empréstitos públicos o de aquellos de carácter comercial.

El artículo 151 de la Constitución de 1999 prevé así la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción que, según la naturaleza de los contratos de interés público, permite sustraerlos de la jurisdicción de los tribunales venezolanos. En consecuencia, la inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 1º de la Constitución de 1999 es un derecho irrenunciable de la Nación siempre que la «*naturaleza*» del contrato de interés público exija el conocimiento de sus dudas y controversias a la jurisdicción y leyes venezolanas. En consecuencia, el arbitraje como parte del sistema de justicia sería admisible cuando la naturaleza del contrato así lo permita o lo demande, máxime que la propia Constitución de 1999 en sus artículos 253 y 258 reconoce que el arbitraje forma parte del sistema de justicia a la vez que lo promueve.

Corresponderá ahora determinar, para concluir nuestro análisis del artículo 151 de la Constitución de 1999, qué ha de entenderse por la expresión «*naturaleza del contrato*». Ello nos permitirá definir cuándo procede o se admitiría la excepción a la inmunidad de jurisdicción y por tanto, cuándo tiene cabida el arbitraje en contratos de interés público.

#### **2.2.2.2. De los criterios para la procedencia de la excepción de inmunidad de jurisdicción en el Derecho Administrativo venezolano**

En el campo del Derecho Administrativo venezolano, el principio de inmunidad relativa de jurisdicción ha encontrado su fundamento en dos (2) teorías que han venido a servir de criterios para determinar cuándo procede la excepción de inmunidad de jurisdicción.

La primera, transportada del Derecho Internacional Público, según la cual la inmunidad relativa de jurisdicción se fundamenta en la teoría de la distinción entre actos del Estado «*iure imperii*» y actos «*iure gestionis*». Esta teoría, hoy totalmente abandonada tanto en campo del Derecho Internacional como en el del propio Derecho Administrativo, tuvo una verdaderamente fugaz y aislada acogida en la jurisprudencia venezolana.

Abandonada la distinción entre actos de autoridad (actos *iure imperii*) y actos de gestión (actos *iure gestionis*) o entre «Estado Poder Público» y «Estado persona», surgió una segunda teoría que se fundamenta en la «naturaleza de la actividad del Estado» más que en el criterio de finalidad de la actividad del Estado que postulaba la primera de las doctrinas elaboradas. Conforme a esta renovada teoría resulta posible admitir la excepción al principio de la inmunidad basada en la naturaleza comercial de las actividades del Estado previstas en el contrato. En consecuencia, la excepción a la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción a que se refiere el artículo 151 de la Constitución de 1999 opera en función a la naturaleza comercial de las actividades reguladas en el contrato de interés público, caso en el cual se permite sustraerlos de la ley nacional y de la jurisdicción de los Tribunales venezolanos.

Pasemos pues a analizar cada una de las teorías antes anotadas, lo cual nos dará la última imagen de la radiografía que hemos querido realizar del artículo 151 de la Constitución de 1999 en el presente estudio. Esto nos abrirá definitivamente el camino para dilucidar, con el apoyo de la doctrina administrativa y de la jurisprudencia, cuándo procedería, conforme al artículo 151 de la Constitución de 1999, la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato de interés público.

**A. De la distinción entre actos del Estado «*iure imperii*» y actos «*iure gestionis*» como primer criterio de determinación de la relatividad de la inmunidad de jurisdicción.**

Conforme se indicó, se trata de una teoría transportada del Derecho Internacional Público. De acuerdo con esta teoría, el elemento para determinar cuando procede o resulta aplicable la cláusula de inmunidad de jurisdicción estaría dado por la finalidad de la causa que motiva la celebración del contrato. En consecuencia, sería aplicable la inmunidad de jurisdicción cuando se trata de actos de «*iure imperii*» en los que el Estado actúa en ejercicio de una función soberana o dentro de sus potestades soberanas y por tanto, motivado por una finalidad pública mientras que sería inaplicable cuando se trata de actos «*iure gestionis*» en los que el Estado actúa como un simple particular.

Esta teoría separa «...los actos que dicta el Estado como tal y en ejercicio de su *imperium* de aquellos que cumple el mismo Estado para la gestión de actividades económicas o comerciales similares a las de particulares. Los primeros (...) quedan liberados de la interferencia de cualquier legislación, autoridad o jurisdicción extranjera, en tanto que



los segundos no gozan de esta inmunidad»<sup>55</sup>. En esta doctrina subyace la idea que el Estado, en virtud del principio de soberanía, no puede ser sometido a la jurisdicción de tribunales extranjeros. Por tanto, en los actos de «*iure imperii*» en los que el Estado, en ejercicio de su soberanía, actúa motivado por una finalidad pública, resulta aplicable la inmunidad de jurisdicción mientras que en los actos «*iure gestionis*» en los que el Estado ejecuta o realiza actos como un simple particular, resulta inaplicable la inmunidad de jurisdicción.

Esta fue la doctrina asumida por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 30 de julio de 1998 (Caso: *Lilia M. Ramírez v. Estados Unidos de América*). Esta sentencia consagra el criterio de inmunidad relativa de jurisdicción con fundamento precisamente en la doctrina *-hoy abandonada por el Derecho Internacional y por la doctrina administrativista-* que distingue a efectos de su aplicación entre actos del Estado «*iure imperii*» y actos del Estado «*iure gestionis*»<sup>56</sup>. Tal doctrina fue expresamente acogida por el Máximo Tribunal de la República en los siguientes términos:

<sup>55</sup> Cfr. AGUIAR, Asdrúbal. «*Revisión crítica de la Constitución Bolivariana*», Editorial SEC, Caracas, 2000, p. 31.

<sup>56</sup> La sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia recaída en el caso *Lilia Ramírez v. Estados Unidos de América* tiene como antecedente la sentencia de la misma Sala Político Administrativa del 5 de mayo de 1994, en la cual declaró que los tribunales laborales venezolanos sí tenían jurisdicción para conocer de la demanda de prestaciones sociales intentada por la ciudadana *Yrama Rodríguez de León* en contra del *Sistema Económico Latinoamericano (SELA)* no obstante tratarse de un organismo regional producto del acuerdo suscrito entre los Estados de América Latina en la ciudad de Panamá el 17 de octubre de 1975. Al motivar su decisión, la Sala Político Administrativa dejó claramente sentado, entre otros muchos particulares, que «*la inmunidad o exención de jurisdicción nunca es una regla de aplicación irrestricta, amplia, incondicionada ni absoluta*», pues admite excepciones. De hecho, explica que «*tal principio, originalmente expresado en términos absolutos, ha ido admitiendo en las épocas más recientes restricciones producto forzado de las realidades modernas, que revelan una creciente participación de los más variados sujetos de Derecho Internacional Público, especialmente los Estados soberanos, en las diversas parcelas del ámbito empresarial. De tal manera que la praxis internacional admite excepciones a la regla de la inmunidad de jurisdicción según la naturaleza jurídica de la actuación del sujeto de Derecho Internacional Público de que se trate. Este es el criterio seguido por el Código Bustamante (1928), la Convención Europea sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados de 1972 y su Protocolo adicional, la Foreign Sovereign Immunities Act, de los Estados Unidos de América (1976), la British Immunity inglesa (1978), la State Immunity Act of Canadá (1982) y el Proyecto de Convención Interamericana de Jurisdicción de los Estados (1980). En general, puede decirse que se recoge el principio de inmunidad de jurisdicción cuando se trata de actos soberanos o acta iure imperii, mientras que la inmunidad no podrá ser invocada cuando se trata de actos mercantiles o empresariales o acta iure gestionis*». Finalmente, cabe

«...el principio de la inmunidad de jurisdicción se encuentra consagrado con un criterio de **inmunidad relativa de jurisdicción**, que **se fundamenta en la teoría de la distinción entre actos del estado «iure imperio» y actos «iure gestionis»**.

(...)

En nuestro país, es criterio aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que *los Estados extranjeros no pueden ser demandados ante los Tribunales de nuestro país, si el hecho que motivó la demanda, fue producido dentro de la esfera de las funciones soberanas del Estado, (iure imperio); por el contrario si el Estado extranjero actuó como cualquier persona de derecho privado lo haría, estaría sometido a nuestra jurisdicción (iure gestionis)*. Entre las sentencias que tratan este punto destaca la sentencia N° 305 de fecha 5 de mayo de 1994 de esta Sala» (Resaltado nuestro).

El caso resuelto en la sentencia parcialmente transcrita se originó con ocasión de una demanda de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual de los Estados Unidos de América intentada por *Lilia M. Ramírez* ante los tribunales venezolanos. Ello en virtud que la demandante atribuyó responsabilidad a la Embajada de los Estados Unidos de América en Caracas por las lesiones que sufrió al caer accidentalmente en un hueco que se encontraba en el interior de la Embajada durante los trabajos de construcción de una baranda de seguridad que iba a ser construida en el perímetro exterior de la Embajada. La demandante, quien se encontraba en el interior de la Embajada tramitando su visa para viajar a ese país, atribuyó el hecho ilícito, el accidente sufrido, a la falta de señalización de tales trabajos. Fue así como la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia declaró la jurisdicción de los tribunales venezolanos al considerar que se trataba de un hecho ilícito ocurrido fuera del ámbito de las funciones soberanas de los Estados Unidos de América. Indicó textualmente el fallo comentado:

*«...en el caso subjudice las presuntas lesiones personales sufridas por la ciudadana Lilia M. Ramírez, aunque ocurrieron en el interior de la Embajada de los Estados Unidos de América, cuando tramitaba visa*

---

señalar que refiriéndose a la aplicación del principio de inmunidad de jurisdicción a los organismos internacionales, declaró que *«no puede jamás concluirse que el solo hecho de la naturaleza supranacional o internacional de un organismo lleva automáticamente a la aplicación o exención de jurisdicción respecto de los tribunales nacionales en cuyo territorio desarrollan su actividad»*, conforme lo demuestra por ejemplo el caso sobre el cual recayó la sentencia comentada en el que una ciudadana había demandado al SELA por ante los tribunales laborales venezolanos.





*para viajar a ese país, fueron el producto de un hecho ilícito por falta de señalización en los trabajos de construcción que allí se efectuaban. Entonces, estando en presencia de un **hecho ilícito ocurrido fuera del ámbito de las funciones soberanas de los Estados Unidos**, no se encuentran elementos que podrían conducir a declarar la falta de jurisdicción del Juez venezolano para conocer del presente caso. Así se declara» (Resaltado nuestro).*

Compartimos las acertadas críticas que, bajo la óptica del Derecho Público, formula FEREIRA VILLAFRANCA a esta sentencia, críticas en las que subyace su reticencia absoluta a aceptar la doctrina que distingue entre actos del Estado «*iure imperi*» y «*iure gestionis*» como criterio delimitador y determinante de la aplicación de la cláusula de inmunidad de jurisdicción. Considera el citado autor que el planteamiento recogido en la sentencia «...se encuentra seriamente afectado por la irremediable certeza que el Estado nunca abandona su investidura en ninguno de los actos que realiza», por lo que resulta necesario concluir que «*tal distinción por inadecuada, carece de fundamento, al colocarnos, contrariando el espíritu del constituyente que adoptó a todas luces una tendencia relativista, frente a una inmunidad absoluta de jurisdicción*»<sup>57</sup>.

Ciertamente, el Estado siempre actúa con una finalidad pública o de interés general y difícilmente puede afirmarse que haya actos que el Estado realiza como un simple y vulgar particular. Creemos que efectivamente la distinción propuesta por la doctrina en estudio nos colocaría frente a una inmunidad absoluta de jurisdicción. No creemos además que refleje el espíritu del Constituyente de 1961 ni del de 1999.

Resulta sumamente difícil poder concebir que en un contrato de interés público suscrito por la República con una empresa extranjera, el Estado venezolano actúe como un simple particular o que pueda sostenerse que el Estado venezolano, en ejecución de un contrato de esa naturaleza, está realizando una actividad meramente privada no sometida al derecho público. Además, resulta igualmente difícil visualizar un Estado desprendido de su poder de imperio<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> FEREIRA VILLAFRANCA, José Gregorio. «*Posición Jurisprudencial en torno a la inmunidad de jurisdicción en demandas por responsabilidad patrimonial (Comentarios a la sentencia de la CSJ-SPA de fecha 30-07-1998)*». En: Revista de Derecho Administrativo N° 4, Editorial Sherwood, Caracas, 1998, p. 350.

<sup>58</sup> Sobre este particular, resultan interesantes las reflexiones de CABALLERO ORTIZ al tratar de determinar en qué contratos de interés público opera la exclusión de inmunidad



**B. La «naturaleza» comercial de la actividad como criterio rector:  
fiel reflejo del espíritu del constituyente.**

Conforme hemos indicado, la doctrina administrativa -*influenciada por las corrientes contemporáneas del Derecho Internacional*- ha abandonado el criterio que distingue entre actos del Estado «*iure imperii*» o de autoridad y actos del Estado «*iure gestionis*» o de gestión para determinar en qué casos sería aplicable la inmunidad de jurisdicción en contratos de interés público y por ende, cuándo procedería la excepción de inmunidad de jurisdicción en esa categoría especial de contratos.

Es así como se ha venido adoptando el criterio, ajustado a las tendencias del Derecho Internacional, según el cual la procedencia de la relatividad de la inmunidad de jurisdicción opera en función a la «*naturaleza de la actividad del Estado*» y no de su finalidad que, por lo demás, siempre es pública o de interés general, esto es, procede en atención a la naturaleza «*comercial*» de la actividad del Estado. Coincidimos una vez más con FEREIRA VILLAFRANCA cuando afirma que «*...seguir esta línea de pensamiento, contrario a lo que sucede con la que ha ratificando la sentencia que comentamos - refiriéndose a la sentencia recaída en el caso Lilia M. Ramírez v. Estados Unidos de América-, no resultará tan expuesto a equívocos, y ello se debe en gran medida a que aceptar que el Estado puede ejecutar actividades meramente comerciales (sometidas a una variable carga de normas de derecho privado y de derecho público), resulta sensiblemente más viable que intentar siquiera señalar un Estado despojado del Ius Imperium propio de su esencia*»<sup>59</sup>.

No siendo posible concebir un Estado totalmente despojado de su «*ius imperium*» y cuya actuación o proceder sea el de un mero particular, los partidarios de esta doctrina sostienen que la exclusión o excepción de inmunidad de jurisdicción o su renuncia expresa en contratos de interés público o en cualquier otra situación de naturaleza extracontractual dependerá entonces de la «*naturaleza comercial de la actividad del Estado*». Conforme a esta doctrina habría que concluir que el Constituyente tanto de 1961 como de 1999, permeable a los cambios experimentados en el Derecho Internacional, ha querido permitir que en algunos contratos de interés público se exceptúe o se exima la aplicación de la cláusula implícita de inmunidad de jurisdicción cuando la

---

de jurisdicción tomando en cuenta su naturaleza (Cfr. CABALLERO ORTÍZ, Jesús: Ob.cit., pp. 153-155).

<sup>59</sup> FEREIRA VILLAFRANCA, José Gregorio: Ob.cit., pp. 351.



naturaleza comercial o mercantil de la relación contractual lo exija o imponga, sin que ello signifique una disminución o pérdida de la autoridad soberana del Estado venezolano frente a los contratistas extranjeros.

La tendencia de la doctrina administrativa venezolana está dirigida a admitir la excepción al principio de la inmunidad fundamentada en el carácter «comercial» de la actividad del Estado, indicando que los contratos de interés público no dejan de tener tal carácter si su objeto es comercial o mercantil, habida cuenta que el Estado puede cumplir ese tipo de actividades sin dejar de cumplir un interés general o justamente por ello. Advierte sin embargo SANSÓ DE RAMÍREZ, en el marco de esa tendencia, que debe tenerse mucha cautela al interpretarse la expresión «la naturaleza de los contratos» contenida en el artículo 151 de la Constitución de 1999 y en tal sentido, propone que la excepción para la aplicación y procedencia de la inmunidad de jurisdicción basada en tal naturaleza se interprete «*de manera bien rígida, esto es, que se trate efectivamente de contratos que sólo cumplen objetivos comerciales y en los que de actuar el Estado lo haga desprendido efectivamente de toda potestad de imperio*»<sup>60</sup>.

Sin contrariar o lo que es lo mismo, complementando la tendencia a la que nos hemos referido, la administrativista BOSCÁN DE RUESTA<sup>61</sup>, compartiendo las impresiones expuestas por Gustavo PLANCHART en un foro sobre el tema, consideró con su atinado criterio jurídico que, con la expresión «naturaleza del contrato» contenida en el artículo 127 de la Constitución de 1961 y reproducida en el artículo 151 de la Constitución de 1999, el Constituyente no se está refiriendo a la naturaleza «jurídica» del contrato sino a la «naturaleza práctica del negocio». Esa es la posición asumida por BREWER-CARÍAS<sup>62</sup> y compartida por la jurisprudencia venezolana en la sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia del 17 de agosto de 1999 (Caso: Apertura Petrolera), sobre la cual nos referimos *in extenso* más adelante, en la que ese organismo jurisdiccional declaró:

<sup>60</sup> SANSÓ DE RAMÍREZ, Beatrice: Ob.cit., p. 364.

<sup>61</sup> BOSCÁN DE RUESTA: Ob.cit., p. 45.

<sup>62</sup> El Maestro BREWER CARÍAS advierte que, además de la naturaleza comercial del contrato, ha de tomarse en cuenta la «naturaleza práctica del negocio» o la «naturaleza de las operaciones», lo que, según explica tuvo especial aplicación, a principio de los ochenta, a propósito de los contratos de empréstitos públicos y obligaciones financieras asumidas por el Estado en territorio de Estados extranjeros (BREWER CARÍAS, Allan Randolph. «Debate...»; Op.cit., pp. 218 y ss).

*«...esa «naturaleza» a la que se refiere el artículo 127 de la Constitución de 1961 no puede reducirse única y exclusivamente a la índole comercial, pues se incurriría en el error de excluir otro tipo de negociaciones que, no siendo de naturaleza mercantil, las **circunstancias de la negociación** también exijan o recomiendan la inclusión de la cláusula arbitral».*

Nótese que tanto BOSCÁN DE RUESTA como la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia van más allá y consideran que la «*naturaleza del contrato*» a la que se refiere el Constituyente no puede limitarse únicamente a la índole «*comercial*» del contrato. En efecto, consideran que con tal interpretación se corre el riesgo de descartar de plano ciertas negociaciones que, pese a no tener naturaleza comercial, las circunstancias de la negociación exijan, recomienden o aconsejen la aplicación de la excepción a la inmunidad de jurisdicción y por tanto, la inclusión de una cláusula arbitral en virtud de la cual cualquier duda y controversia que se suscite con motivo de su ejecución sea resuelta por la vía del arbitraje.

En resumen, la excepción a la inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución de 1999 procede y por tanto, queda excluida tal inmunidad cuando la ***naturaleza comercial*** de las actividades reguladas en el contrato de interés público permita sustraerlo de la aplicación de la ley nacional y de la jurisdicción de los tribunales venezolanos. Efectivamente, el Constituyente quiso permitir la posibilidad de incorporar en contratos de interés público cláusulas específicas de renuncia a la inmunidad de jurisdicción cuando la naturaleza comercial de ese contrato lo exija o demande. En ello radica entonces el carácter relativo de la inmunidad de jurisdicción.

De todo lo anterior, siguiendo a los autores MOYA-OCAMPOS PANZERA<sup>63</sup>, podemos afirmar entonces que es posible incluir en contratos de interés público de naturaleza «*comercial*» cláusulas de arbitraje para la resolución de conflictos en materias comerciales vinculadas con el equilibrio económico financiero del contrato o con materias derivadas de su ejecución.

De esta manera concluimos nuestro análisis de la norma contenida en el artículo 151 de la Constitución de 1999, análisis que nos ha permitido determinar la relatividad del principio de inmunidad de jurisdicción y en consecuencia, la admisión de la excepción de tal inmunidad en aquellos contratos de interés

---

<sup>63</sup> MOYA-OCAMPOS PANZERA, Diego y MOYA-OCAMPOS PANZERA, María del Sol: Ob.cit., p.180.



público cuya naturaleza comercial lo exija o demande. Esto último a su vez nos ha llevado a determinar que es posible incluir en contratos de interés público de naturaleza «comercial» una cláusula en la que se establezca que las dudas y controversias surgidas con motivo de su ejecución sean resueltas a través del arbitraje.

### III DEL ACCIDENTADO CAMINO HACIA LA ADMISIÓN DEL ARBITRAJE EN CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO: UN INESTABLE COMPORTAMIENTO DE LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y DE LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

Habiendo analizado exhaustivamente la norma contenida en el artículo 151 de la Constitución de 1999, nos corresponde ahora examinar cuál ha sido el comportamiento de la doctrina administrativa *-específicamente de la Procuraduría General de la República-* y de la jurisprudencia venezolana primero en cuanto al reconocimiento del carácter relativo del principio de inmunidad de jurisdicción y luego, como consecuencia de su relatividad, cuál ha sido su comportamiento en cuanto a la admisión o no del arbitraje en contratos de interés público.

Tal examen nos permitirá evidenciar los altibajos que se han verificado tanto en la doctrina administrativa de la Procuraduría General de la República como en la jurisprudencia venezolana que ha abordado el tema. Veremos pues a lo largo del presente capítulo el inestable comportamiento y en tal sentido, las disímiles y radicalmente opuestas posiciones que han llegado a mantener tanto la Procuraduría General de la República en sus dictámenes como el Máximo Tribunal de la República en su jurisprudencia. De hecho, podremos apreciar el por qué es posible afirmar que el camino recorrido por la doctrina administrativa de la Procuraduría General de la República y por la jurisprudencia venezolana hacia la admisión del arbitraje en contratos de interés público no sólo ha sido largo sino que, por lo que respecta a la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República, también ha sido dramáticamente accidentado.

#### 3.3.1. De los cambios radicales ocurridos en la Doctrina de la Procuraduría General de la República hasta la aceptación del carácter relativo de la inmunidad y la admisión del arbitraje en contratos de interés público.

En primer término, vamos a referirnos cronológicamente a cómo fue ese largo sendero por el cual atravesó la Procuraduría General de la República

en su vasta doctrina y en sus cambiantes dictámenes hasta llegar, por una parte, a la aceptación del carácter relativo de la inmunidad de jurisdicción y por otra, a la admisión -y *lo que es más importante*- promoción del arbitraje en contratos de interés público. A tal efecto, nos referiremos a los dictámenes más relevantes que pudimos detectar sobre la materia.

Inicialmente, debemos referirnos a los *dictámenes de la Procuraduría General de la República dictados entre los años 1975-1995*. Al respecto, HUEN RIVAS nos comenta que «desde 1975 -hasta 1995 acotamos nosotros- prevaleció la tesis de la inmunidad relativa»<sup>64</sup>, invocando como criterio delimitador de la inmunidad de jurisdicción la distinción entre «*actos de imperio*» y «*actos de gestión*», distinción que estuvo en boga por muchos años pero que hoy en día, conforme hemos visto, ha caído en franco desuso e inclusive, a decir de muchos autores, ha sido absolutamente abandonada tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Administrativo venezolano. En tal sentido, se observa que la Procuraduría General de la República reconoció en sus dictámenes del 14 de enero de 1977 y 8 de junio de 1984 el carácter relativo de la inmunidad de jurisdicción en materia de contratos de empréstitos públicos externos dada su naturaleza mercantil y en consecuencia, resultan susceptibles de ser objeto de cláusulas de arbitraje en virtud de las cuales se establezca la competencia de la jurisdicción del Estado del prestamista o de tribunales arbitrales, para conocer de las dudas o controversias surgidas con motivo de su ejecución, sin que por ello pudiesen ser consideradas violatorias del artículo 127 de la Constitución de 1961, norma que, como se sabe, equivale al artículo 151 de la Constitución de 1999.

En el **año 1996** se produjo un inexplicable y repentino traspie en lo que hasta ese entonces había sido la inveterada doctrina de la Procuraduría General de la República sobre el tema de inmunidad de jurisdicción. En ese año, específicamente el **19 de diciembre de 1996**, la Procuraduría General de la República emitió el dictamen 4211 con motivo del Convenio de Préstamo suscrito por la República de Venezuela, por órgano del entonces Ministerio de Hacienda y el *Nordbanken*, banco sueco, para financiar parcialmente la adquisición de un lote de misiles para el Sistema RBS-70 de la Comandancia General del Ejército a ser suministrados por una empresa sueca. A través de ese dictamen, la Procuraduría General de la República dio un viraje o giro inesperado en lo que hasta entonces había sido su rumbo y su doctrina sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción al declarar el carácter «*absoluto*» de la inmunidad de jurisdicción en un contrato de interés público que tenía por objeto una operación

---

<sup>64</sup> HUEN RIVAS, Margot Y.: Ob.cit, p. 434.



de crédito público. Conforme al criterio expresado en ese dictamen, las operaciones de crédito público son contratos de interés público que, por su naturaleza, no permiten renunciar a la inmunidad de jurisdicción y por tanto, renunciar a los tribunales y leyes venezolanas. En efecto, la Procuraduría General de la República en su poco feliz dictamen expresó textualmente lo siguiente:

«De las Consideraciones que anteceden se evidencia que **resulta contrario a la Constitución de la República la inclusión en los contratos de crédito público la cláusula de renuncia expresa por el Estado Venezolano del privilegio de inmunidad de jurisdicción.**

En efecto, **al ser las operaciones de crédito público, como se ha dicho, contratos de interés público** -interés éste que en el caso que nos ocupa queda aún más de manifiesto por el fin último cuando la operación cual es el financiamiento para la adquisición de material bélico por el Ministerio de la Defensa-, **quedan tales operaciones sujetas al mandato contenido en el artículo 127 del Texto Fundamental, razón por la cual este Despacho estima improcedente y de dudosa constitucionalidad la inclusión en los contratos en cuestión de cláusulas en las cuales la República hace renuncia expresa a su inmunidad soberana.**

(...)

Por lo tanto, estima este Despacho evidentemente inconstitucional la cláusula mediante la cual se pretende que *«la Corte Suprema de Justicia o cualquier otro tribunal de la República de Venezuela aplique, con respecto a las operaciones de crédito público, las leyes imperantes en el país del acreedor prestamista o vendedor»...*» (Resaltado nuestro).

Como se puede apreciar, en el tristemente recordado dictamen parcialmente reproducido, la Procuraduría General de la República declaró el carácter *«absoluto»* de la inmunidad de jurisdicción en un contrato de interés público que tenía por objeto una operación de crédito público y en consecuencia, negó la posibilidad de renuncia del Estado venezolano a ese privilegio en el aludido contrato de empréstito público celebrado por la República, lo que se traduciría en negar la admisión del arbitraje como mecanismo de resolución de las dudas y controversias surgidas con motivo de la ejecución de ese contrato<sup>65</sup>.

<sup>65</sup> En sentido totalmente opuesto a lo expresado en el dictamen, el legislador nacional en la reciente Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.198 del 31 de mayo de 2005 incluyó una norma según la cual el legislador nacional, invocando el artículo 151 de la Constitución de 1999 *-equivalente al*

Dicho dictamen fue objeto de serias críticas tanto por eminentes especialistas en Derecho Internacional Privado como en Derecho Administrativo. Entre los internacionalprivatistas, destacan las críticas formuladas por MAEKELT, HERNÁNDEZ-BRETÓN y GIRAL al aludido dictamen.

Por su parte, MAEKELT y HERNÁNDEZ-BRETÓN señalan que el dictamen de la Procuraduría General de la República abandona el criterio de la relatividad de la inmunidad de jurisdicción en materia de contratos de empréstito público, el cual venía siendo sosteniendo en forma pacífica desde su dictamen del 14 de enero de 1977<sup>66</sup>. Los mencionados autores esencialmente critican que la Procuraduría General de la República haya declarado que en los contratos de empréstito público no se pueda renunciar a la inmunidad de jurisdicción y por tanto, que cualquier solución que implique el sometimiento a la jurisdicción de un Estado extranjero signifique violación del artículo 127 de la Constitución de 1961.

En lo particular, disienten MAEKELT y HERNÁNDEZ BRETÓN del criterio expresado en el dictamen del 19 de diciembre de 1996 por diversas razones. En primer lugar afirman que la regla del artículo 127 de la Constitución de 1961 no resultaría aplicable a los contratos de empréstito público en el caso que se adopte la posición de un sector de la doctrina venezolana, según la cual tales contratos no forman parte de la «seudocategoría» de contratos de interés público<sup>67</sup>, pero *-inmediatamente advierten-* que aún en el caso que se negara tal posición, *«todavía es posible sostener razonablemente el carácter de acta iure gestionis -y no de acta iure imperii- de los contratos de empréstito público»*. Ahondando en su crítica, los mencionados autores consideran que tal carácter deviene del hecho que las operaciones de empréstito público tienen naturaleza contractual en virtud que *«se producen como consecuencia de un acuerdo de voluntades en el cual el poder de imperio del Estado, propiamente dicho, está ausente»* y por tanto, tienen un contenido eminentemente mercantil. Ello les permite concluir, contrario al criterio expresado

---

artículo 127 de la Constitución de 1961- reconoció el carácter relativo de la inmunidad de jurisdicción y admitió tácitamente la posibilidad de acudir al arbitraje en contratos que versen sobre operaciones de crédito público. Textualmente indica la referida norma: «**Las controversias de crédito público que surjan con ocasión de la realización de operaciones de crédito público, serán de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sin perjuicio de las estipulaciones que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 de la Constitución se incorporen en los respectivos documentos contractuales**» (Resaltado nuestro).

<sup>66</sup> DE MAEKELT, Tatiana y HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: Ob.cit., pp. 331-332.

<sup>67</sup> PÉREZ LUCIANI, Gonzalo. «Contratos de Interés Nacional....», pp. 91, 163.





en el dictamen del 19 de diciembre de 1996, que los contratos de empréstito público «...*pueden ser sometidos a la jurisdicción del Estado del prestamista, sin que tal solución signifique violación del artículo 127 de la Constitución*», máxime que -a decir de MAEKELT y HERNÁNDEZ-BRETÓN- tales contratos por su naturaleza no comprometen la soberanía interna porque el juez conocería de cuestiones eminentemente mercantiles ni la seguridad de la República pues la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no implica la renuncia a la inmunidad de ejecución.

Por su parte, GIRAL pone la lupa en la línea argumental del dictamen para luego criticarla. Comienza su crítica calificando al dictamen de «*insuficiente e impreciso*» porque no indicó cuales eran los «*requisitos mínimos que debería contener un contrato para ser considerado como un contrato de interés público y tampoco definió los supuestos en los que podía operar la excepción*» a la inmunidad de jurisdicción. Además, para el citado autor el dictamen interpretó el artículo 127 de la Constitución de 1961 en forma contraria a la intención del Constituyente, pues «*si bien [el Constituyente] no tenía una idea precisa respecto de los límites de la regla general [en materia de inmunidad de jurisdicción] y de su excepción, al menos sí optó claramente por la doctrina de la Inmunidad Relativa, doctrina que el Dictamen desecha*». Como corolario de su crítica, el profesor GIRAL afirma con singular pero oportuna dureza que con ese dictamen la Procuraduría General de la República retrocedió «*algo más de un siglo en su pensamiento jurídico, para darle la espalda a la realidad internacional y, hasta cierto punto, a la Venezuela actual*»<sup>68</sup>.

El dictamen de la Procuraduría General de la República del 19 de diciembre de 1996, tal como se señaló, tampoco escapó de las críticas del foro de los administrativistas venezolanos. Así, BRICEÑO LEÓN consideró que el dictamen se pronunció «*en sentido opuesto al movimiento económico mundial*» y al espíritu del Constituyente de 1961. Argumenta al efecto BRICEÑO LEÓN, en forma similar a los mencionados internacionalprivatistas, que en la Constitución de 1961 se adoptó «*...el sistema de inmunidad relativa o restringida, según el cual no todo contrato de interés público es inmune a la jurisdicción de otros*» y en modo alguno consagró la inmunidad absoluta de jurisdicción como pretende el dictamen, carácter absoluto que, por cierto, según nos comenta «*se ha reducido drásticamente luego del*

<sup>68</sup> GIRAL PIMENTEL, José Alfredo. «Comentarios al Dictamen 4211 del Procurador General de la República», Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 102, Caracas, 1997, pp. 314 y ss.



*resquebrajamiento del comunismo». Pero ahí no terminan las críticas de BRICEÑO LEÓN, pues, en adición a lo anterior, afirma que si se parte de la premisa que «el privilegio operaría ante la presencia en el contrato de aspectos que importen directamente a la soberanía del Estado (Acta iure imperii)», ello nos lleva a la inexorable conclusión que la renuncia y la relatividad de la inmunidad, contrario a lo señalado en el dictamen, se permite en «contratos que aunque de interés público no están vinculados a aspectos directamente relacionados con la soberanía del Estado venezolano».*

No compartimos la posición de BRICEÑO LEÓN respecto a que la excepción al aludido privilegio únicamente opera en esa especial situación; sin embargo, coincidimos con él cuando afirma que hoy los Estados reconocen la tesis de la inexistencia de inmunidad de jurisdicción para los empréstitos públicos con empresas extranjeras y en tal sentido, cuando expresa que *«el criterio doctrinal actual indica que los contratos que se generan en los mercados financieros a los que un Estado acude, como lo hace una empresa privada, con objetivos de liquidez, no se ubican en el ámbito de lo soberano. El solo interés de estos contratos no es suficiente (...) para sustentar el alegato de inmunidad de jurisdicción»*, apoyándose para ello en el criterio de la Corte Constitucional Alemana, organismo jurisdiccional que precisamente negó el alegato de inmunidad que Irán basó en la importancia que para su presupuesto tenían los créditos bancarios de una sociedad petrolera estatal iraní.

Concluyó BRICEÑO LEÓN su crítica al dictamen haciéndole un llamado a la Procuraduría General de la República para que procediera a la pronta rectificación del criterio expresado en el aludido dictamen: una rectificación que se ajuste a *«la más moderna y calificada tendencia universal [que] acepta la tesis de la inmunidad relativa y la posibilidad de inaplicación de dicha inmunidad de jurisdicción a los empréstitos públicos»*<sup>69</sup>, moderna posición que mantenía la Procuraduría General de la República hasta que emitió el dictamen del que disentimos.

Afortunadamente, el nefasto criterio expresado en el dictamen del 19 de diciembre de 1996 tuvo una vigencia corta. Ese llamado a la rectificación del que nos hablaba BRICEÑO LEÓN no se hizo esperar y fue prontamente atendido pues a escasos cuatro (4) meses del aludido dictamen, la Procuraduría

---

<sup>69</sup> BRICEÑO LEÓN, Humberto. «Inmunidad de Jurisdicción y el Procurador». En: Revista de Derecho Público Números 59-60, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 81-82.



General de la República emitió su dictamen del **14 de abril de 1997**, en el cual, por una parte, reconoció de nuevo el carácter relativo de la inmunidad de jurisdicción y por la otra, reconoció el abandono del carácter absoluto del principio en el Derecho Internacional. En su dictamen rectificador, la Procuraduría General de la República enderezó de nuevo su timón y retomó lo que había sido su inveterado rumbo doctrinal, a cuyo efecto declaró:

«Por otra parte, es importante destacar que el acuerdo de inmunidad de jurisdicción del Estado en países extranjeros, obedece a situaciones o hechos específicos que deben ser analizados en forma particular con el fin de verificar si la actuación del Estado constituye un acto soberano o de derecho público en ejercicio de sus funciones públicas y soberanas o si por el contrario es un acto de gestión comercial o de derecho privado en ejercicio de actividades privadas, además del hecho de ser indispensable analizar a fondo el acto del Estado para determinar el objeto y la finalidad de la relación contractual, con miras a establecer si hay o no lugar a la inmunidad de jurisdicción, en los casos de los contratos de interés público, si no fuera improcedente de acuerdo con la naturaleza de dichos contratos. En este sentido es de observar que tal como lo establece la inmunidad relativa de jurisdicción plasmada en el artículo 127 de la Constitución, **es posible excluir la inmunidad jurisdiccional del Estado cuando la contratación sea de naturaleza tal, que no comprometa ni la soberanía interna ni la seguridad de la República, (...) sin que por ello la sumisión a la jurisdicción extranjera signifique violación del artículo 127 Constitucional. (...). La tendencia de la doctrina hacia la evolución de la inmunidad relativa**, obedece a la multiplicidad de actividades asumidas por el Estado, y **el desarrollo del Derecho Internacional lo que ha llevado a intensificar las relaciones internacionales y por ende a abandonar la noción de independencia o inmunidad absoluta de los Estados en Derecho Internacional, razón por la cual al establecer la Constitución la inmunidad relativa en su artículo 127 tuvo en cuenta no desconocer las variedades surgidas con la evolución del Derecho Internacional**, en vista a la necesidad de no cerrar a Venezuela a las corrientes renovadoras del Derecho Internacional, regulador de la sociedad internacional».

Este dictamen sí interpretó correctamente la intención del Constituyente de 1961 claramente plasmada en su Exposición de Motivos. Ciertamente, conforme hemos señalado en el presente estudio, la admisión de la inmunidad relativa de jurisdicción en la Constitución de 1961 fue notoriamente influenciada por las corrientes renovadoras del Derecho Internacional o, como bien señala la Exposición de Motivos, por las «*variedades surgidas con la evolución del Derecho Internacional*». Lógicamente que el criterio expresado en el dictamen no es inmune a críticas pero, al menos, constituye un paso al frente y una

honrosa rectificación. Ello es suficiente para no dedicar algunas líneas a las críticas que podrían formularse al dictamen. Quizás, la única a destacar sería el que haya declarado como única excepción a la inmunidad de jurisdicción que el contrato de interés público sea de naturaleza tal que no comprometa la soberanía ni la seguridad de la República. Razón tiene HUEN RIVAS cuando afirma que, conforme a ese criterio, el arbitraje internacional sería únicamente procedente o admisible en aquellos contratos de interés público que no comprometan la soberanía ni la seguridad del Estado<sup>70</sup>.

Luego de ese dictamen y ya bajo la vigencia de la Constitución de 1999, la Procuraduría General de la República emitió su *dictamen del 14 de marzo de 2003*, en el que reconoce una vez más el carácter relativo de la inmunidad de jurisdicción ahora prevista en el artículo 151 de la Constitución de 1999. Declara la validez de una cláusula en que las partes acordaban someterse a la jurisdicción de los tribunales franceses en un contrato de interés público, cual era el convenio de préstamo suscrito entre la República Bolivariana de Venezuela, por órgano del Ministerio de Finanzas, *BNP Paribas* y *Societe Generale* para el financiamiento del programa Línea III Tramo El Valle-La Rinconada a cargo de C.A. Metro de Caracas. Textualmente declaró la Procuraduría General de la República en su dictamen:

«....conforme a lo establecido en la cláusula decimonovena, referente al Derecho y Tribunal Aplicables, **las partes acuerdan someterse al ordenamiento jurídico aplicable al derecho francés, e igualmente todos los desacuerdos relativos a la validez, a la interpretación o la ejecución del presente contrato que no pudieran resolverse de forma amistosa quedarán definitivamente resueltos por el Tribunal de Grande Instance de París**, utilizando el idioma francés; además de renunciar el prestatario a la posibilidad de invocar cualquier inmunidad jurisdiccional o de ejecución siempre que no sea contrario a las disposiciones de Orden Público de la Ley Venezolana emitida previamente a la suscripción de este Convenio Financiero, de la que se beneficie o pudiera beneficiarse.

**En este sentido, el artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra:**

«Artículo 151: En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviera expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes

---

<sup>70</sup> HUEN RIVAS, Margot Y.: Ob. cit., p. 435.



contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras».

**La norma transcrita recoge el principio de inmunidad de jurisdicción del Estado venezolano, según el cual la solución de todas las controversias que se susciten con los contratos de interés público y que no puedan ser resueltas por acuerdo entre las partes, debe someterse a la consideración de los tribunales de la República.** Sin embargo, en la indicada norma se aprecia la inclusión de la frase «...*si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los contratos...*», lo cual permite interpretar que **su aplicación no es absoluta, sino que admite excepciones**, las cuales sólo pueden ser determinadas analizando en forma individual el contrato de que se trate.

Ahora bien, **una vez analizada la naturaleza del contrato en estudio**, se observa que se trata de un instrumento cuyo objeto es el financiamiento de un programa en beneficio de la colectividad, en el cual una de las partes es un ente de nacionalidad extranjera, que financiará gran parte de dicho programa, razón por la cual **en nuestra opinión es jurídicamente viable que las partes acuerden someterse a la jurisdicción de los Tribunales Franceses, sin que ello implique violación del principio de inmunidad de jurisdicción previsto en la citada norma fundamental**» (Resaltado nuestro).

Nótese que en su dictamen la Procuraduría General de la República declara que el artículo 151 de la Constitución de 1999 reconoce el carácter relativo de la inmunidad de jurisdicción, lo que permite, según la naturaleza del contrato, que las partes de un contrato de interés público se sometan a la jurisdicción de tribunales extranjeros para la solución de sus dudas y controversias y por lo tanto, que las partes puedan someterse a arbitraje para la resolución de los conflictos que pudieren surgir del contrato de interés público de que se trate.

Sin embargo, lo más significativo de este dictamen es la exhortación que, como colofón, formula la Procuraduría General de la República. En efecto, ese órgano asesor culmina su dictamen no sólo admitiendo el arbitraje en los contratos de interés público sino promoviéndolo como medio alternativo de solución de conflictos cuando señala que *«con relación a lo establecido en la referida cláusula este Órgano asesor sugiere que en futuras contrataciones en las que sea parte la República, en lugar de vías jurisdiccionales ordinarias se incorporen cláusulas de arbitraje, ya que en la actualidad la vía arbitral constituye una forma más expedita,*

*eficiente y económica para la resolución de conflictos que pudieran suscitarse con motivo de una relación contractual».*

De todo lo anterior, es posible concluir que la doctrina de la Procuraduría General de la República, salvo lamentables interrupciones, ha estado en línea y acorde con la intención del Constituyente y en tal sentido, cónsona con el criterio de la doctrina venezolana según el cual la inmunidad de jurisdicción no puede interpretarse como un obstáculo al establecimiento de cláusulas o compromisos arbitrales en contratos de interés público y por ende, a la admisión del arbitraje en contratos de interés público, siempre que, claro está *-conforme lo exige el artículo 151 de la Constitución de 1999, otrora artículo 127 de la Constitución de 1961-* la naturaleza del contrato lo permita, exija o demande.

### **3.3.2. Del vacilante e inconsistente comportamiento de la jurisprudencia venezolana respecto de la admisión del arbitraje en contratos de interés público: *¿evolución o involución?***

Finalizaremos nuestro estudio haciendo un recorrido por la jurisprudencia venezolana. Veremos como la jurisprudencia venezolana, a diferencia de la doctrina de la Procuraduría General de la República, ha estado marcada, ceñida o sellada por multiplicidad de obstáculos que algunas veces parecieran barreras infranqueables para la admisión del arbitraje en contratos de interés público. Tan es así que cabe preguntarse: la jurisprudencia venezolana *¿ha venido evolucionado o involucionando respecto a la admisión del arbitraje en contratos de interés público?*. Aún cuando *a priori* nos inclinaríamos por responder que ha venido involucionado, preferimos que sea el propio lector quien saque sus conclusiones luego de hacer nuestro recorrido por la jurisprudencia dictada en la materia.

El comportamiento de la jurisprudencia venezolana ha sido largo pero poco prolífero en esta materia, comportamiento signado o marcado por una gran inestabilidad e inconsistencia en lo que respecta al reconocimiento de la validez y eficacia de cláusulas compromisorias o arbitrales en contratos de interés público no obstante el reconocimiento de la relatividad del principio constitucional de inmunidad de jurisdicción. Para graficar lo que pretendemos transmitir nos valdremos de un símil. Pudiéramos decir que el recorrido por el cual hasta ahora ha transitado la jurisprudencia venezolana en esta materia ha sido igual al de una interminable «*montaña rusa*». En efecto, podría decirse que el recorrido hasta ahora transitado ha consistido en lentas pero prometedoras subidas a las que en unas ocasiones le han seguido vertiginosas bajadas y en



otras, inesperados giros y repentinas vueltas. Sin embargo, esperamos que luego de tantas subidas, bajadas, giros y vueltas, la jurisprudencia venezolana llegue algún día al final de su recorrido transitando por una pacífica y constante línea de pensamiento claramente dirigida y encaminada hacia el reconocimiento de la procedencia y admisibilidad del arbitraje en contratos suscritos por los particulares con entes públicos.

Hemos acudido al símil anterior luego de haber podido detectar o si se quiere determinar varias etapas en la jurisprudencia venezolana en lo que respecta a la admisión del arbitraje en contratos de interés público a consecuencia del reconocimiento, directo o indirecto, de la relatividad de la inmunidad de jurisdicción. Haciendo alusión a cada una de las etapas que hemos detectado y lógicamente a las sentencias que podrían ubicarse en cada una de esas etapas, comentaremos las sentencias más relevantes sobre el tema en estudio. Ello nos permitirá demostrar por qué resulta posible afirmar que el comportamiento de la jurisprudencia venezolana respecto a la admisión del arbitraje en contratos de interés público ha sido vacilante, inconsistente y por qué no, desalentador.

**a) Primera etapa: Del reconocimiento de la relatividad de la inmunidad y la admisión plena, directa y expresa del arbitraje en contratos de interés público.**

***a.1. Sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia del 17 de agosto de 1999 (caso Apertura Petrolera).***

El primer gran hito de la jurisprudencia en torno al reconocimiento del carácter relativo de la inmunidad de jurisdicción es la ya ampliamente comentada sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1998, recaída en el caso *Lilia M. Ramírez v. Estados Unidos de América*. Sin embargo, no fue la pionera en la admisión plena y expresa del arbitraje en contratos de interés público a consecuencia del carácter relativo de la inmunidad de jurisdicción. En nuestro criterio la pionera en este último particular fue la ya igualmente citada sentencia de la *Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia del 17 de agosto de 1999*, recaída en el caso *Apertura Petrolera*<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> Antes de la sentencia recaída en el caso *Apertura Petrolera*, se había dictado la sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 15 de enero de 1998 (Caso: *Industrias Metalúrgicas Van Dam, C.A. v República de Venezuela-Ministerio de la Defensa*) en la se que ya se había admitido el arbitraje en contratos de interés público mas no en forma plena sino, por el contrario, en forma verdaderamente restringida o

A los fines de su análisis en lo tocante al tema en estudio, vamos a referirnos brevemente a sus antecedentes. Pues bien, la hoy derogada «*Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos*», publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.769 Extraordinario del 29 de agosto de 1975 (la «LOREICH») en su artículo 1° reservaba al Estado por razones de conveniencia nacional, todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiera.

De conformidad con el encabezamiento del artículo 5 de la LOREICH<sup>72</sup>, las actividades mencionadas en el artículo 1°, debían ser ejecutadas directamente

---

restrictiva. En efecto, en esa sentencia se admitió la procedencia de una cláusula compromisoria o arbitral en un contrato de interés público nacional, cual era, el contrato suscrito el 7 de noviembre de 1988 entre la República de Venezuela a través del Ministro de la Defensa e Industrias Metalúrgicas Van Dam para efectuar la repotenciación, modernización, remozamiento y entrega «llave en mano» de ochenta y un (81) tanques AMX-30 y cuatro (4) recuperadores de tanques AMX-30-D. En su fallo, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en primer término, precisó que el aludido contrato era un contrato de interés público nacional al referirse a la ejecución de la repotenciación, modernización, remozamiento y entrega llave en mano de «...*material bélico, lo que determina rasgos inherentes a la seguridad y defensa nacional*». Establecido lo anterior, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia declaró que la cláusula arbitral únicamente era admisible o aplicable respecto a «...*los «aspectos técnicos» discordantes surgidos en el desarrollo del contrato, tal como ocurre con la verificación del funcionamiento y operatividad de los TANQUES (...) y la magnitud de las novedades o defectos que se imputan a los TANQUES TERMINADOS*». En efecto, concluyó la Sala que por cuanto el contenido del contrato analizado en su fallo no excluía la obligatoria incorporación de la cláusula de inmunidad de jurisdicción a que alude el artículo 127 de la Constitución [de 1961], era forzoso concluir que procedía la ejecución de la cláusula arbitral contemplada en el contrato únicamente para dilucidar aspectos técnicos del contrato, esto es, las divergencias de «*estricta índole o naturaleza técnica*» mas era inaplicable la vía arbitral para dilucidar asuntos que involucren el «*juzgamiento de aspectos legales atinentes al contrato, que rebasan lo meramente técnico en la ejecución del mismo*».

<sup>72</sup> «Artículo 5° de la LOREICH disponía: «*El Estado ejercerá las actividades señaladas en el artículo 1° de la presente Ley directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad, pudiendo celebrar los convenios operativos necesarios para la mejor realización de sus funciones, sin que en ningún caso estas gestiones afecten la esencia misma de las actividades atribuidas.*

*En casos especiales y cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de cualquiera de las señaladas actividades, celebrar*





por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad, permitiendo en el mismo encabezamiento y en su aparte único la participación del capital privado a través de dos formas contractuales: (i) los **convenios operativos**; y, (ii) los **convenios de asociación estratégica**, cuya naturaleza y caracteres difieren diametralmente al punto que, los segundos a diferencia de los primeros sí requerían autorización del extinto Congreso Nacional para su celebración, el cual además debía fijar las condiciones de celebración.

Durante la vigencia de la LOREICH, el artículo 5 constituía el marco legal que permitía, sin acudir a reformas legales, establecer fórmulas que permitieran la participación de particulares o capitales privados, en la realización de cualesquiera de las actividades que configuraban el monopolio estatal petrolero.

De hecho, valiéndose de ese marco legal, el Estado venezolano diseñó los denominados «*planes de apertura petrolera*» en los cuales se contemplaba la participación de capitales privados, nacionales y extranjeros, en la realización de cualesquiera de las actividades que formaban parte del monopolio estatal petrolero. Estos planes de apertura fueron diseñados con el propósito de elevar los niveles de producción de petróleo y demás hidrocarburos para satisfacer la demanda del mercado internacional y, con ello, mantener a la industria petrolera nacional en márgenes competitivos y rentables en el mercado energético mundial. Para elevar los volúmenes de producción se requería de un considerable esfuerzo de inversión en recursos humanos, técnicos y financieros y, de allí, la necesaria participación de capitales privados, nacionales y extranjeros, en el monopolio estatal petrolero.

Fue así como en el marco de la apertura petrolera y en ejecución del artículo 5 de la LOREICH, el 4 de julio de 1995 el Congreso de la República aprobó el Acuerdo mediante el cual autorizó en su artículo primero la celebración de los convenios de asociación para la explotación a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas conforme al Marco de Condiciones que fijó en su artículo 2° (el «Acuerdo del Congreso»). El Marco de Condiciones de los Convenios de Asociación antes aludidos fue consagrado en el artículo 2° del Acuerdo del Congreso y constaba de veintitrés (23) cláusulas que debían ser incluidas en tales convenios.

---

*convenios de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada. Para la celebración de tales convenios se requerirá la previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta, dentro de las condiciones que fijen, una vez que hayan sido debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes» (Resaltado nuestro).*



Ahora bien, con posterioridad a la publicación del Acuerdo del Congreso en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.754 del 7 de julio de 1995, un grupo de ciudadanos (*Simón Muñoz Armas, Elías Eljuri Abraham, Trino Alcides Díaz, Alí Rodríguez Araque*, entre otros) demandó por ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia la nulidad por inconstitucionalidad de las cláusulas primera, segunda, cuarta, sexta, décima, decimoséptima y vigésima primera del artículo 2° del Acuerdo del Congreso. Sin embargo, a los fines del presente estudio, solamente nos circunscribiremos a la pretendida nulidad de la cláusula decimoséptima en la cual se consagraba la posibilidad del arbitraje como modo de resolver las controversias derivadas de tales convenios en los siguientes términos:

«El Convenio se regirá e interpretará de conformidad con la leyes de la República de Venezuela.

Las materias competencia del Comité de Control no estarán sujetas a arbitraje.

**El modo de resolver las controversias en materias que no sean competencia del Comité de Control y que no puedan dirimirse por acuerdo entre las partes, será el arbitraje**, el cual se realizará según las reglas de procedimiento de la Cámara Internacional de Comercio, vigentes al momento de la firma del Convenio».

Los recurrentes al motivar su impugnación alegaron como motivo de impugnación que la citada cláusula era violatoria del artículo 127 de la Constitución de 1961 *-equivalente al artículo 151 de la Constitución de 1999-*, por considerar que la única excepción a la inmunidad de jurisdicción establecida en la norma constitucional para entonces vigente se refería a los contratos celebrados entre dos Estados soberanos o entre un Estado soberano y los organismos de Derecho Internacional Público y, además, que los Convenios de Asociación versaban sobre recursos naturales que se encontraban bajo el régimen y administración del Poder Nacional, por lo que revestían, por su naturaleza, un incontrovertible interés público que comprometía aspectos esenciales a la nación venezolana. Con base en tal alegato, los recurrentes concluyeron en su demanda que la cláusula decimoséptima contradecía flagrantemente el artículo 127 constitucional pues los Convenios de Asociación eran contratos de interés público cuyas controversias no podían dirimirse con arreglo a normas de procedimiento distintas a las establecidas en la legislación venezolana.

Vistos y analizados los alegatos expuestos tanto por los recurrentes como por los opositores a la nulidad solicitada de la cláusula decimoséptima, la Sala



Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 17 de agosto de 1999 declaró *improcedente* el alegato de inconstitucionalidad formulado por los recurrentes.

A los fines propuestos no basta con haber señalado cuál fue la decisión de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia con respecto a la nulidad solicitada de la cláusula decimoséptima sino que, por el contrario, resulta necesario referirnos también a las motivaciones empleadas por la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia para así pronunciarse. En tal sentido, se observa que el Máximo Tribunal de la República, previo a emitir cualquier pronunciamiento, enumeró cuáles serían los aspectos que debía dilucidar respecto de la alegada inconstitucionalidad de la cláusula decimoséptima del artículo 2° del Acuerdo del Congreso, a cuyo efecto indicó:

«Para decidir, se observa:

Son tres los aspectos a dilucidar en la presente controversia:

En primer lugar, el referido a si **los convenios de asociación debe reputárseles como contratos de interés público.**

En segundo término, lo relacionado con la concepción adoptada por **la Constitución de la República en su artículo 127**, esto es, si **acogió el sistema de inmunidad absoluta** de jurisdicción o, por el contrario, el de **inmunidad relativa, a través del cual se permitiría, dependiendo de la naturaleza del contrato, incorporar la cláusula arbitral.**

Y, por último debe dilucidarse **a qué se ha referido el Constituyente de 1961 cuando estableció «si no fuera improcedente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos»** (Resaltado nuestro).

Planteados los términos de la controversia, la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia pasó a pronunciarse sobre todos y cada uno de los aspectos que estimó debía dilucidar para emitir su pronunciamiento respecto de la alegada inconstitucionalidad de la cláusula decimoséptima del artículo 2° del Acuerdo del Congreso, a cuyo efecto indicó:

«**Primero:** Con relación al interés público del cual están revestidos **los Convenios de Asociación a que se refiere el Acuerdo del Congreso** impugnado, estima esta Corte que en el punto 4 de la motiva del presente fallo, referido a la Cláusula Sexta, se dejó claramente establecido que **su naturaleza jurídica, es la de un contrato administrativo, o de interés público** dadas las características allí extensamente analizadas.

Debe además, dejarse sentado en esta oportunidad, visto lo alegado por los recurrentes, que la contratación administrativa aludida se encuentra vinculada al interés público o colectivo, pues, como se ha dicho -y aquí se reitera- es precisamente este elemento el que mueve a la Administración a realizar este tipo de contratación. Así se declara.

**Segundo:** por lo que se refiere a la concepción que adoptó el artículo 127 de la Constitución de la República, resulta a todas luces evidente para esta Corte, que la redacción de la citada norma **no deja la menor duda de que el Constituyente al incorporar en los contratos de interés público la excepción «si no fuera improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos» se acogió al sistema de inmunidad relativa** que ya había establecido la Constitución de 1947. Sistema que, por lo demás, impera en los países desarrollados, que permanentemente someten sus controversias internacionales a los árbitros que elijan uno y otro Estado (...)

No comparte la Corte lo expuesto por los impugnantes, toda vez que la redacción de la mencionada norma no permite, ni semántica ni conceptualmente, hacer tal distinción. En efecto, dispone el artículo 127 citado que: «En los contratos de interés público, **si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos**, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras». (Resaltado de la Corte). **De tal redacción resulta ostensible que el Constituyente no precisó que la excepción allí contenida estuviese referida a los contratos celebrados entre dos Estados soberanos o entre un Estado soberano y los organismos de Derecho Internacional Público, como lo pretenden los recurrentes.**

Rebasa el alegato de los demandantes la intención del Constituyente quien no hizo distinción alguna. De lo expuesto, cabe concluir que **no se encuentran excluidos por la excepción contenida en el artículo 127 de la Constitución, los contratos de interés público distintos a los señalados por los recurrentes, pues entran en ella todos aquellos cuya naturaleza haga procedente la incorporación de la cláusula arbitral.** Así se declara.

**Tercero:** Ha quedado establecido tanto el carácter de interés público de los Convenios de Asociación autorizados por el Acuerdo del Congreso como la circunstancia de que la excepción contenida en el artículo 127



constitucional no se limita sólo a aquellos contratos que celebren dos Estados soberanos o un Estado soberano y los organismos de Derecho Internacional Público, y sólo resta por deducir si estos Convenios de Asociación -como lo afirman los opositores al presente recurso de nulidad- tienen la «naturaleza» a la que se refiere el texto constitucional.

(..)

...los opositores al recurso sostienen que, esa naturaleza no es más que la comercial o mercantil que identifica las contrataciones, que por razones de interés público, debe realizar la Administración.

Observa la Corte al respecto que, ciertamente la naturaleza determinada constitucionalmente no es la naturaleza jurídica del contrato, no es la que se refiere a los rasgos característicos de la contratación, esto es, no está vinculada a las notas que permitan incluirlo en una determinada clasificación el tipo de contratos, pues ella queda claramente evidenciada del señalamiento «de interés público» que hace la norma, y **efectivamente, se trata de la gestión administrativa involucrada en la negociación, la que determinará la posibilidad de la excepción a la inmunidad jurisdiccional.**

**Considera esta Corte, además, que esa «naturaleza» a la que se refiere el artículo in comento no puede reducirse única y exclusivamente a la de índole comercial, pues se incurriría en el error de excluir otro tipo de contrataciones que, no siendo de naturaleza mercantil, las circunstancias de la negociación también exijan o recomiendan la inclusión de la cláusula arbitral.** Esto conlleva a concluir, que la Administración puede y debe estimar la circunstancia específica del caso, y siempre que en ella esté involucrado el interés general, el interés público, en definitiva, la conveniencia del colectivo, **la idoneidad del arbitraje como mecanismo que coadyuve al mejor cumplimiento de los fines perseguidos con la contratación**, lo que de ninguna manera postula una discrecionalidad en sentido lato, pues, se preserva de ello el artículo 126 de la Constitución, cuando exige la aprobación del Congreso Nacional al tratarse de contratos de interés nacional.

Ahora bien, en cuanto a la cláusula de arbitraje autorizada por el Acuerdo aquí impugnado a fin de ser incorporada en los Convenios de Asociación cabe destacar que conforme a la misma Cláusula Decimoséptima, en el artículo 2 se expresa «El Convenio se regirá e interpretará de conformidad con las leyes de la República de Venezuela»; también establece que las materias sometidas a la competencia del Comité de Control no estarán sujetas a arbitraje. Y es sólo este Comité de Control (cuya mayor representación corresponde a representantes de la empresa filial) el que

conocerá de las decisiones fundamentales de interés nacional relacionadas con la ejecución del Convenio, lo que permite deducir que las materias que conocería eventualmente la Comisión Arbitral no serían fundamentales para el interés nacional.

En razón de lo expuesto, **estima esta Corte que, en el caso concreto de los Convenios de Asociación autorizados por el Acuerdo del Congreso de fecha 4 de julio de 1995, su naturaleza no solamente comercial sino de trascendencia para la consecución de las medidas económicas adoptadas por la Administración y validadas por el Congreso Nacional, se subsume en el supuesto previsto en la norma constitucional, por lo que al no infringirla debe declararse improcedente el alegato de inconstitucionalidad por esta causa y así se declara»** (Resaltado nuestro).

Todas las motivaciones empleadas por la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, pueden ser sintetizadas en las siguientes conclusiones a las que arribó ese organismo jurisdiccional en su fallo:

1. Los *Convenios de Asociación* son *contratos de interés público* o administrativos, asimilación sujeta a las críticas a las que nos referimos precedentemente por parte de un sector de la doctrina patria;
2. El Constituyente de 1961 en su artículo 127 acogió el sistema de inmunidad relativa de jurisdicción cuando incorporó en los contratos de interés público la excepción «*si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos*»;
3. La excepción a la inmunidad de jurisdicción, por la naturaleza del contrato, no sólo está referida a los contratos celebrados entre dos Estados soberanos o entre un Estado soberano y los organismos de Derecho Internacional Público sino que entran en tal excepción todos aquellos contratos de interés público cuya naturaleza haga procedente la incorporación o inclusión de la cláusula arbitral;
4. La gestión administrativa involucrada en la negociación es la que determinará la posibilidad de la excepción de inmunidad de jurisdicción.
5. La «*naturaleza*» a la que se refiere el artículo 127 de la Constitución de 1961 no puede reducirse a la índole comercial o mercantil del contrato, pues quedarían excluidos otros que no siendo comerciales o mercantiles, exijan la inclusión de la cláusula arbitral, por lo que



también está referida a las «*circunstancias de la negociación*», circunstancias que en efecto podrían exigir o recomendar la incorporación o inclusión de la cláusula arbitral en contratos de interés público y,

6. La Administración debe estimar la circunstancia específica del caso y siempre que en ella esté involucrada el interés público, la idoneidad del arbitraje como mecanismo que coadyuve al mejor cumplimiento de los fines perseguidos con la contratación.

Con fundamento en las anteriores conclusiones, la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia declaró que los *Convenios de Asociación*, no sólo por su naturaleza industrial y comercial sino por su trascendencia para la consecución de las medidas económicas adoptadas por la Administración y validadas por el entonces Congreso Nacional, *son de aquéllos que están dentro de la excepción del principio de inmunidad de jurisdicción* previsto en el artículo 127 de la Constitución de 1961, motivo por el cual concluyó que la cláusula decimoséptima no violaba la aludida disposición constitucional. Dicho en otros términos, la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia reconoció que no le resultaba aplicable a los Convenios de Asociación la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 127 de la Constitución de 1961. Ello en virtud que la naturaleza de esos contratos permite excluirlos de la jurisdicción de los tribunales venezolanos y, en consecuencia, que las dudas y controversias que de ellos surjan puedan someterse a arbitraje.

En resumen, la máxima contenida en la sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia consiste en haber declarado que, tomando en cuenta las circunstancias prácticas y la gestión administrativa involucrada en la negociación, ***todos aquellos contratos de interés público cuya naturaleza -comercial o mercantil- haga procedente la incorporación de la cláusula arbitral se inscriben dentro de la excepción al principio de inmunidad de jurisdicción previsto en el artículo 127 de la Constitución de 1961*** y en consecuencia, los tribunales venezolanos carecerán de jurisdicción para conocer de las controversias relacionadas con esos contratos. Esta sentencia viene a ser así la pionera en la admisión plena y expresa del arbitraje en contratos de interés público como consecuencia del reconocimiento del principio de la inmunidad relativa de jurisdicción, principio éste que permite, cuando la naturaleza del contrato lo determine, exija o aconseje, excluir respecto del mismo la aplicación de las leyes venezolanas y la jurisdicción de los tribunales venezolanos.

***a.2.) Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 20 de junio de 2000 (Caso: Aerolink International, S.A. v. Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía).***

En nuestro análisis jurisprudencial, hemos detectado una sentencia en la que si bien es cierto no se califica de «*interés público*» al contrato cuya resolución unilateral fue declarada por la Administración y en consecuencia, no se hace alusión alguna al principio constitucional de inmunidad relativa de jurisdicción, admite en forma plena y expresa el arbitraje en contratos administrativos. De allí que, pese a lo anterior, hemos considerado pertinente incluirla en esta etapa de la jurisprudencia venezolana.

Se trata de la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 568 del 20 de junio de 2000 (Caso: *Aerolink International, S.A. v. Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía*). Esta sentencia fue dictada con motivo de la apelación ejercida por el Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (I.A.A.I.M.) en contra de una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que había declarado parcialmente con lugar la acción de amparo constitucional ejercida por la sociedad mercantil *Aerolink International, S.A.* contra el Oficio N° IAAIM-CJ-99-243 del 21 de mayo de 1999, mediante el cual el Consejo de Administración del Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (I.A.A.I.M.) había declarado la resolución unilateral del contrato de concesión suscrito con la referida sociedad mercantil en fecha 15 de febrero de 1996 para la operación y administración comercial de equipos aeroportuarios de asistencia a aerolíneas y pasajeros del Aeropuerto Internacional Simón Bolívar de Maiquetía.

En su fallo, la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia confirmó la sentencia objeto de apelación y en tal sentido, declaró que el acto administrativo de resolución unilateral del contrato de concesión antes identificado efectivamente violó el derecho a la defensa y al debido proceso de la sociedad mercantil *Aerolink International, S.A.* consagrado en el artículo 49 de la Constitución de 1999. Así lo declaró en virtud que no se evidenciaba en las actas del expediente, por una parte, que a la empresa accionante en amparo se le hubiese notificado del inicio de un procedimiento administrativo en el que haya tenido la oportunidad de alegar y aportar las pruebas que obraran en su favor y en definitiva, oponer las defensas que estimara pertinentes para desvirtuar el supuesto incumplimiento del contrato de concesión que motivaría su ulterior resolución y por otra, que la Administración haya acudido a la instancia



arbitral para dilucidar ese supuesto incumplimiento conforme lo pactaron las partes en la cláusula décima del respectivo contrato de concesión.

A los fines de nuestro estudio, únicamente nos interesa referirnos a las motivaciones expuestas por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia respecto al hecho de no evidenciarse en las actas del expediente que la Administración hubiese acudido a la instancia arbitral para dilucidar el incumplimiento imputado a la concesionaria. Al respecto, ese organismo jurisdiccional declaró:

«Adicionalmente a lo anterior y respecto a la denuncia de violación al debido proceso, por el incumplimiento por parte de la Administración de la vía arbitral prevista en el contrato de concesión, **esta Sala observa que la Constitución de 1999, se identifica con los postulados plasmados en la Ley de Arbitraje Comercial, cuando en su artículo 258 dispone lo siguiente:**

Artículo 258: «... **la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de los conflictos**».

**La eficacia y validez de una cláusula compromisoria estipulada en un contrato administrativo es hoy una cuestión fuera de toda duda, como lo confirma la opinión de nuestra más calificada doctrina** (cfr. Antonio Moles Caubet: «El Arbitraje en la Contratación Administrativa», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, N° 20, páginas 9 a 34; Baumeister, Alberto: «Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Aplicable a los Casos de Arbitrajes regidos por la Ley de Arbitraje Comercial», en Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999, páginas 95 a 100), **opinión ratificada por la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 6 de noviembre de 1997 en el caso Van Dam contra la República y acogida además en el artículo 10 del Decreto Ley N° 138 de 1994 sobre «Concesiones de Obras y Servicios Públicos».**

En ese sentido, expone Luis Fraga Pitaluga que *«lo propio en materia de concesiones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto-Ley Nro. 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, cuyo artículo 10 dispone que el Ejecutivo Nacional y el concesionario podrán convenir en que las dudas y controversias que puedan suscitarse con motivo de la interpretación o ejecución del contrato de concesión se decidan por un tribunal arbitral cuya composición, competencia, procedimiento y derecho*



*aplicable serán determinados por las partes» (El Arbitraje y la Transacción como Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos Administrativos, en IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías; 1998, pág 176).*

**En el presente caso, en el contrato de concesión las partes de mutuo acuerdo decidieron someterse al procedimiento de arbitraje en caso de surgir posibles diferencias en la ejecución del referido contrato de concesión; tal acuerdo quedó plasmado en la Cláusula Décima del contrato.**

**Ahora bien, tampoco consta en las actas del expediente la utilización de ese procedimiento por parte de la Administración, dentro de las discrepancias que motivaron la rescisión unilateral del contrato de concesión, por lo cual resulta evidente la violación al debido proceso, conforme al artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual como antes quedó anotado ha sido extendido al procedimiento administrativo, y así se declara» (Resaltado nuestro).**

Nótese que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, apoyándose en el espíritu del Constituyente plasmado en la norma contenida en el artículo 258 de la Constitución de 1999 a través de la cual se promueve el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos e inspirada por el legislador al haber consagrado el arbitraje en el Decreto Ley N° 138 sobre Concesiones de Obras y Servicios Públicos, declaró en términos verdaderamente absolutos, enfáticos y concluyentes que «*la eficacia y validez de una cláusula compromisoria estipulada en un contrato administrativo es hoy una cuestión fuera de toda duda*». Con base en esa importante y tajante premisa, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia declaró la evidente violación al debido proceso de que había sido objeto la empresa *Aerolink International, S.A.* al haber podido evidenciar que en las actas del expediente no constaba que la Administración hubiese acudido al arbitraje para dilucidar las diferencias o incumplimientos que motivaron su rescisión unilateral. En consecuencia, al menos en materia de contratos administrativos, la jurisprudencia admitió en forma plena y expresa el arbitraje como medio alternativo para la solución de conflictos surgidos con motivo de su ejecución o interpretación.



**b) Segunda etapa: Del reconocimiento implícito de la relatividad de la inmunidad y la admisión indirecta del arbitraje en contratos de interés público.**

***b.1. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 19 de marzo de 2002 (Caso: Minera Las Cristinas -MINCA v. Corporación Venezolana de Guayana- CVG).***

En fecha 19 de marzo de 2002, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó su sentencia N° 495 en la cual, conforme se podrá apreciar, se reconoce implícitamente la inmunidad relativa de jurisdicción así como también se admite indirectamente el arbitraje en contratos de interés público.

En el caso concreto se discutía en apelación o segunda instancia la declaratoria de *inadmisibilidad* de la acción de amparo constitucional ejercida por Minera Las Cristinas, C.A. (MINCA) contra una comunicación del Presidente de la Corporación Venezolana de Guayana (CVG) mediante la cual se le imputaban a MINCA incumplimientos contractuales y se le concedía un lapso de noventa (90) días para la subsanación de tales incumplimientos o, en su defecto, se procedería a la rescisión del contrato de exploración, desarrollo y explotación del mineral oro de aluvión y de veta en un área denominada Las Cristinas 4, 5, 6 y 7 en el Estado Bolívar.

Es de señalar que en primera instancia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en su fallo del 8 de noviembre de 2001 había declarado *inadmisible* la acción de amparo propuesta por considerar, tal como indicó en su fallo, que la simple notificación del inicio de un plazo de discusión de noventa (90) días a los fines de subsanar los incumplimientos contractuales imputados o para llegar a un arreglo con la CVG no configuraba en el caso examinado la violación constitucional denunciada ni suponía el incumplimiento del agotamiento de la solución amigable ni de la vía arbitral prevista en el respectivo contrato de concesión. Señaló en efecto la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el fallo de primera instancia textualmente lo que sigue:

*«(...) el objeto de la comunicación recibida por MINCA (...) fue iniciar la discusión de los aparentes incumplimientos por parte de MINCA, otorgándole a esta última un plazo de noventa (90) días continuos para que ésta alegara sus razones, de conformidad con la disposición contractual que permite tal notificación, sin que ello involucre a su vez, el incumplimiento del agotamiento de la solución amigable y, en concreto del laudo arbitral previsto para la resolución de la concesión*

*(...). De lo anterior, se concluye que la pretensión interpuesta, en el presente caso no reúne los extremos necesarios para la procedencia de la vía extraordinaria del amparo constitucional, en cuanto a que la notificación del inicio del plazo de discusión, no configura la violación constitucional alegada» (Resaltado nuestro).*

Es de señalar que en primera instancia, MINCA había alegado, entre otras denuncias, que la aludida comunicación violaba sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso pues la CVG no acudió a la vía amistosa y luego al arbitraje como mecanismos alternativos de resolución de conflictos derivados del contrato de concesión, respecto de lo cual la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo consideró, conforme se pudo apreciar, que tal comunicación no implicaba en modo alguno incumplimiento del agotamiento de la vía amistosa ni del arbitraje previsto en el contrato de concesión. Ha de destacarse que al menos la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo reconoció que contractualmente las partes habían escogido someter a la vía amistosa y luego al arbitraje la solución de las controversias que pudieran surgir de la ejecución del contrato de concesión suscrito entre MINCA y la CVG en fecha 22 de febrero de 1992.

En todo caso, vista la *inadmisibilidad* de la acción de amparo ejercida, MINCA apeló de la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que así se pronunció, dando lugar a la sentencia número 495 del 19 de marzo de 2002, la cual a la letra es del siguiente tenor:

**«...observa esta Sala que de las cláusulas vigésima cuarta, vigésima sexta y vigésima séptima del contrato original suscrito por Minera Las Cristinas C.A. con la CVG, para la exploración, explotación y desarrollo de Las Cristinas 4, 5, 6 y 7, consagran expresamente como vías de solución de cualquier controversia surgida con ocasión a la ejecución del referido contrato, en primer término la amistosa y luego el arbitraje, vías que de mutuo acuerdo escogieron las partes como mecanismo alternativo de solución de sus controversias.**

En ese orden de ideas, observa esta Sala que la controversia se originó cuando la CVG mediante comunicación del 7 de agosto de 2001, imputó expresamente a Minera Las Cristinas C.A., el incumplimiento de la cláusula novena, referente a la obligación de presentar informes de la ejecución de las obras; de la cláusula décima novena, que prevén la inactividad en la ejecución del contrato y de las cláusulas vigésima cuarta y vigésima quinta, por la transferencia de acciones sin autorización de la CVG, de uno de los accionistas de Minera Las Cristinas C.A.

En la correspondencia del 7 de agosto de 2001, también se hace mención a un plazo de noventa (90) días para solucionar los incumplimientos, antes referidos, bajo amenaza de rescisión del contrato.



Respecto a los medios alternativos de solución de controversias, escogidos por las partes en el contrato de concesión se evidencian los siguientes mecanismos:

Vigésima Cuarta: Las partes harán sus mejores esfuerzos para facilitar el correcto desarrollo de este contrato en la forma más conveniente, evitando cualquier acto que pueda causar fricciones entre ellas o que, de cualquier otra manera, pueda ser obstáculo para llevar a cabo el correcto cumplimiento del objeto del presente contrato.....

Vigésima Sexta: Las partes harán todo lo posible para resolver con prontitud y de buena fe, cualquier controversia que se suscite con respecto a este contrato o sus anexos. En el caso de que las partes en una controversia no puedan resolverla en forma amistosa, dicha **controversia será resuelta definitiva y exclusivamente mediante el arbitraje** de conformidad con el Código de Procedimiento Civil Venezolano, conducido de acuerdo con las normas de arbitraje de la cámara de Comercio Internacional de Paris (las normas de arbitraje).....

*Vigésima Séptima: Cualquiera de las partes tendrá derecho a terminar este contrato, después de transcurridos noventa (90) días continuos a partir de la fecha en que notifique por escrito a la otra, atribuyéndole en forma razonada, el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas en este contrato, siempre que dentro de dicho plazo no se hubiere subsanado el incumplimiento. Si la parte que invoque el incumplimiento considera que el mismo pueda ser subsanado antes de los mencionados noventa (90) días, deberá indicar expresamente a la otra en el escrito de notificación, el plazo en que se deba corregir el incumplimiento, con señalamiento de las notificaciones que fundamenten ese plazo. Si el incumplimiento se subsana en un lapso mayor del razonablemente señalado por la parte agraviada, o del lapso aceptado por esta proposición de la otra parte, siempre que no excediera el límite máximo de noventa (90) días, la parte que hubiere incumplido, pagará a la otra los correspondientes daños y perjuicios ocasionados por el retardo».*

Esta Sala observa de las cláusulas antes transcritas, que **las partes, de mutuo acuerdo, escogieron por vía contractual, como mecanismo de solución de controversias, en primer término la vía amistosa y luego el arbitraje, mecanismos que están constitucionalmente consagrados en**

**el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

Ahora bien, esta Sala considera que el *a quo*, actuó ajustado a derecho al declarar la inexistencia de las pretendidas violaciones constitucionales, ya **que del contenido de la correspondencia** del 7 de agosto de 2001, dirigida por la CVG, **lo que se evidencia es que la CVG exhortó a Minera Las Cristinas C.A., a que subsanara los incumplimientos de las obligaciones contractualmente asumidas en el plazo de noventa (90) días** a que hace alusión la cláusula vigésima séptima del contrato en cuestión **y que las partes escogieron por vía contractual como mecanismo alternativo de solución de controversias**, motivo por el cual se **confirma el fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 8 de noviembre de 2001 (....) y declara SIN LUGAR la apelación ejercida por (...) MINERA LAS CRISTINAS, C.A.»** (Resaltado nuestro).

Como se puede apreciar en el fallo transcrito, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no se pronunció expresamente sobre la relatividad de la inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, reconoce la existencia y validez de una cláusula arbitral en un contrato de interés público y en tal sentido, invocando la norma contenida en el artículo 258 de la Constitución de 1999 *-norma programática dirigida a promover el arbitraje-* indirectamente reconoció la admisibilidad del arbitraje en contratos administrativos de naturaleza internacional.

***b.2. Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 18 de noviembre de 2003 (Caso: República Bolivariana de Venezuela v. Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. - Aucoven).***

En esta sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia identificada con el N° 1753 se resuelve una cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por la sociedad mercantil *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A.* con motivo de la acción mero declaratoria ejercida por la República Bolivariana de Venezuela en contra de *Aucoven* a los fines de que ese organismo jurisdiccional declarara la resolución del contrato de concesión suscrito entre la República de Venezuela por órgano del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, hoy Ministerio de Infraestructura, y la sociedad mercantil *Autopista Concesionada de Venezuela, Aucoven, C.A.*, hoy *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A.* («Aucoven») el 23 de diciembre de 1996 para el proyecto de construcción, explotación, conservación y mantenimiento



del Sistema Vial Autopista Caracas-La Guaira y carretera vieja Caracas-La Guaira y de sus servicios conexos.

La sociedad mercantil *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A.* al fundamentar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta resumidamente alegó, entre otros razonamientos, los siguientes:

- (i) Que, conforme a la cláusula 64 del contrato de concesión entre la República de Venezuela y la sociedad mercantil *Autopista Concesionada de Venezuela, Aucoven, C.A.* («*Aucoven*»), las partes acordaron que, en el momento en que la mayoría de las acciones en *Aucoven* pasaran a ser propiedad de un nacional de un Estado parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el «Convenio CIADI»)<sup>73</sup>, las partes consentían en: (1) tratar a *Aucoven* como nacional de dicho Estado a los fines del Convenio CIADI y, (2) someter todas las disputas, reclamos, controversias, desacuerdos y/o diferencias relacionadas, derivadas o en conexión con el contrato de concesión al mecanismo de arbitraje ante el CIADI de conformidad con el Convenio CIADI y las correspondientes Reglas de Arbitraje del CIADI. Es de señalar que mediante dicho Convenio fue creado el Centro Internacional de Arreglo Diferencias Relativas a Inversiones o CIADI (conocido también por sus siglas inglesas: ICSID -*International Centre for Settlement of Investment Disputes*-), el cual tiene por objeto facilitar la sumisión de diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje;
- (ii) Que el 11 de junio de 1997, *Aucoven* solicitó autorización del entonces Ministerio de Transporte y Comunicaciones -*hoy Ministerio de Infraestructura*- para que *Ingenieros Civiles Asociados, S.A. de C.V.* («*ICA*») vendiera una parte sustancial de sus acciones en *Aucoven* a *Icatech Corporation* («*Icatech*»), empresa constituida conforme a las leyes del Estado de Florida, Estados Unidos de América y para que *Santiago León Valores, C.A.* (antes denominada «*Baninsa Finanzas y Valores, C.A.*») («*Santiago León*») vendiera todas sus acciones en *Aucoven* a *Icatech*.

<sup>73</sup> La Ley Aprobatoria del Convenio CIADI y su ratificación fueron publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.685 del 4 de abril de 1995.

- (iii) Que con la celebración de las mencionadas operaciones de venta, el setenta y cinco (75%) de las acciones de *Aucoven* pasarían a ser propiedad de *Icatech*, empresa constituida conforme a las leyes del Estado de Florida, Estados Unidos de América, siendo este país parte del Convenio CIADI;
- (iv) Que el 30 de junio de 1998, el Ministerio autorizó la solicitud de *Aucoven* y autorizó a *ICA* y a *Santiago Valores* a vender la mayoría de las acciones que poseían en *Aucoven* a *Icatech*;
- (v) Que el 28 de agosto de 1998, en ejecución de la autorización concedida, *Icatech* pasó a ser propietaria del setenta y cinco (75%) del capital social de *Aucoven*, por lo que a partir de esa fecha, conforme a lo dispuesto en la cláusula 64 del contrato de concesión, entró en vigencia el acuerdo de las partes de tratar a *Aucoven* como nacional de los Estados Unidos de América a los fines del Convenio CIADI y en consecuencia, el consentimiento de las partes contratantes de someter las controversias al Centro Internacional de Arbitraje para la Solución de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI);
- (vi) Que en fecha 31 de agosto de 1998, *Aucoven* notificó al entonces Ministerio de Transporte y Comunicaciones la venta de acciones de *Aucoven* efectuada en ejecución de la autorización previamente concedida por ese Ministerio;
- (vii) Que, luego de haber agotado infructuosamente un proceso de conciliación con la República con motivo de los graves incumplimientos en que -a decir de *Aucoven*- había incurrido la República a sus obligaciones contractuales, *Aucoven* presentó en fecha 1° de junio de 2000, una demanda arbitral ante el Centro Internacional de Arbitraje para la Solución de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), de conformidad con la cláusula compromisoria prevista en el artículo 64 del respectivo contrato de concesión y que ese tribunal arbitral en fecha 27 de septiembre de 2001 se había declarado competente para conocer de las controversias relacionadas con ese contrato planteadas por *Aucoven* en su solicitud del 1° de junio de 2000<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Como comentario al margen vale la pena señalar que en fecha 23 de septiembre de 2003, el Tribunal del CIADI dictó el laudo arbitral mediante el cual declaró la terminación del contrato de concesión desde el 1° de junio de 2000 y pese a que reconoció los incumplimientos contractuales en los que incurrió la República, únicamente la condenó al pago del daño emergente.





- (viii) Que el objeto de la acción mero declarativa intentada por la República constituye una controversia relacionada, derivada o en conexión con el contrato de concesión y por tanto, debe ser resuelta ante el CIADI de conformidad con el compromiso arbitral previsto en la Cláusula 64 del contrato de concesión;
- (ix) Que las partes, conforme a lo antes indicado, habían acordado sustraer del conocimiento de los Tribunales venezolanos todas las disputas, controversias, desacuerdos y/o diferencias relacionadas, derivadas o en conexión con el contrato de concesión y como contrapartida, habían manifestado su voluntad de someter cualquier controversia derivada del contrato de concesión a la decisión de árbitros;
- (x) Que como consecuencia de los anteriores razonamientos, la ***Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia debía declarar que no tenía jurisdicción para resolver la controversia planteada por la República***, pues de lo contrario se violarían las normas del Convenio CIADI del cual era y es parte la República y por tanto, constituyen compromisos internacionales válidamente adquiridos por la República.

No obstante la solidez de los anteriores razonamientos, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia declaró *Sin Lugar* la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por la sociedad mercantil *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A.* y por tanto, declaró que el Poder Judicial venezolano sí tenía jurisdicción para conocer de la acción de la mero declarativa intentada por la República de Venezuela. Argumentó al efecto que no habiendo sido autorizada por el «*Ejecutivo Nacional*» -entendiendo por tal al *Presidente de la República*- la venta de acciones de *Aucoven* a otra empresa de capital extranjero (*Icatech*) a efectos de sustraer del conocimiento de los tribunales venezolanos las controversias que pudieran suscitarse con motivo de la ejecución del contrato de concesión, la cláusula compromisoria prevista en el artículo 64 del contrato de concesión carecía de eficacia para sustraer el asunto del conocimiento del Poder Judicial venezolano. En lo que a este particular respecta e interesa a los fines del presente estudio, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia declaró textualmente:

«Corresponde a la Sala pronunciarse acerca de la cuestión previa de falta de jurisdicción, alegada por la representación judicial de la sociedad mercantil Autopista Concesionada de Venezuela, C.A..

(....)



Para decidir, la Sala observa:

Esta Sala ha establecido que **hay falta de jurisdicción**, cuando el conocimiento de una controversia no le corresponde al Poder Judicial venezolano, bien por corresponder su conocimiento a los órganos de la Administración Pública, a un juez extranjero o **por la existencia de un arbitraje local o internacional**.

En el presente caso se plantea la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos de acuerdo al último de los supuestos mencionados, es decir, se ha fundamentado la falta de jurisdicción del juez, en la existencia de una cláusula compromisoria, la cual atribuye el conocimiento del asunto a un órgano arbitral internacional.

Ahora bien, establecidos los hechos de la controversia, le corresponde a este órgano jurisdiccional establecer a quién corresponde la jurisdicción, para conocer de la acción mero declarativa incoada por la Procuraduría General de la República.

A tal fin, **considera la Sala necesario delimitar el objeto de estudio de la presente decisión en determinar la eficacia de la cláusula arbitral invocada de la parte demandada, en cuanto a que sea capaz de sustraer el conocimiento de la presente controversia del Poder Judicial venezolano**, conforme a lo previsto en las leyes, las demás cláusulas contractuales y en las actas del expediente.

(...)

**...aun cuando el referido Ministerio de Infraestructura haya dado alguna autorización [para la venta de las acciones de Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. a la compañía Icatech], ni el Texto Fundamental vigente, ni el derogado, ni las leyes, ni el contrato le otorgaban la facultad o la competencia para autorizar a la concesionaria a vender ni ceder las acciones de la misma**, a otra sociedad mercantil de capital extranjero, a fin de sustraer del conocimiento de los tribunales venezolanos de las acciones que pudieran ocasionarse con motivo de la ejecución del contrato de concesión; **ya que conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre Concesiones de Obras Públicas Nacionales (G.O. N° 4.719 Extr. del 26-04-94), dicha autorización debía ser acordada por el Ejecutivo Nacional, y no por el Ministerio de Infraestructura**<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> El artículo 33 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Concesiones de Obras Públicas Nacionales dispone que: *«Las acciones de la sociedad concesionaria serán nominativas, no convertibles al portador, y no podrán ser enajenadas y gravadas sin la autorización del Ejecutivo Nacional»*. (Resaltado nuestro).



De las motivaciones anteriormente expuestas **se concluye, que al no haberse cumplido con los requerimientos legales en el presente caso, la cláusula número 64 invocada por la demandada para sustraer del conocimiento de los tribunales venezolanos las acciones que se intentaren con motivo de la ejecución del contrato de concesión, en virtud de la alegada existencia de un arbitraje internacional, carece de eficacia en cuanto a que pueda sustraerse del conocimiento del Poder Judicial venezolano la indicada acción mero declarativa intentada por la Procuraduría General de la República. Así se declara.**

Como consecuencia de lo anterior, este Sala debe aplicar lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Ley N° 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, publicado en la Gaceta Oficial N° 4.719 Extraordinario de fecha 26 de abril de 1994, el cual dispone que *«El concesionario estará sometido al ordenamiento jurídico venezolano y a la jurisdicción de los Tribunales de la República»*, y **en consecuencia declara que el Poder Judicial venezolano sí tiene jurisdicción para conocer de la referida acción mero declarativa. Así se decide»** (Resaltado y corchetes nuestros).

Expresado lo anterior, coincidimos absolutamente con ESCOVAR ALVARADO cuando afirma que a pesar que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia declaró la ineficacia de la cláusula arbitral prevista en el contrato de concesión por motivos *«meramente formales de derecho interno»*, por lo menos no niega la posible facultad de las partes de someterse a arbitraje internacional para resolver controversias derivadas de la ejecución de un contrato de concesión que podría calificarse de interés público en el supuesto negado por ese organismo jurisdiccional en que la cláusula arbitral hubiere tenido eficacia<sup>76</sup>.

No obstante lo anterior, creemos que la decisión no es la más alentadora en cuanto a la promoción constitucional del arbitraje en contratos de interés público ni mucho menos refleja el espíritu del Constituyente de 1999. Ello en virtud que en definitiva la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia desconoció la eficacia y validez de una cláusula compromisoria basándose en normas de derecho interno venezolano.

A lo anterior se suma, compartiendo una vez más la posición de ESCOVAR ALVARADO, que el criterio establecido en la sentencia del 18 de

---

<sup>76</sup> ESCOVAR ALVARADO, Ramón J. *«Arbitraje en contratos de interés público de naturaleza comercial internacional»*. En: Revista de Derecho Administrativo N° 9, Caracas, 2004, pp. 94-95.

noviembre de 2003 *viola el principio de buena fe* y por ende, el orden público trasnacional en los contratos de naturaleza comercial internacional. En Venezuela, los contratos deben ejecutarse de buena fe conforme al artículo 1.160 del Código Civil como igualmente deben ejecutarse en el plano del comercio internacional en el que las partes deben actuar de buena fe y con lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 1.7 de los principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales. El citado autor nos comenta al respecto que «*la jurisprudencia de Arbitraje Comercial Internacional ha afirmado de forma reiterada que la alegación, luego de haberse perfeccionado el contrato en que se encuentre una cláusula arbitral, de normas internas que postulan la inarbitrabilidad subjetiva de la Administración es contraria a la buena fe*»<sup>77</sup>. En tal virtud, las normas internas deben flexibilizarse para no colocar al concesionario en una posición más desfavorable que la ocupada por la Administración co-contratante, siendo ello precisamente lo contrario a lo que hizo la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la comentada sentencia en la cual luego de haberse celebrado de buena fe un convenio o cláusula arbitral, el Poder Judicial venezolano cuestionó y declaró su ineficacia por razones de derecho interno venezolano.

Muestras inequívocas de esta tendencia de la jurisprudencia de Arbitraje Comercial Internacional lo son el *Laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio 1939 de 1971* y el *Laudo del 30 de abril de 1982* (Caso: *Framotome v. Organización Atómica de Irán*), ambos mencionados, entre otros tantos, por el citado autor en apoyo a su criterio<sup>78</sup>. En el primero, la Corte Internacional de Justicia de la Cámara Internacional de Comercio declaró que no puede valerse la Administración contratante de lo dispuesto en su propio derecho para escapar de la cláusula arbitral. Y en el segundo, declaró en la misma línea de criterio que una vez celebrado el contrato que contiene la cláusula arbitral, la empresa o instituto autónomo no puede invocar norma constitucional o legal algunas para sostener la ineficacia de la cláusula arbitral en razón de la falta de capacidad del órgano administrativo. Paradójicamente la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 18 de noviembre de 2003 se pronunció en sentido radicalmente opuesto a lo que viene siendo esta pacífica tendencia de la jurisprudencia de Arbitraje Comercial Internacional.

---

<sup>77</sup> ESCOVAR ALVARADO, Ramón J.: Ob.cit, pp. 101 y ss.

<sup>78</sup> Adicionalmente, ESCOVAR ALVARADO nos refiere que *Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza* dispone que una vez perfeccionado el laudo arbitral, un Estado -en



Finalmente, sólo nos resta decir que lo más preocupante de esta sentencia no es que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia se haya pronunciado en sentido opuesto a esta aleccionadora tendencia de la jurisprudencia de Arbitraje Comercial Internacional, la cual por cierto, hubiese podido utilizar como «*traje a la medida*» para emitir un pronunciamiento diametralmente distinto al que emitió sino que, sentencias como ésta a las cuales se suman las que veremos más adelante en las que se pone en entredicho el respeto a la buena fe contractual, siembran desconfianza y dudas en los inversionistas extranjeros que claramente pueden vislumbrar a futuro la posición desventajosa en la que se podrían encontrar al contratar con la Administración en Venezuela.

**c) Tercera etapa: De los retrocesos jurisprudenciales en lo que respecta a la admisión del arbitraje y a la ejecución de laudos arbitrales en materia de contratos de interés público.**

***c.1. Sentencia de la Sala Político Administrativa del 14 de julio de 2004 (Caso Minera Las Cristinas v. Corporación Venezolana de Guayana - CVG).***

Corresponde ahora referirnos a las sentencias recientemente dictadas por la Sala Político Administrativa y por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que, en nuestro criterio, han venido a representar lamentables retrocesos en lo que a la admisión y promoción del arbitraje en contratos de interés público se refiere, colocándose así el Máximo Tribunal de la República a espaldas del espíritu del Constituyente de 1999.

En primer lugar, nos vamos a referir a la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia identificada con el N° 832 del 14 de julio de 2004. A través de esta sentencia, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia **negó** la admisión de una solicitud de formalización de arbitraje formulada por Minera Las Cristinas, C.A. («MINCA») con motivo del contrato para la exploración, desarrollo y explotación

---

*cualquiera de sus formas*- no podría valerse de su propio derecho interno para cuestionar la arbitrabilidad de la controversia o su capacidad para ser parte. Resulta claro que el legislador suizo se inscribe en la tendencia marcada por la jurisprudencia de Arbitraje Comercial. Creemos pues que precisamente hacia allá debería dirigirse el legislador nacional en acatamiento al postulado constitucional recogido en el artículo 258 de la Constitución de 1999 de manera de evitar futuros pronunciamientos de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia que ratifiquen el erróneo e inconveniente, especialmente desde el punto de vista del comercio internacional, criterio recogido en la sentencia del 18 de noviembre de 2003.

del mineral de oro de aluvión y veta, en un área denominada Las Cristinas 4, 5, 6 y 7 ubicadas en el km.88, jurisdicción del Municipio Autónomo Sifontes del Estado Bolívar, suscrito entre MINCA y la Corporación Venezolana de Guayana («CVG») el 4 de marzo de 1992.

En la parte motiva de su fallo, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, previo a negar la admisión de la solicitud de formalización de arbitraje, dejó claramente establecido, entre otras, las siguientes premisas:

- (i) Que, conforme a lo establecido en los artículos 1 de la Ley de Minas de 1945<sup>79</sup> y 12 de la Constitución de 1999<sup>80</sup>, «...la actividad minera es de utilidad pública, (...) las minas o yacimientos minerales pertenecen a la República y (...) son bienes del dominio público».
- (ii) Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Minas de 1945, el derecho a explotar las minas se adquiere mediante concesiones, tratándose en el caso de la actividad minera, de concesiones para la explotación de recursos o bienes del dominio público propiedad de la Nación, como lo son las minas.
- (iii) Que el contrato para la exploración, desarrollo y explotación de mineral de oro de aluvión y veta, en un área denominada Las Cristinas 4, 5, 6 y 7, era «...un **contrato de concesión minera**, cuyos bienes objeto de explotación son las minas denominadas Las Cristinas 4,5,6 y 7» y que «...al tratarse de un contrato (...) sobre la explotación de un recurso propiedad del Estado Venezolano como lo son las minas, el (...) contrato de concesión debe regirse por la Constitución, la (...) Ley de Minas, las leyes especiales y demás Decretos referidos a esta materia» y,

---

<sup>79</sup> La Ley de Minas publicada en la Gaceta Oficial N° 121 Extraordinario de fecha 18 de enero de 1945 bajo cuya vigencia se firmó el contrato entre MINCA y la CVG disponía en su artículo 1°: «**Todo lo concerniente a las minas, criaderos, depósitos o yacimientos minerales situados en Venezuela se declara de utilidad pública** y se regirá por las disposiciones de esta Ley, salvo lo que fuere objeto de leyes especiales, relativas a determinadas sustancias.» (Resaltado nuestro).

<sup>80</sup> El artículo 12 de la Constitución de 1999 dispone: «**Los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles. Las costas marinas son bienes del dominio público.**» (Resaltado nuestro)



- (iv) Que «...con fundamento en el artículo 23 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Minas, el cual dispone que «El Ejecutivo Nacional, cuando así convenga al interés público, podrá reservarse mediante Decreto, determinadas sustancias minerales y áreas que las contengan, para explorarlas o explotarlas solo directamente por órgano del Ministerio de Energía y Minas, o mediante entes de la exclusiva propiedad de la República»; **el 29 de abril de 2002, el Presidente de la República dictó el Decreto N° 1.757, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.437, mediante el cual el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, se reservó el ejercicio directo de la exploración y explotación del mineral de oro que se encuentra en los yacimientos ubicados en las áreas de las concesiones de oro caducadas y extinguidas denominadas Cristinas 4, Cristinas 5, Cristinas 6 y Cristinas 7, ubicadas en jurisdicción del Municipio Sifontes del Estado Bolívar y el 7 de mayo de 2002, dicho Ministerio le adjudicó a la C.V.G., el desarrollo y la explotación de las minas Las Cristinas 4, 5, 6 y 7».**

Establecidas las anteriores premisas, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia pasó a indicar las razones por las cuales negaba la solicitud de admisión de arbitraje planteada por MINCA. Es de hacer notar que pese a la gran cantidad de hechos traídos a colación por MINCA en su solicitud, podría afirmarse que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia basó su negativa únicamente en los siguientes elementos:

- (i) Que en fecha 4 de marzo de 1992, MINCA y CVG suscribieron un contrato, el cual había calificado previamente como una «concesión minera» para la exploración, desarrollo y explotación del mineral de oro de aluvión y veta, en un área denominada Las Cristinas 4, 5, 6 y 7 ubicadas en el km.88, jurisdicción del Municipio Autónomo Sifontes del Estado Bolívar;
- (ii) Que la cláusula vigésima sexta del contrato suscrito entre MINCA y CVG dispone que las vías para resolver las controversias que susciten con motivo de su ejecución son la amistosa y el arbitraje de conformidad con el Código de Procedimiento Civil venezolano;
- (iii) Que el 6 de noviembre de 2001, «...el Presidente de la Corporación Venezolana de Guayana, facultado por el Directorio según

*Resolución N° 8.600 del 6 de agosto de 2001, para decidir la extinción del contrato administrativo» dictó un acto administrativo «mediante el cual se declara la extinción del contrato de exploración, desarrollo y explotación de mineral de oro de aluvión y veta, en el Área denominada Las Cristinas sobre un área denominada Las Cristinas 4, 5, 6 y 7», siendo los «motivos del señalado acto administrativo (...) los alegados incumplimientos de las cláusulas novena, décima novena y vigésima quinta del contrato de concesión minera».*

- (iv) Que MINCA «...intentó recurso contencioso administrativo de nulidad por ante esta Sala contra dicho acto administrativo (...) del 6 de Noviembre de 2001 (...) mediante el cual la parte accionante expuso los argumentos en relación con los referidos incumplimientos de las cláusulas novena, décima novena y vigésima quinta del contrato de concesión minera».
- (v) Que el 8 de marzo de 2002, fue publicada en la Gaceta Oficial N° 322.687 la Resolución N° 035, mediante la cual el Ministerio de Energía y Minas acordó «... **reasumir** la plenitud de los derechos que ostenta sobre las concesiones de oro caducadas y extinguidas Cristina 4, Cristina 5, Cristina 6 y Cristina 7, operándose la **reversión** de dichos bienes a la República, de conformidad con los que establece la Ley de Minas y el Contrato extinguido» por haber «quedado la sociedad mercantil Minera Las Cristinas, C.A., incurso en la causal de rescisión, al haber paralizado los trabajos de explotación sin motivo justificado y aceptado por la Corporación Venezolana de Guayana, además de haber finalizado la prórroga que las partes acordaron según convenio de fecha 8 de agosto de 2001»;
- (vi) Que en esa misma fecha, 8 de marzo de 2002, fue publicada en la Gaceta Oficial N° 322.687 la Resolución N° 036, mediante la cual el Ministerio de Energía y Minas «...declaró **la caducidad** de las concesiones de exploración y subsiguiente explotación de cobre de aluvión y veta, denominadas Las Cristinas 4, 5, 6 y 7, cuya titularidad correspondía a Minera Las Cristinas, C.A., (MINCA), en razón de que, según se aprecia de esta resolución, los incumplimientos en los cuales incurrió dicha sociedad de comercio, encuadran dentro de la causales de caducidad de las concesiones, contempladas en la Ley de Minas».





- (vii) Que contra las indicadas Resoluciones Números 035 y 036 fueron ejercidos por MINCA recursos contencioso administrativos de nulidad por ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fechas 12 de mayo de 2002 y 25 de marzo de 2002, respectivamente;
- (viii) Que en fecha 18 de octubre de 2002 MINCA intentó por ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia una demanda «...*contra la Corporación Venezolana de Guayana, por daños y perjuicios derivados del contrato de concesión minera...*» y,
- (ix) Que en el petitorio de la solicitud de formalización de arbitraje presentada por MINCA en fecha 30 de marzo de 2002, posteriormente reformada el 16 de octubre de 2003, «...*pidió a la CVG que se sometiera a arbitraje y que **conviniera en la nulidad de la rescisión pronunciada mediante oficio de fecha 6 de noviembre de 2001 y en la Resolución del Ministerio de Energía y Minas publicada en Gaceta Oficial de fecha 8 de marzo de 2002, o que en su defecto así lo declare el tribunal arbitral; y que en el supuesto negado de que la rescisión fuese declarada procedente, MINCA pide la anulación de la orden del Ministerio a la supuesta retoma de posesión de bienes y bienhechurías tomadas por vía de confiscación según la resolución de fecha 8 de marzo del 2002***».

Basada únicamente en los elementos antes señalados, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia **negó** la admisión de la solicitud de formalización de arbitraje planteada por MINCA por tres (3) razones fundamentalmente, a saber:

- (1º) *La legalidad de los actos administrativos no puede controlarse por la vía del arbitraje pues ello corresponde a los órganos jurisdiccionales con competencia en lo contencioso administrativo*<sup>81</sup>, a cuyo efecto expresó:

---

<sup>81</sup> Este criterio ha sido acogido por la doctrina venezolana. Así el administrativista venezolano RAFAEL BADELL MADRID ha afirmado, tal como lo hizo la Sala Político Administrativa en su fallo del 14 de julio de 2004, que «**el control de la legalidad de los actos administrativos está reservado a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa** (art. 206 de la Constitución). En consecuencia, la aplicación de cualquier medio de solución de conflictos no puede ir en detrimento del régimen de competencias establecido en la Constitución y en las leyes en materia de control judicial de la actividad administrativa (...) **Así por ejemplo, sería nula una cláusula [arbitral o compromisoria] que permitiera a un tribunal arbitral controlar la legalidad de un acto administrativo**



«...el arbitraje es un mecanismo de resolución de conflicto de intereses, cuyo origen resulta de un convenio entre las partes para que terceras personas ajenas al conflicto, imparciales, denominados árbitros, se pronuncien mediante un laudo respecto de ello.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 258 dispone lo siguiente:

«**Artículo 258.**- La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

***La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.»***  
(Destacado de la Sala)

En Venezuela, el arbitraje se encuentra regulado, principalmente, por el Código de Procedimiento Civil y por la Ley de Arbitraje Comercial; además de ellos hay una serie de tratados que regulan la materia, como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros, entre otros.

En el caso bajo estudio, las partes pactaron contractualmente que la normativa aplicable sería la del Código de Procedimiento Civil.

(...)

**Ahora bien, lo que pretende la actora someter a arbitraje es la nulidad de dos actos administrativos: el de rescisión del contrato dictado por la CVG y la nulidad de la Resolución dictada por el Ministerio de Energía y Minas de fecha 6 de marzo de 2002, antes señalados.**

Con fundamento en lo expuesto, **estima la Sala que mediante este medio de resolución de controversias, no puede debatirse la nulidad de los actos administrativos**, ya que el propio Código de Procedimiento Civil, norma escogida por las partes para regular el arbitraje, establece la necesidad de que las partes puedan disponer de lo que pretenda someterse a arbitraje y en este caso, **las declaratorias de eventuales nulidades de actos administrativos están reservadas por la Constitución**

---

*o establecer cortapisas a la Administración para el ejercicio de las potestades que legalmente tiene conferidas»* (BADELL MADRID, Rafael. «*Régimen Jurídico de las Concesiones en Venezuela*», Editorial Torino, Caracas, 1992, pp. 233 y ss).



**y las leyes a los órganos jurisdiccionales con competencia en lo contencioso administrativo.**

Es decir, **no puede por vía de arbitraje controlarse la legalidad de un acto administrativo** atribuida por el Texto Fundamental (Art. 259), por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, por la derogada Ley Orgánica de Corte Suprema de Justicia y demás leyes especiales, a los órganos jurisdiccionales con competencia en lo contencioso administrativo, lo cual evidencia que al no tenerse la capacidad de disposición sobre lo solicitado por la accionante, ello no puede ser objeto de arbitraje. Así se establece» (Resaltado nuestro).

- (2º) *MINCA ejerció dos mecanismos en dos sedes distintas para resolver el mismo conflicto o problema: procedimientos en sede judicial y el procedimiento arbitral, este último en fecha posterior.* Ello, en criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia además de resultar contradictorio, ponía de manifiesto que MINCA pretendía obtener una decisión arbitral sobre puntos y aspectos que pudieran servirle de antecedentes o premisas sobre las eventuales decisiones que deberá dictar la misma Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en los otros procesos *-contencioso administrativos de nulidad y de demanda por daños y perjuicios en contra de la CVG-* que paralelamente se tramitan por ante ese organismo jurisdiccional. En relación a este segundo razonamiento, la Sala Político Administrativa expuso en su fallo:

**«...se evidencia que la parte actora ejerció dos mecanismos para resolver el mismo conflicto: procedimientos en sede judicial y el procedimiento arbitral, éste último ejercido en forma posterior.**

**Es decir, la sociedad mercantil Minera Las Cristinas, C.A., hizo la solicitud de formalización de arbitraje, luego de ejercidas las acciones de nulidad contra los actos administrativos de resolución del contrato** dictados por la Corporación Venezolana de Guayana y por el Ministerio de Energía y Minas *de reasumir la plenitud de los derechos que ostenta sobre las concesiones de oro caducadas y extinguidas Cristina 4, Cristina 5, Cristina 6 y Cristina 7, operándose la reversión de dichos bienes a la República (...); y declaró la caducidad de las concesiones de exploración y subsiguiente explotación de cobre de aluvión y veta, denominadas Las Cristinas 4, 5, 6 y 7, cuya titularidad correspondía a MINCA.*

**En este orden de ideas, se evidencia además, que en ambas vías procesales, lo solicitado por Minca como objeto del arbitraje es lo que**

**está siendo discutido, en este momento, en los otros tres recursos de nulidad arriba señalados [los ejercidos contra el acto del 6 de noviembre de 2001 y contra las resoluciones números 035 y 036 del 8 de marzo de 2002] y en el juicio que por daños y perjuicios derivados de la relación contractual sigue Minera Las Cristinas, C.A., (MINCA) contra la Corporación Venezolana de Guayana.**

(...)

**Luego, en fecha posterior a la data de las señaladas acciones con pretensión de nulidad contra los actos administrativos *supra* indicados, pretende sea sometido a arbitraje los mismos hechos que están siendo debatidos en dichos procesos jurisdiccionales.**

Todo ello resulta, de la confrontación objetiva de los hechos que constan en el expediente y de los petitorios de la solicitud de arbitraje.

Ciertamente, los alegados incumplimientos en relación a las cláusulas novena, décima novena y vigésima quinta, que es lo que pretende la actora sea objeto de arbitraje, son los motivos del acto administrativo dictado por el Presidente de la CVG, signado con el N° PRE-678-01, de fecha 6 de Noviembre de 2001, para declarar la extinción del contrato de exploración, desarrollo y explotación de mineral de oro de aluvión y veta, en el área denominada Las Cristinas, específicamente Las Cristinas 4, 5, 6 y 7 (...), contra el cual se ejerció recurso contencioso administrativo de nulidad ante esta Sala y que actualmente cursa en el expediente signado con el número 2002-375.

Los petitorios de la solicitud de arbitraje referidos a la **vigencia** del contrato están siendo actualmente discutidos, además del antes indicado recurso, en los recursos contenciosos administrativos de nulidad contra las *supra* indicadas Resoluciones N° 035 y 036 de fechas 6 de marzo de 2002 y en la demanda de daños y perjuicios.

**Del análisis precedente se colige que resulta a todas luces contradictorio, que la parte actora acudiera a los órganos jurisdiccionales incoando sus acciones a través de los procedimientos legalmente establecidos para el recurso de nulidad contra actos de efectos particulares, así como el procedimiento ordinario para las demandas contra entes públicos, y que después intentara la formalización del arbitraje, para resolver el mismo problema planteado, cuando conforme a lo narrado en su libelo los inconvenientes se venían presentado mucho antes de dictados los actos administrativos.**

(...)



**Dentro de todo este marco, se concluye que la parte actora pretende utilizar el arbitraje para obtener, a través de este medio de resolución de controversia, una decisión de la instancia arbitral sobre puntos y aspectos que están siendo debatidos en otros procesos tramitados actualmente por ante este órgano jurisdiccional, generando así la existencia de causas que podrían traer decisiones contradictorias.**

**Es decir, la parte actora, tanto en su escrito inicial como en el de posterior reforma, pretende someter a arbitraje algunas cuestiones con la finalidad de obtener, a través de este medio para resolver conflictos, premisas o antecedentes sobre las eventuales decisiones que deban recaer en los otros procesos jurisdiccionales ya iniciados.**

En consecuencia, en virtud de todas las motivaciones anteriormente expuestas, la Sala, concluye que en el presente caso **no debe admitirse la solicitud de formalización del arbitraje**. Así se decide» (Resaltado y corchetes nuestros).

- (3º) *Que el acceso a la jurisdicción previsto en el artículo 26 de la Constitución de 1999 por los medios previstos en la Carta Magna no puede ser impedido por cláusulas contractuales entre particulares y un ente público. En consecuencia, el hecho que las partes hayan establecido el arbitraje como medio para resolver los conflictos no significa que sea la única para resolver sus controversias pues ello no restringe que puedan tener acceso a la jurisdicción, bien a través del procedimiento ordinario o de los procedimientos de nulidad de actos administrativos, incluso antes de solicitar la formalización de un arbitraje. A este respecto, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia subrayó en la sentencia objeto de análisis lo siguiente:*

**«En otro contexto, con respecto a los argumentos expuestos por las partes en cuanto a que el arbitraje es el único mecanismo para resolver sus conflictos;** entiende esta Sala, que además de las vías contractuales previstas por las partes para resolver sus conflictos, existen en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en la derogada Ley Orgánica de Corte Suprema de Justicia y en Ley de Minas, bajo la cual se realizó el contrato y en la vigente, las vías o los medios por los cuales pueden intentarse las acciones con pretensión de nulidad contra los actos administrativos que se dictaren en relación con el contrato celebrado.

**Es decir, aún cuando las cláusulas vigésima sexta y vigésima séptima del contrato hayan expresado que las vías para resolver los conflictos relativos al mismo, son la amistosa y el arbitraje como vía única y exclusiva, no restringe la posibilidad de que las partes tengan acceso a la jurisdicción, bien sea a través del procedimiento ordinario o a través de los procedimientos para la tramitación de la acción con pretensión de nulidad contra actos administrativos,** contenidos en las leyes referidas a la materia, teniendo en cuenta que además, las propias partes decidieron discutir el mismo problema, a través de otros procedimientos judiciales instaurados por la actora antes de la solicitud de formalización del arbitraje.

Aunado a lo anterior, considera esta Sala que **el acceso a la jurisdicción** (Art. 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), por los diversos medios consagrados en el Texto Constitucional, **no puede ser impedido**, en estas especiales materias, **por cláusulas contractuales o convenios entre particulares o entre particulares y un ente público.**

Con ello quiere significarse que, **además de los medios que conforme al ordenamiento jurídico pudieran escoger las partes para resolver sus conflictos, la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las demás leyes garantizan otros medios para acceder al sistema de justicia, tales como los procedimientos jurisdiccionales incoados por la actora, en este caso, para hacer valer sus pretensiones incluso antes de solicitar la formalización del arbitraje.**

(...)

Con fundamento en lo anterior, resulta evidente que al haber la solicitante accionado en sede jurisdiccional, ha hecho uso de uno de los medios de acceso al sistema de justicia garantizados por el ordenamiento jurídico y no como pretende hacer ver ella, que el arbitraje es la única vía para resolver controversias, a lo que debe añadirse, que en el presente caso, la actora pretende discutir a través del arbitraje lo que actualmente se dilucida en otros procedimientos jurisdiccionales producto de acciones instauradas por ella misma. Así se decide» (Resaltado nuestro).

Finalmente, luego de haber *desestimado* la solicitud de formalización de arbitraje formulada por MINCA, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia consideró oportuno formular unas consideraciones adicionales con fundamento en las cuales concluyó como una suerte de reflexión final que en el establecimiento o la determinación de materias que pueden ser sometidas a arbitraje en los contratos que versen sobre bienes del dominio



público, como es el caso de las concesiones mineras *-las cuales calificó como «contratos de interés público nacional»-*, debe emplearse un criterio «riguroso». Esto último devela el ánimo de restringir el arbitraje en contratos de interés público en lugar de promoverlo como lo exige la Constitución de 1999. A tal conclusión en definitiva arribó con base en los siguientes razonamientos:

«Así, **el contrato de concesión minera se ubica** conforme a la doctrina de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal **entre los contratos de interés público nacional**, vale decir, aquellos *«contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan solo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante, que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación»*. (V. sentencia de la Sala Constitucional N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002 y 953 del 29 de abril de 2003.)

**La importancia de la explotación de la minas en la vida económica nacional se evidencia de la lectura del propio Texto Constitucional**, cuando expresamente dispone lo siguiente:

**«Artículo 311:**

(...)

El ingreso que se genere por la explotación de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, propenderá a financiar la inversión real productiva, la educación y la salud...»

**«Artículo 113. (...)** *Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.»*

Ahora bien, en cuanto a las controversias que eventualmente puedan suscitarse en un contrato de este tipo, tenemos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela vigente, dispone en su artículo 151 lo siguiente:

*«Artículo 151. En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.»* (Cursivas de la Sala)

(...)

No obstante, la Ley de Minas vigente de 1999, establece en su artículo 33 lo siguiente:

*«Artículo 33.- En todo título minero se considera implícita la condición de que las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la concesión y que no puedan ser resueltas amigablemente por ambas partes, **incluido el Arbitraje**, serán decididas por los Tribunales competentes de la República de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.»* (Cursivas de la Sala)

Ahora bien, como ya se indicó, en este tipo de contratos que versan sobre bienes del dominio público propiedad de la Nación, la Constitución y las leyes respectivas establecen limitaciones o restricciones a los fines de que el Estado pueda ejercer un control adecuado, el cual garantice la preservación de los intereses generales involucrados. (V. Arts. 129, 150, 151, 187 numeral 9, 236 numeral 14, 247, 156 numerales 12 y 16 y 133 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)

Es por ello que, con fundamento en lo expuesto, **estima esta Sala que en el establecimiento o la determinación de las materias que pueden ser sometidas a arbitraje en esta especial clase de contratos, debe emplearse un criterio riguroso.** Así se declara.»

Luego de haber desglosado la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 14 de julio de 2004, nos sentimos obligados



a indicar el por qué en nuestro criterio ella representa un lamentable «*retroceso*» en la evolución jurisprudencial sobre la materia. Dicho en otros términos, el por qué representa un ejemplo de la «*involución*» jurisprudencial en la materia.

En primer lugar, por lo que al caso en concreto se refiere, la aludida sentencia desacata abiertamente el criterio establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su previamente comentada sentencia número 495 del 19 de marzo de 2002. En esta última, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia había declarado expresamente que las vías para resolver los conflictos entre las partes del contrato de concesión minera suscrito entre MINCA y la CVG eran la vía amistosa y el arbitraje, con lo cual sugirió que la cláusula de arbitraje era, al menos, válida. El desconocimiento del aludido precedente judicial de la Sala Constitucional fue verdaderamente desafortunado y lamentable.

Sin embargo, a nuestro parecer lo realmente grave de la sentencia es, ya no circunscribiéndonos al caso en concreto, que se haya pretendido restringir o limitar el arbitraje en contratos de interés público con fundamento en una interpretación, verdaderamente discutible, de las normas del sistema constitucional venezolano. En efecto, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia concluyó en el último párrafo de la parte motiva de su sentencia que en el establecimiento o la determinación de las materias que pueden ser sometidas a arbitraje en contratos de interés público, debe emplearse un criterio «*riguroso*». Resulta claro entonces que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia sugirió en su fallo que la inclusión de cláusulas de arbitraje en contratos de interés público debe restringirse o limitarse lo más posible. De tal aseveración o si se quiere «*directriz sugerida por la jurisprudencia*» es posible inferir que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia puso en duda en esa sentencia, por decir lo menos, la validez de las cláusulas de arbitraje previstas en concesiones mineras y demás contratos que versen sobre bienes del dominio público. Ello no es acorde con la intención del Constituyente de 1999 que, con la inclusión de la norma contenida en el artículo 151 constitucional, ratifica la admisión en el sistema constitucional venezolano de la inmunidad relativa de jurisdicción y la procedencia y admisibilidad del arbitraje en contratos de interés público. Aunque resulte paradójico la Sala Político Administrativa como fundamento de su conclusión o aseveración final cita la norma contenida en el artículo 151 de la Constitución de 1999, la cual dicho sea de paso, contrario al criterio expresado en la sentencia, abiertamente permite a los entes públicos acudir al arbitraje como método alternativo de resolución de controversias en contratos de interés público. En suma, la sentencia: lejos de promover el arbitraje, tal como fue la



intención del Constituyente plasmada en el artículo 258 de la Constitución de 1999, claramente lo pretende restringir o limitar en contratos de interés público.

El criterio recogido en la sentencia del 14 de julio de 2004 vino así a constituir un lamentable retroceso jurisprudencial. Criterios como el establecido en esta sentencia no sirven de estímulo a los inversionistas extranjeros que sin duda alguna ven en el arbitraje un mecanismo expedito y efectivo para el acceso y administración de justicia y lo que es más, siendo sinceros, una alternativa válida de la que pueden valerse para hacerle frente a los mecanismos judiciales ordinarios previstos en el ordenamiento jurídico nacional. Esa es una lamentable pero cierta realidad de la que pretende escapar la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia al sugerir se restrinja la inclusión en contratos de interés público de cláusulas en las que se establezca el arbitraje como método o mecanismo alternativo para la solución de controversias derivadas o que surjan en ejecución de tales contratos.

*c.2. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de julio de 2003 (Caso: Rafael Chavero en nulidad por inconstitucionalidad de artículos del Código Penal).*

Antes de entrar en el análisis de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 1942 del 15 de julio de 2003 que, conforme al hilo conductor de nuestro estudio resulta igualmente lamentable y propia de la involución jurisprudencial experimentada respecto de nuestro polémico tema, conviene hacer ciertas consideraciones introductorias.

En primer término, es de señalar que el arbitraje es un medio de protección y promoción de las inversiones extranjeras en Venezuela. Ello se deduce de la norma contenida en el artículo 22 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.390 Extraordinario, del 22 de octubre de 1999, en la cual se prevé:

«Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) **serán sometidas a arbitraje internacional** en los términos del respectivo Tratado o Acuerdo...»



Resulta imperativo indicar que los ciudadanos *Fermín Toro Jiménez* y *Luis Britto García* demandaron la nulidad por inconstitucionalidad de la norma precedentemente citada, pretensión de nulidad que fue declarada *improcedente* por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con base en los siguientes razonamientos:

«...se hace necesario analizar los artículos impugnados [22 y 23 del Decreto Ley de Promoción y Protección de Inversiones] a la luz de las normas contenidas en los artículos 253 y 258 de la Carta Fundamental, debido a que son estas últimas las que de una manera acertada y armónica reconocen e incorporan los medios alternativos de conflictos, como parte integrante del sistema de justicia patrio y, aunado a ello, **establece una directriz a los órganos legislativos a los fines de que éstos promuevan al arbitraje**, conciliación, mediación y demás vías alternativas para solucionar las controversias.

En efecto, el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en forma categórica expresa:

Artículo 258: «La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

***La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos***». (Resaltado de la Sala).

Se observa que la ley, en este caso un acto con rango y fuerza de tal, promovió y desarrolló el mandato constitucional en referencia, al establecer el arbitraje como parte integrante de los mecanismos de solución de controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto a las cuales sean aplicables las disposiciones del convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI). Debe dejarse claro que de conformidad con la propia norma impugnada, queda abierta la posibilidad de utilizar las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente, cuando surja la eventual controversia y tales vías sean procedentes.

**Estima esta Sala que con la previsión del arbitraje en los términos desarrollados en la normativa impugnada, no se violenta la soberana**

**potestad de los tribunales nacionales para administrar justicia**, tal como lo afirma la parte actora, **sino que, efectivamente -se reitera- se desarrollan las normas programáticas arriba señaladas, contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

Es acertada la afirmación esgrimida por la representación de CONAPRI, en el sentido de que los recurrentes incurren en el error de considerar que «por acuerdo de particulares» se deja de lado la administración de justicia venezolana, toda vez que las controversias que pudieran presentarse, no surgirían en ningún momento entre particulares, sino entre el inversionista internacional y el país receptor de la inversión, es decir, la República Bolivariana de Venezuela, controversias éstas que no necesariamente versarán sobre cuestiones de interés público o afectarán el orden público, casos en los cuales sí sería procedente la aplicación de las vías contenciosas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, ello de conformidad con la propia normativa cuya impugnación se solicita, lo cual, además, se fundamenta constitucionalmente en el artículo 151 de la Carta Magna (...)

Así las cosas, de la lectura de la normativa constitucional bajo examen se evidencia que, tal como lo señaló la representación judicial de la República en su escrito de informes, **el arbitraje -nacional e internacional- está admitido en nuestra legislación como parte integrante del sistema de justicia. Es por ello que la solución arbitral de controversias, prevista en los artículos 22 y 23 impugnados, no colide en forma alguna con el Texto Fundamental.**

En razón de todo lo anterior, resulta improcedente la pretensión de la parte actora de ser declarados inconstitucionales los citados artículos 22 y 23 del Decreto Ley de Promoción y Protección de Inversiones. Así se decide» (Resaltado y corchetes nuestros).

Como se puede apreciar, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia desechó absolutamente la pretensión de inconstitucionalidad denunciada y en tal sentido, declaró, interpretando claramente la intención del Constituyente de 1999, que el **arbitraje**, tanto nacional como **internacional**, está admitido en la legislación venezolana como parte integrante del sistema de justicia y le otorga tanta importancia que ordena o impone como directriz a la Asamblea Nacional su promoción en la legislación nacional en desarrollo del postulado programático consagrado en el artículo 258 de la Constitución de 1999.

Al revisar la legislación venezolana, nos encontramos precisamente con la norma contenida en el artículo 22 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, en la cual, conforme se indicó, se



prevé la posibilidad de acudir al arbitraje internacional para la solución de las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), convenio este último suscrito por Venezuela en 1993, aprobado mediante Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 35.685 del 3 de abril de 1995 y que entró en vigencia el 1° de julio de 1995.

En este orden de ideas, se observa que el arbitraje internacional está expresamente previsto en los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones celebrados entre la *República Bolivariana de Venezuela (o por la República de Venezuela en caso de haber sido celebrados antes de la Constitución de 1999)* y los siguientes países: *Reino de Los Países Bajos, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Barbados, Ecuador, Dinamarca, Lituania, Suiza, República Checa, España, Portugal, Chile, Perú, Brasil, Paraguay, Suecia, Canadá, Costa Rica, Uruguay, Argentina, Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, Alemania y Francia*. En esos acuerdos se prevé la posibilidad de acudir al arbitraje internacional de acuerdo al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el «Convenio CIADI»).

Al respecto, la administrativista HUEN RIVAS nos explica que «...en los mencionados acuerdos se incluye dentro de la definición de «inversión» a cualesquiera derechos concedidos por la ley o por contratos y cualesquiera licencias y permisos otorgados en virtud de la ley, incluyendo las concesiones para explorar, cultivar o explotar recursos naturales», por lo que, coincidimos con la señalada autora en que «...resulta indiscutible que los típicos contratos administrativos (concesiones mineras, concesiones de hidrocarburos y concesiones de obras y servicios públicos, entre otros), están incluidos dentro del campo de aplicación de dichos acuerdos internacionales para la protección y promoción recíproca de inversiones»<sup>82</sup> o lo que es lo mismo, están incluidas en esa definición y por tanto, en el campo de aplicación de esos acuerdos las inversiones materializadas en forma de contratos administrativos en los que una de las partes sea un inversionista extranjero. Ello supondría que, de preverse una cláusula compromisoria de arbitraje en un contrato de esa naturaleza, las

<sup>82</sup> HUEN RIVAS, Margot Y.: Ob.cit., p. 445.

controversias que surjan o deriven de ese contrato serían sometidas a arbitraje internacional.

De acuerdo con lo anterior, los contratos de interés público están incluidos dentro del campo de aplicación de los mencionados acuerdos internacionales para la protección y promoción de inversiones y en consecuencia, pueden contemplar cláusulas compromisorias de arbitraje internacional por medio de las cuales sometan las controversias derivadas o que surjan de la ejecución de tales contratos al arbitraje internacional por ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), órgano creado por el Convenio CIADI también conocido por sus siglas inglesas ICSID. Así por ejemplo, conforme se indicó en las líneas precedentes, Aucoven sometió a arbitraje internacional, de acuerdo al Convenio CIADI, las controversias surgidas con la República en ejecución del contrato de concesión para la construcción y mantenimiento del Sistema Vial Autopista Caracas-La Guaira, dando lugar al laudo arbitral dictado por el Tribunal arbitral del CIADI el 23 de septiembre de 2003 en el que declaró la terminación del contrato y se pronunció sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes, a cuyo efecto reconoció una serie de incumplimientos de la República pero únicamente le condenó al pago del daño emergente.

Ahora bien, de nada serviría que la Constitución de 1999 promueva al arbitraje y que las partes de un contrato de interés público se sometan a arbitraje internacional si el laudo que dicte el tribunal arbitral resulta inejecutable en el país. Ello en definitiva atentaría contra la tutela judicial efectiva que el Estado venezolano está obligado a garantizar.

En las líneas precedentes, indicamos que en Venezuela, los contratos deben ejecutarse de buena fe y en tal sentido, afirmamos que resultaba violatorio de la buena fe contractual el criterio establecido en la sentencia del 18 de noviembre de 2003 recaído en el caso *República Bolivariana de Venezuela v. Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. - Aucoven* según el cual el Poder Judicial venezolano puede cuestionar y declarar la ineficacia de un convenio o cláusula arbitral por razones de derecho interno venezolano.

En nuestro país, los contratos no sólo deben ejecutarse de buena fe sino que el laudo dictado por un tribunal arbitral al cual se sometan las partes de un contrato de interés público debe ser igualmente ejecutado de buena fe. Sin embargo, no es ello lo que precisamente persigue y promueve la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de julio de 2003.



Esta sentencia representa un retroceso jurisprudencial en la materia o lo que es más, un claro ejemplo de la involución jurisprudencial experimentada en la materia, pues en ella se declara, preparando quizás el terreno para futuros pronunciamientos, que los ***laudos arbitrales emanados de los Tribunales Arbitrales del CIADI son «inejecutables» en Venezuela cuando resulten violatorios de la Constitución de 1999***. Fundamenta su doctrina en que «pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía». En consecuencia, los tribunales venezolanos podrían impedir la ejecución de un laudo arbitral extranjero, como los emanados de los tribunales del Centro de Arbitraje del CIADI, alegando que el laudo arbitral viola principios previstos en la Constitución de 1999.

Llama poderosamente la atención que así se haya pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en forma totalmente aislada en el referido fallo del 15 de julio de 2003, habida cuenta que ese no era el objeto de la acción ejercida. Por el contrario, en el caso se discutía la inconstitucionalidad o no de las normas contenidas en los artículos 141, 148, 149, 150, 151, 152, 223, 224, 225, 226, 227, 444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal Venezolano dirigidas a castigar con privación de libertad las expresiones ofensivas contra funcionarios e instituciones del Estado, normas que se les denomina «*leyes de desacato*». Bajo ese sorprendente marco, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia inexplicablemente estableció con carácter vinculante para la Sala Político Administrativa y demás tribunales de la República la doctrina según la cual los laudos arbitrales emanados del CIADI no serán ejecutables en Venezuela cuando violen la Constitución de 1999. Así se pronunció con fundamento en las siguientes consideraciones:

«...la Sala observa que los fallos o decisiones de organismos internacionales, supranacionales o transnacionales, que violen el derecho de defensa y otras garantías de naturaleza constitucional, como el debido proceso, son inaplicables en el país, a pesar de emanar de tales organismos internacionales reconocidos por la República. Si en la mayoría de los Convenios, debe agotarse conforme al derecho interno, las vías judiciales, en Venezuela, tal agotamiento debe cumplirse previamente, incluso para el decreto de medidas cautelares por organismos internacionales, si ellas son posibles conforme al derecho interno, a fin de no burlar la soberanía del país, y a su vez para cumplir con los Tratados y Convenios Internacionales. Si con esta tramitación no se cumple, Venezuela no puede quedar obligada por la decisión, que nace írrita.

Existen diversos organismos internacionales de los cuales algunos emiten verdaderos actos jurisdiccionales, mientras otros producen actos administrativos o simples recomendaciones.

En lo atinente a actos jurisdiccionales, estos organismos podrían dividirse en:

1) Supranacionales, cuyas decisiones de cualquier clase se ejecutan forzosamente en los países signatarios de los Convenios que los crean, quienes al suscribirlos ceden en alguna forma su soberanía y de allí que la ejecución de los fallos sea incondicional.

Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional.

Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son -por ejemplo- las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 **eiusdem**). Áreas diversas a la de los Derechos Humanos **per se**, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, **la inmunidad** y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son **irrenunciables**, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.

Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República.

Las decisiones pueden resultar obligatorias respecto a lo decidido, creando responsabilidad internacional por el incumplimiento (por ejemplo el artículo 87.7 de la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), pero nunca en menoscabo de los derechos contenidos en el artículo 1 constitucional, disminuyendo o enervando las competencias exclusivas de los órganos nacionales a quienes la Constitución atribuye determinadas competencias o funciones.



**2) Multinacionales y Transnacionales, que nacen porque varias naciones, en determinadas áreas, escogen un tribunal u organismo común que dirime los litigios entre ellos, o entre los países u organismos signatarios y los particulares nacionales de esos países signatarios.**

No se trata de organismos que están por encima de los Estados Soberanos, sino que están a su mismo nivel, ya que a pesar que las sentencias, laudos, etc., se pueden ejecutar en el territorio de los Estados signatarios, ello se hace por medio de los tribunales de ese Estado y *«por las normas que, sobre ejecución y sentencias, estuviesen en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda»* (tal como lo expresa el artículo 54.3 de la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados).

**Los laudos arbitrales de los Tribunales de Arbitraje dependientes del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), instaurados por el Convenio inmediatamente citado, producen esta clase de decisiones, pero al ellos ejecutarse dentro del territorio nacional conforme a las normas de ejecución en vigor en el país condenado, la ejecución no puede colidir con las normas constitucionales y, por tanto, lo fallado se hace inejecutable.**

A juicio de esta Sala, los Tribunales de Arbitraje dependientes del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones producen laudos arbitrales, ejecutables dentro del territorio de los Estados Contratantes con respecto a las obligaciones pecuniarias a que se refiera el laudo, equiparándose los mismos a una sentencia dictada por un tribunal del Estado suscriptor del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (artículo 54 de la Ley Aprobatoria del Convenio).

Conforme al numeral 3 del artículo 54 del citado Convenio *«El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda»*.

A pesar que se trata de una decisión que se dicta en un proceso de una sola instancia, no sujeta a apelación y obligatoria para las partes, que deben acatarla y cumplirla en todos sus términos (artículo 53 **eiusdem**), la ejecución en el territorio del Estado Contratante, se hace conforme a las normas de dicho Estado, **por lo que, a juicio de esta Sala, un fallo violatorio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se haría inejecutable en el país.**



**Ello podría dar lugar a una reclamación internacional contra el Estado, pero la decisión se haría inejecutable en el país, en este caso, en Venezuela.**

Una situación similar es reconocida en el artículo 68.2 del «Pacto de San José» con relación a las decisiones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos: *«La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado».*

Mientras existan estados soberanos, sujetos a Constituciones que les crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional dentro de ese Estado, **las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía.**

La única ventaja que tienen las decisiones de estos órganos que resuelven litigios, donde está involucrado un Estado, es que para la ejecución del fallo en el territorio de ese Estado, no se requiere un proceso de exequátur previo, convirtiéndose el juez executor en el controlante de la constitucionalidad»

De acuerdo con la citada sentencia, el Estado venezolano por órgano de sus jueces podría impedir la ejecución de un laudo arbitral emanado de un tribunal arbitral del Centro de Arbitraje del CIADI, alegando que el laudo viola la Constitución de 1999. Ello sin perjuicio de la posible reclamación internacional de que pudiera ser objeto el Estado venezolano.

Esta decisión representa un lamentable retroceso jurisprudencial en la materia pues no sólo erosiona el mandato de la Constitución de 1999 dirigido a la promoción del arbitraje, mandato constitucional a cuyo cumplimiento están comprometidas todas las autoridades (administrativas, legislativas e inclusive judiciales) sino que la aplicación del criterio que en ella se expresa podría inclusive comprometer, conforme acertadamente asevera HUEN RIVAS y asoma la misma decisión, la responsabilidad internacional de la República por incumplimiento de obligaciones internacionales<sup>83</sup>.

Aún cuando el pronunciamiento formulado en esta sentencia era absolutamente aislado respecto del tema debatido es de señalar que tal pronunciamiento tiene dos (2) inadvertidos precedentes judiciales de la propia

---

<sup>83</sup> HUEN RIVAS, Margot Y.: Ob.cit, p. 452.



Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, la doctrina establecida en la sentencia del 15 de julio de 2003 ratifica el criterio expresado por la misma Sala Constitucional en sus sentencias números 1393 del 7 de agosto de 2001 (Caso *Fermín Toro Jiménez y Luis Britto García v. Artículos del Convenio entre la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión fiscal en materia de Impuesto sobre la Renta y sobre el Patrimonio*) y 1981 del 16 de octubre de 2001 (caso *Compañía Anónima Venezolana de Televisión VTV v. Elettronica Industriale S.P.A - Elin*). En esos fallos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia había ido más allá de lo que luego fue en su sentencia del 15 de julio de 2003 al declarar que los laudos arbitrales sin distingo del órgano arbitral del cual emanen, serán inejecutables en el país cuando violen normas y principios de la Constitución de 1999, alegando igualmente razones de independencia y soberanía estatal y de protección de la Constitución. De tal forma que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin restringirse a los laudos arbitrales emanados del CIADI como lo hizo en su posterior fallo del 15 de julio de 2003, declaró que los laudos arbitrales no podrán ser ejecutados en el país cuando violen normas y/o principios constitucionales.

En el antecedente más remoto de la sentencia del 15 de julio de 2003, cual es, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 1393 del 7 de agosto de 2001, el Máximo Tribunal de la República declaró que todos los órganos (ordinarios o alternativos) que produzcan actos jurisdiccionales ejecutables en el país, no pueden violar en ninguna forma ni las normas constitucionales venezolanas, ni las interpretaciones vinculantes de la Sala Constitucional; caso contrario, se harán inejecutables en el país por inconstitucionales por tratarse de una cuestión atinente a la independencia y soberanía de la nación y a la protección de la Constitución. Así se pronunció la Sala Constitucional al emitir su decisión con motivo de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad intentada por *Fermín Toro Jiménez y Luis Britto García* contra varios artículos del *Convenio entre la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión fiscal en materia de Impuesto sobre la Renta y sobre el Patrimonio*. Por su trascendencia en lo que a este particular respecta, conviene indicar que la Sala Constitucional textualmente se pronunció al efecto en los siguientes términos:

**«Entre las funciones de la soberanía del Estado, se encuentra la jurisdiccional,** mediante la cual órganos legalmente considerados dirimen conflictos utilizando procedimientos previstos en las leyes, y hacen ejecutar sus sentencias, lográndose así la tutela efectiva a que se refiere el artículo 26 constitucional.

La función jurisdiccional **se adelanta mediante el Poder Judicial y los medios alternativos de justicia**, quienes conocerán los asuntos que la ley les señala.

**El arbitraje**, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos, como parte de los medios alternativos, también forman parte de la jurisdicción, siempre que realicen la justicia mediante un proceso legalmente contemplado o permitido.

Tanto la organización y administración nacional de la justicia, y por ende del poder jurisdiccional, como la legislación procesal son competencias del Poder Nacional (artículo 156 constitucional, numerales 31 y 32) que mediante leyes van organizando la función jurisdiccional con la atribución de competencias, y la creación o reconocimiento de sistemas alternativos de justicia.

La organización legal de la función jurisdiccional determina la jurisdicción venezolana (artículos 2 y 53 del Código de Procedimiento Civil, o 51 del Código Orgánico Procesal Penal, por ejemplo), la cual se ejerce tanto por el Poder Judicial como por la justicia alternativa. Esta última no puede derogar convencionalmente la jurisdicción venezolana, cuando se trate de controversias sobre inmuebles situados en el territorio de la República, o sobre materias que interesen al orden público o a las buenas costumbres (..) en los demás casos distintos a aquellos donde la prórroga de la jurisdicción está prohibida, es donde se aplicarán los tratados y convenciones internacionales suscritos por Venezuela.

Por su parte, el Código Orgánico Procesal Penal para el proceso penal, contempla la jurisdicción venezolana, según lo establecido en el Código Penal y los Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales suscritos por la República (artículo 51 del Código Orgánico Procesal Penal).

**Estas disposiciones permiten, que la ley remita a tribunales**, como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, creado por la Ley Aprobatoria del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, **la justicia alternativa (arbitral), con sede en otros países, o con árbitros de otros países, la solución de conflictos entre nacionales (personas naturales o jurídicas venezolanas), o entre nacionales (venezolanos) y entes o nacionales de otros Estados, tal como lo contempla la Ley de Arbitraje Comercial, o los Tratados para la Protección de Inversiones convertidos en leyes venezolanas, tales como -por ejemplo- la Convención sobre el Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, la cual ha permitido que el Poder Legislativo dictare leyes aprobatorias a acuerdos bilaterales para la protección de inversiones recíprocas entre Estados,**



de los cuales son ejemplos, la Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Gaceta Oficial N° 36519 del 18 de agosto de 1998), o la Ley Aprobatoria del Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos (Gaceta Oficial N° 35269 del 6 de agosto de 1993); o la sección quinta de la Ley Aprobatoria de la Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

**Así, organismos** internacionales o nacionales de otros países, jurisdiccionales o **arbitrales, pueden dirimir válidamente conflictos** que pertenecen o donde está interesada la jurisdicción venezolana, siempre que la ley así lo determine, y con las limitaciones que ella misma establezca. **Tratándose de actos jurisdiccionales, los fallos que se dicten por esos organismos, son ejecutables en el país**, a veces sin necesidad de legalización o de exequátur, como se desprende de los artículos 48 y 49 de la Ley de Arbitraje Comercial, o del artículo 54 de la Ley Aprobatoria sobre la Convención para el Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, o del 2 de la Ley Aprobatoria del Tratado de Creación del Tribunal Supremo de Justicia de la Comunidad Andina. De allí, que hasta se hable del proceso transnacional.

**Sin embargo, por mandato constitucional (artículo 151), a pesar de las normas señaladas, en los contratos de interés público, si no fuese improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, las dudas y controversias que pudieren suscitarse sobre dichos contratos, y que no llegaran a ser resueltos amigablemente por las partes contratantes** (lo que de nuevo abre la puerta de conciliación extraprocesal como parte del sistema de justicia), **serán decididas por los tribunales competentes de la República, por lo que en esta área, y ante el supuesto del artículo 151 se excluye la función jurisdiccional alternativa.**

La solución de controversias por las vías señaladas, se refieren a materias donde pueden participar particulares, y los órganos de composición referidos, son distintos a aquellos creados para la solución exclusiva de conflictos internacionales entre Estados, o entre éstos y órganos estatales públicos, también contemplados en las leyes venezolanas, producto de Tratados Internacionales.

Así, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, con aprobación legislativa del Congreso del 24 de septiembre de 1945, ratificado el 31 de octubre de ese mismo año, prevé que dicho órgano está destinado a dirimir litigios entre Estados (artículo 34), y la Corte Internacional de

Justicia emitirá fallos ejecutables (artículo 61.3 que se refiere al cumplimiento de los mismos).

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, prevenida en la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), fue creada para que sólo los Estados Partes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 61) puedan actuar ante ella, y producirá fallos ejecutables (artículo 68-2 de la citada Ley Aprobatoria).

También es un órgano destinado a dirimir problemas entre Estados el Comité de Derechos Humanos contemplado en el artículo 28 y siguientes de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En consecuencia, **Venezuela acepta que Tribunales jurisdiccionales o arbitrales situados fuera del país, administren justicia en determinadas áreas.**

**Ahora bien, a los Tribunales que ejercen la jurisdicción venezolana así sean parte de la justicia alternativa en la forma señalada, imperativamente les corresponde la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, así se trate de una justicia alternativa de equidad (artículo 334 constitucional que no hace diferencias), y en ese sentido, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, como garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, y como máximo y último intérprete de la Constitución, velará porque todos los órganos jurisdiccionales interpreten uniformemente y apliquen la Constitución, por lo que las interpretaciones vinculantes de la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, deberán ser aplicados por todos los órganos (ordinarios o alternativos, estos últimos en todas sus variantes) que produzcan actos jurisdiccionales ejecutables en el país. Caso de no ser así y no adaptarse al sistema constitucional venezolano, ellos, por inconstitucionales, se harán inejecutables, por tratarse de una cuestión atinente a la independencia y soberanía de la nación, y a la protección de la Constitución» (Resaltado nuestro).**

Luego en su fallo número 1981 del 16 de octubre de 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se limitó a ratificar su comentada sentencia número 1393 del 7 de agosto de 2001 con motivo de la acción de amparo intentada por la *Compañía Anónima Venezolana de Televisión (VTV)* contra el Acta de Misión dictada por el Tribunal Arbitral que en ese entonces conocía de la demanda ejercida por *Elettronica Industriale S.P.A. (Elin)* contra



VTV por ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al ratificar su criterio sobre el particular una vez más declaró:

«...Ha dicho esta Sala que los organismos arbitrales internacionales pueden dirimir los conflictos *«que pertenecen o donde esté interesada la jurisdicción venezolana»*, y en ejercicio de dicha jurisdicción, *«imperativamente les corresponde la obligación de asegurar la integridad de la Constitución»*, así como que, **de no adaptarse a las normas y principios constitucionales los actos jurisdiccionales ejecutables en el país que produzcan los organismos de arbitraje internacional, «se harán inejecutables, por tratarse de una cuestión atinente a la independencia y soberanía de la nación, y a la protección de la Constitución.»**(s. SC nº 1393, 07.08.01)» (Resaltado nuestro).

Ahora bien, merece comentarse que un (1) mes después de haber sido dictada la sentencia del 15 de julio de 2003, la Sala Constitucional otra vez fue más allá de lo que había ido en este último fallo pues, retomando el criterio que le había servido de precedente a este último, hizo extensivo su criterio sobre la no ejecución en Venezuela de actos jurisdiccionales *-provenientes de la justicia ordinaria o alternativa-* que resulten violatorios de normas y principios constitucionales a cualesquiera laudo arbitral, es decir, que no sólo serán inejecutables en el país los laudos arbitrales emanados de los tribunales arbitrales del CIADI que violen normas y principios constitucionales sino que también lo serán los emanados de cualesquiera tribunal arbitral internacional que resulten violatorios de normas y principios constitucionales. Así se pronunció en su sentencia número 2346 del 26 de agosto de 2003, dictada con motivo de la acción de amparo constitucional interpuesta por *Consortio Barr, S.A.* contra un laudo parcial del Tribunal Arbitral constituido en la ciudad de Miami, Florida, Estados Unidos de América bajo las reglas de la Asociación Americana de Arbitraje en el caso seguido por *Four Seasons Caracas, C.A., Four Seasons Hotels and Resorts B.V. y Four Seasons Limited* contra *Consortio Barr, S.A.* Al respecto, indicó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en esta última sentencia:

«En el Sistema de Justicia venezolano se encuentran insertos los procedimientos alternativos de resolución de conflictos, tal como se desprende de los artículos 253 y 258, único aparte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esta Sala ha reconocido que el arbitraje, aunque constituye una actividad jurisdiccional, *«no pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal*

*en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa.»* (S. SC nº 1139, 05.10.00).

También ha dicho esta Sala que los organismos arbitrales internacionales pueden dirimir los conflictos *«que pertenecen o donde esté interesada la jurisdicción venezolana»*, y en ejercicio de dicha jurisdicción, *«imperativamente les corresponde la obligación de asegurar la integridad de la Constitución»*, así como que, **de no adaptarse a las normas y principios constitucionales los actos jurisdiccionales ejecutables en el país que produzcan los organismos de arbitraje internacional, «se harán inejecutables, por tratarse de una cuestión atinente a la independencia y soberanía de la nación, y a la protección de la Constitución.»** (s. SC nº 1393, 07.08.01).

Al igual que la sentencia del 15 de julio de 2003, las sentencias que le sirvieron de fundamento y la última a la que nos hemos referido constituyen lamentables retrocesos jurisprudenciales en esta materia y por ende, muestras de la involución jurisprudencial que venimos advirtiendo, pues no sólo erosionan el mandato de la Constitución de 1999 dirigido a la promoción del arbitraje, mandato constitucional a cuyo cumplimiento están comprometidas todas las autoridades (administrativas, legislativas e inclusive judiciales) sino que la aplicación del criterio que en ellas se expresa podría dar lugar a reclamaciones internacionales contra el Estado venezolano.



## A MANERA DE REFLEXIÓN FINAL

En Venezuela, el arbitraje forma parte del sistema de justicia por disposición constitucional. Existe un marco constitucional y legal que promueve el arbitraje en la contratación administrativa y que, a tales efectos, habilita inequívocamente a los entes públicos para que sometan a arbitraje *-nacional e internacional-* las controversias surgidas con motivo de la ejecución de contratos de interés público.

Creemos que, al margen de las tendencias internacionales modernas, se encuentra la más reciente jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República que, lejos de promover el arbitraje, pareciera proponer su uso restringido y limitarlo al máximo, por no decir negarlo, en los contratos con entes públicos. Lamentablemente la tendencia de la jurisprudencia en materia de admisión del arbitraje en contratos de interés público ha estado dirigida hacia su restricción *-e inclusive hacia su negación-* y en ese único sentido, ha venido avanzando a paso firme, constante y sin mirar atrás.

El reconocimiento e impulso del arbitraje en contratos de interés público suscritos por los entes del Poder Público venezolano dependerá en gran medida de la posición renovadora y vanguardista que en esta materia debería asumir la jurisprudencia en un futuro próximo. Nuestros jueces deben tener presente que a los ojos de la inversión extranjera el arbitraje representa un mecanismo expedito, confiable y eficaz para la resolución de conflictos derivados o surgidos con ocasión de la ejecución de contratos administrativos a la par que un medio de protección y promoción de la inversión extranjera, sin que sea necesario explicar los beneficios que ella conlleva para la economía de nuestro país.

La jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República debería, por tanto, en el futuro próximo dar un giro radical y enfilar sus baterías hacia el establecimiento de nuevos criterios dirigidos a la admisión y promoción del arbitraje en la contratación administrativa como ya lo ha venido haciendo en forma plausible el legislador nacional y la Procuraduría General de la República. Abogamos y tenemos la esperanza que ese futuro próximo esté bien cercano aún cuando, para ser sinceros, estamos conscientes que los precedentes judiciales con las que hasta ahora contamos resultan verdaderamente desalentadores.



## BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, Asdrúbal. «*Revisión crítica de la Constitución Bolivariana*», Editorial SEC, Caracas, 2000.
- ARCAYA, Mariano. «*Constitución de la República de Venezuela (Constitución de 1961)*», Tomo II, Editorial El Cojo, Caracas, 1971
- BADELL MADRID, Rafael. «*Régimen Jurídico de las Concesiones en Venezuela*», Editorial Torino, Caracas, 2002.
- BAUMEISTER TOLEDO, Alberto. «*Algunas consideraciones sobre el procedimiento arbitral en la nueva Ley de Arbitraje Comercial*». En: Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal, Editorial Livrosca, Caracas, 1999, pp. 19-73.
- BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto. «*La conciliación, el arbitraje y la transacción como métodos de resolución de conflictos administrativos*». En: El Arbitraje en la Práctica Tomo II, Cuadernos de Arbitraje, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, Organización Gráfica Capriles, C.A., Caracas, 1998, pp. 27-67.
- BOGDANOWSKY DE MAEKELT, Tatiana. «*Inmunidad de Jurisdicción de los Estados*». En: Libro Homenaje a José Melich Orsini, Volumen I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982.
- BOSCÁN DE RUESTA, Isabel. «*La Inmunidad de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público*». En: Revista de Derecho Público N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 23-46.
- BREWER CARÍAS, Allan Randolph. «*Algunos aspectos de la inmunidad jurisdiccional de los Estados y la cuestión de los Actos de Estado (Act of State) en la jurisprudencia Norteamericana*». En: Revista de Derecho Público N° 24, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 29-42.
- BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. «*Contratos Administrativos*», Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 44, Caracas, 1992.
- BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. «*El Arbitraje y los contratos de interés nacional*». Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial, Serie Eventos, Caracas, 1999, p. 169-204.



- BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. «*La Evolución del concepto de contrato administrativo*». En: Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 41-69.
- BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. «*Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa*». En: Revista de Derecho Público N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 49-54.
- BRICEÑO LEÓN, Humberto. «*Inmunidad de Jurisdicción y el Procurador*». En: Revista de Derecho Público Números 59-60, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 81-82.
- BRITTO GARCÍA, Luis. «*Régimen Constitucional de los Contratos de Interés Público*». En: Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa N° 50, publicación de la Contraloría General de la República, Caracas, 1968, pp.76-129.
- CABALLERO ORTÍZ, Jesús. «*Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999*». En: Libro Homenaje a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo, Estudios de Derecho Administrativo N° 1, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 2, Caracas, 2001, pp. 139-155.
- Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial*, Cuadernos Jurídicos Badel & Grau N° 1, Editorial Torino, Caracas, 1998.
- DE MAEKELT, Tatiana y HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. «*Jurisdicción y Derecho Aplicable en materia de contratos de empréstito público*», Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 102, Caracas, 1997, pp. 323-332.
- ESCOVAR ALVARADO, Ramón J. «*Arbitraje en contratos de interés público de naturaleza comercial internacional*». En: Revista de Derecho Administrativo N° 9, Editorial Sherwood, Caracas, 2004, pp. 85-103.
- FRAGA PITALUGA, Luis. «*El Arbitraje y la Transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos*». En: Libro Memorias de las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo

«Allan Randolph Brewer Carías», Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, pp. 137-182.

FARIAS MATA, Luis Henrique. «*La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas*». En: Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981, p. 943.

FEREIRA VILLAFRANCA, José Gregorio. «*Posición Jurisprudencial en torno a la inmunidad de jurisdicción en demandas por responsabilidad patrimonial (Comentarios a la sentencia de la CSJ-SPA de fecha 30-07-1998)*». En: Revista de Derecho Administrativo N° 4, Editorial Sherwood, Caracas, 1998, pp. 347-360.

GIRAL PIMENTEL, José Alfredo. «*Comentarios al Dictamen 4211 del Procurador General de la República*», Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 102, Caracas, 1997, pp. 313-321.

GUERRERO-ROCCA, Gilberto Alejandro. «*Nuevas Orientaciones en el Contencioso Administrativo Venezolano*», Editorial Livrosca, Caracas, 2002, pp. 81-108.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. «*El Controversial Artículo 127*». En: Revista Gerente, sección «*Entorno Legal*», noviembre, 1999.

HUEN RIVAS, Margot Y. «*El Arbitraje Internacional en los Contratos Administrativo*». En: Libro Memorias VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer Carías», Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005, pp. 407-459.

LARES MARTÍNEZ, Eloy. «*Contratos de Interés Nacional*». En: Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981

MELICH ORSINI, José. «*La Noción de Contrato de Interés Público*». En: Revista de Derecho Público N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, pp. 33-63.

MOLES CAUBET, Antonio. «*El Arbitraje en la Contratación Administrativa*». En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela N° 20, Caracas, 1960, pp. 91-163.



- MOYA-OCAMPOS PANZERA, Diego y MOYA-OCAMPOS PANZERA, María del Sol. «*Comentarios relativos a la procedencia de las Cláusulas de Arbitraje en los Contratos de Interés Público Nacional. En particular: Las Concesiones Mineras*». En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 19, Editorial Sherwood, Caracas, 2004, pp. 165-180.
- PÉREZ LUCIANI, Gonzalo. «*Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público*». En: *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984,
- PÉREZ LUCIANI, Gonzalo. «*Los Contratos de Interés Nacional*». En: *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*», Fundación Procuraduría General de la República», Caracas, 1991, pp. 131-154.
- SANSÓ DE RAMÍREZ, Beatrice. «*La Inmunidad de Jurisdicción en el Artículo 151 de la Constitución de 1999*». En: *Libro Homenaje a Enrique Tejera París «Temas sobre la Constitución de 1999»*, Caracas, 2001, pp. 335-368.
- TORO JIMÉNEZ, Fermín. «*Manual de Derecho Internacional Público*», Volumen I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982.

CONTENCIOSO CONTRACTUAL EN COLOMBIA  
FLEXIBILIDAD DEL CONTROL E INESTABILIDAD DEL CONTRATO

## CONTENCIOSO CONTRACTUAL EN COLOMBIA

### FLEXIBILIDAD DEL CONTROL E INESTABILIDAD DEL CONTRATO

*José Luis Benavides<sup>1</sup>*

La presentación del contencioso contractual suele hacerse a partir de las acciones derivadas del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, explicando su alcance y características<sup>2</sup>. Es posible también dar un panorama general a partir de los temas del proceso contencioso administrativo contractual: titularidad de las acciones y legitimación en la causa, acciones contra actos contractuales, caducidad de las acciones, nulidades contractuales, pretensiones. El profesor Jaime Orlando Santofimio propone una clasificación binaria: contencioso subjetivo, y contencioso objetivo, a partir de las posibles pretensiones en torno al contrato<sup>3</sup>.

El presente ensayo no pretende dar esa idea de conjunto del contencioso administrativo contractual para el que es necesario un desarrollo significativo, sino enunciar su desarrollo y perspectivas recientes, a partir de las instituciones surgidas de la Constitución de 1991 y de su desarrollo legislativo y jurisprudencial. La Carta de 1991 otorgó al juez un papel preponderante, como garante y en cierta medida realizador, de la efectividad de los derechos consagrados por ella y genéricamente del derecho sustancial<sup>4</sup>, de tal suerte que la concepción misma del juez se ve transformada; transformación aún más significativa en el

---

<sup>1</sup> Profesor-investigador. Universidad Externado de Colombia.

<sup>2</sup> Carlos BETANCUR JARAMILLO, *Derecho procesal administrativo*, Señal Editora, 2000, p. 505

<sup>3</sup> Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo, T. III. Contencioso Administrativo*, ed. Universidad Externado de Colombia, 2004, 227 y ss.

<sup>4</sup> Constitución política, Artículo 228. La administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

contencioso administrativo contractual, por enfrentarse a ese híbrido inclasificable del contrato de la administración a medio camino entre las prerrogativas de poder público y el acuerdo de voluntades fundado sobre la igualdad jurídica de las partes.

Nuestro contrato estatal, surgido de la Ley 80 de 1993 en plena eclosión del neoliberalismo y la apertura de mercados de la primera mitad de los años 90s, se debate entre la nueva concepción anglosajona económica del contrato – que ve en él ante todo un instrumento de intercambio de bienes y servicios – y la concepción clásica del contrato administrativo, en la que el contrato es un vehículo institucional a través del cual la administración logra la colaboración de los particulares en los fines públicos, asegurando su control con poderes especiales derivados de su calidad de titular del interés general.

La dinámica del contencioso contractual ve en ella reflejada esta tensión, reforzada por las transformaciones constitucionales, todo lo cual incentiva una mayor flexibilidad del procedimiento, a veces para realizar el fondo del negocio jurídico y en otras ocasiones para extender el control de su regularidad. En esta proyección, las concepciones novedosas y el alcance de los cambios no están aun decantados: la jurisprudencia duda, avanza y retrocede y con ella las reformas legislativas. La inseguridad jurídica consecuente constituye también una característica del contencioso contractual reciente. Esta actualidad puede apreciarse a través de dos géneros del contencioso contractual: el de ejecución y el de nulidad.

## I. CONTENCIOSO DE EJECUCIÓN

Entre las distintas pretensiones procesales previstas por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (CCA) para la acción contractual dos tipos genéricos revelan transformaciones importantes: aquellas que plantean el incumplimiento de una de las partes contratantes y las que se encaminan a revisar el contrato.

### A. Incumplimiento

Tradicionalmente el contencioso originado en el incumplimiento fue objeto de características particulares debido a la presencia de la administración, tanto por lo que ella puede pedir al juez ante el incumplimiento de su contratista, como lo que éste puede pedir por el incumplimiento de aquella. Los dos aspectos son objeto de transformaciones.



### 1. Incumplimiento del contratista

En principio, el incumplimiento de una parte da lugar para que la otra solicite al juez su constatación y lo condene al pago de perjuicios subsiguientes<sup>5</sup>. En el contrato administrativo clásico el principio es limitado por cuanto la administración tiene poderes de vigilancia y control frente a su contratista, a los que no puede renunciar. Estos poderes irrenunciables no constituyen sólo un privilegio sino también una responsabilidad para ella. La administración no puede dejar de ejercerlos si las circunstancias lo exigen, al punto que le está vedado acudir al juez para que éste declare un derecho u obligación, una sanción o un estado de hechos que ella misma podría haber hecho de manera unilateral y en fase administrativa. El juez tan sólo puede pronunciarse sobre la licitud de los actos que la administración profirió en ejercicio de sus poderes. En estos aspectos, el juez *no define* derechos y obligaciones, sino *controla* la legalidad de los actos de la administración a través de los cuales ésta ha definido unilateralmente derechos y obligaciones.

Esta limitación procesal, inherente a las prerrogativas del acto administrativo que nos venía del derecho francés, sufrió modificaciones importantes con la Ley 80. Siguiendo la concepción francesa el contrato administrativo tenía implícitas prerrogativas irrenunciables a favor de la administración contratante, aún cuando éstas no fuesen previstas por las partes en el texto del contrato. El antiguo estatuto contractual (Decreto-Ley 222 de 1983) establecía que la calificación del contrato administrativo contenía la aplicación del título IV del estatuto que establecía las cláusulas exorbitantes de caducidad, interpretación, modificaciones y la terminación unilaterales<sup>6</sup>.

La supresión de la dualidad de contratos de la administración: contratos administrativos y contratos de derecho privado, contenida en el nuevo estatuto de la Ley 80 a favor de una sola categoría: el contrato estatal, introdujo una concepción diferente frente a las cláusulas exorbitantes. El legislador de 1993 restringió los poderes de la administración contratante conservando las cláusulas

<sup>5</sup> Código Civil, art. 1546 y Código Contencioso Administrativo, art. 87.

<sup>6</sup> Decreto-Ley 222 de 1983: Artículo 18. Aplicación de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales. Los contratos administrativos que se celebren con posterioridad a este estatuto, se rigen por los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte de las entidades públicas que los suscriban, conforme a las disposiciones contenidas en los Artículos siguientes.

Artículo 61. De la obligación de pactar la caducidad. La caducidad será de forzosa estipulación en los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles de empréstito. No será obligatoria en los contratos interadministrativos.



exorbitantes obligadas tan sólo para los contratos que tuviesen un vínculo directo con el servicio público o con la explotación de bienes del Estado<sup>7</sup>. Más aún, las prohibió en los contratos marcadamente comerciales o en los que las prerrogativas fueron consideradas inconvenientes<sup>8</sup> y estableció tan sólo su posibilidad de inclusión en los contratos de suministro y de prestación de servicios (art. 14, num. 2º, inc. 2º).

En estas condiciones, el principio de irrenunciabilidad de los poderes, restrictor de las pretensiones de la administración contratante, se vería mitigado en la medida en que, careciendo de sus prerrogativas de declaración unilateral de derechos y obligaciones, la administración habría de acudir al juez para lograr estas declaraciones. Además, la restricción de los poderes no sólo tuvo una expresión cuantitativa sino también cualitativa. El legislador estableció genéricamente unas finalidades específicas que habrían de guiar y legitimar su ejercicio. El artículo 14 de la Ley 80 prescribe en efecto que los poderes se ejercen «con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación». Por consiguiente, si estos supuestos, reiterados por los artículos que describen cada uno de los poderes exorbitantes<sup>9</sup>, no se presentan, la administración no estará habilitada para ejercer sus prerrogativas fruto de las cláusulas exorbitantes y estará obligada a acudir al juez para que resuelva el diferendo que tenga con su contratista.

---

<sup>7</sup> Ley 80 de 1993, Artículo 14, numeral 2º. Las entidades estatales «... pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión

...

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente».

<sup>8</sup> *Idem*, PARAGRAFO En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este Artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

<sup>9</sup> Artículos 15 (interpretación unilateral); 16 (modificación unilateral); 17 (terminación unilateral); 18 (caducidad y sus efectos).



## 2. Incumplimiento de la administración.

Bajo la influencia de la concepción francesa de la separación de poderes, el derecho administrativo estableció el principio general según el cual el juez no puede imponer un comportamiento a la administración, lo que en materia contractual constituye una diferencia frente al derecho privado en el que, en virtud del artículo 1546 del Código Civil, cuando uno de los contratantes no cumple con sus obligaciones «podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios». Nuestra doctrina afirma aún hoy que «el fin de la administración pública que es la satisfacción del interés público, se opone a que el colaborador privado pueda imponerle coercitivamente la ejecución de un proyecto que deliberadamente ha optado no desarrollar, sin perjuicio del derecho que le reconoce la ley de obtener una justa y equitativa reparación económica»<sup>10</sup>.

Pero es necesario aclarar cuál es el alcance de la *prohibida* acción de cumplimiento contractual. El ejemplo transcrito sobre la oposición a la voluntad de la administración – argumento recurrente de la impertinencia de la acción – en realidad no parece pertinente, en la medida en que parte de la voluntad expresa de la administración de terminar unilateralmente el contrato. Es decir que el diferendo no se refiere a un problema de *incumplimiento* por su parte, sino a la *posibilidad* que tendría *el contratista* de *oponerse* al ejercicio de un poder exorbitante de resolución unilateral del contrato. Los eventos de incumplimiento de la administración, que generarían una acción de cumplimiento, excluyen entonces los comportamientos justificados de la administración contratante. Ejemplos de aquellos, serían el negarse a entregar a su contratista terrenos, planos, documentos o información importante para la ejecución del contrato; incumplir sus obligaciones de colaboración para completar la información necesaria para hacer un estudio de consultoría encomendado al contratista, la puesta a su disposición de personal administrativo prometido, las gestiones para obtener una licencia necesaria para el contrato, la compra de terrenos para adelantar las obras igualmente a su cargo, etc.

En la actualidad, bajo la Constitución de 1991 y la dinámica jurisprudencial, la restricción por lo menos no parece tener la misma significación. No hay que olvidar su origen completamente político, surgido del temor de los constituyentes franceses post revolucionarios frente al poder de los tribunales provinciales del antiguo régimen, quienes con sus prerrogativas de inaplicación de las reformas

<sup>10</sup> Rodrigo ESCOBAR GIL, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Legis, Bogotá, 1999, p. 277.

reales contribuyeron en la caída de la monarquía. Minimizando este origen histórico de la restricción, se argumenta que ella es inherente a la tridivisión del poder. Sin embargo se omite que en la verdadera cuna de la teoría de la tridivisión del poder, esto es Inglaterra, así como en la jurisprudencia del desarrollo equilibrado entre los poderes públicos de los poderes de Estados Unidos, las órdenes a la administración son corrientes y no parecen contrarias a la garantía de independencia del poder ejecutivo.

Inclusive en Francia el principio es objeto de revisión y restricción. Así, la ley de 8 de febrero de 1995 dio a los jueces administrativos la competencia para dirigir órdenes a la administración (astreintes) con el objetivo de asegurar la ejecución de una sentencia<sup>11</sup>. Así, luego de haber obtenido la declaración de nulidad de la decisión de suscribir un contrato de venta de un inmueble municipal, acto separable por esencia, los esposos López afectados con el acto anulado lograron que el juez ordenara al municipio contratante dar plena ejecución a la sentencia de nulidad del acto separable, instaurando la demanda de nulidad del contrato en un plazo perentorio de dos meses<sup>12</sup>. En esta misma inspiración, la jurisprudencia ha restringido el viejo y sólido adagio del derecho administrativo francés, según el cual «una obra pública mal instalada no se destruye»<sup>13</sup>. Los tribunales han ordenado la realización de obras sobre las construcciones públicas<sup>14</sup>, su desplazamiento<sup>15</sup> e incluso pura y simplemente su demolición, cuando han sido construidas de manera irregular<sup>16</sup>. Por su parte, el Consejo de Estado ha establecido recientemente, en una posición más moderada pero evolutiva del principio tradicional, que antes de ordenar su destrucción, el juez ha de hacer un balance entre los perjuicios y las ventajas generados por la obra irregularmente implantada<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> R. Debbasch, Le juge administratif et l'injonction : la fin d'un tabou, JCP 1996.I.3924.

<sup>12</sup> Consejo de Estado francés, Sect., sentencia del 7 de octubre de 1994, *Esposos López*, Leb. p. 430, concl. Rémy Schwartz

<sup>13</sup> Consejo de Estado francés, sentencia del 7 julio de 1853, *Robin de la Grimaudière S.* 1854, II, p. 213.

<sup>14</sup> Tribunal Administrativo de Limoges, sentencia del 7 de diciembre de 1995, *Consorts Descat et Calary de Lamazière c/ Département de la Corrèze*, RFDA, 1996, p. 348 ; Tribunal Administrativo de Lyon, 4 de febrero de 1998, *Marie-Jeanne Guillot*.

<sup>15</sup> Tribunal Administrativo de Lyon, sentencia del 7 junio de 1996, *Nameur*, Dr. adm. 1998, n° 495.

<sup>16</sup> Tribunal Administrativo de Nantes, sentencia del 25 julio de 1996, *Derenne*, req. n° 96-56.

<sup>17</sup> Consejo de Estado francés, sentencia del 29 de enero de 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*, req. n° 245239, note Pierre Sablière, AJDA, 2003, p. 784.



A esta realidad conceptual se suma la preponderancia que ha tomado en el mundo el papel de los jueces como garantes de los derechos de los individuos, en particular frente al poder del Estado, restringiendo la sombra del temor sobre el *gobierno de los jueces*. Nuestra constitución de 1991 se orientó decididamente en esta dirección, materializada en las distintas acciones constitucionales que buscan dar efectividad a los derechos consagrados por la Carta. Entre ellas, encontramos la acción de cumplimiento a través de la cual toda persona puede acudir ante el juez administrativo para hacer efectivo el cumplimiento de leyes o actos administrativos<sup>18</sup>. Es cierto que el precepto constitucional tiene una restringida aplicación en los contratos estatales, no sólo por cuanto se dirige a los derechos y obligaciones surgidos no del contrato sino de la ley o de un acto administrativo, sino también porque la ley que la reglamentó estableció, como lo ha explicado la jurisprudencia, que la acción tan sólo procede frente a los actos individuales comprensivos de una obligación expresa, clara y exigible, que haga posible el mandamiento para su cumplimiento<sup>19</sup>. No obstante, la acción constitucional es indicativa de la clara voluntad del constituyente de forzar comportamientos de la administración.

Otras acciones constitucionales como la tutela o la acción popular, de cuyas implicaciones contractuales nos ocuparemos más adelante, son de entera aplicación en materia contractual y legitiman poderes al juez para que ordene comportamientos concretos a la administración contratante, incluso mediante medidas cautelares adoptadas con la admisión de la demanda, tendientes a amparar los derechos fundamentales de los contratistas o de terceros (acción de tutela) o los derechos colectivos (acción popular).

Bajo este ambiente constitucional, parece imponerse una lectura diferente a la tradicional del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo sobre las acciones contractuales. Nuestras jurisprudencia<sup>20</sup>, como nuestra doctrina<sup>21</sup> han destacado que el artículo no prevé ninguna acción de cumplimiento, lo que sumado a las tesis tradicional de prohibición de órdenes dirigidas a la Administración, haría concluir que la acción de cumplimiento contractual no es

<sup>18</sup> Constitución Política, art. 87 y Ley 393 de 1997, por la cual se desarrolla el Artículo 87 de la Constitución Política, art. 1 y 2.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección II, sentencia del 9 de octubre de 1997, exp. ACU-017; 13 de noviembre de 1997, exp. ACU-060; auto del 3 de diciembre de 1997, exp. ACU-002.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección III, sentencias del 23 de septiembre de 1994, *Agrecon*, exp. 7990; 14 de septiembre de 2000, *Carlos García Tabares*, exp. 13530; 1º de marzo de 2001, *Urias Velandia Poveda*, exp. 11480.

<sup>21</sup> R. ESCOBAR, cit., p. 277.

posible. Con todo, teniendo como telón de fondo la evolución en la materia, el referido artículo 87 no establece en realidad una restricción concreta. En sentido literal, el artículo limitaría la acción de cumplimiento tanto al contratista como a la administración, por cuanto establece que la declaración de incumplimiento hecha por el juez a solicitud de *cualquiera de las partes*, permite proferir condena *contra el responsable a indemnizar perjuicios*. No obstante, complementa esta disposición previendo que pueden hacerse *otras declaraciones y condenas*, con lo que no estaría excluyendo la aplicación de la pretensión de cumplimiento prevista en el artículo 1546 del Código Civil<sup>22</sup>.

## B. Revisión del Contrato

La revisión del contrato realizada por el juez bajo sus dos modalidades: revisión inicial (lesión) y revisión durante su ejecución (imprevisión) pone en peligro su estabilidad. En uno y otro caso el juez reemplaza la voluntad de las partes en aras de una mayor justicia o de la equidad del intercambio económico a la base del contrato. La concepción tradicional rechaza tal enorme y *peligroso poder del juez*. Frente a la lesión, resuenan las voces de los defensores a ultranza del liberalismo y de la autonomía de la voluntad, para quienes todo contrato libremente consentido es justo sin importar su contenido<sup>23</sup>. El Código Civil recoge este espíritu restringiendo la lesión al contrato de compraventa de inmuebles<sup>24</sup>, y a condición de una desproporción muy significativa en su precio: mayor o menor en 50% del valor real del bien vendido<sup>25</sup>. Y frente a la imprevisión,

---

<sup>22</sup> CCA, art. 87: Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuentes, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas...

<sup>23</sup> «Quien dice contractual dice justo»: fórmula de Fouillée, frecuentemente citada. François TERRÉ, Philippe SIMLER e Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 6<sup>a</sup> éd. 1996, p. 24.

<sup>24</sup> Código Civil:

Art. 1946. El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme.

Art. 1949. Subrogado L. 57/1887, art. 32. No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por ministerio de la justicia.

<sup>25</sup> Código Civil, Art. 1947. El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.



sencillamente no la menciona<sup>26</sup>. El derecho contemporáneo reaccionó frente a la injusticia del derecho civil tradicional y nuestro Código de Comercio contempló la imprevisión. No obstante, su aplicación es delicada. Si bien es cierto en virtud de ella el juez tiene el poder de revisar el contrato en virtud del artículo 868 de este Código<sup>27</sup>, el legislador no le indicó en qué sentido debía revisarlo, acudiendo a un lacónico parámetro de la equidad o a la medida extrema de resolución del contrato, sin indicar tampoco en este evento, cómo se distribuirían las cargas de su terminación anticipada. Y en realidad, la norma difícilmente podría dar una solución concreta frente a las cargas nuevas, no previstas por las partes, y cuya repartición entre éstas resulta más o menos arbitraria.

El contrato administrativo clásico dio un instrumento particular al juez. Desde el fallo Gas de Burdeos de 1916, el Consejo de Estado Francés, interpretando los principios del contrato administrativo y la importancia del servicio público cuya continuidad es indispensable, reconoce en estos eventos una indemnización compensatoria de las pérdidas al contratista, para evitar su ruina, que en últimas lo llevaría a la paralización del servicio público a su cargo<sup>28</sup>. Pero incluso esta solución es doblemente restrictiva, no sólo por la rareza de los casos de imprevisión en países en los que las cláusulas contractuales dejan poco campo a lo imprevisible, sino por la naturaleza temporal de la situación extra contractual. En efecto, el fundamento solidario de la indemnización

<sup>26</sup> De manera en extremo drástica la Corte de Casación francesa fijó la jurisprudencia sobre la no revisión judicial del contrato en su célebre sentencia *Canal de Craponne* del s. XIX (Cass. Civ. 6 de marzo de 1876. DP. 76..1.193. Nota Gigoulot, S. 76.1.161). Las convenciones al origen del litigio fueron suscritas en 1560 y 1567. Ellas tenían por objeto el suministro de agua destinada a alimentar los canales de irrigación del valle de Arles a cambio de una remuneración que con el paso del tiempo se tornó irrisoria. En el siglo XIX la empresa que explotaba el canal pidió judicialmente la revisión del contrato, argumentando la devaluación de la moneda y el aumento en la mano de obra que hacían desproporcionada la tasa frente a los gastos de mantenimiento. A pesar de que la Corte de Aix en Provence elevó la tasa establecida por el contrato, la Corte casó la sentencia recordando la lapidaria expresión del Código Civil, según la cual los contratos son ley para las partes, de tal suerte que el juez no puede revisar su contenido.

<sup>27</sup> Código de Comercio, Artículo 868: «Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato».

<sup>28</sup> Consejo de Estado francés, sentencia del 30 de marzo de 1916, *Gaz de Bordeaux*, p. 125, concl. Chardenet; D. 1916, 3, 25; S. 1916, 3, 17, nota HAURIEU, RDP, 1916-206 y 388, nota JÈZE.

reconocida al contratista hace que la administración contratante reconozca las pérdidas transitorias, mientras se vuelve a las condiciones originales del contrato. Pero si el desequilibrio estructural del contrato se perpetúa, el juez francés considera que el Estado no tiene la obligación de mantener un servicio que se ha tornado definitivamente deficitario. Es lo que ocurrió en el caso de los tranvías de la ciudad de Cherbourg, en el que la aparición de la competencia de los buses a gasolina al comienzo del s. XX generó un desequilibrio definitivo en las finanzas del contrato de concesión de tranvías. El contratista aumentó al máximo económicamente competitivo sus tarifas sin que ello pudiese reequilibrar la economía de su contrato. La era de oro del tranvía había llegado a su fin. En este evento, el juez administrativo francés se enfrentó al problema de nuestro juez comercial contemporáneo ante la necesaria revisión estructural del contrato. Su solución fue incitar a las partes a renegociarlo bajo las nuevas bases definitivas, para no reemplazarlas imponiendo una solución, renegociación sobre la que pendía la amenaza de resolución del contrato por el mismo juez, en el evento de fracaso del arreglo directo, con las eventuales condenas indemnizatorias no sobre la base de una particular distribución de los riesgos, sino del comportamiento leal de las partes ante la necesaria renegociación<sup>29</sup>.

Esta lógica clásica del contrato administrativo cambió de manera importante entre nosotros con el advenimiento de la Ley 80. En primer lugar, los textos son contradictorios. El artículo 27 sienta un principio de ecuación contractual según el cual «en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento» Por consiguiente, el equilibrio financiero clásico, en favor exclusivo del contratista, derivado del espíritu solidario de la administración para con él, se transforma en un equilibrio de la relación comercial entre las partes, que puede ser tanto a favor del contratista como de la administración contratante. En este sentido, el artículo 4º establece el derecho de ésta a «solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato». Sin embargo, el artículo 3º

---

<sup>29</sup> Consejo de Estado francés, sentencia del 9 de diciembre de 1932, *Cie de tramways de Cherbourg*, S. 1933, 3, 18. Más recientemente el Consejo de Estado tuvo ocasión de reiterar esta solución. En un contrato que tenía por objeto el abastecimiento de agua potable a un municipio. Debido a la polución inesperada de la fuente utilizada por el concesionario, éste tuvo que abastecerse de una más lejana, lo que significó un aumento importante y definitivo de sus costos. Sentencia del 5 de mayo de 2000, *Commune de Staffelfelden*, No 184722.





sobre las finalidades de la contratación pública enuncia un principio de garantía de beneficios, ofrecido al contratista<sup>30</sup>, mientras que el artículo 5º le garantiza tan sólo una indemnización hasta el punto de no pérdida, en caso de imprevisión<sup>31</sup>.

En medio de estas contradicciones, el Consejo de Estado concluyó que las finalidades indicadas en el artículo 3º indicaban que los intereses de las partes eran antagónicos, «para la administración: el logro de los fines esenciales del Estado; para el contratista: la obtención de un provecho económico»<sup>32</sup> y por lo tanto, sobre la base de esta distribución, había que interpretar que el punto de no pérdida al que se refiere el artículo 5º conllevaba en realidad una indemnización plena en la que se incluía no sólo el daño emergente, sino también la integralidad del lucro cesante<sup>33</sup>. Por su parte, la Corte Constitucional enunció el principio de la «garantía del patrimonio integral de los particulares» sobre la base de los artículos 2 (finalidades del Estado), 13 (Principio de igualdad), 58 (derecho a la propiedad privada) y 90 (principio de responsabilidad de las entidades públicas) de la Constitución, para concluir que en virtud de este principio, todos los riesgos aparecidos durante la ejecución del contrato, y no previstos por el contratista o imputables a él, habrían de ser trasladados a la administración contratante<sup>34</sup>. Tanto el juez administrativo como el constitucional enunciaron así una revisión del contrato sistemáticamente a favor del contratista, a quien se aseguraría no sólo la intangibilidad de su remuneración, como principio fundamental del contrato administrativo, sino también la de sus ganancias,

<sup>30</sup> Artículo 3º, inciso 2º: «Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones».

<sup>31</sup> Artículo 5º, num. 1º: «... tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas».

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección III, 9 de mayo de 1996, SAE, exp. 10151. En el mismo sentido, sentencia del 26 de febrero de 2004, *Viviendas y Construcciones de Hormigón Armado Ltda.. Hora Ltda.*, exp. 14043: «Para establecer el contenido del concepto `equilibrio` cabe tener en cuenta lo que motiva a cada uno de los sujetos de la relación jurídico negocial derivada del contrato estatal; para el Estado, desarrollar los fines que nuestro sistema jurídico le atribuyó, fundamentalmente la satisfacción del interés público; para el particular, obtener un lucro personal. El contrato estatal debe entonces colmar las expectativas de uno y otro cocontratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera del contrato existente a la fecha en que surge la relación jurídico negocial».

<sup>33</sup> Consejo de Estado, sentencia del 9 de mayo de 1996, citada.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, sentencia del 22 de agosto de 2001, C-892/01.



garantía exagerada, frente a toda la doctrina y jurisprudencia tradicional. Aunque ciertos tribunales de arbitramento han reconocido que el traslado de riesgos no es automático para la administración<sup>35</sup>, el juez arbitral no repara en condenar a la administración a conservar contratos estructuralmente deficitarios, asumiendo que ella está en la obligación de soportar el déficit del contrato hasta su culminación, lo que resulta gravísimo cuando el contrato es de larga duración<sup>36</sup>.

No obstante, la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado ha revisado su posición inicial frente al tema, para acordar una indemnización parcial a su contratista en caso de imprevisión, limitada al daño emergente cuando hay lugar a la imprevisión, acorde con la jurisprudencia clásica del contrato administrativo y con el texto de la Ley 80.

Por su parte la doctrina resalta que los casos de imprevisión no dan lugar en estricto sentido a una revisión de los términos del contrato, sino a una indemnización a favor del contratista sin que haya verdadera responsabilidad<sup>37</sup>, y previene contra los poderes del juez en la redefinición de las cláusulas del contrato<sup>38</sup>. Pero en realidad, si el desequilibrio estructural se perpetúa, como ha sucedido en muchos casos de las concesiones viales, el juez se verá abocado a revisarlo o a resolverlo y en uno y otro caso, las soluciones concretas, tanto de nuevas cláusulas como de indemnizaciones eventuales, serán fruto de su creación, puesto que el derecho positivo no brinda soluciones de principio. En ambos casos, la ausencia de definición jurisprudencial genera incertidumbre jurídica.

## II. CONTENCIOSO DE NULIDAD

Este contencioso pone en tela de juicio la validez del contrato mismo o de los actos que profiere la entidad contratante en uso de sus potestades unilaterales antes del contrato o durante su ejecución.

---

<sup>35</sup> Tribunal de arbitramento Concesionaria vial de los Andes S.A. vs Invías, 29 de julio de 2004. Tribunal de arbitramento AEROCALI S.A. en vs Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil -UAEAC-, 5 de octubre de 2005.

<sup>36</sup> Tribunal de arbitramento, Concesión Santa Marta Paraguachón vs Invías, 31 de mayo de 2004.

<sup>37</sup> Aida Patricia HERNÁNDEZ SILVA, *¿Responsabilidad contractual del Estado sin imputación?*, ponencia para las VI Jornadas de derecho constitucional y administrativo.

<sup>38</sup> Jaime Orlando SANTOFÍMIO, ob.cit. p. 234.



## A. Nulidad del Contrato

El régimen de nulidades contractuales presenta cierta ambivalencia en su dinámica: por un lado, el carácter público de la relación tiende a aumentar el rigor de los requisitos de validez del contrato, así como de los mecanismos para hacer efectivo su control. Pero por otro lado, la dinámica hacia el derecho privado y la protección de los intereses económicos en juego propenden por la preservación del vínculo contractual.

### 1. *Extensión de la nulidad absoluta del contrato*

En la integración de la teoría general del contrato al contrato estatal y de la regla del artículo 13 de la Ley 80 sobre el régimen jurídico de los contratos estatales<sup>39</sup>, el artículo 44 de la Ley 80 remite a las nulidades del contrato civil y comercial<sup>40</sup>, pero las complementa con otras específicamente públicas<sup>41</sup>, entre las cuales las siguientes necesitan precisiones particulares con relación a sus implicaciones contenciosas:

En primer lugar, los contratos son nulos por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Las inhabilidades son definidas por la

<sup>39</sup> Ley 80, Artículo 13o. «DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el Artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.»

<sup>40</sup> Código Civil, artículo 1741: NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Código de Comercio, artículo 899. NULIDAD ABSOLUTA. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1º Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;

2º Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y

3º Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

<sup>41</sup> Ley 80, Artículo 44o. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

jurisprudencia como «la falta de aptitud o la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto, que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con las entidades estatales»<sup>42</sup>, y por la doctrina administrativa como «impedimentos para ejercer una función determinada o para que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público, en razón de intereses personales o por la ausencia de calidad para el ejercicio del cargo»<sup>43</sup>. Por su parte, las incompatibilidades son «las prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo»<sup>44</sup>. La necesaria imparcialidad en los procedimientos de formación de la voluntad de la administración contratante para la escogencia del contratista, hace necesario un régimen particularmente estricto<sup>45</sup>. La Constitución se había ya ocupado de reforzar el régimen de incompatibilidades de los congresistas (art. 180 y 181), estableciendo incluso que su violación es causal de pérdida de la investidura (art. 183). La ley 80 refuerza el régimen de inhabilidades e incompatibilidades específicamente contractuales, al punto de establecer por ejemplo la prohibición de contratar con una sociedad anónima no abierta en la que un accionista es cuñado de un asesor de la entidad contratante<sup>46</sup>.

---

1° Se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2° Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3° Se celebren con abuso o desviación de poder;

4° Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5° Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el Artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

<sup>42</sup> Corte Constitucional, sentencia del 26 de septiembre de 1996, *María Erly García de Jaramillo*, C-489/96.

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 29 de abril de 1998, *Ministerio del Interior*, rad. 1097-98.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 2001, *Ministerio de Transporte*, rad. 1346-01.

<sup>45</sup> J.O. SANTOFÍMIO, ob.cit., p. 265: «El régimen de inhabilidades e incompatibilidades que establece el ordenamiento jurídico colombiano obedece a claras directrices constitucionales tendientes a romper el principio de igualdad, limitando los derechos políticos y negociales de todas aquellas personas que, en virtud de sus especiales situaciones de carácter individual, pueden eventualmente poner en peligro los intereses generales y el bien común, depositados en las entidades estatales».

<sup>46</sup> El Artículo 8° de la Ley establece las causales de incompatibilidad e inhabilidad para contratar con las entidades estatales y el 9° los efectos de las incompatibilidades o inhabilidades sobrevivientes.



La segunda causal de nulidad de los contratos estatales es la suscripción del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal. Una interpretación restrictiva – necesaria para la seguridad jurídica – indica que la disposición se refiere a los contratos expresamente prohibidos por la Constitución o la ley, como la enajenación de bienes de uso público<sup>47</sup>. Pero algunos autores ven en ella prácticamente una equivalencia con la ilegalidad. Así, Jaime Orlando SANTOFIMIO considera que en la medida en que el artículo 24 numeral 8 de la Ley 80 prescribe que las entidades contratantes no actuarán con desviación o abuso de poder y les *prohíbe* eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto, toda violación a una norma imperativa es constitutiva de la causal de nulidad del contrato<sup>48</sup>. La jurisprudencia, por su parte, ha declarado la ocurrencia de la causal, por ejemplo, cuando existen graves irregularidades en el proceso de selección del contratista<sup>49</sup> o en un evento de violación de la prescripción presupuestal que prohibía celebrar contratos con recursos provenientes de empréstitos cuando éstos no estuviesen perfeccionados y desembolsados<sup>50</sup>, o la que prohíbe comprometer vigencias futuras<sup>51</sup>, así como la celebración de un contrato de venta de buses de una empresa oficial de transporte urbano sin haber obtenido previamente autorización de Dirección General de Aduanas para tal efecto, requisito absolutamente indispensable para ello<sup>52</sup>. Igualmente encuentra la ocurrencia de la causal en la celebración de una prórroga de contrato violando el plazo máximo de duración del contrato establecido en la ley<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> Constitución Política, Artículo 63: «Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables». Sobre la interpretación restringida, ver Luis Guillermo DÁVILA VINUELZA, *Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*, Legis, 2003, p. 543.

<sup>48</sup> Ob.cit. p. 269.

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 7 de septiembre de 1998, *Igeniería y Telemática G&C Ltda.*, exp. 10660.

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 18 de noviembre de 1999, *Humberto Ibáñez Muñoz*, exp. 11442.

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sección III, auto del 24 de julio de 2003, *Eric Alberto Manotas Vásquez*, exp. 23570.

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 7 de octubre de 1999, *Non plus ultra S.A.*, exp. 12387.

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sección III, 24 de mayo de 2001, *Consortio de Ganaderos de Santa Marta; Comité de Ganaderos de Santa Marta; Sociedad Comercial Ganadera del Magdalena Ltda.*, exp. 12247.

Esta segunda causal es trascendente y delicada por cuanto la sanción de la invalidez del contrato se ve aumentada por el deber de las entidades estatales contratantes, y no simple posibilidad, de terminar unilateralmente el contrato cuando exista la causal. La jurisprudencia<sup>54</sup> y la doctrina<sup>55</sup> consideran que no se trata de un poder de declaración de nulidad, poder estrictamente reservado al juez. Sin embargo, aunque la terminación unilateral no tiene la fuerza de cosa juzgada de la declaración de nulidad, el efecto inmediato es el mismo, por cuanto se otorga a la entidad la competencia para valorar y determinar unilateralmente la ocurrencia de la causal, terminar el contrato y proceder a su liquidación (art. 45), siguiendo para este último paso las reglas de indemnización en caso de nulidad absoluta del contrato (art. 48). Ello significa que es la entidad quien tendrá la valoración de la ocurrencia de la causal, poder cuya extensión es difícil de definir por cuanto si bien la jurisprudencia no la asimila a simple ilegalidad del contrato, los ejemplos reseñados indican la diversidad de eventos posibles.

Este poder de terminación unilateral también existe en caso de la ocurrencia de la primera causal reseñada, esto es, la violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades, lo que implica igualmente una calificación administrativa de su ocurrencia.

En fin, la administración puede de igual manera terminar unilateralmente el contrato si se presenta la 4ª causal de nulidad definida en el artículo 44 de la Ley 80, esto es cuando se declaren nulos los actos en que se fundamente el contrato. La Ley 80 había previsto un régimen separado de nulidad de la adjudicación y del contrato, lo que generaba que la declaratoria de nulidad de aquella no conlleva la invalidación de éste. Coherente con esta concepción esta causal preveía la nulidad del contrato en este evento. Pero la Ley 448 de 1996, reformativa del procedimiento contencioso administrativo, estableció que si el contrato ha sido suscrito, los actos previos a su celebración tan sólo serán demandables con la nulidad del contrato. Sin llegar a crear una nulidad automática del contrato por la declaración de nulidad de los actos previos, la restricción procesal impone la doble impugnación de los actos y del contrato, con lo que se refuerza la efectividad de la nulidad de éste último<sup>56</sup>. Pero veremos cómo restringe la impugnación de los actos previos.

---

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 10 de julio de 1990, *Macodin S.A.*, exp. 5782.

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil, concepto del 1º de diciembre de 1999, *Ministerio de Transporte*, rad. 1230; Luis Guillermo DÁVILA VINUEZA, ob.cit. p. 106.

<sup>56</sup> El Artículo 32 de la Ley 466 de 1998 reformó el Artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, prescribiendo que «Los actos proferidos antes de la celebración del



Desde otra perspectiva, la amplitud dada por la Ley 80 a la legitimación en la causa para pretender la declaración de la nulidad absoluta del contrato constituye otra manera de reforzar el control. El artículo 45 dio carácter popular a la acción de nulidad absoluta del contrato estatal, al establecer que cualquier persona podía ejercerla, lo que abrió el universo cerrado tradicional del contrato – tanto público como privado – en el que sólo las partes y los directamente interesados o el Ministerio Público, en representación de la sociedad, pueden cuestionar la validez del contrato. Además, la Ley 80 restringió la posibilidad de saneamiento de las nulidades establecida en el régimen común, no sólo para las nulidades relativas sino también para las absolutas distintas de la causa y el objeto ilícitos<sup>57</sup>. El artículo 45 prescribe que la nulidad absoluta «no es susceptible de saneamiento por ratificación».

## *2. Protección de la relación contractual*

Sin embargo, la amplitud de los controles de la Ley 80 tuvo frenos importantes por la evolución legislativa y jurisprudencial.

La primera, es la reforma de la Ley 466 de 1998. La acción pública de nulidad del contrato ofrece a la sociedad un instrumento de control de su licitud, pero al mismo tiempo crea una gran inseguridad jurídica entre las partes, quienes ven así expuesta la estabilidad del contrato a la crítica de terceros. Por ello, el legislador de 1998 retornó a la restricción de la legitimación en la causa de la posición tradicional, que exige un interés directo en el contrato para poder pretender su nulidad<sup>58</sup>.

---

contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. **Una vez celebrado éste**, la ilegalidad de los actos previos **solamente** podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato. La Corte Constitucional encontró exequibles los apartes resaltados, mediante sentencia C-1041/01 del 4 de octubre de 2001.

<sup>57</sup> Código Civil, Art. 1742.—Subrogado. L. 50/36, art. 2°. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

<sup>58</sup> Código Contencioso Administrativo, Artículo 87 (reformado por el Artículo 32 de la Ley 446 de 1998): «El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado

Además, modificó el régimen de caducidad de la acción, acortándolo de manera significativa. Así, los actos previos a la celebración del contrato tan sólo son impugnables ante el Contencioso Administrativo en el plazo de 30 días, siempre y cuando el contrato no se haya suscrito, como ya la habíamos anunciado. Y en cuanto a la acción de nulidad del contrato, también redujo su término de caducidad a dos años contados a partir de su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato es superior a dos años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco años, contados a partir de su perfeccionamiento (CCA, art. 136 num. 10 lit. e) modificado por art. 44 Ley 446 de 1998). La Corte Constitucional ha clarificado que este término se aplica a los contratos adicionales o a las modificaciones del contrato inicial a partir del perfeccionamiento de las adiciones o modificaciones y no la del contrato inicial<sup>59</sup>.

La segunda forma de protección del contrato es el régimen de nulidades relativas. El artículo 46 de la Ley 80 establece que «los demás vicios que se presenten en los contrato [distintos de los constitutivos de nulidad absoluta] y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio». Con todo, cabe preguntarse sobre el contenido y alcance concretos de las nulidades relativas en materia administrativa. Con relación al particular contratista no existe diferencia de la concepción y régimen establecidos por el derecho privado. Los vicios de su voluntad o los problemas de incapacidad relativa se rigen integralmente por el derecho privado. Pero en el caso de la administración contratante, la protección de su voluntad no tiene los mismos alcances. El particular puede disponer libremente de su consentimiento, lo que explica su liberalidad para ratificar el negocio jurídico que nació con violación de su consentimiento o con desbordamiento de su capacidad jurídica real. Por el contrario, la administración contratante no puede disponer libremente de su voluntad, menos aún en materia contractual en la que la formación de ésta obedece a un procedimiento reglado que se impone a ella desde la estructuración del negocio hasta la selección de su contratista. ¿Puede entonces ratificar su consentimiento validando fallas que han viciado el procedimiento que la ley, o

---

para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes».

<sup>59</sup> Corte Constitucional, sentencia del 5 de julio de 2001, C-709/01.



ella misma a través del pliego de condiciones, considerado ley de la licitación y del contrato<sup>60</sup>, han establecido como de obligatorio cumplimiento?

El Consejo de Estado ha permitido que un municipio valide implícitamente un contrato de compromiso suscrito en nombre suyo por un abogado sin poder para hacerlo. El abogado tenía poder para adelantar una conciliación a nombre del municipio. Ante el fracaso de las negociaciones conciliatorias, las partes decidieron someter el caso a la justicia arbitral, por lo que el abogado firmó a nombre del municipio el correspondiente compromiso sin haber obtenido previamente la ampliación de su poder. Convocado el tribunal de arbitramento, el municipio respondió la demanda con la debida representación. Aplicando razonamientos de derecho privado sobre la naturaleza de la relación jurídica así creada, el Consejo de Estado consideró que el negocio celebrado sin poder para representar al municipio (contrato de compromiso) quedó en estado de *pendencia*, hasta que fue ratificado implícitamente por el municipio al responder la demanda en el tribunal de arbitramento. La pregunta que queda en suspenso es si es posible este razonamiento privatista aplicado a la administración, cuando las reglas específicas disponen quién puede celebrar contratos a nombre de ellas (art. 11) y los procedimientos de habilitación a otros, esencialmente a través de la delegación interna de funciones (art. 12).

Recientemente la alta Corporación encontró también posible la validación de un contrato suscrito por un alcalde quien recibió la habilitación de su concejo municipal luego de haberlo suscrito. ¿Pueden así subsanarse incompetencias esenciales para la contratación administrativa, cuando son expresamente exigidas por la ley? ¿Podrían sanearse otro tipo de irregularidades de tipo presupuestal, por ejemplo, obteniendo reservas o certificados para el gasto

<sup>60</sup> Juan Carlos EXPÓSITO VÉLEZ, *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*, Universidad Externado de Colombia, Reimpresión corregida y aumentada, 2003, p. 453; Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 10 de agosto de 2000, *Promotora de Intercambio S.A.*, exp. 12964: «Las reglas de juego de la licitación son determinadas por el pliego de condiciones el cual constituye ley para las partes en virtud del denominado principio de autonomía de la voluntad, rector del ámbito contractual, y la entidad contratante no puede desconocerlas ni modificarlas en perjuicio de las partes». Sentencia del 28 de abril de 2005, *Wacolda Ltda.*, exp. 12025: «... los pliegos de condiciones o términos de referencia son, de un lado, la ley del futuro contrato que quedará por lo tanto enmarcado por las estipulaciones que se anuncian desde el mismo proceso licitatorio y deberá interpretarse y ejecutarse con apego a las mismas; y de otro lado, esos pliegos son también la ley que rige el mismo procedimiento de selección, puesto que contienen las reglas a las cuales deben sujetarse durante el trámite de la licitación o concurso tanto los proponentes como la misma entidad interesada en contratar...»



generado por el contrato luego de su suscripción? En uno y otro caso, bajo la interpretación jurisprudencial, estamos en presencia de requisitos de perfeccionamiento del contrato y por consiguiente su omisión no constituye un vicio de validez del contrato, sino de existencia. Más que saneamiento ¿podríamos concluir que se trata de una ratificación, siguiendo el razonamiento privatista del poder pendiente, antes expuesto?

Pero además, si no se consideran como requisitos de existencia sino de validez del contrato, en principio ellas no darían lugar a nulidades relativas, sino absolutas, no sólo por la interpretación extensiva del Consejo de Estado sobre la causal consistente en suscribir contrato contra expresa prohibición legal (Ley 80, art. 44, num. 2), sino por cuanto el régimen común de nulidades indica que es absolutamente nulo el contrato que «contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa» (Código de Comercio, art. 899). Además, sabemos que el artículo 45 de la Ley 80 prohibió el saneamiento de todas las nulidades absolutas.

Estas consideraciones restringirían sustancialmente el campo de aplicación de las nulidades relativas a la voluntad de la administración contratante, en la medida en que todas las normas reguladoras de la formación de su voluntad son de obligatorio cumplimiento, lo que incluye no sólo lo dispuesto en las leyes y decretos, sino también lo que la misma administración ha establecido en el pliego de condiciones.

Con el ánimo de limitar el formalismo del derecho administrativo y dar validez a los compromisos adquiridos, podría seguirse un criterio según el cual la ratificación es posible si no se violan principios esenciales del procedimiento de contratación, en particular aquellos que garantizan la libre concurrencia y ciertas reglas presupuestales básicas que garantizan la elemental planificación. La jurisprudencia habría de definir este límite ante lo esencial y lo «simplemente» legal.

En el mismo sentido, es difícil determinar fiablemente el alcance de una disposición que, en loable espíritu de salvaguardia de lo esencial, dispone que los vicios que no constituyan causal de nulidad serán saneados de oficio por la entidad contratante<sup>61</sup>. En efecto, ¿cuáles son esos vicios en el procedimiento

---

<sup>61</sup> Ley 80, Artículo 49o. DEL SANEAMIENTO DE LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO O DE FORMA. Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio.



licitatorio, caracterizado por etapas preclusivas que han de ser fijadas por la administración en los pliegos, y en el que corregir errores puede significar retrotraer etapas o alterar la estricta igualdad de los proponentes?

## **B. Actos contractuales**

### *1. Actos precontractuales*

Después de la reforma del artículo 87 del CCA (Ley 446 art. 32), en principio se disiparon las dudas y controversias sobre el contencioso de los actos administrativos que se refieren a los contratos, en particular la de identificar los actos separables de los contractuales<sup>62</sup>. El nuevo artículo 87 distingue los actos previos a la celebración del contrato de los propiamente contractuales, proferidos en su ejecución. Contra los primeros estableció de manera clara la posibilidad de ejercer la acción pública de simple nulidad, que por su condición de contencioso objetivo no necesita legitimación particular para su ejercicio, y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que en su condición de contencioso subjetivo si requiere probar que el actor tiene un interés directo, y permite pretender, además de la nulidad del acto, la indemnización de los perjuicios soportados en razón del acto ilegal.

No obstante, la amplitud de la acción de simple nulidad fue reducida de dos formas que ya hemos enunciado: Por seguridad jurídica del contrato, el legislador de 1998 redujo el término de caducidad general de esta acción, de cuatro meses a treinta días. Y por otra parte, si antes de este lapso se suscribe el contrato, las acciones contra los actos previos tan sólo podrán ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad del contrato.

Hemos visto, que la nulidad de los actos previos, incluso la de la adjudicación, no genera automáticamente la del contrato, aunque el artículo 44 de la Ley 80 estableció que ésta era una causal de anulación del contrato. En este sentido, la reforma que exige demandar conjuntamente la nulidad de los actos previos y la del contrato es coherente. Sin embargo, ello restringe sobre manera la posibilidad real de que terceros, no directamente interesados en el contrato, ejerzan un control de legalidad sobre los actos previos a través de la acción de simple nulidad. Si el contrato es suscrito poco tiempo después de la adjudicación de la respectiva licitación, los terceros no podrán demandar la nulidad de ésta.

<sup>62</sup> Ver evolución normativa y jurisprudencial en J.O SANTOFIMIO, ob.cit. p. 244-251.

A ello se suma el que nuestro contencioso contractual no prevé medidas cautelares eficaces contra los actos previos. El Consejo de Estado ha dado a los distintos actos previos la calidad de actos administrativos y no de simple trámite, lo que permite en principio atacar el pliego de condiciones o términos de referencia<sup>63</sup> o el acto de apertura de una licitación<sup>64</sup> sin tener que esperar hasta la adjudicación como acto de culminación del procedimiento de selección del contratista. Por consiguiente, es posible también solicitar con la demanda de nulidad del acto, su suspensión provisional, como medida cautelar sobre la que decidirá el juez al pronunciarse frente a la admisión de la demanda. Pero esta medida no es efectiva: En primer lugar, el Consejo de Estado es en extremo exigente en la «manifiesta infracción» de una norma de mayor jerarquía, exigida por la ley como requisito para el otorgamiento de la medida cautelar<sup>65</sup>. En segundo lugar, lo más significativo es el tiempo necesario para resolver sobre

---

<sup>63</sup> Consejo de Estado, Sección III, auto del 2 de febrero de 2001, *Francisco Ignacio Herrera Gutiérrez*, exp. 18059: «Encuentra la Sala que la acción de nulidad de los términos de referencia demandados fue propuesta dentro del término previsto en el Artículo 87 del C.C.A. En efecto, el término de caducidad de la acción de nulidad en contra de actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, se debe contar a partir del 24 de febrero de 2000, fecha en que se comunicó el último adendo de los términos de referencia, de modo que, la demanda de nulidad se presentó dentro de los treinta días posteriores a la comunicación del acto, tal como lo dispone la norma citada». Auto del 29 de junio de 2000, *Baupres Ltda., Pilotos Prácticos BPP*, exp. 16602: «el pliego de condiciones por ser un acto precontractual, era demandable, o en ejercicio de «la acción simple de nulidad» o de la «nulidad y de restablecimiento del derecho».

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sección III, auto del 6 de agosto de 1997, *Tolimense de Ingenieros*, exp. 13495: «Para la sala, aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse este calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo, restrinja indebida o ilegalmente esa participación. Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder.

«En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas».

Ver igualmente, sentencia del 22 de julio de 1996, *Asempúblicas*, exp. 10780.

<sup>65</sup> Constitución Política: Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Código Contencioso Administrativo: Artículo 152. PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN. (Subrogado por el Artículo 31 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989) El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:



la medida cautelar. No sólo el tribunal de instancia puede tardar varios meses, sino que además su decisión es objeto de apelación ante el Consejo de Estado, apelación otorgada en el efecto suspensivo<sup>66</sup>. Por consiguiente, se pierde el objetivo de la suspensión provisional que es interrumpir los efectos del acto, es decir, paralizar el procedimiento licitatorio e impedir la suscripción del contrato cuyo fundamento sería ilegal. Si la decisión de suspensión del acto previo llega luego de la suscripción del contrato, la medida carecerá de efectos por cuanto estos no pueden ser retroactivos y porque la medida no se pronuncia de manera definitiva sobre el fondo de su legalidad, para lo que hay que esperar la sentencia. En estas condiciones, no se materializa la causal de nulidad del contrato.

Ante esta limitación significativa del contencioso tradicional, las acciones constitucionales pueden brindar soluciones importantes. Su alcance sin embargo parece incierto.

#### a) Acción de Tutela

Una de estas acciones es la de tutela, prevista en el artículo 86 de la Carta para la protección inmediata de los derechos fundamentales. Mediante procedimiento expedito e informal, cualquier persona puede solicitar ante los jueces del lugar donde ocurran los hechos la protección de un derecho fundamental amenazado o vulnerado por la acción u omisión de cualquier autoridad pública<sup>67</sup>.

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

<sup>66</sup> Código Contencioso Administrativo, Artículo 155, inciso 2º: Contra el auto que resuelva la solicitud de suspensión provisional, en los procesos de que conoce el Tribunal en única instancia, procede el recurso de reposición. En los de primera instancia, el auto que decida la petición de suspensión provisional es apelable en el efecto suspensivo para ante el Consejo de Estado y la orden de suspensión se comunicará y cumplirá, si fuere el caso, sólo cuando la decisión del superior quede ejecutoriada.

<sup>67</sup> Constitución Política, Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Así, en una licitación de obra pública realizada en un municipio, la entidad contratante quiso favorecer a la ingeniería local a través del otorgamiento de puntajes adicionales a los proponentes que tuviesen domicilio en la localidad. Algunos candidatos residentes en los municipios vecinos solicitaron a la entidad contratante la modificación de los pliegos para suprimir esta ventaja otorgada a los ingenieros locales. Ante la negativa de la entidad, promovieron una acción de tutela por violación del derecho constitucional a la igualdad. La Corte Constitucional consideró que efectivamente el derecho a la igualdad se veía afectado, pese a las intenciones loables de la medida a favor del empleo y la industria local<sup>68</sup>. No obstante, no amparó el derecho por no darse el requisito indispensable de la acción que le otorga un carácter subsidiario: la ausencia de una acción ordinaria para reclamar. Este requisito de la acción de tutela, que busca evitar que el amparo constitucional se convierta en una vía alterna sistemática para todo evento, es analizado por la jurisprudencia en sentido concreto en cada caso. El criterio general indica que la tutela procede sólo cuando las acciones normales no tengan la efectividad suficiente para evitar la

---

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

Decreto 2591 de 1991 (reglamentario de la tutela), Artículo 37: Son competentes para conocer de la acción de tutela a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación la amenaza que motivaron la presentación de la solicitud.

<sup>68</sup> Corte Constitucional, Sentencia del 17 de abril de 1996, T-147/96: «El estatuto general de contratación pública, está llamado a imprimir homogeneidad al procedimiento contractual de las diversas entidades del Estado, con el objeto de asegurar los intereses generales que coinciden con la eficiencia, transparencia y objetividad de la actuación pública. Estas notas exigen que a los proponentes que participan en una licitación se los trate de manera imparcial, vale decir, que respecto de ellos se mantenga el principio de igualdad. Por consiguiente, no puede una entidad del nivel municipal, sin demostrar un interés legítimo fundado en la Constitución, erosionar un elemento estructural de una política legislativa unitaria como es la de resguardar la igualdad entre los aspirantes a contratar con el Estado en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Aquí la autonomía territorial, encuentra un límite insuperable».



violación inminente del derecho fundamental<sup>69</sup> o incluso como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable<sup>70</sup>.

Pero el análisis concreto no deja de generar incertidumbre. En el caso reseñado la Corte consideró por ejemplo que existía una vía ordinaria suficientemente efectiva: la suspensión provisional. Con todo, hemos visto sus limitaciones, que se manifestaron justamente en el caso revisado por la Corte. Para solucionar esta limitación, podría acudir a la reglamentación de la *Tutela* que contempla medidas provisionales habilitadoras de una suspensión más rápida del acto, por cuanto permiten al juez disponer lo que considere «necesario y urgente para proteger el derecho» y «no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante»<sup>71</sup>. La Corte ha mostrado una concepción evolutiva frente al alcance de esta disposición. Inicialmente consideró que la suspensión provisional estaba reservada al juez contencioso administrativo en virtud del artículo 238 de la Carta<sup>72</sup>, pero luego admitió que la suspensión se restringía a los aspectos del acto que vulneraban el derecho fundamental<sup>73</sup>, para finalmente establecer a través de una sentencia de unificación que la protección del juez de tutela era distinta de la del juez administrativo. Mientras aquél sanciona la violación del derecho fundamental, éste sanciona la ilegalidad del acto. Por consiguiente, las acciones podrían verse superpuestas<sup>74</sup>.

Esta flexibilidad connatural a la acción de tutela no deja sin embargo de generar riesgos de inestabilidad de las situaciones jurídicas. Los jueces de tutela

<sup>69</sup> J.O. SANTOFIMIO, ob.cit., p. 679 y ss., describe la evolución jurisprudencial respecto a la exigencia. Una posición rígida exige la inexistencia de cualquier otro medio de defensa judicial (Corte Suprema de Justicia, Cass. Civil. sentencia del 9 de diciembre de 1991). La Corte Constitucional ha insistido en el análisis subjetivo y finalista que permita determinar si el medio judicial existente es suficientemente «efectivo para la protección de los derechos de las personas» (Corte Constitucional, sentencia del 17 de junio de 1993, T-222/93).

<sup>70</sup> Corte Constitucional, sentencia del 11 de noviembre de 1993, C-531/93: «la noción de *perjuicio irremediable* constituye un concepto abierto que proporciona el más importante elemento subjetivo a la tarea constitucional del juez de tutela: juega un papel neurálgico, pues gracias a él se da vida al proceso y puede el juez darle contenido y sentido a su tarea de protección efectiva de los derechos fundamentales y ser el punto de confluencia del derecho y la realidad, de cuya adecuada interrelación depende la justicia de la decisión». Citado por J.O. SANTOFIMIO, ob.cit., p. 699.

<sup>71</sup> Decreto 2591 de 1991, Artículo 7°.

<sup>72</sup> Corte Constitucional, sentencia del 3 de abril de 1992, T-001/92.

<sup>73</sup> Corte Constitucional, sentencias del 26 de mayo de 1993, T-203/93 y del 5 de octubre de 1994, T-440/94

<sup>74</sup> Corte Constitucional, sentencia del 3 de febrero de 1997, SU-039/97.

han suspendido por ejemplo procedimientos licitatorios e incluso el acto de adjudicación, que por disposición de la Ley 80, tendiente a brindar seguridad jurídica del contrato, es un acto irrevocable para la administración contratante. La Corte Constitucional no ha revisado estas decisiones con el fin de unificar la jurisprudencia, por lo que la inseguridad jurídica es doble. Por una parte, la tutela busca una protección inmediata de los derechos fundamentales y por ello se ejerce ante cualquier juez y de manera sumaria. Pero la calificación de los derechos fundamentales violados en el procedimiento de selección de contratistas (igualdad, no discriminación, debido proceso administrativo...) es materia técnicamente difícil, lo que exige óptimamente un juez especializado y la valoración significativa de pruebas. Bajo estas premisas, el control del juez de tutela debería limitarse a la sanción de casos en los que es evidente la violación del derecho fundamental, so pena de generar una gran incertidumbre jurídica. Y por otra parte, como refuerzo de esta última observación, la decisión del juez de tutela debe ejecutarse inmediatamente por cuanto su apelación y eventual revisión de la Corte Constitucional, se concede en el efecto devolutivo<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Decreto 2591 de 1991:

ARTICULO 27. CUMPLIMIENTO DEL FALLO. Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

ARTICULO 31. IMPUGNACION DEL FALLO. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.

ARTICULO 35. DECISIONES DE REVISION. Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas.



## b) Acción popular

Una segunda acción constitucional que permite cuestionar los procedimientos previos a la celebración del contrato es la acción popular, consagrada por el artículo 88 de la Constitución Política. Los constituyentes de 1991 se preocuparon particularmente por la protección efectiva de los derechos consagrados por la Carta. Esta acción corresponde a esta preocupación. Mediante ella, se protegen los derechos colectivos, cuyo contenido es un tanto incierto. La Carta enuncia algunos<sup>76</sup>, remitiendo a la ley su complemento, ley que a su vez enuncia otros, afirmando que la enumeración no es taxativa y ha de entenderse completada por aquellos consignados en los tratados internacionales y en las normas que se llegaren a expedir<sup>77</sup>.

---

La revisión se concederá en el efecto devolutivo, pero la Corte podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 7 de este Decreto. [Medidas provisionales para proteger un derecho]

<sup>76</sup> Constitución Política, Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

<sup>77</sup> Artículo 4o. DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
- b) La moralidad administrativa;
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;
- e) La defensa del patrimonio público;
- f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;
- g) La seguridad y salubridad públicas;
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
- i) La libre competencia económica;
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
- k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;



Frente a la materia contractual, el Consejo de Estado los ha concretado esencialmente en la moralidad<sup>78</sup> y el patrimonio públicos, la libre competencia, la seguridad y salubridad. Además, la jurisprudencia ha explicado que, siendo su propósito la protección de los derechos colectivos y no los de las partes del contrato, individualmente consideradas, no tiene por vocación definir derechos entre éstas o resolver otros litigios entre ellas, de carácter económico, fruto del contrato o de su ejecución<sup>79</sup>. Pero aún así, el campo de aplicación de la acción es muy amplio.

En primer lugar, porque la protección de los particulares derechos colectivos y no de los individuos hace que sea una acción principal y no supletiva, como la de tutela, lo que permite ejercerla aún cuando existan otros medios procesales e incluso cuando éstos hayan sido ejercidos<sup>80</sup>. A ello se suma el que el objetivo de la acción hace que sea intemporal y por consiguiente no está sujeta a caducidad alguna<sup>81</sup>. La ley 472 que la reglamentó estableció que «cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión

---

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;

m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

PARAGRAFO. Los derechos e intereses enunciados en el presente Artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

<sup>78</sup> Sergio GONZÁLEZ REY, *La acción popular: mecanismo judicial para la protección de la moralidad administrativa en el derecho colombiano*, en *Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*, coordinador Jorge FERNÁNDEZ RUIZ, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 443-465.

<sup>79</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección II, subsección C, sentencia del 12 de julio de 2004, *José Libardo Rojas Malagón*, rad. 04-0439: «Recuerda la Sala que las Acciones Populares no están instituidas para debatir intereses particulares en un proceso contractual o desatar controversias que pueden examinarse en el curso del proceso contractual; solo procede para examinar si con esa actividad se hallan amenazados o vulnerados derechos colectivos...»

<sup>80</sup> Consejo de Estado, Sección I, Sentencia del 24 de mayo de 2001, AP-076/01. Sección IV, sentencia del 31 de mayo de 2002, *Contraloría General de la República*, AP-300/02.

<sup>81</sup> Ley 472 de 1998, Artículo 11. CADUCIDAD. La Acción Popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo.



que produjo la alteración». Pero la Corte Constitucional declaró inexecutable esta frase al considerar que el carácter intemporal de la acción era inherente a su concepción constitucional<sup>82</sup>.

Y en segundo lugar, la concreción de los derechos colectivos es siempre difícil. La jurisprudencia tiene un rol determinante pero de paulatina decantación. Así, el Consejo de Estado ha considerado por ejemplo que la moralidad pública no puede tener una dimensión subjetiva y que no ha de confundirse con el vago interés general: el derecho colectivo compromete el interés general, pero no todo interés general involucra un derecho colectivo<sup>83</sup>. La moralidad pública tiene una íntima relación con las finalidades de la administración, en aplicación del artículo 209 de la Constitución que orienta toda la gestión administrativa, sin que pueda identificarse con la ilegalidad<sup>84</sup>. En materia contractual, esta finalidad está específicamente definida por el artículo 3º de la Ley 80<sup>85</sup>.

Sobre esta base, los comportamientos inmorales serían cercanos a la noción de desviación de poder, sin que pueda concluirse que en todo caso en

<sup>82</sup> Corte Constitucional, sentencia del 14 de abril de 1999, C-215/99: «La acción popular puede promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo, sin límite de tiempo alguno. No obstante, encuentra la Corte, que la excepción que en la misma disposición se prevé cuando la acción se dirige a «volver las cosas a su estado anterior», en cuanto establece un plazo de cinco (5) años para instaurarla, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, desconoce el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos e intereses colectivos. Carece entonces de fundamento razonable y por lo mismo violatorio de derechos y principios constitucionales, el que a pesar de que exista la probabilidad de subsanar y hacer cesar una situación que afecta derechos esenciales de una comunidad presente o futura, se cierre la oportunidad para cualquiera de los sujetos afectados de actuar en su defensa, al establecer un término de caducidad cuando se demanda el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación del derecho, mientras ello fuere físicamente posible».

<sup>83</sup> Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 7 de octubre de 2004, *Fernando Alberto García Forero*, AP-0336/04.

<sup>84</sup> Consejo de Estado, sentencia del 7 de abril de 2005, *Jorge Eliécer Quintana Sossa*, Rad. 13001-23-31-000-2002-90074-01.

<sup>85</sup> Artículo 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

que ésta se presente o en todo caso en el que no se cumplan finalidades de interés general, se viola un derecho colectivo, dando lugar al ejercicio de una acción popular. Así restringida, la noción sigue siendo imprecisa y por ello el Consejo de Estado insiste en la necesidad de analizar cada caso concreto. El alto tribunal estima que la acción no reemplaza a las acciones ordinarias que tienen por objeto verificar la legalidad de actos o contratos. Sin embargo, es posible que el juez verifique esta legalidad si está en juego un derecho colectivo. El juez de la acción popular no puede por ejemplo arrogarse el juzgamiento sobre la pertinencia de liquidar una empresa de licores departamental con fundamento en la protección del patrimonio público<sup>86</sup>. Pero en el análisis de oportunidad de adoptar una medida, la entidad puede vulnerar un derecho colectivo protegido por el juez. Así, el Consejo de Estado reconoce que la decisión de conceder contractualmente un acueducto municipal involucra una valoración de oportunidad en la que el juez no puede tomar partido. No obstante, la administración ha de llegar a esa decisión luego de un análisis exhaustivo a niveles técnico y financiero. Bajo estas exigencias, el juez constitucional si puede suspender una licitación de concesión por considerar que los estudios existentes no son suficientes para llegar a una decisión que preserve el patrimonio público y ordenar estudios para que la entidad pueda definir el mejor esquema empresarial de gestión<sup>87</sup>. En la misma línea, el alto tribunal encuentra que la decisión de suscribir un contrato de comercialización para salvar una empresa de licores es tema sujeto a un análisis de oportunidad que escapa en principio a su control. Sin embargo, puede valorar las consecuencias concretas de la decisión y el balance general de sus costos y beneficios. Así encontró que un contrato en particular constituía una amenaza para el patrimonio público por cuanto no realizaba los fines de la buena administración. El incentivo desproporcionado entregado al contratista no era razonable ni justificado. El juez decidió entonces suspender la ejecución del contrato, mientras era resuelta una acción contenciosa de nulidad instaurada contra él mediante acción ordinaria<sup>88</sup>.

Pese a la sensación de inseguridad jurídica, afirmada inclusive por un consejero de Estado<sup>89</sup>, por cuanto las decisiones no han sido homogéneas – ni

---

<sup>86</sup> Consejo de Estado, Sección I, sentencia del 19 de febrero de 2004, >Luis Carlos España Gómez, AP-52001-23-31-000-2002-00559.

<sup>87</sup> Consejo de Estado, Sección V, sentencia del 24 de agosto de 2001, *Procurador provincial de Ibagué* AP-100.

<sup>88</sup> Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 31 de octubre de 2002, *Jesús Orlando Mejía Yepes*, AP-518.

<sup>89</sup> Ariel Eduardo HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, *Las acciones populares y la validez de los contratos estatales*, conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia en agosto de 2003.



quiera sobre la pertinencia de la acción en materia contractual – el análisis del conjunto de sentencias revela una concreción paulatina de su alcance y prudencia del Consejo de Estado en las decisiones de frenar un procedimiento de contratación. En este sentido es significativo que a diferencia de la acción de tutela, la competencia de la acción popular, en materia administrativa, es de la jurisdicción contencioso administrativa<sup>90</sup> y por consiguiente especializada. Más aún, el reglamento interno del Consejo de Estado atribuyó a su sección III, especializada en contratos estatales, la competencia sobre las acciones populares relacionadas con contratos y con la moralidad administrativa<sup>91</sup>.

## 2. Actos durante la ejecución del contrato

Los actos contractuales, tampoco revelan en principio problemas significativos a nivel contencioso. Su carácter de actos administrativos proferidos en ejecución del contrato hace que su legalidad sea cuestionable por las partes mediante acción contractual<sup>92</sup> antes de dos años a partir de su ejecutoria<sup>93</sup>. Nuestra jurisprudencia, así como nuestra doctrina, no se han ocupado de un tipo de actos separables, distintos de los previos al contrato, frente a los que es importante que se abra la posibilidad de acción por parte de ciertos terceros. Ejemplo de ellos son los actos que organizan el servicio objeto del contrato de concesión y que tienen incidencia no sólo sobre el contrato sino también sobre los usuarios del servicio. Estos actos de tipo reglamentario podrían considerarse distintos de los de ejecución del contrato, en estricto sentido, por cuanto su finalidad no es el contrato, aunque lo afecten. Sería posible pensar que no son objeto de una acción contractual, sino de las generales de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho y por consiguiente habría que aplicar las reglas de estas acciones, con la legitimación en la causa respectiva.

No obstante el terreno medianamente pacífico sobre los actos contractuales, la jurisprudencia ha desplegado una evolución extensiva de su

<sup>90</sup> Ley 472 de 1998, Artículo 15. JURISDICCION. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia.

En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil.

<sup>91</sup> Acuerdo 005 de 2003.

<sup>92</sup> Carlos BETANCUR JARAMILLO, *ob.cit.*, p. 505.

<sup>93</sup> Código Contencioso Administrativo, Artículo 136 num. 10 (modificado). J.O. SANTOFIMIO, *ob.cit.* p. 291.

caracterización, lo que tiene significativas consecuencias procesales. Los actos contractuales plantean la dificultad de su identificación, como actos especiales frente a los actos del contrato privado, que otorgan prerrogativas a la administración sobre su contratista. Entre esos poderes se encuentran aquellos canalizados por las cláusulas exorbitantes que han caracterizado al contrato administrativo, ésto es, las cláusulas de caducidad (resolución, sanción por incumplimiento grave del contratista), terminación, modificación e interpretación unilaterales.

**a) Las cláusulas exorbitantes han de estar contempladas expresamente**

Pero cabe preguntarse ¿en qué consiste lo exorbitante de estas cláusulas? La expresión exorbitante sugiere que se trata de poderes imposibles o ilícitos en las relaciones entre particulares. Pero la jurisprudencia civil y comercial restringen este alcance, puesto que muchos casos son poderes admitidos en cabeza de una de las partes del contrato privado. Así, la resolución unilateral en el contrato de obra civil<sup>94</sup> de los negocios de representación, como el mandato<sup>95</sup> o la agencia comercial<sup>96</sup>, la modificación unilateral de los contratos laborales (*ius variandi*); poderes complementados por la amplitud de la autonomía de la voluntad que permite a las partes consagrarlos sin que se consideren violatorios del orden público y de las buenas costumbres, como limitantes de la libre disposición de intereses privados por las partes.

---

<sup>94</sup> Código Civil, art. 2056.—Habrà lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución.

Por consiguiente, el que encargó la obra, aun en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiere podido ganar en la obra.

<sup>95</sup> Código de Comercio, Artículo 1279. REVOCACION TOTAL O PARCIAL DEL MANDATO. El mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conocido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso sólo podrá revocarse por justa causa.

<sup>96</sup> Artículo 1324. TERMINACION DEL MANDATO. El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al



Estas condiciones hicieron que las cláusulas exorbitantes fuesen consideradas más como poderes *excepcionales* al derecho común que como poderes *imposibles o ilícitos*. En este sentido sería mejor su apelación en nuestra Ley 80 que reemplazó la expresión cláusulas exorbitantes por cláusulas excepcionales al derecho común (art. 14 al 19). Pero en realidad, esta ley, que entre sus motivaciones esenciales tuvo la de restringir los poderes de la administración contratante, dio a estas cláusulas un carácter de ajenas a las relaciones contractuales entre particulares, reforzando nuestra concepción jurisprudencial sobre el principio de previsión legal de todo poder exorbitante de la administración.

En efecto, contrario a la jurisprudencia francesa que califica de principio del contrato administrativo los poderes de resolución y modificación unilaterales, independientemente de que existan textos expresos que los atribuyan a la administración contratante<sup>97</sup>, nuestra jurisprudencia ha considerado, después del primer estatuto contractual que se ocupó de manera sistemática de los poderes unilaterales de la administración (Dto-Ley. 222 de 1983), que éstos siempre han de tener una habilitación expresa por parte del legislador. Por consiguiente, entre nosotros, las prerrogativas de poder público se encuentran contractualizadas, en la medida en que el código civil prescribe que los contratos «obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella» (art. 1603. *Cursivas fuera del texto original*).

Como expresión de este principio de legalidad de los poderes, hemos visto cómo la Ley 80 caracterizó las cláusulas excepcionales por las finalidades especiales que ha de buscar la administración contratante en su ejercicio. Así lo expone con nitidez, de manera genérica, el artículo 14 cuando prescribe que

agente una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.

Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto.

<sup>97</sup> Consejo de Estado francés, sentencia del 2 de febrero de 1983, *Union des transporteurs publics urbains et régionaux*, Rec. 33; RDP, 1984, p. 212, nota AUBY, RFDA; André DE LAUVADÈRE, *Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, RDP, 1954.

ellas se ejercen «con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación», y de manera particular los artículos que se ocupan de cada una de ellas, a saber, la interpretación<sup>98</sup>, la modificación<sup>99</sup> y la terminación<sup>100</sup> unilaterales, así como la cláusula de caducidad<sup>101</sup>. Lo «exorbitante» de ellas no parece entonces hoy su inherente desigualdad jurídica a favor de la administración, sino la finalidad particular que tienen. Y en esa medida constituyen un poder canalizado de la administración que generará la sanción del juez administrativo cuando sean ejercidas con desviación, incluso cuando el fin último sea lícito.

La restricción de los poderes de la administración así establecida por la Ley 80 cambiarían el papel del juez administrativo quien habría de controlarlas en dos aspectos esenciales: la verificación de su consagración expresa por la

---

<sup>98</sup> Artículo 15o. DE LA INTERPRETACION UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

<sup>99</sup> Artículo 16o. DE LA MODIFICACION UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

<sup>100</sup> Artículo 17o. DE LA TERMINACION UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1° Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2° Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3° Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4° Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

<sup>101</sup> Artículo 18o. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.



ley y el respeto estricto en su motivación a las finalidades establecidas por el legislador. Sin embargo, en uno y otro caso, la jurisprudencia parece desbordar el espíritu del legislador.

El Consejo de Estado afirma genéricamente las finalidades particulares de las cláusulas excepcionales pero de manera concreta tiende a favorecer el refuerzo de los poderes de la administración para la realización de los fines públicos. Ello es latente en el tratamiento que ha dado al ejercicio de la cláusula de caducidad y de las multas contractuales.

#### b) Extensión de la cláusula de caducidad

Atendiendo la finalidad particular de esta cláusula (art. 18) el juez debería controlar su aplicación por la entidad contratante desde los puntos de vista temporal y finalístico. Si el propósito de aquella es evitar la paralización del contrato o del servicio público concernido por el contrato, la sanción del contratista se encuentra subordinada a esta preocupación esencial. Lo que resulta fundamental es remplazar al contratista quien con su grave comportamiento ha puesto en peligro la continuidad del servicio. También es este riesgo para los destinatarios del servicio público, vinculado directa o indirectamente al contrato, lo que justifica excluir al contratista de los contratos futuros de la administración, a través de la gravísima sanción accesoria de inhabilidad para contratar con el Estado por cinco años (art. 8, num. 1. lit. c)). Por consiguiente no parece tener sentido, o concretamente, el sentido impuesto por el legislador a la cláusula de caducidad, el decretar ésta después del vencimiento del plazo de ejecución del contrato para el contratista. Así lo había enunciado claramente la jurisprudencia al distinguir este poder de otro, establecido por el antiguo estatuto contractual de 1983 de declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista pero sólo con el fin de hacer efectiva la cláusula penal del contrato<sup>102</sup>. Habiendo desaparecido esta última potestad bajo la Ley 80, la jurisprudencia del Consejo de Estado consideró inicialmente que la administración tan sólo tenía el poder de declarar la caducidad del contrato antes del vencimiento de su plazo de ejecución<sup>103</sup>. Pero luego

<sup>102</sup> Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 29 de enero de 1988, *Darío Vargas Sanz*, exp. 3615. Decreto-Ley 222 de 1983, Artículo 72: «.. en todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante *en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento*» (cursivas fuera del texto original).

<sup>103</sup> Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 20 de octubre de 1995, *Skandia*, exp. 7757: «una vez finalizado el término contractual y agotada, por lo tanto, la posibilidad de la declaratoria de caducidad, sólo el juez del contrato podrá declarar el incumplimiento del



consideró que lo determinante no era el plazo del contrato sino su *vigencia*, no restringida a las obligaciones principales sino determinada por el cumplimiento de todas las condiciones y de las dos partes, dentro de las cuales está la de liquidar el contrato. Así concluyó que el poder de declarar la caducidad del contrato existía hasta la liquidación del contrato y que bajo la Ley 80 no existía diferencia entre este poder y la antigua declaración unilateral de incumplimiento<sup>104</sup>.

El control del acto contractual ejercido por el juez parece así modificado. La finalidad particular de la caducidad se ve reemplazada por un poder otorgado por el juez a la administración de sancionar el incumplimiento de su contratista, lo que no resulta acorde ni con el texto ni con el espíritu del legislador de 1993. Si el propósito de éste era restringir los poderes administrativos a lo estrictamente necesario para asegurar la continuidad de los servicios públicos en juego con el contrato y recuperar para el resto de aspectos el carácter *contractual* de los contratos de la administración<sup>105</sup>, era lógico que excluyera la antigua prerrogativa de declaración de incumplimiento. Su finalidad estrictamente patrimonial: hacer efectiva la cláusula penal, no revelaba un peligro inminente para la continuidad de la prestación de un servicio público y por lo tanto la administración contratante, en un plano de igualdad frente a su contratista, habría de acudir al juez para que declarara el pretendido incumplimiento.

#### c) Imposición de multas contractuales

Una segunda manifestación de los poderes de la administración contratante extendidos por el juez administrativo se manifiesta en la evolución jurisprudencial sobre las multas contractuales. La Ley 80 tampoco las previó como cláusula obligada en los contratos estatales, como sí lo hacía el antiguo estatuto. El Consejo de Estado consideró entonces que, siendo una cláusula exorbitante, era necesaria su consagración expresa en un texto legal. Por consiguiente, en aplicación del principio de legalidad de las prerrogativas de poder público, habría que considerarlas desaparecidas de los contratos estatales

---

contratista». En el mismo sentido, sentencias del 6 de julio de 1995, *Helder Martínez Naranjo*, exp. 8126 y 20 de octubre de 1995, *Víctor Camargo Escorcía*, exp. 9847.

<sup>104</sup> Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 13 de septiembre de 1999, *Consorcio Gabriel Galvis Hazen and Sewyer*, exp. 10264. Posición confirmada por las sentencias del 9 de marzo de 2000, *Consas Ltda.*, exp. 10540; 24 de agosto de 2000, *Javier Montoya y Asociados Ltda.*, exp. 12082; 15 de marzo de 2001, *Microempresarios y Pequeños Artesanos de Colombia*, exp. 13352; autos del 29 de junio de 2000, *Héctor Hechavarría V y Cia.*, exp. 16756 y 25 de octubre de 2000, *Fundación Alma*, exp. 18599.

<sup>105</sup> Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en Jaime BETANCUR CUARTAS, *Nuevo estatuto general de la contratación administrativa*, Ed. Diké, 1995, p. 100.



y por ende, prohibidas<sup>106</sup>. Pero luego estimó que ellas en realidad no eran exorbitantes en sí mismas, por cuanto los códigos Civil y de Comercio las prevén como posibles. No obstante, lo que sí resultaba exorbitante era su aplicación unilateral por la administración. Por ello, podrían pactarse en el contrato estatal, pero la administración estaría obligada a acudir al juez para declararlas por cuanto la administración carecía de ese poder expreso y exorbitante<sup>107</sup>. Y en un último estadio, la jurisprudencia modificó de nuevo su posición al concentrar que la autonomía de la voluntad del derecho privado permite a las partes regular contractualmente la imposición unilateral de las multas, creando un dispositivo particular para hacerlo. Por consiguiente, el interrogante sobre las prerrogativas de la administración sólo se presentaría en el caso de ausencia de dispositivo previsto por las partes en el contrato. El Consejo de Estado encontró que en este evento la administración tendría siempre la potestad de imponer directamente la multa. El fundamento no sería una habilitación legal explícita, como en el caso de las cláusulas excepcionales, sino la interpretación de varias disposiciones de la Ley de contratos, a saber el artículo 14, que les otorga la dirección general del contrato y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia sobre su ejecución, el 3°, que establece como finalidad de la actividad contractual «el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos» y el 77, que prevé la aplicación de los procedimientos administrativos, normas que se suman al poder genérico de «*autotutela declarativa*» de derechos a favor de la administración, contenido en todo acto administrativo, y cuya consagración positiva encuentra en el Consejo de Estado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo<sup>108</sup>.

El Consejo de Estado abandonaba así su tradición de la habilitación legal expresa de las potestades exorbitantes de la administración, para fundarlas en nociones generales cuyo alcance real incluso parece verse desbordado. Por una parte, la normas del Estatuto Contractual tan sólo establecen lineamientos generales que no conllevan en sí mismos poderes específicos. Las finalidades impuestas a la administración contratante del artículo 3° son derroteros que han de guiar su comportamiento, sin que definan poderes particulares. Por su parte, la dirección del contrato y la responsabilidad de lograr sus cometidos,

<sup>106</sup> Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 10 de marzo de 1995, *Relikassa Sistemas Ltda.*, 3303.

<sup>107</sup> Consejo de Estado, Sección III, auto del 20 de febrero de 1997, *Industrias Full S.A.*, exp. 12669.

<sup>108</sup> Consejo de Estado, Sección III, auto del 4 de junio de 1998, *Carlos Mario Hincapié Molina*, exp. 13988. En igual sentido, auto del 14 de diciembre de 1998, *Instituto de Fomento Industrial Concesión Salinas*, exp. 14504.

establecidas en el artículo 14, tampoco definen, por su simple enunciado, poderes concretos para lograrlo. Más aún, la lectura integral de la norma pone de presente la restricción de los poderes, por cuanto prescribe que como consecuencia de la dirección general del contrato y de las responsabilidades de control y vigilancia sobre su cumplimiento, la administración contratante puede ejercer las cláusulas expresamente consagradas y con las finalidades precisas que hemos ya visto. Luego son esos poderes específicos y no otros, los que se encuentran habilitados por el legislador. Y finalmente, el artículo 77 tan sólo remite a las normas de los procedimientos administrativos<sup>109</sup> y por consiguiente tampoco podría habilitar por sí mismo los poderes de la entidad contratante.

Quedaría entonces como fundamento real el poder de *autotutela declarativa*, fundado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo. Pero en realidad, este artículo tan sólo establece el efecto ejecutorio de todo acto administrativo, sin especificar qué tipos de actos tienen esta calificación, es decir cuándo estamos frente a un acto administrativo y cuándo puede proferirlos la administración. El artículo no establece entonces origen o fundamento de expedición de actos administrativos, sino especifica los efectos de éstos, una vez identificados<sup>110</sup>. Esta limitación es normal en un código que se ocupa genéricamente de los procedimientos administrativos y por consiguiente no puede definir las abundantes y dispersas normas sustanciales que consagran poderes unilaterales de la administración (sanciones policivas, disciplinarias, permisos, derechos individuales, autorizaciones, habilitaciones para ejercer actividades u oficios, etc.). En el fondo, el poder de la administración creado por el Consejo de Estado se asentaría en el *imperium* connatural a ella para lograr las finalidades definidas en la Ley y la protección del interés general, lo que genera poderes indefinidos, así como su real fundamento y alcances, que abren la puerta a la inseguridad jurídica.

\* \* \*

---

<sup>109</sup> Artículo 77o. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

<sup>110</sup> Código Contencioso Administrativo, artículo 64. CARACTER EJECUTIVO Y EJECUTORIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.



La ley 80 de 1993 refleja las transformaciones establecidas por la Constitución de 1991 a la función administrativa. Con su proyección de ley de principios y su intento por armonizar la flexibilidad propia del derecho privado con las finalidades de interés general que habilitan y legitiman prerrogativas de la administración, desarrolla las aspiraciones de la Carta hacia la modernización del Estado, su eficacia, la prevalencia del derecho sustancial y la garantía efectiva de los derechos esenciales.

Pero la multiplicidad de valores que una y otra enarbolan genera conflictos entre antiguas y nuevas concepciones jurídicas que se materializan en el contencioso contractual. El papel del juez se ve reforzado doblemente: El régimen contractual, apoyado sobre principios, voluntariamente omite su reglamentación en muchos aspectos. La jurisprudencia tiene la responsabilidad de fijar el sentido y alcance de las instituciones contractuales sin distorsionar el espíritu de la ley ni ceder a la tentación de *reglamentarla* allí donde el legislador quiso limitarse a enunciar principios. Y por otro lado, el control extenso derivado de la Ley 80, pero sobre todo de las acciones constitucionales, flexibiliza la competencia del juez e incentiva el concentrarse sobre lo sustancial, para hacer efectivos los derechos, así como las responsabilidades atribuidas a los distintos actores de la actividad contractual.

En uno y otro campo, se perfila un cambio en la función del juez por la mayor concreción del derecho sustancial a través de sus decisiones. El juez administrativo como el juez constitucional tienen el papel esencial de lograr este cambio, estructurando la materialización de las reformas en medio de un mínimo de seguridad jurídica. Por el momento el objetivo no parece alcanzado plenamente.

En materia de incumplimiento, tanto de la administración como del contratista, las concepciones tradicionales de privilegios de aquella limitan el poder del juez quién no puede declarar incumplimientos del contratista cuando la administración lo puede hacer por vía Administrativa, ni dirigir órdenes de cumplimiento a la administración. El desarrollo político y jurídico positivo restringe el fundamento de estas limitaciones del juez. Nuestra jurisprudencia parece sin embargo anclada con las tesis tradicionales del contrato administrativo.

Por el contrario, las transformaciones de la Ley 80 sobre el equilibrio financiero del contrato, en medio de un ambiente de protección a la inversión extranjera para los proyectos públicos, incitaron posiciones jurisprudenciales excesivamente protectoras de los contratistas, que son objeto de repliegue

reciente a favor de las teorías clásicas del contrato administrativo. En este ir y venir de posiciones queda sin resolver el problema de fondo de la revisión del contrato, que concierne los poderes del juez y la manera de desbloquear equitativamente la relación contractual cuando nuevos eventos la hacen insostenible.

En cuanto al contencioso de nulidad del contrato, el régimen duda entre la extensión, un tanto populista, del control, abierto a todos y sin límite de tiempo, y la necesaria seguridad jurídica de una relación que puede involucrar importantes inversiones tanto de la administración como del contratista. En medio de esta dinámica contrapuesta quedan por definir los límites de las regularizaciones posibles de contratos que nacieron viciados, teniendo en cuenta la ausencia de un régimen de plena libertad en el consentimiento de la administración contratante.

Y frente a los actos previos, el contencioso tradicional ha mostrado sus límites en cuanto al control efectivo, y sobre todo oportuno, de su legalidad, mientras que las acciones constitucionales de tutela y popular indican nuevas vías amplificadoras de los poderes del juez, cuya aplicación sin embargo es delicada, ante el riesgo de abrir una caja de Pandora. En fin, la restricción de las prerrogativas de la administración de la Ley 80, amplificadora de los poderes del juez por el mayor control de su ejercicio, se vio desvirtuada por la jurisprudencia administrativa a favor de *imperium* de la administración contratante, apoyada en la concepción de sus poderes *genéricos innatos*, que las nuevas corrientes tienden a suprimir a favor de la *justificación específica* de toda prerrogativa administrativa.

La seguridad jurídica exige que la jurisprudencia defina más claramente sus líneas sopesando las consecuencias de sus cambios para evitar soluciones puntuales o contradictorias. Toda flexibilidad conlleva finalmente una mayor prudencia y responsabilidad en su ejercicio.

NUEVAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN  
JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DEL  
ESTADO EN VENEZUELA

## NUEVAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO EN VENEZUELA\*

*Allan R. Brewer-Carías*

### 1. *LOS CONTRATOS DEL ESTADO*

Los contratos del Estado, contratos estatales o contratos públicos, son todos aquellos contratos en los cuales una de las partes (pueden ser las dos) es una persona jurídica estatal<sup>1</sup>, es decir, que está integrada en la organización del Estado, sea que se trate de una persona jurídica político territorial (República, Estados, Municipios), o de personas de derecho público (pe. los institutos autónomos) o de derecho privado (pe. las sociedades anónimas del Estado o empresas del Estado) estatales.

Estos contratos del Estado, en nuestro criterio, han sido calificados en la Constitución como contratos de interés público (nacional, estatal o municipal), y en algunas leyes, algunos de ellos han sido calificados como «contratos administrativos».

En efecto, en la Constitución de 1999, como la ley suprema y principal fuente del derecho, en materia de contratos del Estado, en la Sección Cuarta del Capítulo I del Título IV sobre el «Poder Público», regula a los «contratos de interés público», noción que en los artículos 150 y 151 se adoptó para identificar contratos suscritos por las entidades públicas, es decir, las personas jurídicas estatales, o las que integran el sector público y que en general se engloban en la noción de «Estado». La noción puede considerarse como equivalente a las

---

\* Ponencia preparada para las **VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randoloh Brewer-Carías**, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, noviembre de 2005

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

nociones de *contratos públicos*<sup>2</sup>, *contratos del Estado*<sup>3</sup>, o *contratos de la Administración*<sup>4</sup>; o la noción en inglés de *Public Contract*<sup>5</sup>; a la francesa de *contrats de l'administration*<sup>6</sup>; a la italiana de *contratti della pubblica amministrazione*<sup>7</sup>; o a la portuguesa de *contratos de administração pública*<sup>8</sup>; todas tendientes a identificar contratos en los cuales una de las partes de la relación contractual es el Estado, la Administración Pública o una entidad pública, los que además, en general, tienen propósitos de interés público. Esa fue la intención de la propuesta que formulamos respecto de esa norma ante la Asamblea nacional Constituyente durante la elaboración de la Constitución de 1999<sup>9</sup>.

En virtud de que Venezuela está organizada como un Estado federal (Art. 4, C.) con tres niveles de gobierno (nacional, estatal, municipal) (Art. 136 C.), la intención de la regulación de la clasificación de los contratos de interés público en el artículo 150 de la Constitución, en «contratos de interés público nacional», «contratos de interés público estatal» y «contratos de interés público municipal»; fue referirse a los contratos suscritos, respectivamente, por entidades públicas nacionales, entidades públicas estatales y entidades públicas municipales<sup>10</sup>. En consecuencia, la intención de la regulación constitucional fue la de considerar como contratos de interés público nacional, a aquellos concernientes al nivel nacional de gobierno (diferente a los niveles estatales y municipales de gobierno), porque son suscritos por entidades públicas

---

<sup>2</sup> Sabino Alvarez Guendín, *Los contratos públicos*, Madrid, 1934.

<sup>3</sup> Jorge Enrique Romero Pérez, *Los contratos del Estado*, San José Costa Rica, 1993.

<sup>4</sup> Alvaro Pérez Vives, *De los contratos de la Administración*, Bogotá, 1984.

<sup>5</sup> Marco D'Alberti, *I «Public contracts» nell'esperienza Britanica*, Napoli, 1984.

<sup>6</sup> André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 3 vols., Paris, 1956.

<sup>7</sup> Francesco di Renzo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Milano, 1969; Francesco Paolo Pugliese, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d'America*, Padova, 1974.

<sup>8</sup> Juarez de Oliveira, *Licitações e Contratos de Administração Pública*, Sao Paulo 1993.

<sup>9</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, Caracas 1999, pp. 173 ss.

<sup>10</sup> Véase en general: Jesús Caballero Ortiz, «Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999», en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 139-154; Jesús Caballero Ortiz, «Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?», en *El Derecho Público*





nacionales, es decir, por la República o institutos autónomos nacionales o empresas del Estado nacionales. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 2.241 del 3 de septiembre de 2000<sup>11</sup>, restringió la noción de «contrato de interés público» del artículo 150 de la Constitución, para comprender sólo aquellos contratos suscritos por la República, los Estados y los Municipios en los que esté envuelto un interés nacional, estatal y municipal. En consecuencia, conforme a esta doctrina, que no compartimos, los contratos suscritos por ejemplo por institutos autónomos o empresas del Estado nacionales, no pueden considerarse como «contratos de interés público nacional» conforme al artículo 150 constitucional. En consecuencia, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo sobre el artículo 150 de la Constitución de 1999, un contrato suscrito por ejemplo por Petróleos de Venezuela (PDVSA) no podría considerarse como un contrato de interés público nacional, lo que no tiene sentido. Sin embargo, y sin duda, es un contrato público nacional suscrito por una entidad pública estatal, en particular, una empresa del Estado o persona jurídica de derecho privado estatal.

## 2. LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DEL ESTADO Y LAS CLÁUSULAS OBLIGATORIAS.

En Venezuela, los contratos del Estado no han sido objeto de una regulación legal general, como en cambio ha sucedido, por ejemplo, en España

---

*a comienzos del siglo XXI: Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1765-1777; Allan R. Brewer-Carías, «Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa» en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Caracas, 1982, pp. 40-54; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, pp. 28-36; Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo II, Caracas, 1999, p. 173; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 287 ss.; Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 123 ff; y Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 115 ss.

<sup>11</sup> La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como la más alta y último intérprete de la Constitución en esa sentencia (Caso: *Anulación del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público*), estableció una interpretación vinculante, y redujo la categoría de los «contratos de interés público» (art. 150 C.) a aquellos suscritos o celebrados por la República, los Estados y los Municipios, en consecuencia, excluyendo de tal calificación a los contratos públicos suscritos por institutos autónomos o empresas públicas nacionales como por ejemplo podría ser PDVSA. El argumento central de la decisión de la sala se refirió al tema de la autorización parlamentaria previa en relación con los contratos de deuda pública suscritos por la República, los Estados y los Municipios.

con la Ley de Contratos de las Administraciones<sup>12</sup> o en Colombia, con la Ley de Contratos del Estado<sup>13</sup>. En particular, en cuanto concierne a los denominados «contratos administrativos» sólo dos leyes utilizan esta expresión<sup>14</sup>, por una parte la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1965, respecto de las concesiones de explotación forestal (art. 65), y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a los efectos de atribuir competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 5,25), para resolver las controversias que resulten de contratos administrativos suscritos por la República, los Estados y los Municipios.

Aparte de estas dos previsiones legales, no existen en el ordenamiento jurídico otras leyes que hablen de contratos administrativos, lo que no excluye que existan muchas otras leyes que regulen lo que la doctrina y jurisprudencia tradicionalmente han considerado como contratos administrativos, como por ejemplo, los relativos a servicios públicos, a las obras públicas o a concesiones de explotación de recursos naturales o de monopolios fiscales (pe. La Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la Ley Orgánica de promoción de inversiones mediante concesiones, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Ley del Servicio Eléctrico, la Ley de Minas, la Ley relativa a la producción de fósforos<sup>15</sup>.

Ahora bien, aún en ausencia de una ley general sobre los contratos del Estado, lo cierto es que la Constitución establece un conjunto de regulaciones que dan origen a cláusulas obligatorias que deben estar en todos los contratos del Estado (nacionales, estatales y municipales) o en algunos de ellos.

En efecto, en primer lugar puede mencionarse que la Constitución establece ciertas prohibiciones: a) los funcionarios públicos (nacionales, estatales y municipales) no pueden suscribir contratos con entidades públicas

---

<sup>12</sup> Véase *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

<sup>13</sup> Véase Jorge Vélez García y Allan R. Brewer-Carías, *Contratación Estatal, Derecho Administrativo y Constitución*, Bogotá, 1995; Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas 2001, pp. 30-31.

<sup>14</sup> Véase Jesús Caballero Ortiz, «Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?», en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1773; Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas 2001, pp. 49-50.

<sup>15</sup> Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas 2001, pp. 50-51



(nacionales, estatales o municipales) (Art. 145); y b) los diputados a la Asamblea Nacional no pueden ser dueños, gerentes o directores de empresas que contraten con entes públicos (Art. 190).

En segundo lugar, la Constitución establece ciertas cláusulas obligatorias que deben ser expresa o tácitamente incorporadas en todos los contratos públicos, como la cláusula de inmunidad de jurisdicción y la cláusula «Calvo» relativa a reclamaciones internacionales o en algunos de ellos, las cláusulas de protección ambiental.

En efecto, de acuerdo con el artículo 151 de la Constitución, en todos los contratos públicos (nacionales, estatales y municipales), aún cuando no esté expresamente establecido, se debe considerar incluida una cláusula conforme a la cual todas las controversias que puedan resultar de la ejecución de los mismos, y que no puedan ser resueltas amigablemente entre las partes, deben ser decididas por los tribunales competentes venezolanos de acuerdo con la ley venezolana<sup>16</sup>. Se trata del principio de la inmunidad de soberanía del Estado, el cual sin embargo tiene su excepción expresamente establecida en la Constitución en relación con contratos en los cuales, por su naturaleza, no se considere procedente dicha cláusula (art. 151 C.)<sup>17</sup>. En virtud de esta excepción, puede considerarse que el ordenamiento legal venezolano abandonó el sistema absoluto de inmunidad de jurisdicción sustituyéndolo por el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción, permitiendo entonces, que las entidades públicas, como consecuencia de la ejecución de ciertos contratos públicos, queden sujetas a jurisdicciones extranjeras o a tribunales arbitrales y que incluso establezcan como aplicable para la resolución de la controversia lo dispuesto en leyes extranjeras<sup>18</sup>.

Por supuesto, en esta materia no hay formulas universales que puedan determinar la «naturaleza» de los contratos para el establecimiento de la excepción del principio de inmunidad jurisdiccional; sin embargo, en derecho

<sup>16</sup> Véase en general, Beatrice Sansó de Ramírez, «La inmunidad de jurisdicción en el Artículo 151 de la Constitución de 1999», en *Libro Homenaje a Enrique Tejera París, Temas sobre la Constitución de 1999*, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas, 2001, pp. 333-368.

<sup>17</sup> Durante las discusiones del proyecto de Constitución nos correspondió proponer la inclusión de este artículo ante la Asamblea nacional Constituyente en 1999, siguiendo lo que estaba previsto en la Constitución de 1961 en relación con la excepción al principio de la inmunidad jurisdiccional. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo I, Caracas, 1999, pp. 209 ss.

<sup>18</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, cit., pp. 130 a 137.

internacional se ha considerado que la naturaleza del contrato a tales fines, no puede basarse en el sólo hecho de que el Estado o una entidad pública sea o no parte contractual, o que use o no sus poderes de soberanía, o que el contrato sea o no un contrato de interés público. En consecuencia, la naturaleza del contrato para permitir que las controversias derivadas de la ejecución de un contrato se sujeten a una jurisdicción extranjera o a arbitraje, o para que se aplique la ley extranjera, se debe basar en la consideración de la naturaleza comercial del contrato, en particular, teniendo en cuenta contratos públicos en los cuales la otra parte sea una empresa extranjera. En la antes mencionada decisión de la Corte Suprema de Justicia de 17 de agosto de 1999 (Caso: *Apertura Petrolera*), incluso se admitieron otras consideraciones diferentes a la naturaleza comercial del objeto del contrato para aplicar la excepción y admitir el arbitraje, vinculadas a la importancia económica del mismo, evaluada por la Administración Pública y la Asamblea Nacional.

La segunda cláusula obligatoria que la Constitución impone a todos los contratos de interés público, también en su artículo 151, es la llamada cláusula *Calvo*, conforme a la cual en todos los referidos contratos, se debe considerar incorporada tácitamente la previsión conforme a la cual en ningún caso la ejecución de los contratos puede originar reclamaciones extranjeras contra la República<sup>19</sup>. El origen de esta cláusula en la Constitución de 1883, fue el rechazo de todo tipo de reclamaciones diplomáticas por parte de Estados extranjeros contra el Estado venezolano, en los casos en que los Estados extranjeros actuaban por cuenta de empresas o ciudadanos extranjeros, basándose en la consideración de que todos los extranjeros en Venezuela deben ser tratados en las mismas condiciones de igualdad que los venezolanos, excluyendo toda posibilidad de que las controversias entre partes derivadas de la ejecución de un contrato público, cuando una de las partes sea una empresa o ciudadano extranjero, puedan considerarse como controversias internacionales<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, cit., pp. 137 y ss.

<sup>20</sup> El origen de la cláusula, lo que explica su denominación «Calvo», estuvo en el argumento contenido en su libro, *International Law Treaty (Tratado de Derecho Internacional)* editado inicialmente en 1868, en el cual el autor refiriéndose a la intervención anglo-francesa en el Río de la Plata y la intervención francesa en México, expresó que las mismas habían estado basadas sólo en el pretexto de proteger intereses comerciales privados, y que de acuerdo con el derecho internacional público, la intervención armada de Estados europeos en los Estados del Nuevo Mundo no podía aceptarse. Esta cláusula «Calvo» también influyó en la concepción de la «Doctrina Drago», formulada en 1902 por el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis María Drago, como reacción contra las acciones bélicas de Alemania, Gran Bretaña e Italia contra Venezuela para cobrar por la fuerza las deudas públicas con los Estados europeos. Véase Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional*, Madrid, 1927.



La tercera cláusula obligatoria respecto de contratos públicos establecida en la Constitución, es la cláusula temporal que deben contener todos los contratos destinados a la explotación de los recursos naturales propiedad de la nación o para la prestación de servicios públicos. En tal sentido el artículo 113 de la Constitución establece que esos contratos públicos siempre deben tener un tiempo de duración, y adicionalmente deben contener siempre una cláusula que establezca adecuados beneficios para la entidad pública concedente, de acuerdo con el interés público envuelto. El artículo 150,10 de la Constitución también prohíbe el otorgamiento de concesiones mineras por tiempo indefinido.

Por último, la cuarta cláusula obligatoria para los contratos públicos establecida en la Constitución, se refiere a los contratos que puedan afectar los recursos naturales suscritos por la República (no otros entes públicos como las empresas del Estado), en los cuales debe considerarse tácitamente incorporada la obligación para el co-contratante de preservar el equilibrio ecológico y permitir el acceso y transferencia de tecnología y el restablecimiento del ambiente a su situación natural cuando fuere alterado en los términos establecidos legalmente<sup>21</sup>.

Por otra parte, en relación con las formalidades para la validez de los contratos de interés público, el artículo 150 de la Constitución cambió radicalmente<sup>22</sup> la previsión que establecía la Constitución de 1961 en el sentido de que todos los contratos de interés público nacional fueran aprobados por el entonces Congreso nacional. Ahora, la Constitución en su artículo 150, como ha sido interpretada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia No. 2.241 de 3 de septiembre de 2002<sup>23</sup>, exige que los contratos de interés público nacional suscritos por la República requieren de la aprobación de la Asamblea Nacional sólo cuando esté expresamente establecido y exigido por una ley. En consecuencia, sólo cuando una particular ley establece que determinado contrato de interés público nacional suscrito por la República debe

<sup>21</sup> Véase, en general, Alberto Blanco-Urbe Quintero, «La tutela ambiental como derecho-deber del Constituyente: Base constitucional y principios rectores del derecho ambiental», en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6 (enero-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 31-64.

<sup>22</sup> El cambio constitucional lo propusimos ante la Asamblea Nacional Constituyente durante las discusiones de la Constitución de 1999. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 175-177.

<sup>23</sup> Como se dijo, la argumentación central de la Sala Constitucional en su sentencia de 2 de septiembre de 2002, se refirió a la necesidad de la previa autorización parlamentaria en relación con todos los contratos de interés público de deuda pública suscritos por la República, los Estados y los Municipios.

ser sometido a la aprobación de la Asamblea nacional, este requerimiento formal es necesario como condición de validez del contrato (Art. 182,9 C.).

Sin embargo, la Constitución expresamente regula la necesidad de autorización parlamentaria (arts. 150 y 187,9), de acuerdo con la misma interpretación del Tribunal Supremo antes mencionada, en relación con los contratos de interés público nacional suscritos por la República, los Estados y Municipios con Estados extranjeros o entidades públicas extranjeras o con empresas no domiciliadas en la República.

Aparte de estas regulaciones generales de fuente constitucional, como se dijo, los contratos del Estado no han sido objeto de una regulación legal general, por lo que salvo lo que se disponga en leyes especiales de obligatoria aplicación a los contratos del Estado, los mismos, como cualquier otro contrato, se rigen básicamente por las cláusulas establecidas en el contrato mismo, y por el Código Civil, siendo éste de aplicación supletoria, en el sentido que sus normas rigen aquellas materias no reguladas expresamente por las partes en el texto contractual.

En consecuencia, las partes en los contratos del Estado, y salvo las cláusulas obligatorias constitucional o legalmente establecidas, en principio tienen completa libertad para establecer el contenido de sus obligaciones y relaciones contractuales en las cláusulas que estimen conveniente a sus intereses particulares, sin estar sujetas a las regulaciones generales o específicas del Código Civil. La consecuencia de lo anterior, es que en material contractual, y salvo por lo que se refiere a las cláusulas obligatorias constitucional o legalmente establecidas, el principio es que casi todas las regulaciones legales son supletorias a la voluntad de las partes y sólo se aplican en ausencia o insuficiencia de las previsiones adoptadas por ellas.

Por ello es que de acuerdo con el artículo 1270 del Código Civil, las obligaciones contenidas en los contratos deben cumplirse precisamente como se han contraído; y de acuerdo con el artículo 1160 del mismo Código, los contratos deben cumplirse de Buena fe y las partes están obligadas no sólo a cumplir con lo expresamente establecido en el contrato, sino con todas las consecuencias que resulten de los mismos, de acuerdo con la equidad, el uso y la ley.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico venezolano, en consecuencia, la relación contractual entre las partes está establecida en el contrato siendo el límite legal básico que tienen al regularla, que de acuerdo con el artículo 6 del



Código Civil, es que mediante los contratos las partes no pueden alterar las regulaciones legales ni las cláusulas contractuales puede ser contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

El concepto de orden público, en el sistema legal venezolano, se refiere a situaciones en las cuales la aplicación de una disposición legal concierne al orden legal general e indispensable para la existencia de la propia comunidad, que no puede ser relajada por la voluntad de las partes, concepto que por supuesto, no se plica en los asuntos que sólo conciernen a las partes en una controversia contractual. Por ejemplo, normas de orden público son aquellas que establecen competencias o atribuciones de los entes y órganos del Estado, incluso las competencias de los jueces, y aquellas que conciernen a los poderes tributarios de las entidades públicas. En el campo del derecho privado, por ejemplo, todas las leyes o normas relativas al estado de las personas (por ejemplo, *patria potestas*, divorcio, adopción) son normas en las cuales está interesado el orden público y las buenas costumbres<sup>24</sup>.

En otros casos, es el mismo legislador el que ha expresamente indicado, en ciertas leyes, que las mismas son de orden público, en el sentido de que sus normas no pueden ser modificadas mediante relaciones contractuales. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004<sup>25</sup>, en cuyo artículo 2 se dispone que sus normas son de orden público por lo que no pueden ser renunciadas ni relajadas por las partes.

Puede decirse que, en general, los contratos del Estado no contienen normas contrarias al orden público o a las buenas costumbres, por lo que en general, tienen fuerza de ley entre las partes (art. 1159 CC), y obligan a las partes a cumplir lo que está expresamente regulado en las cláusulas contractuales y cumplir las obligaciones precisamente como fueron contraídas (arts. 1160 y 1270 CC.).

En virtud de ese carácter que tienen los contratos, incluyendo los contratos del Estado, de tener la fuerza de ley entre las partes, las obligaciones contractuales particularmente en los contratos estatales, tienen que configurarse conforme a las cláusulas contractuales, conforme a las normas legales que resulten aplicables en el sector de la actividad económica en el cual se concluya el contrato, y supletoriamente, conforme a las normas del Código Civil.

<sup>24</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, pp. 265-268.

<sup>25</sup> *Gaceta Oficial*, No. 37.930 de 04-05-2004



En particular, en cuanto a las regulaciones de derecho administrativo aplicable a los contratos del Estado, debe precisarse que los principios de esa rama del derecho, como los de todas las otras, están básicamente establecidos en leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, en virtud de ser la ley formal, la más importante fuente de esta disciplina, siendo las regulaciones legales en general supletorias en relación con los contratos estatales. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley Orgánica de la Administración Pública, de Ley General de Puertos, de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, de la Ley Orgánica del Ambiente y de la Ley Penal del Ambiente, para sólo recordar algunas.)

Las leyes especiales, en general, proporcionan un marco importante para la actividad contractual. Sólo mencionemos la Ley Orgánica de la Administración Pública, que regula a los entes públicos y sus órganos<sup>26</sup>, incluso la competencia específica para contratar, y en particular a los institutos autónomos y empresas del Estado, que son los entes que generalmente suscriben contratos públicos con los particulares (Art. 28, 32 LOAP).

Por ejemplo, es el artículo 100 LOAP el que define a las empresas del Estado como sociedades mercantiles en las cuales un ente público (estatal) sea titular de más del 50% del capital social, siendo incluso posible su creación con un solo accionista (art. 104). La personalidad jurídica de las mismas, al igual que la de cualquier sociedad mercantil, se adquiere mediante el registro de los estatutos en el registro mercantil conforme al Código de Comercio (arts. 101).

El artículo 106 LOAP establece que las empresas públicas, siendo, personas constituidas conforme al derecho privado o «*personas jurídicas de derecho privado*», están sujetas a la legislación comercial ordinaria, particularmente establecida en el Código de Comercio, excepto cuando se disponga otra cosa en la misma Ley Orgánica de la Administración Pública (Art. 106). En este respecto, el Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia de su sala Constitucional de 18 de marzo de 2002 ha señalado, por ejemplo, en relación con Petróleos de Venezuela (PDVSA), que el régimen legal que le es aplicable es uno de carácter mixto, de derecho público y derecho privado, aún cuando preponderantemente de derecho privado debido a su organización legal, excepto en relación con sus relaciones con la República establecida a través de leyes y reglamentos vinculados con la Administración Pública<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Gaceta Oficial, N° 37.305 de 17-10-2001. Véase Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas 2002, pp. 62 ss.

<sup>27</sup> Véase *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Caracas, 2002, p. 219.





### 3. LOS CONTRATOS ESTATALES, EL INTERÉS PÚBLICO Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Todos los contratos estatales o contratos del Estado, al tener como una de las partes contratantes un ente público o persona jurídica estatal, pueden considerarse como de interés público, en el sentido de que todo lo que interese a un ente público es de interés público. Por eso hemos considerado que la expresión contrato de interés público en la Constitución equivale a contrato público o del Estado.

Pero una cosa es el interés público y otra cosa es el servicio público; todo servicio público comporta una actividad de interés público, pero no toda actividad de interés público puede considerarse como servicio público.

En efecto, la expresión «*servicio público*» en el ordenamiento jurídico venezolano no puede usarse indiscriminadamente para calificar como tal a toda actividad de interés público. Como sucede en la doctrina del derecho administrativo anglosajón, la expresión «servicio publico» conforme al *Black's Law Dictionary*<sup>28</sup>, tiene un particular significado relativo a «public utility»<sup>29</sup>, expresión que identifica a los servicios prestados al público en general por entidades o corporaciones públicas o mediante concesión de éstas. En consecuencia, en derecho venezolano y en el derecho anglosajón, no toda actividad de interés público puede ser considerada como servicio público, sino sólo aquellas que consisten en una actividad de prestación de interés público destinada a satisfacer las necesidades del público en general o de confort y conveniencia de la comunidad como globalidad como por ejemplo son los servicios de ferrocarriles, de transporte, de gas, de electricidad, de agua. En consecuencia, no es correcto identificar «*servicio público*» con cualquier actividad de interés general, pues de lo contrario, la noción carecería de utilidad.

<sup>28</sup> En el *Black's Law Dictionary*, el término «public service» se aplica a las actividades o entidades «which specially serve the needs of the general public or conduce to the comfort and convenience of an entire community, such as railroads, gas, water and electric light companies; and companies furnishing public transportation». Si el servicio público es prestado por una empresa privada debe tener «an appropriate franchise from the state to provide for the necessity or convenience of the general public, incapable of being furnished by private competitive business, and dependent for its exercise on eminent domain or government agency», West Publishing, St. Paul, Minn., 1991, p. 858.

<sup>29</sup> Véase Peter L Strauss et al., *Administrative Law. Cases and Comments*, University Casebooks Series, New York, 1995, pp. 339 ss. Cf. José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 3, Caracas 2003, p. 381.

Sin embargo, la noción de servicio público, equivalente también a la expresión francesa de «service public», en el derecho administrativo latino ha sido una de las nociones más trajinadas, usadas y distorsionadas, en fin, de uso más abusivo, al punto de que en ciertos casos ha servido para identificar cualquier actividad de las entidades públicas, lanzando la noción a una permanente crisis conceptual<sup>30</sup>.

Resulta necesario, por tanto, tratar de identificar correctamente la noción y distinguirla de otras actividades de interés público, ya que su utilización ha sido extremadamente frecuente en la tarea de tratar de identificar a los «contratos administrativos» como una categoría dentro de los contratos estatales.

De acuerdo con el derecho venezolano, en efecto, en sentido equivalente a la noción de «public service or utility» antes indicada, un servicio público ante todo es siempre una actividad mediante la cual un ente público o una empresa mediante concesión, presta regularmente un servicio al público en general o a la comunidad entera, como por ejemplo son los servicios de gas, teléfono, agua, electricidad, transporte. Se trata, siempre de una actividad de prestación<sup>31</sup>, mediante la cual la entidad pública directamente satisface necesidades públicas generales dando un servicio a la comunidad entera o al público general. En consecuencia, la característica esencial del servicio público es que siempre consiste en una actividad prestacional destinada al público en general, para satisfacer necesidades públicas de manera continua y regular, y que el ente público tiene que asumir en virtud de una obligación constitucional o legalmente establecida. Por ello es que los particulares no son libres de asumir dichas actividades prestacionales y sólo pueden cumplirlas mediante un contrato de concesión otorgado por el ente público respectivo, o en su caso, un permiso, una autorización o un registro en oficina pública<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Véase entre los más recientes ensayos en la materia: Jaime Orlando Santofimio, «Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso» en *El derecho Público a comienzos del Siglo XXI: Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 1882-1956; José Ignacio Hernández G., «Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el derecho venezolano» *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, EJV, Caracas, 2002, pp. 47-75.

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, «Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias» en *Revista de Derecho Público*, N° 6, EJV, Caracas, 1981, pp. 65-71. Véase también el reciente trabajo de José Ramón Parada, «Los servicios públicos en España», en *El derecho Público a comienzos del Siglo XXI: Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, pp. 1845-1869.

<sup>32</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, «El régimen constitucional de los servicios públicos», *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan R. Brewer-Carías»*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I, Caracas, Marzo 5 - 8, 2002.



En nuestro criterio, esta definición de servicio público implica lo siguiente<sup>33</sup>: Primero, que siempre se trata de una actividad prestacional que consiste en proveer o dar un servicio al público en general; por lo que el concepto se refiere precisamente a servicios tales como gas, electricidad, agua, transporte, teléfono, lo que implica que siempre están regulados mediante leyes.

Segundo, se trata de servicios que el ente público respectivo debe cumplir o prestar en ejecución de una obligación constitucional o legal, de lo que resulta la necesaria existencia de una ley formal que los regule. De ello deriva la doctrina de que para que un servicio público exista es necesaria su calificación como tal mediante ley expresa<sup>34</sup>. En consecuencia, no todo tipo de servicios prestados por los entes públicos pueden considerarse como servicios públicos, sino sólo aquellos que se prestan en ejecución de una obligación establecida en la Constitución o en una ley. Por ello, precisamente es que los servicios públicos no pueden ser prestados libremente por los particulares, sino mediante concesión, licencia, permiso o autorización.

Tercero, en virtud de que se trata siempre de una actividad que consiste en prestar servicios al público en general como consecuencia de una obligación impuesta al Estado, de acuerdo con el principio de la *alteridad* que existe en toda relación derecho/obligación, el público en general y los usuarios en particular pueden alegar tener un derecho constitucional o legal de recibir los servicios, e incluso pueden reclamarlos judicialmente<sup>35</sup>.

Cuarto, cuando una actividad se declara constitucional o legalmente como un *servicio público*, tal actividad no puede ser libremente cumplida por los particulares, pues está sujeta a alguna intervención o restricción estatal. En este caso, la libertad económica o libertad de empresa puede considerarse que está limitada, aún en grados diversos. En efecto, la declaración de una actividad como servicio público puede implicar la exclusión total de cualquier posibilidad de que los particulares puedan prestar el servicio, como sucedía en el pasado con el correo, que se reservaba al Estado, como lo establecía la vieja Ley de

<sup>33</sup> *Idem.*

<sup>34</sup> Por ello, en relación con la noción de servicio público, algunos autores han concluido que solo las actividades expresamente calificadas como tales en las leyes pueden ser consideradas como servicios públicos. Véase José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 3, Caracas 2003, pp. 336 ss.

<sup>35</sup> Por ello, el artículo 259 de la Constitución de 1999 le atribuye a la Jurisdicción contencioso-administrativa competencia para resolver los reclamos por la prestación de los servicios públicos.

Correo; puede implicar que el servicio se pueda prestar por los particulares mediante concesión o permiso otorgado por el ente público, como sucede en general con los servicios públicos; o los servicios públicos pueden prestarse en forma concurrente entre el Estado y los particulares, sin mayores limitaciones, como sucede por ejemplo con los servicios de salud o de educación<sup>36</sup>.

En Venezuela, el artículo 302 de la Constitución establece la posibilidad de que el Estado se reserve, mediante ley orgánica y con fundamento en razones de conveniencia nacional, determinadas industrias, explotaciones, bienes y «servicios» de interés público. En muchos casos, incluso, el monopolio estatal puede establecerse en relación no sólo a ciertas actividades (industrias, explotaciones) sino en servicios en particular. Sin embargo, en relación con los servicios públicos, su declaración legal como tales «servicios públicos» no implica necesariamente una reserva automática de la actividad al Estado, por lo que más bien, dependiendo del grado de intervención estatal, los mismos pueden ser prestados por particulares mediante concesiones conforme al artículo 113 de la Constitución; o pueden prestarse por los particulares en forma concurrente. Pero en todo caso, una ley que regule la actividad como servicio público es siempre necesaria para ser tenido como tal.

En la última de las decisiones importantes del Tribunal Supremo de Justicia sobre la noción de servicio público, y para resolver un recurso de nulidad interpuesto contra una resolución del antiguo Ministerio de Transporte y Comunicaciones, la Sala Político Administrativa de dicho Tribunal consideró «necesario estudiar la actividad del correo a la luz de los conceptos emanados de la doctrina, normativa y jurisprudencia, bajo el marco conceptual del servicio público», estableciendo el siguiente criterio, coincidente con el que hemos sostenido:

El servicio público puede ser definido como la actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública y por tanto, sometido a un régimen de Derecho público. (José PEÑA SOLÍS. «La Actividad Administrativa de Servicio Público: Aproximación a sus Lineamientos Generales», en «Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani». Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje n° 7. Caracas, 2002. Pág. 433).

---

<sup>36</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, «Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias» en *Revista de Derecho Público*, N° 6, EJV, Caracas, 1981, pp. 68 ss.



Los servicios públicos contienen una serie de elementos que los caracterizan, entre los que están la actividad prestacional, la satisfacción de necesidades colectivas (o la vinculación al principio de la universalidad del servicio), la regularidad y continuidad del servicio, la calificación por ley de la actividad como servicio público (*publicatio*), la gestión directa o indirecta de la Administración Pública, y su consecuencial régimen de Derecho público<sup>37</sup>.

#### 4. LOS CONTRATOS DEL ESTADO Y LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme a la doctrina tradicional, no todos los contratos del Estado pueden considerarse como «contratos administrativos», pero sin duda, en presencia de cualquier contrato del Estado o contrato público, siempre surgirá la discusión sobre si debe o no considerarse como un contrato administrativo, en particular cuando de cuestiones de competencia judicial se trata.

Por otra parte, con frecuencia es la propia Administración contratante la que califica a cualquier contrato como contrato administrativo a los efectos de alegar la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común. Sin embargo, de hecho, si bien es cierto que en su origen en el siglo pasado, la distinción entre «contratos administrativos» y «contratos de derecho privado de la Administración» podía tener alguna importancia en relación con los poderes extraordinarios que podían ejercerse por la Administración contratante en relación con la ejecución de los «contratos administrativos» y que supuestamente no existían en los «contratos de derecho privado»; en la actualidad la distinción es inútil, ya que los poderes extraordinarios (*cláusulas exorbitantes*) establecidos en las leyes, pueden siempre ejercerse por la Administración contratante, independientemente del objeto del contrato público y del contenido de sus cláusulas, cuando el interés público lo requiera.

Por ello es que siempre se ha considerado a dichas prerrogativas estatales como inherentes a la Administración, es decir, que son de carácter implícito a pesar de que no estén establecidas en los contratos públicos. Es por ello que la antigua Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 17 de agosto de 1999 (Caso *Apertura Petrolera*) decidió que los poderes extraordinarios que no se encuentran en los contratos privados no define el contrato administrativo como tal, ya que las mismas son consecuencia y no la condición para su

<sup>37</sup> Sentencia No. 1002 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (Caso: *DHL Fletes Aéreos C.A. y otros*) de 5 de agosto de 2004

determinación; agregando que el hecho de que un contrato tenga o no esas cláusulas no es sino la consecuencia de la necesaria y obligatoria protección del interés general.

La noción de «contrato administrativo», en ausencia de una ley general que los regule en Venezuela, sin duda, es una construcción doctrinal en cuya elaboración hemos contribuido en una forma u otra todos los que nos hemos ocupado de esta disciplina, al comentar la rica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, basada fundamentalmente en razones prácticas de orden adjetivo.

En todo caso, como antes se ha dicho, los únicos contratos del Estado regulados en la Constitución son los contratos de interés público que se caracterizan por el sólo hecho de que una de las partes contratantes debe ser una entidad pública (la República, los Estados y los Municipios, de acuerdo con la interpretación de la Corte Suprema de Justicia). Ninguna otra consideración se hace en la Constitución en relación con otros aspectos de los contratos o en relación con su objeto a los efectos de considerarlos como contratos de interés público. En consecuencia, en relación con los contratos, la única distinción establecida en la Constitución se refiere al nivel territorial de gobierno en el cual se ubica la entidad pública contratante: en el nivel nacional, estatal o municipal, circunstancia que da origen a la distinción entre contratos de interés público nacional, contratos de interés público estatal y contratos de interés público municipal. En la Constitución no se hace referencia alguna a los llamados «contratos administrativos»; noción que es utilizada sólo en pocas normas legales y desarrollada por la doctrina jurisprudencial de la antigua Corte Suprema de Justicia y por la doctrina legal.

En Venezuela, como se indicó, los contratos administrativos sólo se regulan en dos leyes específicas: la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia<sup>38</sup>, en la cual, conforme a la orientación de la Ley Orgánica precedente relativa a la antigua Corte Suprema de Justicia, establece una norma adjetiva de atribución de competencia judicial en materia contencioso administrativa (art. 259 C.), a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, a los efectos de la resolución de las controversias relacionadas con los contratos administrativos suscritos por la República, los Estados y los Municipios (art. 5, 25). Ha sido con base en esta previsión legal, que se ha elaborado una amplia y confusa doctrina jurisprudencial que ha tratado de identificar, entre los contratos públicos o contratos de interés público, algunos que se consideran contratos

---

<sup>38</sup> *Gaceta Oficial*, N° 37.942 de 02-05-2004.



administrativos a los efectos de atraer la competencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo<sup>39</sup>.

La otra ley que se refiere a contratos administrativos, como se dijo, es la Ley Forestal, de Suelos y Aguas de 1966<sup>40</sup> en la cual se establece que la explotación de productos forestales en tierras baldías o del Estado, que no se haga directamente por el Ministerio competente en la materia de tierras y agricultura, puede realizarse por particulares mediante «contratos administrativos» celebrados de acuerdo con la ley.

Ahora bien, todos los que nos hemos ocupado del estudio del derecho administrativo, hemos escrito extensivamente sobre el tema de los contratos administrativos<sup>41</sup>. Incluso, en uno de los primeros estudios contemporáneos de derecho administrativo venezolano, que fue nuestra tesis de grado *Las*

<sup>39</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz Alvarez, *Las grandes decisiones de la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa 1961-1996*, Caracas, 1999, pp. 174 y ss.

<sup>40</sup> *Gaceta Oficial*, N° 1004 Extr. De 26-01-1966.

<sup>41</sup> Véase: Allan R. Brewer-Carías, «Los contratos de la administración en la jurisprudencia venezolana» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 26, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963, pp. 127-154; «La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 61-112; «La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en la contratación administrativa», (con referencias al derecho uruguayo por Horacio Casinelli Muñoz) en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Tomo 62, N° 2-3, Montevideo 1965, pp. 25-56; «Los contratos de la Administración en la doctrina de la Consultoría Jurídica» en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 48, Año XIII, Caracas, enero-marzo 1964, pp. 27-75; «Los contratos de la Administración en la doctrina de la Procuraduría General de la República» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 30, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Diciembre 1964, pp. 173-232; «Los contratos de la administración en la doctrina de la Procuraduría General de la República II» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 31, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Junio 1965, pp. 269-299; «La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos» en *Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, pp. 755-778; «La Facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos (con especial referencia a los contratos de obra pública en el derecho venezolano)» en *Revista de Derecho Español y Americano*, Instituto de Cultura Hispánica, N° 19, Año XIII, Madrid, Enero-marzo 1968, pp. 101-117; «Algunas reflexiones sobre el equilibrio financiero en los contratos administrativos y la aplicabilidad en Venezuela de la concepción amplia de la Teoría del Hecho del Príncipe», en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, Año XIII, N° 65, Contraloría General de la República, Caracas, 1972, pp. 86-93; «La autorización legislativa» en *Procedimientos Parlamentarios para la aprobación de Contratos de interés nacional*, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, 1973, pp. 77-92; «Consideraciones sobre los efectos de la ruptura de la ecuación económica de un contrato administrativo por una ley declarada nula por inconstitucional»



en *Cuadernos de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, N° 2, Mérida 1976, pp. 5-26; Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III: *La Actividad Administrativa*. Vol. 2. *Recursos y Contratos Administrativos*, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1977, 587 pp.; «La evolución del concepto de contrato administrativo» en *El Derecho Administrativo en América Latina, Curso Internacional*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1978, pp. 143-167; en *Jurisprudencia Argentina*, N° 5.076, Buenos Aires, 13-12-1978, pp. 1-12; en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 41-69; y en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 61-90; «Evolução do conceito do contrato administrativo» en *Revista de Direito Publico* Nos. 51-52, Sao Paulo, July-December 1979, pp. 5-19; «Algunas consideraciones sobre las cláusulas de variación de precios en los contratos administrativos» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 81, Caracas, julio-septiembre 1980, pp. 251-262; «Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa» en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1982, pp. 40-54; «Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa», Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Público*, Tomo I, (*Labor en el Senado* 1982), Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1983, pp. 183-193; «La aprobación legislativa de los contratos de interés nacional y el contrato PDVSA-Veba Oil», en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Público*, Tomo II, (*Labor en el Senado*), Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1985 pp. 65-82; «La evolución del concepto de contrato administrativo», Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986 pp. 61-90; «Las cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa», Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986 pp. 91-124; «Principios especiales y estipulaciones obligatorias en la contratación administrativa» en *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Vol. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, pp. 345-378; «Las cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa» en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 91-124; «Consideraciones sobre los derechos del contratista en los contratos de obra pública: el derecho al precio y a su pago en la forma convenida» en *Revista de Derecho Público*, N° 28, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Octubre-diciembre 1986, pp. 35-46; «El régimen de selección de contratistas en la Administración Pública y la Ley de Licitaciones» en *Revista de Derecho Público*, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Abril-junio 1990, pp. 5-25; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, 302 pp; «Algunos comentarios al régimen de la contratación estatal en Colombia» en *Revista de Derecho Público*, N° 59-60, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Julio-diciembre 1994, pp. 75-80; y en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Instituto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, 1996, pp. 455-461; «El Derecho Administrativo y el derecho de la contratación estatal en Colombia y en el panorama jurídico contemporáneo», en Allan R. Brewer-Carías y Jorge Vélez García, *Contratación Estatal, Derecho Administrativo y Constitución*, Pontificia Universidad Javeriana, Quaestiones Juridicae N° 6, Bogotá, 1995, pp. 7-37; «El arbitraje y los contratos de interés nacional» en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, N° 13, Caracas, 1999, pp. 169-204.





*Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, pp. 155-223, escribimos un Capítulo destinado a analizar «la teoría del contrato administrativo». Dicha tesis, escrita en Francia entre 1962 y 1963 mientras seguíamos los cursos de postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, sin duda, estuvo influenciada por la doctrina francesa de derecho administrativo de la época, de manera que la definición entonces adoptada para identificar los contratos administrativos fue «la finalidad de servicio público» perseguida con el contrato<sup>42</sup>.

Fue esta «finalidad de servicio público» en el sentido de gestión de los intereses públicos por la Administración Pública,<sup>43</sup> la que justificaba la aplicación de un régimen de derecho administrativo a dichos contratos y la competencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en relación con las controversias que pudieran surgir de su ejecución<sup>44</sup>; que no se aplicaban a los contratos de derecho privado que pudiera suscribir la Administración Pública. La definición se basó en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia conforme a decisiones adoptadas en los cuarenta y cincuenta, en particular respecto de contratos administrativos en los cuales la Administración hizo uso de sus poderes o prerrogativas públicas dado el interés público envuelto en el objeto del contrato o porque había sido suscrito con criterio de *servicio público*<sup>45</sup>. La definición de «*servicio público*», para ese entonces, era una definición amplia no relacionada particularmente con la prestación de servicios al público en general<sup>46</sup>. Pero aún cuando la definición del contrato administrativo era entonces extremadamente amplia en el sentido de que cualquier contrato público podía considerarse contrato administrativo, los ejemplos que se daban para identificarlos, sin embargo, permitían tener una visión más precisa sobre ellos: contratos de obra pública, contratos de empréstito

<sup>42</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 162.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 114.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 158.

<sup>45</sup> Véase por ejemplo, las sentencias de la Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944, de la Corte Federal de 3 de diciembre de 1959 y de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 12 de diciembre de 1961 y de 13 de agosto de 1964, en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, vol. 2, Caracas, 1977, pp. 727-733.

<sup>46</sup> Véase Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas 2001, pp. 37-47.

público, contratos de suministro a la Administración Pública, contratos de transporte público y concesiones de servicios públicos<sup>47</sup>.

Una de las características fundamentales del derecho administrativo es su mutabilidad y adaptabilidad respecto de la transformación del Estado y de la actividad de su Administración Pública, por lo que el concepto de contrato administrativo basado en la ecuación cerrada: «interés público o finalidad de servicio público/régimen de derecho administrativo/control por la jurisdicción contencioso administrativa», ha sido cuestionado por la doctrina. Por eso se ha escrito sobre el «contradictorio y confuso criterio» utilizado en relación con los contratos administrativos<sup>48</sup>, y en un estudio reciente de 2003, el profesor Rafael Gómez Ferrer Morant, sobre «*La mutabilidad de la figura de los contratos administrativos*», se refirió a «la dificultad de construir de una vez por todas la institución del contrato administrativo» considerando que su «evolución aún no ha terminado»<sup>49</sup>.

Dos décadas después de publicada nuestra tesis de grado, en un trabajo publicado en 1981 denominado «*La evolución del concepto de contrato administrativo*»<sup>50</sup>, que desarrollamos posteriormente en nuestro libro *Contratos Administrativos*, Caracas 1992, cuestionamos el concepto mismo de derecho administrativo basado en la sola relación «contratos administrativos/régimen de derecho administrativo», la cual hemos calificado de absolutamente inadmisibles<sup>51</sup>. En realidad, aparte de las cláusulas mismas del contrato (que tienen fuerza de ley entre las partes), y el carácter supletorio de las disposiciones del Código Civil, todos los contratos públicos están sujetos en una forma u otra al derecho público (administrativo), al menos en relación con las regulaciones relativas a las competencias de los entes y órganos públicos para suscribirlos, o a la selección de los contratistas (licitación), o en relación con su ejecución, de manera que no hay contratos públicos que estén sólo sujetos al derecho privado supuestamente opuestos a los contratos administrativos sometidos al

---

<sup>47</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 162.

<sup>48</sup> Véase Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, p. 32,

<sup>49</sup> Véase en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, p. 1749-1764.

<sup>50</sup> Véase en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas, 1982, pp. 41-69.

<sup>51</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Contratos administrativos*, Caracas, 1992, p. 13.



derecho administrativo<sup>52</sup>. En cambio, hemos sostenido que «la noción de contrato administrativo sólo puede ser aceptada para identificar un tipo de contrato público (contratos de Administración Pública) que en virtud de la finalidad de interés público perseguido con el mismo, está sujeto preponderantemente a un régimen de derecho público, pero no con el objeto de distinguir entre contratos públicos sometidos al derecho público y otros supuestamente sujetos a un régimen de derecho privado. La preponderancia de uno u otro régimen es ahora lo importante»<sup>53</sup>.

Posteriormente hemos insistido en el tema en el trabajo presentado en una de estas Jornadas Internacionales sobre «La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huída y recuperación del derecho administrativo», en el cual expresamos que «las actividades de la Administración Pública están sujetas tanto al derecho público como al derecho privado, en un grado de preponderancia que varía de acuerdo con sus finalidades y naturaleza»; y que «todos los contratos públicos están siempre sometidos tanto al derecho público como al derecho privado»<sup>54</sup>.

Una de las más recientes críticas respecto de la noción de contratos administrativos es el trabajo de Jesús Caballero Ortíz, «Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?»<sup>55</sup>, en el cual se ha referido, en términos similares a los usados por Rafael Badell Madrid («criterio confuso y contradictorio»)<sup>56</sup>, al vago e impreciso criterio utilizado para su identificación. Ello ha llevado a algunos distinguidos administrativistas a considerar que la noción de contrato administrativo es inútil y sin efecto<sup>57</sup>.

Por supuesto, a pesar de la imprecisión de algunas decisiones de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, algunos contratos

<sup>52</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, cit., pp. 14, 42, 43, 52, 53, 55, 71, 72.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 14.

<sup>54</sup> Véase en *Las Formas de la Actividad Administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías»*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 58-60.

<sup>55</sup> Publicado en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI: Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, p. 1765-1778.

<sup>56</sup> Véase Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, p. 32.

<sup>57</sup> Véase Gonzalo Pérez Luciani, «Los contratos administrativos en Venezuela», en Allan R. Brewer-Carías (Director), *Derecho Público en Venezuela y Colombia: Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Caracas, 1986, p. 253.

públicos pueden considerarse y siempre se han considerado como «contratos administrativos». Es el caso de las concesiones de servicios públicos como las de transporte público, gas, electricidad, agua, recolección de desechos sólidos, teléfonos y de los contratos de obra pública<sup>58</sup>. En esos contratos, dado el interés público envuelto, el ente público contratante se considera que posee los antes mencionados poderes públicos extraordinarios en relación con su ejecución. Pero en relación con otros contratos públicos, donde el interés público no es tan obvio, la noción de contrato administrativo, en definitiva, puede considerarse como una noción *ex post facto*<sup>59</sup>, en el sentido de que cualquier contrato público suscrito por la República, los Estados y los Municipios puede convertirse en contrato administrativo, si el ente público contratante utiliza sus poderes públicos extraordinarios en relación con su cumplimiento y ejecución, y siempre que la Sala Política Administrativa decidiera considerar el contrato público como un contrato administrativo, sólo para confirmar su competencia para resolver las controversias que deriven de su ejecución.

Como indicamos, el origen francés de la distinción entre contrato administrativo y contrato de derecho privado suscrito por la Administración Pública, dio origen a la distribución de competencias judiciales entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción judicial ordinaria<sup>60</sup>; la cual fue seguida en muchos países de régimen de derecho escrito. La noción francesa de «*service public*» fue también utilizada y por ello la seguimos hace cuatro décadas<sup>61</sup>. La muy conocida crisis de la noción de «*servicio publico*» también originó la mencionada crisis de la noción de contrato administrativo, los cuales no pueden ahora ser definidos por la sola finalidad de servicio público, dado el riesgo de que no exista criterio sustantivo alguno para identificar dicha finalidad, o simplemente porque se identifiquen con todos los contratos públicos o de interés público. Si tal es el caso, entonces la noción de contrato administrativo es inútil, excepto para la competencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia al decidir sobre su

---

<sup>58</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 46; Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, pp. 50-51.

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

<sup>60</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 39.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 40, 51.



propia competencia en relación con ciertos contratos suscritos por la República, los Estados o los Municipios<sup>62</sup>.

Sin embargo, este interés adjetivo que originó la misma noción de contrato administrativo, puede decirse que también ha desaparecido con la aplicación de la reciente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de mayo de 2004, la cual al distribuir las competencias entre los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, puede decirse que eliminó el monopolio que tenía la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo para conocer controversias en materia de «contratos administrativos», con lo cual la noción perdió utilidad e interés procesal, que materialmente era el único que la sustentaba. Por tanto, ninguna importancia tiene que se califique o no a cualquier contrato público como contrato administrativo, el cual como contrato público, está sometido, como todos los contratos del Estado a un régimen mixto de derecho público y de derecho privado, siendo el Código Civil de aplicación supletoria respecto de lo establecido en las cláusulas contractuales y en las leyes especiales.

Por otra parte, es de recordar que incluso, en la asunción del monopolio jurisdiccional ahora eliminado, la antigua Corte Suprema también usó el criterio de «servicio público» en sentido estricto, para justificar la existencia de ciertas cláusulas extraordinarias en un contrato administrativo<sup>63</sup>. Así, Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencias recientes incluso ha progresivamente adoptado una definición amplia de «contratos administrativos», como equivalente a «contratos públicos». En tal sentido en la sentencia No. 357 del 14 de abril de 2004, se resolvió:

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han señalado como características esenciales de los contratos administrativos, las siguientes: a) que una de las partes contratantes sea un ente público; b) que la finalidad del contrato se encuentre vinculada a una utilidad pública o servicio público; c) y como consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la administración en dichos contratos consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto de los mismos<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 55.

<sup>63</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 111 de abril de 1983, en *Revista de Derecho Público*, EJV, N° 20, Caracas, 1984, pp. 163-164; y en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, *op. cit.*, pp. 161-163.

<sup>64</sup> *Caso*: Empresa Constructora Irpresent vs. Alcaldía San Carlos de Austria del Estado Cojedes.

En otra decisión, la No. 654 de 21 de abril de 2004, la misma sala decidió:

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han señalado como características esenciales de los contratos administrativos, las siguientes: (a) que una de las partes contratantes sea un ente público; (b) que la finalidad del contrato se encuentre vinculada a una utilidad o servicio público (aspecto éste que puede evidenciarse cuando la actividad contratada resulte importante para la prestación de un servicio público, cuando sea de tal forma inherente o conexas con la actividad pública o de servicio público que sin aquélla no se podría llevar a cabo esta última, o cuando el contrato en cuestión suponga un subsidio evidente a favor del beneficiario del servicio y a cargo de una de las partes contratantes). Como consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la administración en dichos contratos, consideradas como exorbitantes, aún cuando no se encuentren expresamente plasmadas en el texto del mismo<sup>65</sup>.

##### 5. LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES O LOS PODERES EXTRAORDINARIOS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Ahora bien, dejando aparte el tema de la vaga noción de contrato administrativo, lo cierto es que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, la consecuencia fundamental de que un contrato público se considere como un contrato administrativo, aparte de la de orden procesal antes mencionada y ahora superada, es la posibilidad de que el ente público contratante pueda hacer uso de ciertas prerrogativas públicas, llamadas en la doctrina como *cláusulas exorbitantes de derecho común*, es decir, poderes extraordinarios que corresponden a las entidades públicas con el objeto de preservar el interés público. Y que no se encuentran en los contratos de derecho privado. Como se ha dicho, estos poderes o prerrogativas públicas se han considerado como inherentes a la Administración Pública, no siendo necesario que estén incorporados en las cláusulas contractuales, ya que son cláusulas implícitas<sup>66</sup>. Estas cláusulas son los poderes que tiene la Administración contratante para dirigir y controlar la ejecución del contrato; para sancionar los incumplimientos de la contraparte en el contrato; para modificar unilateralmente las cláusulas del contrato, o para resolver unilateralmente la rescisión del contrato<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Caso: *David Goncalves Carrasqueño vs. Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia*

<sup>66</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., pp. 43, 47, 164.

<sup>67</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos administrativos*, Caracas, 1992, pp. 164-185.



Lo importante a destacar en relación con estos poderes extraordinarios es que en realidad los mismos no resultan de los contratos Públicos en sí mismos, sino de la posición de superioridad jurídica en la cual se encuentra la Administración contratante como garante del interés público. Por ello, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia admitió consistentemente que las llamadas cláusulas exorbitantes relativas a dichos poderes no tenían que estar incorporadas en el texto de los contratos, considerando que se encontraban tácitamente incorporadas en el texto de todos los contratos públicos, independiente de su naturaleza o finalidad. Así se admitió, por ejemplo, por la actual Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 654 de 21 de abril de 2004, al señalar que «los poderes atribuidos por ley a la Administración Pública, incluso cuando no estén expresamente incorporados en el texto del contrato, deben considerarse insertos en el mismo»<sup>68</sup>, lo que se aplica a los llamados «contratos administrativos» y a cualquier tipo de contrato del Estado.

Dichos poderes, por otra parte, por el principio de la competencia, siempre están regulados en alguna ley, como por ejemplo la Ley de Promoción a la Inversión Privada Mediante Concesiones<sup>69</sup>. Dichas prerrogativas o poderes extraordinarios de la Administración contratante, por supuesto, también podrían estar expresamente regulados y establecidos en el texto de los contratos, particularmente de los que tradicionalmente se han calificado como «contratos administrativos», por ejemplo, en los contratos de obra pública o de concesión de servicios públicos. Por ello, por ejemplo, en relación con los contratos de obra pública, el reglamento que establece las Condiciones Generales de Contratación, con el carácter de cláusulas obligatorias<sup>70</sup>, establece expresamente los poderes que el ente público contratante puede ejercer para supervisar y controlar la ejecución de los trabajos<sup>71</sup>.

En consecuencia, el uso de los referidos poderes extraordinarios por el ente público contratante, ante todo, debe adecuarse a lo que se establece en el contrato mismo, cuyas cláusulas tienen fuerza de ley entre las partes; y si dichas prerrogativas o poderes extraordinarios no están previstas en las cláusulas contractuales, pero se consideran implícitas en ellas, entonces el ente público contratante siempre debe ejercerlos mediante su actividad formal, es decir,

<sup>68</sup> Caso: David Goncalves Carrasqueño vs. Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia

<sup>69</sup> Gaceta Oficial, N° 5.394 Extr. de 21-10-1999.

<sup>70</sup> Decreto N° 1821, de 30-08-1991, Gaceta Oficial N° 34.797 de 09-09-1991.

<sup>71</sup> Allan R. Brewer-Carías, Contratos Administrativos, op. cit., p. 165.

mediante la emisión de actos administrativos<sup>72</sup>, dictados como resultado de un procedimiento administrativo, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>73</sup>. Esta Ley Orgánica, en efecto, es aplicable incluso a las empresas del Estado, cuando dicten actos administrativos (art. 1), de acuerdo con lo previsto en el artículo 1º de la ley Orgánica de la Administración Pública<sup>74</sup>.

En consecuencia, los poderes extraordinarios que pueden ejercerse por el ente público contratante, deben expresarse formalmente a través de actos administrativos que deben revestir todas las formalidades de ley, siguiendo un procedimiento administrativo en el cual se le debe garantizar al co-contratante de la Administración el debido proceso administrativo y en particular, su derecho a la defensa<sup>75</sup>.

En efecto, en los contratos del Estado, y en particular, en los denominados contratos administrativos, conforme se regula en las leyes o en el texto de los contratos, se admite la posibilidad, por ejemplo, de que la Administración contratante, al hacer uso de sus poderes extraordinarios, intervenga el servicio o la obra, sustituya al contratista en la prestación o ejecución del mismo o ponga término al contrato, sea como sanción por incumplimiento de sus obligaciones por el contratante; sea por razones de interés general, en cuyo caso debe mediar indemnización.

En todos los casos en los cuales, por ejemplo, se produzca la primera forma de terminación anticipada del contrato por incumplimiento de las obligaciones del contratante, la Administración está obligada a abrir un procedimiento administrativo, en el cual se garantice el debido proceso, y a emitir un acto administrativo debidamente motivado.

Esto lo ha reiterado el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, y particularmente lo ha explicado en la sentencia No 1836 de 8

---

<sup>72</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p.47.

<sup>73</sup> Gaceta Oficial, N° 2.818 Extra. de 01-07-1981. Véase Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas 1987, pp. 19 ss.

<sup>74</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Administración Pública*, Caracas 1982, pp. 27 ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá 2003, p. 11.

<sup>75</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse Étude de droit comparé: France, Espagne, Amérique Latine, Economica, Paris 1992*, pp. 139 ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá 2003, p. 261 ss.





de agosto de 2001, dictada con motivo de la impugnación de un acto administrativo municipal que puso fin a un contrato de concesión de explotación de canteras, en la cual la Sala se pronunció «sobre la jurisprudencia que viene esgrimiendo en relación a estas causales de extinción de las concesiones», indicando lo siguiente:

La jurisprudencia de esta Sala Político Administrativa ha venido reiterando la potestad que tiene la Administración de rescindir unilateralmente un contrato (concesión) en aquellos casos de incumplimiento del co-contratante (concesionario), conforme lo establece, actualmente, el ordinal c) artículo 46 del Decreto con fuerza y rango de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.394 Extraordinario de fecha 25 de octubre de 1999, caso en el cual, según afirma la jurisprudencia de esta Sala, existe la necesidad de seguir un procedimiento previo que garantice el derecho a la defensa y debido proceso.

Es así, que en muchos de estos casos este Máximo Tribunal ha dispuesto lo siguiente:

«...Manifiesta el actor que, sin embargo, de haber la administración comprobado los hechos que acarrearón el incumplimiento de las referidas cláusulas, debió darle la posibilidad a ésta de exponer o alegar sus razones jurídicas y las pruebas pertinentes para demostrar que no hubo tal incumplimiento, es decir, debió iniciarse el procedimiento administrativo que le garantizara el ejercicio de su derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 y 69 de la Carta Magna...».

«...Al respecto observa la Sala que, de ser cierta la denuncia realizada por el abogado asistente de la accionante –acerca de la ausencia de procedimiento previo al acto unilateral por el cual el Ministro del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables acordó la resolución del contrato administrativo celebrado con la accionante el 25 de enero de 1984- el derecho a la defensa de ésta le había sido menoscabado...». (Sent. de la SPA-CSJ de fecha 10 de febrero de 1994, Caso: *Industria Maderera del Caparo, C.A*)<sup>76</sup>

En consecuencia, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, en todo caso de rescisión unilateral de contratos administrativos por incumplimiento de sus obligaciones por el contratante, la Administración debe abrir un procedimiento administrativo y garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa del

<sup>76</sup> Caso: David Montiel y otro vs. Cámara Municipal del Municipio Almirante Padilla del Estado Zulia, en *Revista de Derecho Público*, No. 85-88, Caracas 2001, pp. 249 y ss.

contratante, y, en definitiva, dictar un acto administrativo formalmente motivado que pueda ser objeto de control judicial. Ello nunca puede considerarse incompatible con el interés público cuya tutela está en manos de la Administración, ya que conforme al artículo 49 de la Constitución, la garantía del debido proceso es inviolable en todo procedimiento administrativo y ni siquiera puede ser ignorada por el propio Legislador<sup>77</sup>.

Esto lo ha precisado con claridad, la Sala Constitucional en sentencia No 321 de 22 de febrero de 2002, en la cual ha indicado que las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental, derivan por sí mismas del texto constitucional y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas<sup>78</sup>. El derecho a la defensa, por tanto, es un derecho constitucional absoluto, «inviolable» en todo estado y grado de la causa dice la Constitución, tanto en procedimientos judiciales como administrativos, el cual corresponde a toda persona sin distingo alguno si se trata de una persona natural o jurídica, por lo que no admite excepciones ni limitaciones<sup>79</sup>. Dicho derecho «es un derecho, fundamental que nuestra Constitución protege y que

---

<sup>77</sup> Por ello, ha sido por la prevalencia del derecho a la defensa que la Sala Constitucional, siguiendo la doctrina constitucional establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia, ha desaplicado por ejemplo normas que consagran el principio *solve et repete* como condición para acceder a la justicia contencioso-administrativa, por considerarlas inconstitucionales. Véase Sentencia N° 321 de 22 de febrero de 2002 (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo* Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

<sup>78</sup> La Sala estableció lo siguiente: *[D]ebe observarse que tanto el artículo 68 de la abrogada Constitución, como el 49.1 de la vigente, facultan a la ley para que regule el derecho a la defensa, regulación que se ve atendida por el ordenamiento adjetivo. Ello en modo alguno quiere significar que sea disponible para el legislador el contenido del mencionado derecho, pues éste se halla claramente delimitado en las mencionadas disposiciones; si no que por el contrario, implica un mandato al órgano legislativo de asegurar la consagración de mecanismos que aseguren el ejercicio del derecho de defensa de los justiciables, no sólo en sede jurisdiccional, incluso en la gubernativa, en los términos previstos por la Carta Magna. De esta forma, las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas; esto es, la sola previsión legal de restricciones al ejercicio del derecho de defensa no justifica las mismas, sino en la medida que obedezcan al aludido mandato constitucional. Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*.*

<sup>79</sup> Por ello, por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 15-8-97 (Caso: *Telecomunicaciones Movilnet, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)*) señaló que. «*resulta inconcebible en un Estado de Derecho, la imposición de sanciones, medidas prohibitivas o en general, cualquier tipo de*



es de tal naturaleza, que no puede ser suspendido en el ámbito de un estado de derecho, por cuanto configura una de las bases sobre las cuales tal concepto se erige»<sup>80</sup>.

Ahora bien, de la existencia de un proceso debido se desprende la posibilidad de que las partes puedan hacer uso de los medios o recursos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, siempre que de la inobservancia de las reglas procesales surja la imposibilidad para las partes de hacer uso de los mecanismos que garantizan el derecho a ser oído en el juicio, se producirá indefensión y la violación de la garantía de un debido proceso y el derecho a la defensa.

Por otra parte, y volviendo al tema del uso de poderes extraordinarios por la Administración Pública contratante en relación con los contratos del Estado, sólo pueden ser ejercidas, como se dijo, si dichos poderes están regulados en las cláusulas contractuales o en una ley. Si no están regulados en las cláusulas contractuales, el principio general en relación con los órganos de la Administración Pública es que la competencia tiene que estar establecida en texto legal expreso<sup>81</sup>, principio que por supuesto también es aplicable en el ejercicio de potestades o poderes extraordinarios por la Administración contratante en la ejecución de contratos públicos.

---

*limitación o restricción a la esfera subjetiva de los administrados, sin que se de oportunidad alguna de ejercicio de la debida defensa». Véase en Revista de Derecho Público, N° 71-72, Caracas 1997, pp. 154-163.*

<sup>80</sup> Así lo estableció la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 572 de 18 de agosto de 1997, Caso: *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones)*. Además, con ocasión de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha insistido en el carácter absoluto e inviolable del derecho a la defensa. Así, por ejemplo, en sentencia No. 97 de 15 de marzo de 2000, la Sala señaló: «*Se denomina debido proceso a aquél proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas. Pero la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva*». Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes, C.A. vs. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Agrario, Penal, de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas*.

<sup>81</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Caracas 1991, 47 ss.

Particularmente, en los casos de imposición de sanciones por la Administración contratante a los co-contratantes en contratos del Estado, debe recordarse que dado el principio de la reserva legal, las sanciones y la potestad sancionadora deben estar establecidas en texto legal expreso. En consecuencia el ente público contratante no puede imponer sanciones que no estén previstas en las cláusulas contractuales como «*cláusula penal*»<sup>82</sup> o en la ley<sup>83</sup>, dada la garantía constitucional del debido proceso (art. 49,6 C.)

Pero en todo caso, en relación con el posible uso de poderes extraordinarios en los contratos del Estado, cuando los mismos están establecidos y regulados en las cláusulas contractuales, la Administración contratante no puede ejercerlos contrariando su contenido. Como se ha dicho, el artículo 1159 del Código Civil, que es aplicable a todo tipo de contrato (contratos privados y contratos del Estado), las cláusulas del contrato tienen fuerza de ley entre las partes, por lo que incluso tratándose de contratos administrativos, sus cláusulas son obligatorias para las partes. Pero incluso, si los poderes extraordinarios no están establecidos en el contrato, sino en normas legales, su ejercicio por la Administración contratante tampoco puede ignorar las cláusulas contractuales.

Por ello, si el ente público contratante en un contrato administrativo afecta derechos del co-contratante previstos en las cláusulas contractuales mediante el ejercicio de poderes extraordinarios, particularmente si se trata de las cláusulas económicas o de protección del co-contratante, entonces la Administración estaría obligada a indemnizar al co-contratante por los daños y perjuicios que le cause. Por ello es que el ejercicio de poderes extraordinarios cuando no se regulan en las cláusulas contractuales, nunca pueden afectar las cláusulas económicas o de protección del co-contratante, y si los derechos contractuales resultasen afectados o disminuidos ello siempre implica la obligación por parte de la Administración contratante de indemnizar al co-contratante<sup>84</sup>. Igualmente, todo daño causado al co-contratante por una decisión administrativa que por ejemplo, tienda a dar por terminado unilateralmente un contrato sin ajustarse a las previsiones contractuales, también origina derecho del co-contratante a ser indemnizado<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 241.

<sup>83</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., pp. 165-166.

<sup>84</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 160.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 160, 161, 184, 218.



En todos estos casos, incluso puede decirse que el derecho a una justa compensación resulta de la expropiación de los derechos contractuales, para lo cual incluso debería seguirse el procedimiento previsto en la Ley de expropiación por causa de utilidad pública<sup>86</sup> o conforme al artículo 115 de la Constitución.

---

<sup>86</sup> Gaceta Oficial N° 37.475 de 01-07-2002. Véase Allan R. Brewer-Carías et al., Ley de Expropiación por causa de utilidad pública y social, Caracas 2002, pp. 25 ss.

NOTA INFORMATIVA

## NOTA INFORMATIVA\*

### I. LA FUNDACIÓN ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y LAS JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO «ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS»

La «Fundación Estudios de Derecho Administrativo» (FUNEDA), es un ente sin fines de lucro creado por iniciativa de quienes eran Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el 20 de Noviembre de 1.993, en Caracas, Venezuela, para fomentar el intercambio académico entre profesores de las distintas universidades del mundo, contribuir al incremento de la bibliografía jurídico administrativa en nuestro país, elevar el nivel científico de los Tribunales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de los funcionarios de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal y de los estudiantes y profesionales del derecho cuya labor se desenvuelve en esta área y como un modo de contribuir a superar la crisis que viven las Instituciones.

Desde su creación la Fundación Estudios de Derecho Administrativo, ha editado numerosas publicaciones y auspiciado cursos, jornadas y seminarios, siendo las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo el evento central y de mayor importancia y relevancia, ya que, no sólo cuenta con la participación de eminentes catedráticos de América y Europa, sino que además se realizan periódicamente.

Muchas personas colaboran para hacer posible el desarrollo de estas Jornadas, con su tiempo o con sus conocimientos académicos y de muchas maneras. El beneficio que ellas reportan es exclusivamente el permitir que un número considerable de profesionales se favorezcan de los conocimientos y experiencia de reconocidos Juristas del Derecho, mediante la edición de sus memorias y la divulgación de su contenido; los volúmenes, hasta ahora editados,

---

\* Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo.

del contenido del referido evento académico, son recomendados en distintas Universidades del país y en los cursos de pre y post-grado.

## II. EL ORIGEN DE LAS JORNADAS

Por ser una de las finalidades de la Fundación la divulgación de las actividades y manifestaciones científico-jurídicas en el campo del Derecho Administrativo, en Acuerdo de la Asamblea de fecha 27 de mayo de 1994, se convino celebrar cada año, a partir de 1995, en el mes de noviembre, las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, en Caracas, con la participación de relevantes personalidades nacionales y extranjeras que se hubieran destacado en este campo y, por haber el Dr. Allan Randolph Brewer-Carías contribuido significativamente a la divulgación del Derecho Administrativo, tanto en Venezuela como en otros países de Europa y América, como un reconocimiento a su aporte científico jurídico en este campo, se decidió que las Jornadas llevaran su nombre.

## III. EL DESARROLLO DE LAS JORNADAS DURANTE MÁS DE UNA DÉCADA

En el año de 1995, del 7 al 10 de noviembre, tuvieron lugar las I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías», el tema central de esas Jornadas fue ***El Contencioso-Administrativo***, en ella participaron relevantes personalidades internacionales del mundo del Derecho Administrativo como son:

1. Roland Drago (Francia)
2. Fernando Garrido Falla (España)
3. Sandra Morelli (Colombia)
4. Juan Carlos Esguerra (Colombia)
5. Agustín Gordillo (Argentina)
6. Jesús González Pérez (España)
7. Consuelo Sarria (Colombia)
8. Luciano Parejo Alfonso (España)
9. Frank Moderne (Francia)
10. Rodolfo Piza Escalante (Costa Rica)
11. Jerry L. Mashaw (Estados Unidos).

Así mismo participaron 22 profesores venezolanos que comentaron los temas expuestos desde el ángulo del Derecho Administrativo vigente y la jurisprudencia venezolana.



En 1996, del 12 al 15 de Noviembre, tuvieron lugar, en Caracas, las II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías» bajo el tema ***Las Formas de la Actividad Administrativa***, en esta participaron profesores de otros países tales como:

1. J.R. Parada Vásquez (España)
2. Louis Favoe (Francia)
3. Juan Santamaría Pastor (España)
4. Tomas Hutchinson (Argentina)
5. Luciano Parejo Alfonso (España)
6. Sebastián Martín Retortillo (España)
7. Alvaro Tafur (Colombia)
8. Pierre Bon (Francia)
9. Pedro Pablo De Almeida Dutra (Brasil)
10. Marco D'Alberti (Italia)
11. Peter Strauss (Estados Unidos)
12. Juan Carlos Henao (Colombia)

En esta oportunidad intervinieron también 24 profesores venezolanos.

En 1997 del 11 al 14 de noviembre, con el tema ***Los Efectos y la Ejecución de los actos Administrativos***, se efectuaron en Caracas las III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías». En ella intervinieron, de otros países, los Profesores:

1. Rafael Gómez Ferrer (España)
2. Alejandro Nieto (España)
3. Rene Hostiou (Francia)
4. Pierre Subra De Bieusses (Francia)
5. Jaime Vidal Perdomo (Colombia)
6. Consuelo Sarria (Colombia)
7. J.R. Parada Vásquez (España)
8. Pericles Luis de Medeiros (Brasil)
9. Johann-Christian Pielow (Alemania)
10. Augusto Duran Martínez (Uruguay)
11. Raul Bocanegra Sierra (España)
12. Tomas Ramón Fernández (España)
13. Luciano Parejo Alfonso (España)

También intervinieron los Profesores Venezolanos: Allan Brewer-Carías, Cecilia Sosa Gómez, María Amparo Grau, Humberto J. La Roche, Luís Fraga Pittaluga, Ana Elvira Araujo, Gustavo Linares Benzo, Lourdes Wills Rivera, Pedro Planchart Pocaterra, Carlos Ayala Corao, Alfredo Maninat, Rafael Badell Madrid, José Araujo Juárez, Josefina Calcaño de Temeltas, Gerardo Fernández, Gustavo Urdaneta, José Antonio Muci Borjas, Hildegard Rondón de Sansó, Teresa García de Cornet, Hector Paradisi y María Elena Toro.

***La Relación Jurídico-Administrativa y el Procedimiento Administrativo***, fue el tema de las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías» que se celebraron en Caracas, los días 9,10,11 y 12 de noviembre de 1998, en ella intervinieron profesores de universidades de distintos países tales como:

1. Enric Argullol I Murgadas (España)
2. Christian Pielow (Alemania)
3. Juan Carlos Esguerra (Colombia)
4. Pierre Delvolvé (Francia)
5. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (España)
6. Adilson Abreu Dallari (Brasil)
7. Luciano Vandelli (Italia)
8. Luciano Parejo Alfonso (España)
9. Miguel Casino (España)
10. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Colombia)

Concurrieron los siguientes profesores venezolanos: Allan Brewer-Carías, Cecilia Sosa Gómez, Hildegard Rondón de Sansó, María Elena Toro, José Araujo Juárez, Ezra Mizrachi, Lubín Aguirre, José Antonio Muci Borjas, Alberto Blanco Uribe, Luís Fraga Pittaluga, Luis Ortiz Alvarez, Armando Rodríguez, Humberto Briceño León, Gustavo Linares Benzo, Magdalena Salomón de Padrón, Gustavo Urdaneta Troconis, Carmelo De Grazia, Juan Manuel Raffalli, Raul Arrieta Cuevas, Salvador Leal, José Luis Villegas y Alfredo Maninat.

Los días 2,3,4 y 5 de noviembre del 2000, se realizaron las V Jornadas Internacionales de Derecho «Allan Randolph Brewer-Carías», el tema central del evento fue de ***Los Requisitos y Vicios de Los Actos Administrativos***, asistieron de otros países los profesores: Luciano Parejo Alfonso de España, Sandra Morelli de Colombia, Julio Rodolfo Comadira de Argentina, Jaime Orlando Santofimio Gamboa de Colombia, Consuelo Sarria, también de Colombia,

Juan Pablo Cajarville Peluffo de Uruguay, Rodolfo Pisa Escalante de Costa Rica y Tomás De La Quadra Salcedo de España. Por Venezuela participaron los profesores: Allan Randolph Brewer-Carías, Ana Elvira Araujo, Juan Carlos Balzán, David Quiroz, Rosibel Grisanti, José Valentín González, Beatrice Sansó, Miguel Mónaco, Carmelo De Grazia, Emilio Ramos, Hildegard Rondón de Sansó, Gustavo Grau Fortoul, Jorge Castro Bernieri, Gustavo Urdaneta Troconis, Jorge Rojas, Andrés Linares Benzo, Armando Rodríguez García, Gerardo Fernández, José Antonio Muci Borjas, Luis Ortiz Álvarez, Armando Giraud, Luis Fraga Pittaluga y Beatrice Sansó.

En el año 2001, debido a la tensión política reinante en Venezuela, se traslada la fecha de las Jornadas para marzo del siguiente año. Los días 5, 6, 7 y 8 de marzo de 2002, se realizaron las VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías», cuyo tema general fue el ***El Nuevo Servicio Público. Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General (Electricidad, Gas, Telecomunicaciones y Radiodifusión)***. A ella asistieron, de otros países, los profesores:

1. Luciano Parejo Alfonso (España)
2. Marcos Vaquer Caballería (España)
3. Pierre Subra De Bieusses (Francia)
4. Jesús González Pérez (España)
5. Ricardo Monroy Church (Colombia)
6. Romeo Felipe Bacellar Filho (Brasil)
7. Oscar Aguilar Valdez (Argentina)
8. Agustín Gordillo (Argentina)
9. Alberto Montaña Plata (Colombia)
10. Tomás De La Quadra Salcedo (España).

Por Venezuela participaron: Allan Brewer-Carías, José Valentín González, Julián Nebreda, Simón Saturno, José Araujo Juárez, Miguel Mónaco, Rafael Badell Madrid, Dolores Aguerrevere, Hildegard Rondón de Sansó, Carmelo De Grazia, Gustavo Grau, Gustavo Linares Benzo, Gustavo Urdaneta Troconis, María Amparo Grau, Rafael Chavero, Víctor Hernández, Luís Ernesto Andueza, Rafael Ramírez Carreño, Beatrice Sansó de Ramírez, Juan Carlos Bracho, Dahío Méndez de Requena, Juan Manuel Raffalli, Margarita Escudero, Luis Ortiz Álvarez, Juan Carlos Balzán, José Luís Villegas Moreno, Armando Rodríguez, Daniel Leza, Efrén Navarro, Italo Segnini, Armando Giraud Torres.

En noviembre de 2002 correspondía la celebración de las VII Jornadas Internacionales de Derecho administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías» que tampoco se celebraron en razón de la incertidumbre generada por el clima político que imperaba en el país, estas Jornadas se realizaron en el mes de noviembre de 2004 los días 3,4 y 5 de noviembre y tuvieron como tema central ***El Principio de Legalidad y el Ordenamiento Jurídico-Administrativo de la Libertad Económica*** y en ella intervinieron los profesores:

1. Carlos Enrique Delpiazzo (Uruguay)
2. Juan Antonio Hernández Corchete (España)
3. Alfonso Miranda Londoño (Colombia)
4. Emilio Archila Peñaloza (Colombia)
5. Juan De La Cruz Ferrer (España)
6. Pablo Esteban Perrino (Argentina)
7. Luciano Parejo Alfonso (España)
8. Pedro Coviello (Argentina)
9. Sandra Morelli (Colombia)

En esta edición de las Jornadas participaron los profesores venezolanos: Allan Brewer-Carías, Jesús María Casal, José Antonio Muci, María Amparo Grau, Jorge Luís Suárez, Luís Ortiz Álvarez, Miguel Mónaco, Gustavo Urdaneta Troconis, Rafael Badell Madrid, Daniela Urosa Maggi, José Ignacio Hernández, Gustavo Grau Fortoul, Caterina Balasso Tejera, Magdalena Salomón de Padrón, Ignacio De León, Faustino Flamarique y Judith Rieber de Bentata.

En el año 2005, del 9 al 11 de noviembre tuvieron lugar las VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías». El tema general de estas Jornadas fue el de ***Los Contratos Administrativos (Contratos del Estado)***, a ella asistieron, de otros países.

1. Consuelo Sarria (Colombia)
3. Enrique Rojas Franco (Costa Rica)
4. Marcelo Figueiredo (Brasil)
5. Martha Franch (España)
6. Santiago González Varas (España)
7. Jaime Rodríguez Arana (España)
8. Carlos Enrique Delpiazzo (Uruguay)
9. Mirian Ivanegas (Argentina)
10. Joffre Campaña (Ecuador)
11. José Luís Benavides (Colombia)

El profesor Tomás Ramón Fernández de España, quien debía asistir a las Jornadas confrontó problemas de salud a última hora y como ya había enviado su trabajo escrito, éste queda consignado en el libro que se editó para el momento de las Jornadas. Igual ocurre con el trabajo enviado por Julio Rodolfo Comadira, el cual falleció el 2 de octubre de 2005, días antes de que se realizaran las Jornadas. Por ello en esta ocasión, además de homenajear al profesor Brewer-Carías, la Jornadas se dedicaron a la memoria del profesor fallecido.

Intervinieron también en estas Jornadas los venezolanos: María Amparo Grau, Carmelo De Grazia Suárez, Miguel Mónaco, Henrique Iribarren, Víctor Hernández Mendible, Dolores Aguerrevere, Ana Elvira Araujo, Rafael Badell Madrid, Román Duque Corredor, Juan Carlos Balzán y José Ignacio Hernández y consignó su trabajo para ser editado el profesor Brewer-Carías.

**Este libro se terminó de imprimir durante el mes de julio del año 2006  
en los talleres de SENPRESS, C.A.  
Tlf.:(0212)-661.1864/662.4313 Fax.:662.7986  
Caracas - Venezuela**