

SOBRE LA CONFIANZA EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: EL PRINCIPIO DEL *HECHO DEL PRINCIPE* EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LOS COCONTRATANTES DE LA ADMINISTRACIÓN

Allan R. Brewer-Carías

Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela

El derecho administrativo en un Estado democrático, además de ser el derecho que regula la Administración, también regula las relaciones que se desarrollan entre la misma y los administrados, y con tal fin, busca asegurar el equilibrio que siempre tiene que existir entre los poderes y prerrogativas de la Administración y los derechos de los ciudadanos,¹ que es una de las características determinantes de la disciplina.

En el mundo de los contratos que celebra la Administración, denominados en la actualidad indistintamente como contratos administrativos, contratos del Estado o contratos públicos,² frente a los poderes y prerrogativas de la misma, a la cual tradicionalmente en la relación contractual pública se le ha reconocido cierta situación de superioridad frente al contratista privado, se han desarrollado una serie de principios generales para resguardar los derechos de éste, en particular, los tendientes a mantener el equilibrio económico del contrato y a asegurar que la Administración no se pueda desligar *ad libitum* de sus obligaciones contractuales, por sus propias decisiones o por decisiones adoptadas por otros entes públicos del mismo nivel de gobierno de la entidad contratante.

En tal marco es que se ha desarrollado el principio del *hecho del príncipe*, como principio general del derecho administrativo aplicado en materia contractual, que junto con otros principios como el de la distribución territorial del Poder Público, no solo forman parte del bloque de la legalidad aplicable a la Administración, sino que contribuyen a formar el marco de la confianza legítima que debe regir en la ejecución de ellos contratos públicos.

I. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO EN LA FORMACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

El principio más importante del derecho administrativo, puede decirse que es la obligación impuesta a los órganos de la Administración de actuar con “sometimiento pleno a *la ley y al derecho*,” tal como lo indica el artículo 141 de la Constitución venezolana de 1999.

Se trata del principio de la legalidad, en cuya formulación, conforme a esa norma, la expresión “ley” debe entenderse conforme al significado que le asigna el artículo 202 de la Constitución como

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El derecho a la democracia entre las nuevas tendencias del Derecho Administrativo como punto de equilibrio entre los Poderes de la Administración y los derechos del administrado,” en Víctor Hernández Mendible (Coordinador), *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo (Commemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela)*, Tomo II, Ediciones Paredes, Caracas 2009, pp. 1417-1439

² Para los efectos de este trabajo, utilizamos la expresión “contratos administrativos” como equivalente a “contratos públicos” o “contratos del Estado.” Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos, Contratos públicos, Contratos del Estado*, Colección Estudios Jurídicos, No. 100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013.

los actos que emanan de la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador; y la expresión “derecho,” como el orden jurídico, integrado por todas las fuentes del derecho en su conjunto (ordenamiento jurídico), es decir, además de las leyes, a los decretos leyes, los reglamentos y todos los demás actos estatales normativos o de efectos generales.³ De allí la expresión de *Estado de derecho* (art. 2), lo que implica la sumisión del Estado además de a las leyes, a todas las otras fuentes del derecho que se aplican a los órganos de la Administración Pública.

Este principio de la sumisión de los órganos de la Administración Pública al derecho se expresa en términos generales, además de en el artículo 141 de la Constitución antes citado, en los artículos 137 y 259 de la misma al establecer: primero, que los órganos del Estado deben actuar sujetos a las atribuciones definidas en la Constitución y en las leyes; y segundo, que los actos administrativos, generales o individuales, pueden ser anulados por los tribunales contenciosos administrativos cuando sean “contrarios al derecho.”

Estas tres previsiones constitucionales implican que toda actividad administrativa no sólo debe estar sujeta a la ley como fuente formal escrita, sino a todas las demás fuentes escritas y no escritas del derecho, que tradicionalmente en Venezuela han formado el bloque de la legalidad, estando dentro de ellas, la que históricamente ha sido la más importante, que son los principios generales del derecho administrativo.⁴ Estos han sido los que más han contribuido a su conformación de nuestra disciplina, hasta haber sido positivizados, es decir, hasta que muchos de ellos se incorporaron como derecho positivo en muchas leyes, tales como por ejemplo, la Ley Orgánica de Administración Pública, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y la Ley de Contrataciones Públicas.

Antes de la sanción de estas leyes e, incluso, con posterioridad, a falta de disposiciones específicas expresamente establecidas en un texto legal para regular actuaciones específicas de los órganos de la Administración Pública, generalmente se ha admitido que la fuente más importante de derecho que debe aplicarse en tales casos han sido la de los “principios generales del derecho,”⁵ siguiendo incluso el principio general relativo a las fuentes del derecho establecido en el artículo 4 del Código Civil, según el cual “Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.”⁶

En ese contexto es que precisamente se ha movido el derecho administrativo, el cual, en ausencia de una codificación general de sus reglas, en el derecho comparado y, en particular, en Venezuela, históricamente se fue construyendo sobre la base de la elaboración de tales principios generales del derecho, en los cuales se basa todo el orden legal. Esos principios han sido elaborados por la doctrina y la jurisprudencia, en un proceso recurrente de retroalimentación, a través de la aplicación

³ La palabra “derecho” también es utilizada en la Constitución para referirse a los derechos de las personas, o para identificar una rama del derecho, tal como “derecho internacional”, “derecho público” o “derecho privado.”

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, (Second edition), Editorial Jurídica Venezolana, EJV International Editions, 2013, p. 86

⁵ En todos los Manuales y Tratados de Derecho, en ausencia de disposiciones específicas incluidas en las leyes o reglamentos, los principios generales de derecho han sido tradicionalmente considerados como la fuente más importante de derecho administrativo aplicable a la acción administrativa Véase, por ejemplo Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, XIV Edición, Caracas 2013, pp. 143 ss.

⁶ Basándose precisamente en tal disposición del artículo 4 del Código Civil, Lares Martínez argumenta que “En derecho administrativo, a falta de una disposición escrita, los principios generales del derecho son aplicables como principios legales (jurídicos) en los que el orden jurídico positivo tiene su base.” Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, XIV Edición, Caracas 2013, pp. 144

judicial de los mismos por los tribunales contenciosos administrativos.⁷ Así fue que, por ejemplo en Venezuela, en ausencia de una Ley General de Administración Pública, se elaboraron los principios generales referidos a la organización de la misma,⁸ muchos de los cuales fueron incorporados posteriormente, a partir de 2001, en la Ley Orgánica de Administración Pública,⁹ también fue el caso, a falta de una Ley General de Procedimientos Administrativos, de la elaboración de todos los principios que rigen la conducta de la Administración, la emisión de los actos administrativos y las relaciones entre aquella y los administrados,¹⁰ muchos de los cuales se incorporaron posteriormente, de 1982, en la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo;¹¹ y también fue el caso, a falta de una Ley General de Contratos Públicos o Administrativos, de la conformación de muchos de los principios que rigen la contratación pública,¹² los cuales se han incorporado, más recientemente, a partir de 2010, en la Ley de Contrataciones Públicas.¹³

Uno de los principios general del derecho administrativo de aplicación general en materia de contratación pública o administrativa, para asegurar la situación contractual de los cocontratantes de la Administración frente a sus poderes y prerrogativas, es precisamente el mencionado principio del *hecho del príncipe* (*fait du prince, factum principis*), desarrollado para proteger los derechos del cocontratante de la Administración frente a algún “obstáculo para el cumplimiento de la actividad prometida” en un contrato público, derivado “de un acto legislativo o de una autoridad administrativa.”¹⁴

El principio, como se dijo, se ha desarrollado en el derecho de los contratos públicos, específicamente en relación con los efectos que pueden tener los actos emitidos por los órganos de los diferentes niveles del Poder Público, sobre el cumplimiento de las obligaciones de las partes en los contratos públicos,¹⁵ habiéndose aplicado para determinar cuándo un acto de un órgano del

⁷ Véase por ejemplo: Allan R. Brewer-Carías, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964; *Principios fundamentales del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, agosto 2005.

⁸ Allan R. Brewer-Carías, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Colección Estudios Jurídicos, N° 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991.

⁹ Véase Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial*, Extra. N° 6.147 de noviembre 17, 2014. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías (editor) y Rafael Chavero Gazdik y Jesús María Alvarado Andrade, *Ley Orgánica de la Administración Pública, Decreto Ley No. 4317 de 15-07-2008*, Colección Textos Legislativos N° 24, 4ª edición actualizada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009.

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo* (Prólogo de Eduardo García de Entera), Editorial Civitas, Madrid 1990, *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, 6ª edición ampliada, Caracas 2002.

¹¹ Véase Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, *Gaceta Oficial* N° 2.818 Extra. Del primero de Julio de 1981 Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías (editor), e Hildegard Rondón de Sansó y Gustavo Urdaneta, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección Textos Legislativos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 198.

¹² Allan R. Brewer-Carías, *Contratos administrativos*, Colección Estudios Jurídicos, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992; *Contratos Administrativos, Contratos públicos, Contratos del Estado*, Colección Estudios Jurídicos, No. 100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013.

¹³ Véase Ley de Contrataciones Públicas, *Gaceta Oficial* N° 6.154 Extra. Del 19 de noviembre de 2014. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías (editor) y Víctor Hernández Mendible, Miguel Mónaco, Aurilivi Linares Martínez, José Ignacio Hernández G., Carlos García Soto, Mauricio Subero Mujica, Alejandro Canónico Sarabia, César A. Esteves Alvarado, Gustavo Linares Benzo, Manuel Rojas Pérez, Luis Alfonso Herrera Orellana y Víctor Raúl Díaz Chirino, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos legislativos No. 44, 3ª edición actualizada y aumentada, Caracas 2012.

¹⁴ Véase, José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 61, Caracas 2006, p. 504, Nota No. 83.

¹⁵ Véase por ejemplo: Allan R. Brewer-Carías, “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

Estado, que afecta el equilibrio económico de un contrato público, origina el derecho del cocontratante de la Administración a que se le restablezca dicho equilibrio mediante el pago de una compensación o indemnización por parte del ente público contratante; y a la vez, para determinar cuándo un acto estatal que afecta un contrato público puede considerarse, para la parte pública contratante, como una causa extraña, no imputable y ajena, que pueda excusar o justificar el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En ambos casos, el principio del hecho del príncipe, desde el ángulo del derecho administrativo, es el mismo, y está vinculado a otro de los principios generales del derecho público (constitucional y administrativo), fundamental en la organización del Estado, que es el principio de la distribución vertical o territorial del Poder Público, que en el caso de Venezuela, conforma la forma del Estado federal,¹⁶ y que se concreta conforme a la Constitución, en tres niveles territoriales de gobierno o del Poder Público, cuyos órganos ejercen respectivamente el Poder Nacional, el Poder Estatal y el Poder Municipal; cada uno con autonomía constitucional.

Para tal efecto, el Artículo 136 de la Constitución establece que, “el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional,” ejercidos respectivamente por los Municipios como gobiernos locales; por los Estados de la Federación; y por la República y sus órganos. De acuerdo con la misma norma, “cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.”

Cada uno de esos tres niveles de Poder Público tiene su propia Administración Pública (Administración Pública Nacional, Administración Pública Estatal y Administración Pública Municipal), que comprende, en cada nivel, no solo los órganos de la administración central sino también los respectivos entes descentralizados con personalidad jurídica propia, como los institutos autónomos o las empresas públicas (las cuales, por lo tanto, pueden ser empresas públicas nacionales, empresas públicas estatales o empresas públicas municipales).

Teniendo cada nivel del Poder Público sus propias y respectivas funciones, su ejercicio a través de actos estatales o actos administrativos emitidos por algún órgano o ente de cada nivel territorial del Poder Público, en relación con los contratos públicos, cuando dichos actos afectan los contratos públicos celebrados por otro órgano o ente del Poder Público, el efecto jurídico de dicha afectación va a depender de si el acto perturbador del contrato público se ha dictado por un órgano o ente perteneciente al mismo nivel territorial del Poder Público al cual pertenece la parte pública contratante, o a otro nivel territorial distinto del Poder Público. Así, si el acto del Estado que afecta un contrato público es dictado por un órgano o ente *del mismo nivel territorial del Poder Público* al cual pertenece el ente público contratante, este tiene la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato público, indemnizando al contratista privado por los daños causados por dicha ruptura, en cuyo caso, dicho acto del Estado causante de la ruptura económica del contrato no puede ser considerado por la parte pública contratante, como una causa extraña no imputable que la pueda exonerar del cumplimiento de sus obligaciones.

Al contrario, si el acto del Estado que afecta un contrato público se dicta por un órgano o ente de un nivel territorial del Poder Público distinto a aquél al cual pertenece el ente público contratante,

la *Revista Control Fiscal y Tecnicación Administrativa*, Año XIII, N° 65, Contraloría General de la República, Caracas, 1972, pp. 86-93.

¹⁶ Véase sobre el principio de la distribución vertical del Poder Público: la forma federal del Estado, como un principio fundamental del Derecho Público en Venezuela, en Allan R. Brewer-Carías, *Los principios fundamentales del derecho público (constitucional y administrativo)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 45 ss.

éste no tiene obligación alguna de restablecer el equilibrio económico del contrato ni de indemnizar al contratista privado por los daños causados por dicha ruptura, en cuyo caso, dicho acto del Estado causante de la ruptura económica del contrato es considerado para dicha parte pública contratante como una causa extraña no imputable que la exonera del cumplimiento de sus obligaciones.

En esta forma, el *hecho del príncipe*, como principio general del derecho administrativo aplicado a los contratos públicos puede ser, por una parte, la fuente del derecho del contratista privado a ser indemnizado por la parte pública contratante en caso de ruptura del equilibrio económico del contrato; o puede ser para dicha parte pública contratante una causa extraña no imputable que la excuse del cumplimiento de sus obligaciones. Dependerá si el hecho del príncipe, se ha dictado o no en el mismo nivel territorial al cual pertenece la parte pública contratante.

II. EL PRINCIPIO DEL HECHO DEL PRINCIPE APLICADO A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Este principio del hecho del príncipe puede decirse que es un principio general desarrollado específicamente en el derecho administrativo a los efectos de resolver la situación del cocontratante privado en un contrato público cuando un acto estatal afecta el equilibrio económico del contrato, en cuyo caso se considera que el contratista privado tiene derecho a que se le restablezca dicho equilibrio, recibiendo una indemnización por parte de la parte pública contratante, cuando el acto estatal es emitido por un órgano del mismo nivel del Poder Público que el de la parte contratante pública. Los actos de órganos o entes nacionales, por ejemplo, en relación con contratos públicos nacionales.

Pero subsecuentemente, siguiendo las previsiones del Código Civil sobre contratos, también es un principio general desarrollado a los efectos de determinar cuándo la parte pública contratante en los contratos públicos puede excusarse de cumplir con sus obligaciones basado en la emisión de un acto estatal que se lo impida, considerándolo como una causa extraña no imputable. En ese caso, se ha considerado que sólo si dicho acto estatal ha sido emitido por un órgano o ente de un nivel del Poder Público distinto al cual pertenece la Administración contratante, puede entonces considerarse como causa extraña no imputable y ajena que le permita a dicha Administración contratante justificar o excusar el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, configurándose el hecho del príncipe como un evento de fuerza mayor conforme a las reglas establecidas en el derecho privado en materia de contratos.

En otros términos, en la primera aproximación sobre el hecho del príncipe como fuente del derecho de la parte privada contratante al mantenimiento del equilibrio económico de contrato administrativo, y a reclamar una indemnización de la parte pública contratante por la ruptura del mismo provocado por un acto estatal, el principio es que dicho acto debe ser emitido por algún órgano o ente del mismo nivel territorial del Poder Público (ya sea nacional, estatal o municipal) en el cual se encuentra la parte pública contratante.¹⁷ En esos casos es que la ruptura del equilibrio económico del contrato da derecho al cocontratante de la Administración para que el mismo se le restablezca mediante la recepción de una indemnización por parte de la parte pública contratante. En estos casos, estando la parte pública contratante y el órgano emisor del acto estatal en el mismo nivel del Poder Público, a los efectos contractuales se considera que forman parte de una unidad,

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, p. 209; Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre los efectos de la ruptura de la ecuación económica de un contrato administrativo por una ley declarada nula por inconstitucionalidad,” en *Cuadernos de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Mérida, 1976, pp. 5-26; y en *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 221-222.

debiendo la Administración contratante asumir las consecuencias económicas del acto estatal sobre el contrato público.

En consecuencia, si el acto estatal que afecta el equilibrio económico del contrato emana de un órgano ubicado en otro nivel del Poder Público diferente al de la Administración contratante (por ejemplo, un acto de un órgano del Poder Público nacional, respecto de un contrato público municipal; o un acto de un órgano del Poder Público municipal, por ejemplo, en relación con un contrato público nacional), ello no da origen a derecho alguno de la parte privada contratante de solicitar el restablecimiento de la ecuación económica del contrato mediante una indemnización por parte del ente público contratante.

Esta protección mediante el principio del *hecho del príncipe* de los derechos contractuales del cocontratante de la Administración en los contratos públicos, para el restablecimiento del equilibrio financiero o económico de los mismos, es la que resulta del derecho que existe en los contratos públicos a la *inmutabilidad* de la ecuación económica de los mismos por parte del Estado frente a las mutaciones pueden causar prejuicios al cocontratante de la Administración.¹⁸

Sobre ello, la jurisprudencia del Supremo Tribunal ha indicado desde hace décadas que se trata de una “obligación implícita que tiene el Estado de no alterar dicho equilibrio” económico, al punto de que si por cualquier acto estatal dictado en el mismo nivel territorial del Poder Público, tal ecuación se rompe, “el Estado tiene la obligación de indemnizar al concesionario (la parte privada) por todos los daños causados.”¹⁹ En tal sentido la antigua Corte Suprema incluso consideró que esta obligación del Estado de mantener el equilibrio económico de los contratos públicos, es “tan racional” que existe “aun tratándose de reformas de la ley [...], no obstante el derecho con que el Estado o el Legislador proceden en esas reformas;”²⁰ considerando que “la indemnización en este caso, como cuando se trata de una expropiación por causa de utilidad pública o social, es la que esté conforme con la justicia y la equidad.”²¹

Precisamente por ese principio, en relación con los contratos públicos, el hecho del príncipe si emana de una autoridad del mismo nivel territorial de la parte pública contratante, no puede ser considerado de acuerdo con el derecho general de los contratos aplicado a los contratos públicos, como un acto estatal que pueda ser considerado como una causa de fuerza mayor que excuse a la parte pública contratante del incumplimiento de una obligación contractual. En esta perspectiva, si bien para la parte privada contratante cualquier acto estatal emitido por cualquier nivel del Poder Público podría considerarse como una causa extraña no imputable, que puede ser alegada conforme a las reglas del Código Civil, con la sola limitación de que la misma debe ser probada por quien la

¹⁸ Véase la decisión de la antigua *Corte Federal* del 12 de noviembre de 1954, *Gaceta Forense* N° 6, Caracas 1954, pp. 204-206. Véase extracto de esta decisión en 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, p. 804. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 202 ss.

¹⁹ Véase la decisión del 9 de Marzo de 1940 del la antigua *Corte Federal y de Casación*, en *Memoria*, Tomo I, pp. 342, 350, 351.

²⁰ *Idem*.

²¹ Véase la decisión de la antigua *Corte Federal* del 12 de noviembre de 1954, en *Gaceta Forense* N° 6, Caracas 1954, pp. 204-206. Véase extracto de esta decisión en 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, p. 804. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 205.

alega,²² para la parte pública contratante en un contrato público, el principio es que solo los actos estatales que emanen de órganos de un nivel territorial del Poder Público *diferente al de la parte contratante*, son los que podrían considerarse ajenos, extraños y no imputables a la parte pública contratante.

Es decir, si el acto estatal emana de una entidad pública ubicada en la misma rama territorial del Poder Público en el cual se encuentra la parte pública contratante, como principio dicho hecho del príncipe no puede ser considerado como una causa externa no imputable a ella.

Por ejemplo, para una empresa del Estado nacional que sea la parte pública contratante en un contrato público, los actos estatales adoptados por los órganos del Poder Público nacional (legislativo o ejecutivo), como cuestión de principio no pueden considerarse extraños a tal empresa pública nacional contratante. En este caso, también se entiende que estando la parte pública contratante y el órgano público que emite el acto estatal ubicados en la misma rama o nivel territorial del Poder Público, deben considerarse como una unidad, no pudiendo la parte pública contratante excusarse del incumplimiento de las obligaciones contractuales basadas en dicho acto estatal dictado en el mismo nivel territorial del Poder Público.

Resumiendo, y conforme a lo previsto en el Artículo 1.271 del Código Civil, para que la parte pública contratante en un contrato público pueda alegar que un acto del Estado es una causa o evento de fuerza mayor que le impide por ejemplo cumplir con sus obligaciones, dicho hecho del príncipe debe efectivamente ser un acto ajeno y no imputable a la misma, y además, imprevisible e irresistible para la parte contratante; y esto solo puede darse cuando el acto estatal que haya afectado el contrato público sea emitido por un órgano de un nivel territorial del Poder Público distinto al de la parte pública contratante (por ejemplo, una autoridad municipal, respecto de actos legislativo o ejecutivos nacionales que afecten a un contrato público municipal). De lo contrario, si el hecho del príncipe es emanado por un órgano o ente público del mismo nivel territorial del Poder Público al cual pertenece la parte pública contratante (una empresa pública nacional, por ejemplo, respecto a actos nacionales legislativos o ejecutivos que afectan un contrato público nacional), en ningún caso la misma puede ser considerada como causa extraña no imputable que se pueda configurar como un evento de Fuerza mayor.

En otras palabras, con respecto a los contratos estatales, para la parte privada contratante, los actos del Estado pueden considerarse en principio como una causa de fuerza mayor que puede justificar el incumplimiento de sus obligaciones contractuales en un contrato público, es decir, como una causa extraña, no imputable e imprevisible. y sin medios para evitar que ocurriera. Pero con respecto a la parte pública contratante en un contrato público, en principio, un acto estatal solo puede considerarse como una causa de Fuerza mayor, extraña y no imputable, cuando es emitido por una entidad que pertenezca a un nivel territorial del Poder Público distinto de aquel en el cual se encuentra la parte pública contratante.

Por ello, si la parte contratante pública se encuentra en el mismo nivel territorial del Poder Público que el del órgano que adopte el acto estatal, el mismo en principio no puede considerarse como una excusa para el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Es el caso, como se ha mencionado, por ejemplo, de un acto estatal emitido por un órgano del Poder Nacional (legislativo o ejecutivo) que afecta un contrato público nacional celebrado por una empresa estatal nacional

²² Como está establecido en el artículo 1.271 del Código Civil, “El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe.”

que está integrada en la organización de la Administración Pública nacional. En este caso, el acto estatal, como cuestión de principio, solo podría considerarse como un evento de fuerza mayor para a parte contratante privada del contrato, pero no para la parte contratante pública, para lo cual no puede considerarlo como un “hecho extraño y no imputable”.

Esto significa que, aun cuando en el derecho general aplicable a los contratos, en particular, los celebrados por particulares, un hecho del príncipe puede (según las circunstancias) considerarse como hecho de fuerza mayor que puede excusar el incumplimiento de una obligación; en los contratos públicos, un hecho del príncipe no puede servir como excusa para el incumplimiento de obligaciones por parte de la parte pública contratante, cuando el acto estatal sea emitido por un órgano del mismo nivel territorial de gobierno o Poder Público (nacional, estatal, o municipal) al cual pertenece la entidad pública contratante. En estos casos, no puede considerarse ajeno a la entidad pública contratante, pues de lo contrario, sería muy fácil para el Estado relevar a sus propias entidades de la responsabilidad contractual, simplemente adoptando medidas que prohíban o imposibiliten de algún modo que esas entidades cumplan con sus obligaciones.

III. EL PRINCIPIO DEL HECHO DEL PRINCIPE COMO GARANTÍA PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS, CUANDO EL MISMO ES ALTERADO POR LA UN ACTO DE LA PARTE PÚBLICA CONTRATANTE O POR OTRO ÓRGANO DEL MISMO NIVEL DEL PODER PÚBLICO

Bajo la primera aproximación sobre la doctrina del *hecho del príncipe* en materia de contratos públicos como instrumento de garantía de los derechos de los cocontratantes de la Administración frente a las alteraciones de la ecuación económica de los contratos públicos, como antes se mencionó, el mismo se relaciona específicamente con el principio del derecho administrativo que en materia contractual se identifica con “la obligación implícita para el Estado concedente de no alterar ese equilibrio” de dichos los contratos públicos. Ese principio, también elaborado por el derecho administrativo francés, fue definido en Venezuela en la conocida sentencia del la antigua Corte Federal y de Casación de 9 de marzo de 1939 (Caso: *Puerto de La Guayra*), con la cual puede decirse que se comenzó a elaborar en el país la teoría de “contratos administrativos.”²³

En dicha decisión se estableció como principio general que todos los contratos administrativos contienen “en su articulado las seguridades que el Estado otorga a los concesionarios, a fin de que arriesguen la inversión de sus capitales contando con ciertas condiciones de equilibrio financiero para sus empresas;”²⁴ siendo dicho equilibrio financiero la relación establecida por las partes, al celebrar un contrato administrativo, entre los derechos contractuales de cada uno de ellas y la cantidad de carga y obligación que tienen de acuerdo con sus cláusulas.²⁵

Esto implica, según la jurisprudencia, que en todos los contratos administrativos existe una “regla de índole contractual consistente en la obligación implícita para que el Estado concedente [parte pública contratante] de no alterar ese equilibrio,”²⁶ el cual debe mantenerse aun “tratándose de

²³ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1030-1977 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, vol 2 (*Recursos y contratos administrativos*), Caracas 1977, p. 772. También en *Memoria de la Corte Federal y de Casación 1940*, p. 342.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, p. 203

²⁶ Véase sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Político Administrativa de 9 de marzo de 1939, en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1030-1977 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, vol 2 (*Recursos y contratos administrativos*), Caracas 1977, pp. 773. Es por ello que Gustavo Linares Benzo sostiene que la distinción básica entre los contratos privados y los contratos administrativos precisamente radica en el principio del equilibrio económico de los contratos administrativos, lo

reformas de la ley.” Ello implica que incluso, teniendo el Estado el poder para reformar su legislación, sin embargo, se reconoce “la obligación eventual para el Estado de indemnizar en este caso al concesionario, según la entidad del daño o de las nuevas cargas que ésta sufra por la reforma.”²⁷

La consecuencia del principio del equilibrio económico o financiero de los contratos administrativos es que, en caso de ruptura del mismo mediante cualquier decisión gubernamental o administrativa adoptada por algún órgano o ente del mismo nivel territorial del Poder Público del Estado, la parte pública contratante del contrato debe indemnizar a la parte privada contratante. Esto fue claramente establecido por la antigua Corte Suprema de Justicia en una sentencia de 15 de marzo de 1962 (Caso: *Contrato del Banco de Venezuela con la Ley de Aprobación de la República*) en el cual el Tribunal declaró:

“En todo contrato celebrado por la Administración existe, expreso o implícito, un derecho del cocontratante a un cierto equilibrio financiero del contrato; y si bien el interés particular debe ceder ante el interés general de la comunidad, y por ello, la Administración Pública tiene la facultad dentro de ciertos límites, de modificar unilateralmente los contratos administrativos en el curso de su ejecución, y aun de ponerles fin por decisión unilateral; estas prerrogativas de la Administración consagradas en países extranjeros por la doctrina y la jurisprudencia modernas, tienen su contrapartida, que reside en el derecho del cocontratante a recibir una indemnización pecuniaria, siempre que la modificación le imponga obligaciones nuevas que rompan el equilibrio financiero del contrato, o que la extinción pronunciada administrativamente no constituyen la sanción de una falta cometida por aquél en la ejecución del mismo. El aspecto patrimonial de los contratos administrativos exige pues, el mismo respeto que el derecho de propiedad; no puede ser afectado sin indemnización, como la propiedad misma. Por eso, los vínculos contractuales no pueden romperse sin audiencia de las partes que han concurrido voluntariamente a crearlos.”²⁸

En la misma línea de garantizar el derecho de la parte contratante privada al equilibrio económico del contrato administrativo, la misma antigua Corte Suprema, mediante sentencia de 14 de junio de 1983 (Caso: *Acción Comercial, SA*) se refirió específicamente al derecho de la parte contratante privada a ser indemnizada por la parte pública contratante en situaciones en las cuales un hecho del príncipe altere el equilibrio económico, estableciendo lo siguiente:

“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,

que considera es parte de la “esencia de los contratos administrativos” Véase Gustavo Linares Benzo, “El equilibrio del contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas,” en Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 20102, pp. 368, 369. Véase también sobre la aplicabilidad directa de la teoría del equilibrio económico de los contratos administrativos y sobre la aplicación expansiva a los contratos, independientemente de la regulación específica que pueda insertarse en el texto de los contratos, los comentarios de Henrike Iribarren Monteverde, “El equilibrio económico en los contratos administrativos y la teoría de la imprevisión,” en *Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado, VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo: Allan Randolph Brewer-Carías*, Fundación Estudios de Derecho Administrativos, Caracas 2005, Tomo I, pp. 111 ss.

²⁷ *Idem.* Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1977 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, vol 2 (*Recursos y contratos administrativos*), Caracas 1977, pp. 773. Véase también la decisión de la Corte Federal del 8 de agosto de 1959, en la *Gaceta Forense* N° 25, Caracas 1959, pp. 202-205.

²⁸ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1030-1977 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, vol. 2 (*Recursos y contratos administrativos*), Caracas 1977, p. 803. Véase también en la *Gaceta Oficial* N° 760 Extra. 22 de marzo de 1962, pp. 11-12.

de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquélla, 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 sobrevenidos: “*hecho del príncipe*,” circunstancias imprevisibles, fuerza mayor...) es compensada con la correspondiente indemnización al particular de los daños y perjuicios que pudieren habersele ocasionado.”²⁹

En consecuencia, si bien es cierto que en los contratos públicos se reconoce un poder general de la Administración contratante, dentro de ciertos límites y cuando es requerido por el interés público, para introducir modificaciones al contrato,³⁰ o para rescindir unilateralmente el contrato,³¹ también es cierto que en todos los casos en los cuales tal decisión emanada de una autoridad del mismo nivel territorial de la parte pública contratante, trastoque el equilibrio financiero del contrato al afectar las cláusulas económicas y de protección del contrato, el contratante privado de la Administración tiene derecho a ser indemnizada por la parte pública contratante en todo lo que sea necesario para restablecer el equilibrio.³²

Este fue el criterio seguido por la antigua Corte Federal en sentencia del 12 de noviembre de 1954, en la cual, al referirse a los poderes de la Administración contratante en los contratos administrativos, para rescindirlas o modificarlas unilateralmente, explicó que:

“Mas la extensa flexibilidad que caracteriza a los contratos administrativos en relación con la facultad de la Administración para rescindirlos administrativamente o para introducir en ellos modificaciones cuando así lo exija el interés general, no la exime de una manera absoluta, de indemnizar al co-contratante, cuando para éste, sin su culpa, se han derivado perjuicios de la rescisión o, cuando dada la naturaleza de las modificaciones introducidas, se ha llegado a una alteración sustancial del contrato y, desde luego, a un cambio sensible en la ecuación económica

²⁹ Véase la decisión de la *Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa*, del 14 de junio de 1983 (Caso: *Acción Comercial, S.A*) en la *Gaceta Forense* No. 121, Vol. I, 1983, pp. 40-72; y el extracto de la misma en Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortíz Álvarez, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1996, pp. 177-178. Véase los comentarios sobre esta decisión en Henrique Iribarren Monteverde, “El equilibrio económico en los contratos administrativos y la teoría de la imprevisión,” en *Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado, VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo: Allan Randolph Brewer-Carías*, Fundación Estudios de Derecho Administrativos, Caracas 2005, Tomo I, pp. 111 ss. Véase también la decisión de la antigua *Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa*, del 11 de agosto de 1983 (Caso: *Cervecería de Oriente, C.A*) en la *Gaceta Forense* No. 121, Vol. I., 1983, pp. 253-264; y la decisión de la antigua *Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa*, del 1ro de abril de 1986 (Caso: *Hotel Isla de Coche*). .

³⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “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 la *Revista de Derecho Español y Americano, Instituto de Cultura Hispánica*, N° 19, año XIII, Madrid, Enero-Marzo 1968, pp. 101-117.

³¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, p. 209.

³² Véase Allan R. Brewer-Carías, “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; y “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;

del mismo. La indemnización en esos casos, como cuando se trata de una expropiación por causa de utilidad pública, es lo conforme con la justicia y la equidad.”³³

Estos importantes principios fueron incorporados posteriormente en las leyes sancionadas en Venezuela en materia de contratos administrativos. Fue el caso de la Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones de 1999 ³⁴ (derogada en 2014), en cuyo texto, en relación con el poder otorgado a la parte contratante pública para modificar las características de las obras públicas o de los servicios públicos en las concesiones, su artículo 39 especificaba que “en tal circunstancia”, el ente concedente “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”. La misma Ley también estableció que en caso de terminación anticipada de la concesión por acto unilateral de la parte contratante pública por motivos de utilidad o interés público, el concesionario debe recibir una “indemnización integral” incluyendo “la retribución que dejare de percibir por el tiempo que reste para la terminación de la concesión” (artículo 53).³⁵

Los mismos principios también fueron incorporados en la última reforma de la Ley de Contrataciones Públicas sancionada en 2014, que se refiere a adquisición de bienes, prestación de servicios, y ejecución de obras,³⁶ al disponer, en materia de modificaciones introducidas por el contratante respecto a las obras o servicios a ser suministrados por el contratista, que el ente público contratante debe pagar los montos resultantes de las modificaciones que se hayan decidido (Art. 130). Además, la Ley establece expresamente que, en caso de rescisión anticipada del contrato, por causas no imputables al contratista privado, la parte pública contratante debe pagar una justa indemnización (Artículo 153).³⁷

En consecuencia, siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en esta materia, así como el sentido de las disposiciones legales promulgadas respecto a contratos públicos específicos, como son las concesiones de obras públicas o servicios públicos, en relación con “contratos administrativos,” siendo siempre una de las partes en el contrato una entidad pública que puede usar poderes extraordinarios que pueden afectar los derechos contractuales, cualquier decisión unilateral de la parte pública contratante que produzca la modificación, la extinción o la eliminación de cualquier derecho contractual, también puede considerarse como una expropiación de tales derechos contractuales, lo cual solo puede hacerse mediando una justa indemnización de acuerdo con el Artículo 115 de la Constitución.³⁸ En consecuencia, cualquier toma de control de derechos contractuales en contratos administrativos por la acción unilateral de la parte pública

³³ Véase en la *Gaceta Forense* N° 6, 2a etapa, Vol. I, p. 204.

³⁴ Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, *Gaceta Oficial* N.º 5.394 Extra. 25 de octubre de 1999.

³⁵ Sobre el derecho del contratista privado a ser indemnizado cuando la Administración utiliza estos poderes unilaterales de modificación o terminación anticipada del contrato, véase: Carmelo de Grazia Suárez, “Derechos y prerrogativas de la Administración Pública en la ejecución de los contratos administrativos (especial referencia a los contratos de concesión), en *Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado, VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo: Allan Randolph Brewer-Carías*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2005, Tomo I, pp. 33, 44.

³⁶ Véase en la *Gaceta Oficial* N° 6.154 Extra. del 19 de noviembre de 2014.

³⁷ Estas disposiciones se consideran como la base legal, en Venezuela, para la teoría del equilibrio financiero de los contratos administrativos. Véase Gustavo Linares Benzo, “El equilibrio financiero del contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas,” en Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 373.

³⁸ El procedimiento de expropiación está regulado en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, *Gaceta Oficial* N° 37.475 I de julio de 2002. Véase Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Ley de Expropiación por causa de utilidad pública y social*, Caracas 2002, pp. 25 ss.

contratante o de otro órgano del mismo nivel territorial de gobierno o del Poder Público, sin seguir lo dispuesto en las cláusulas contractuales (establecidas de acuerdo mutuo entre las partes), y sin seguir el procedimiento de expropiación establecido en la Constitución, debe considerarse como una confiscación, que está prohibida en la Constitución.

Pero el principio del equilibrio económico del contrato administrativo, y el derecho de la parte privada contratante ser compensado por la parte pública contratante cuando el mismo es alterado, no solo se aplica cuando las alteraciones son producidas por la misma parte pública contratante, sino cuando el equilibrio económico del contrato o sus cláusulas económicas se ven afectados por actos o acciones de otras autoridades públicas pero del mismo nivel territorial del Poder Público al cual aquella pertenece. En tal caso, por ejemplo, la parte privada contratante en un contrato público celebrado por una Administración nacional, también tiene derecho a ser compensado íntegramente por la misma, en los casos de ruptura del equilibrio económico del contrato causado por actos estatales nacionales adoptados por cualquier otro órgano o entidad pública nacional.

En consecuencia, en Venezuela, por ejemplo, conforme a la distribución del Poder Público derivada de la forma federal del Estado, la doctrina del *hecho del príncipe* en los contratos públicos, como fuente de compensación para la parte privada contratante por parte de la parte pública contratante por la ruptura del equilibrio económico del contrato, solo se aplica: (i) respecto de los contratos de interés público nacional cuando la causa de la ruptura son actos estatales dictados por órganos del Poder Público nacional; (ii) respecto de los contratos de interés público estatal, cuando la causa de la ruptura son actos públicos dictados por los órganos de Poder Público estatal; y (iii) respecto de los contratos de interés público municipal cuando la causa de la ruptura son actos públicos dictados por los órganos del Poder Público municipal.

Por tanto, particularmente con respecto a los contratos públicos o administrativos nacionales, es decir, a los contratos públicos de interés nacional, la doctrina del *hecho del príncipe* se aplica cuando el acto estatal que afecta el equilibrio económico del contrato emana de la República, por ejemplo, de un órgano del Ejecutivo Nacional, de su Administración Pública Central, o de la Asamblea Nacional, o de cualquiera de las entidades públicas que conforman la Administración Pública nacional descentralizada, tales como los institutos autónomos y las empresas estatales. En cualquiera de estos casos, los actos estatales nacionales que afecten a un contrato administrativo nacional, modificando su equilibrio económico, otorgan a la parte privada contratante el derecho a ser indemnizado por la Administración contratante.

Como lo expresé hace muchos años refiriéndome a los contratos administrativos nacionales, los principios del derecho administrativo venezolano siempre han reconocido el derecho de la parte privada de un contrato público a ser indemnizada cuando el equilibrio financiero del contrato ha sido alterado como consecuencia no sólo de las acciones adoptadas por la autoridad contratante, sino también por actos adoptados por diferentes entidades del [mismo nivel territorial del] Estado, y particularmente, como consecuencia de una ley sancionada por el cuerpo legislativo”³⁹

La misma opinión también la sostuve en otro trabajo, refiriéndome a contratos administrativos nacionales, expresando que:

³⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, p. 209; Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre los efectos de la ruptura de la ecuación económica de un contrato administrativo por una ley declarada nula por inconstitucionalidad,” en *Cuadernos de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Mérida, 1976, pp. 5-26; y en *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, p. 221. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, p. 222.

“el contratante de la Administración, además del derecho a su contraprestación económica, tiene el derecho, inherente a todo contrato administrativo, al mantenimiento del equilibrio del mismo y, por tanto, a la inmutabilidad de la ecuación económica del contrato, cuando la mutación le causa perjuicios, sea que la modificación provenga de un acto de la propia Administración Pública de modificación o rescisión unilateral sin culpa del cocontratante; sea de modificación surgida en la ecuación económica proveniente de hechos ajenos a la voluntad de las partes contratantes, hechos económicos, naturales o actos de autoridad pública distintas de la Administración contratante. Ahora bien, y éste es el efecto esencial del equilibrio económico de contrato y del derecho a la inmutabilidad del mismo: el cocontratante de la Administración tiene derecho a recibir de la Administración una indemnización, cuando se produce la ruptura del mismo”.⁴⁰

En estos casos, en los que la alteración del equilibrio económico de un contrato administrativo se origina por actos públicos emitidos por autoridades distintas a la parte pública contratante, pero del mismo nivel de Poder Público (nacional, por ejemplo), la doctrina y la jurisprudencia de derecho administrativo al aplicar el principio de *hecho del príncipe*, reconocen el derecho de la parte privada contratante afectada, a ser indemnizada íntegramente por la parte pública contratante del contrato, cuando el equilibrio del contrato se ve afectado por dichos actos públicos del mismo nivel de gobierno.

Este principio, según la doctrina del Procurador General de la República,

“significa que en todo contrato administrativo existe, expreso o tácito, un derecho del contratista a un cierto equilibrio económico-financiero del contrato, y que la prerrogativa de la Administración, fundada en los requerimientos del interés nacional, de modificar unilateralmente, dentro de ciertos límites, los contratos administrativos en el curso de la ejecución de los mismos, halla su contrapartida en el derecho del contratista a una indemnización, siempre que la modificación introducida le imponga obligaciones nuevas que rompan el equilibrio financiero del contrato.”

El principio, según el mismo Procurador General:

“así definido encuentra su expresión práctica en dos teorías elaboradas por la jurisprudencia francesa: la del hecho del príncipe y la de la imprevisión [...] Según la teoría del hecho del príncipe, cuando el poder público (el príncipe) hace más onerosas, por hecho propio, las condiciones de ejecución del contrato, puede ser obligado a indemnizar al co-contratante (Rivero, Jean. *Droit Administratif*, Daloz, 1965, p. 112).”⁴¹

De acuerdo con esta doctrina del Procurador General, refiriéndose a la expresión “por hecho propio,” el sentido es que “para que funcione la teoría aquí analizada, el desmejoramiento de la posición económica del contratista ha de provenir de una medida que sea imputable al Estado, es decir, atribuible a su voluntad o a su falta”⁴² (refiriéndose al Estado nacional y a contratos de interés

⁴⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, "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 la *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, Año XII, N° 65, Caracas, 1972, pp. 86 – 93; y Véase Allan R. Brewer-Carías, “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*, Universidad de Los Andes, N° 2, Mérida, 1976, pp. 10 y 11.

⁴¹ Véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1966*, Caracas 1967, pp. 75-76. Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, p. 206.

⁴² *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1966, cit.*, p. 76. Véase los comentarios sobre la opinión del Procurador General, Henrique Iribarren Monteverde, “El equilibrio económico en los contratos administrativos y la teoría de la imprevisión,” en *Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado, VIII*

nacional). Es por eso que, según la misma doctrina del Procurador General, el derecho a la indemnización integral está justificado en la doctrina y en la jurisprudencia en los casos de *medidas adoptadas por los órganos de los poderes legislativos o administrativos, pero no por el efecto de las decisiones de los órganos que ejercen la función jurisdiccional*.⁴³ En consecuencia, solo las decisiones judiciales se excluyen de la aplicación de la teoría del *hecho del príncipe* sobre contratos administrativos nacionales, en el sentido de que si la decisión adoptada por el Estado nacional que afecta el equilibrio económico de un contrato público es una sentencia de un tribunal, la parte privada contratante no puede reclamar indemnización integral de la parte pública contratante, teniendo en tal caso la decisión judicial un efecto similar que en el derecho privado en el sentido de que exime a la parte pública contratante del cumplimiento de su obligación, y de cualquier responsabilidad o responsabilidad por incumplimiento.⁴⁴

En este mismo sentido, Eloy Lares Martínez, cuya opinión fue citada en la mencionada opinión del Procurador General, refiriéndose a los contratos administrativos nacionales y a decisiones del Estado nacional, afirmó que:

“En un sentido amplio, la expresión “*hecho del príncipe*” abarca toda intervención de los poderes públicos que haga más difíciles u onerosas las condiciones en las cuales el contratista ha de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas. Pueden consistir en medidas de alcance general o particular o en operaciones materiales y provenir del Poder Legislativo o del Ejecutivo, de la propia persona pública contratante o de una persona pública distinta.”⁴⁵

Añadiendo que:

“No es necesario, para que pueda invocarse la teoría del *hecho del príncipe*, que la intervención emane de la propia autoridad que ha celebrado el contrato; puede emanar de otro órgano de la misma persona pública. Así, por ejemplo, las repercusiones que tenga sobre la ejecución de un contrato de interés nacional suscrito por un ministro, las nuevas leyes que dicte la Asamblea Nacional, los decretos que dicte el Ejecutivo nacional o las resoluciones dictadas por un Ministro que no sea el signatario del contrato, dan lugar a que el contratista pueda exigir

Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo: Allan Randolph Brewer-Carías, Fundación Estudios de Derecho Administrativos, Caracas 2005, Tomo I, pp. 111 ss.

⁴³ Idem. p. 77. Sin embargo, hemos considerado que cuando la decisión judicial que afecta el equilibrio económico del contrato administrativo es emitida como consecuencia de una acción de inconstitucionalidad de una ley por el Tribunal Supremo como Jurisdicción Constitucional, que la anula, el derecho de la parte privada al contrato subsiste en la aplicación de la teoría del hecho del príncipe en sentido amplio, y el Estado es responsable por su acción legislativa. Véase, por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 222-229

⁴⁴ Como se mencionó anteriormente, este es el caso de la sentencia de la anterior Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, No. 2337, de 27 de abril de 2005, Caso *Banco Provincial, SAICA, SACA vs. Banco Central de Venezuela*, en el cual el contrato específico fue suscrito entre un banco privado, el Banco Provincial y una entidad pública, el Banco Central de Venezuela, en cuyo caso fue una decisión judicial de un tribunal penal la que impidió que el Banco Central cumpliera con sus obligaciones contractuales. En tal caso, la Sala Político Administrativa consideró que la decisión judicial fue un *hecho del príncipe*, en relación con el incumplimiento de las obligaciones contenidas en un contrato relacionadas con la entrega de bonos financieros por parte del Banco Central al banco privado. Sin embargo, hemos sostenido que cuando la decisión judicial que afecta el equilibrio económico del contrato administrativo es una sentencia de anulación dictada por la Jurisdicción Constitucional anulando una ley por motivos de inconstitucionalidad, el derecho de la parte contratante privada subsiste en aplicación del sentido amplio de la teoría del hecho del príncipe y la responsabilidad del Estado derivada de su acción legislativa. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, p. 222-229; “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 XII, N° 65, Caracas, 1972, pp. 86 – 93; y “Consideraciones sobre los efectos de la ruptura de la ecuación económica de un contrato administrativo por una ley declarada nula por inconstitucionalidad” en *Cuadernos de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Mérida, 1976, pp. 5 - 26.

⁴⁵ Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, XIV Edición, Caracas 2013, p. 358.

el pago de la reparación integral que esas intervenciones le hayan causado, porque todas las autoridades mencionadas son órganos de la misma persona pública: la República de Venezuela. En cambio, no habrá lugar a aplicar la teoría del *hecho del príncipe*, si se trata de una repercusión que tengan sobre la ejecución de un contrato celebrado por una Municipalidad, las leyes dictadas por la Asamblea Nacional o los decretos del Ejecutivo Nacional, porque en este último caso, las intervenciones no emanan de la propia persona pública contratante – el Municipio -, sino por una persona pública distinta, que es la República de Venezuela.”⁴⁶

Esta opinión de Lares Martínez se basó en el principio antes mencionado de la distribución territorial del Poder Público en la organización estatal venezolana, establecida en el artículo 136 de la Constitución entre tres niveles de gobierno: el nivel nacional (“Estado venezolano”); el nivel estatal y el nivel municipal; siendo los contratos de interés público que se celebran en cada uno de estos niveles de gobierno, respectivamente, de acuerdo con el artículo 150 de la Constitución son los contratos de interés público nacional; los contratos de interés público estatal, y los contratos de interés público municipal.

De acuerdo con dicha distribución vertical del Poder Público, y de acuerdo con la opinión de Lares Martínez, los actos o acciones estatales que pueden dar lugar a la aplicación de la teoría del *hecho del príncipe* en relación con un contrato administrativo, dando lugar al derecho del cocontratante de la Administración a ser compensado por la ruptura del equilibrio económico del contrato, por tanto, debe ser adoptado en el mismo nivel de gobierno o del Poder Público, es decir, en el nivel nacional con respecto a los contratos nacionales de interés público; en el nivel estatal, con respecto a los contratos de interés público de los Estados; y en el nivel municipal, respecto de los contratos de interés público municipal.

En consecuencia, la teoría del *hecho del príncipe* con respecto, por ejemplo, a los contratos administrativos nacionales indudablemente que se aplica cuando el acto estatal que afecta el equilibrio económico del contrato emana de un órgano del Poder Público nacional.⁴⁷ En el mismo

⁴⁶ *Idem*, p. 359.

⁴⁷ De acuerdo con el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (última reforma del Decreto Ley No. 1.424 del 17 de noviembre de 2014 publicado en la Gaceta Oficial N° 6.147 del 17 de noviembre de 2014), la Administración Pública Nacional está integrada por “órganos, entes y misiones.” Los órganos son las “unidades administrativas de la República, a los que se les atribuyen funciones que tengan efectos jurídicos, o cuya actuación tenga carácter regulatorio” y los entes son “toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia; sujeta al control, evaluación y seguimiento de sus actuaciones por parte de sus órganos rectores, de adscripción y de las directrices emanadas del órgano al cual compete la planificación central.” De acuerdo con el artículo 19 de la misma Ley Orgánica, “La actividad de los órganos y entes de la Administración Pública perseguirá el cumplimiento eficaz de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión, bajo la orientación de las políticas y estrategias establecidas por la Presidenta o Presidente de la República, el órgano al cual le compete la planificación central...” Adicionalmente de acuerdo con el Artículo 46 de la Ley, El Presidente de la República, en su carácter de Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional, “dirige la acción del gobierno y de la Administración Pública, con la colaboración inmediata de la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo.” Con respecto a los Ministros, de acuerdo con el artículo 78.13 son los órganos que deben “Ejercer la rectoría de las políticas públicas que deben desarrollar los entes descentralizados funcionalmente adscritos a sus despachos” como también “Ejercer la representación de las acciones pertenecientes a la República en las empresas del Estado que se les asigne, así como el correspondiente control accionario. (78.14). En cuanto a los “entes” de la Administración Pública nacional, pueden ser de dos tipos: “1. Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado: estarán conformados por las personas jurídicas constituidas de acuerdo a las normas del derecho privado y podrán adoptar o no la forma empresarial de acuerdo a los fines y objetivos para los cuales fueron creados y en atención a si la fuente fundamental de sus recursos proviene de su propia actividad o de los aportes públicos, respectivamente.” La forma clásica de derecho privado de descentralización funcional son las empresas del Estado, que deben crearse con la autorización del Presidente de la

sentido, Rafael Badell, se refirió al diferente “orden jurídico” al argumentar sobre los diferentes niveles territoriales de gobierno y la aplicabilidad de la teoría del *hecho del príncipe*:

“Reconocemos, sin embargo, que el contrato administrativo puede resultar alterado o vulnerado por una disposición emitida por una autoridad perteneciente a un orden jurídico distinto. Así un contrato celebrado por la República puede verse afectado por una decisión proveniente de la autoridad municipal. En tales supuestos, cuando el respectivo contrato resulta afectado o vulnerado por un hecho o acto ajeno o extraño a la autoridad nacional que lo celebró, es decir, de un ámbito territorial distinto, sería aplicable la teoría de la Imprevisión, quedando regido por ésta el acto lesivo del contrato.”⁴⁸

En este sentido, Lares Martínez y Badell siguieron la tendencia de la teoría del derecho público de la doctrina del *hecho del príncipe* establecida en Francia sobre la noción de autoridad contratante, referida también a tres niveles diferentes de gobierno: el Estado (nacional), los Departamentos, y las autoridades municipales (*Pouvoir publics; collectivités territoriales*). Es por eso que, en la terminología francesa, para que la teoría del *hecho del príncipe* sea aplicable, una de las condiciones es la “*imputabilité du fait dommageable a la collectivité contratante*.”⁴⁹ Esto fue explicado en un sentido amplio por André de Laubadère, diciendo que:

*“Il suffit, pour que le fait du prince puisse être invoqué, que l’intervention émane d’un organe de la personne publique qui a conclu le contract. Ainsi les autorités de l’Etat sont ‘étrangères’ aux contracts conclus par les départements, les communes, les établissements publics; mais dans le cadre de l’Etat les répercussions sur un contract signé par un ministre de mesures prises par un autre ministre rentrent dans la théorie de fait du prince, et même celles des mesures prises par le législateur sur les contracts conclus par les organes exécutifs de l’Etat.”*⁵⁰

En este mismo sentido general, como se mencionó anteriormente, las “autoridades contratantes” en los contratos administrativos en el sistema legal venezolano son las que están ubicadas en cada uno de los tres niveles constitucionales de distribución del Poder Público: nacional (la República), estatal (los Estados) y municipal (los Municipios), lo que según la Constitución, como ya se mencionó, origina tres tipos de contratos de interés público: los contratos de interés público nacional, los contratos de interés público estatal y los contratos de interés público municipal; tres tipos de organización de Administraciones públicas: nacional, estatal y

República (artículo 104), y en el cual la República o cualquier otra entidad descentralizada posee más del 50% de sus acciones (artículo 103). “2. Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público: estarán conformados por aquellas personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público y que podrán tener atribuido el ejercicio de potestades públicas.” La forma clásica de derecho público de la descentralización funcional son los institutos autónomos que deben ser creados por ley (artículo 98). Las imbricaciones entre los órganos de la Administración Pública central y la Administraciones Públicas descentralizada son tales que, según el artículo 38, “La Administración Pública podrá encomendar temporalmente la realización de actividades de carácter material o técnico de determinadas competencias a sus respectivos entes descentralizados...”

⁴⁸ Véase Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, Caracas, 2001, pp. 166-167

⁴⁹ Véase André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contracts administratifs* Tome III, LGDJ, Paris 1956, par. 920, p. 32; André de Laubadère, Franck Moderne y Pierre Delvolvé, *Traité théorique et pratique des contracts administratifs* Tome second, LGDJ Paris, 1984, p. 523.

⁵⁰ Véase André de Laubadère, *Idem*, par. 920, pp. 34-35. The same criteria can be found in the edition of the same book by André de Laubadère, Franck Moderne y Pierre Delvolvé, Tome second, LGDJ Paris, 1984, par. 1302, pp 525-526, donde los autores agregaron que: “*les mesures prises par le législateur et qui asseçtent les contracts conclus par l’Etat relevant aussi du fait du prince puisque le parlement est un organe de l’Etat au meme titre que les autorités exécutives: pour provenir d’organs disserents, les mesures en cause émanent toujours de la meme personne publique,*” p. 526.

municipal, con sus órganos y entidades como tres tipos de autoridades administrativas: nacional, estatal y municipal.

En este mismo sentido, Rafael Badell es de la opinión que la responsabilidad del Estado por el *hecho del príncipe*, siguiendo lo que expuso Miguel Marienhoff de Argentina:

“Puede resultar del hecho o acto de cualquier órgano del Estado con la sola limitación de que pertenezca al mismo orden jurídico del de la autoridad que celebró el contrato. Pensamos que ningún principio de derecho se opone a ello; más aún, los fundamentos que soportan la teoría del *hecho del príncipe* no hacen ni permiten hacer distinción alguna entre hechos y actos procedentes de la propia autoridad pública que intervino en la celebración del contrato o de otra autoridad estatal. Así, tratándose de un contrato celebrado por la República o cualquiera de sus entes, la medida lesiva puede emanar de cualquier órgano dependiente de ella misma; lo mismo puede decirse respecto de los distintos órganos que existen en el Poder Estatal y en el Municipal.”⁵¹

En la doctrina de derecho administrativo latinoamericano, en efecto, Miguel Marienhoff siguió este mismo enfoque del *hecho del príncipe* en el mismo sentido amplio aplicado en Venezuela, ya que ambos países tienen la forma federal de gobierno. Así, Marienhoff sostuvo que para que el *hecho del príncipe* se produzca, la resolución perjudicial o la disposición con respecto a los derechos de la parte privada contratante en un contrato administrativo:

“puede proceder de cualquier autoridad pública, siempre que ésta corresponda al mismo orden jurídico al cual pertenece la autoridad que celebró el contrato. Ningún principio de derecho se opone a ello; más aún: los “principios” constitucionales que sirven de apoyo a lo que se ha dado en llamar “teoría del *hecho del príncipe*” (en cuyo mérito, en los casos ocurrentes, nace la obligación de indemnizar al cocontratante), no hacen ni permiten hacer distinción alguna entre hechos y actos procedentes de la propia autoridad pública que intervino en la celebración del contrato o de otra autoridad estatal. Así, tratándose de un contrato celebrado por la Nación, la expresada medida lesiva puede emanar de cualquier órgano o repartición integrante o dependiente de ella; lo mismo cuadra decir de los contratos celebrados por provincias. Luego me referiré a los contratos que celebre una municipalidad o una entidad autárquica institucional, y la medida que altere la ecuación económico-financiera de ellos proviene de la Nación o de la respectiva provincia... De ahí que el llamado “*hecho del príncipe*” pueda provenir de cualquier autoridad pública perteneciente al Estado nacional o provincial, según cuál sea la esfera política jurídica donde se celebre el contrato. No hay por qué limitar y circunscribir ese acto o hecho a la “propia” autoridad administrativa con quien el contrato se efectuó. [...] Carece de toda trascendencia, entonces, que la medida perturbadora del equilibrio o ecuación económico-financiera del contrato provenga o no de la misma autoridad pública que celebró dicho contrato. Tal medida perturbadora, en todos los casos, será imputable al “Estado” cualquiera sea el órgano o repartición de éste de que provenga la medida lesiva... Dentro, pues, del orden “nacional” y del “orden provincial,” lo resuelto por las respectivas autoridades de la Administración Pública -sean éstas centralizadas o descentralizadas autárquicamente- debe considerarse como resuelto por la Nación o por la pertinente provincia, aplicándose la teoría del “*hecho del príncipe*” aunque el acto lesivo no provenga de la misma autoridad que celebró el contrato.”⁵²

⁵¹ Véase Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, Caracas, Fundación Procuraduría General de la República, 1991, pp.166.

⁵² Véase Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 485-488; y también en “Contratos administrativos,” en *Primer Congreso Internacional y IV Jornadas Nacionales*

Asimismo, Sayagués Laso de Uruguay siguió el mismo enfoque en el sentido de que para la aplicación de la teoría del *hecho del príncipe* (cuando se está en un mismo nivel de gobierno) “es lo mismo que el acto proceda de la misma persona pública contratante o de una persona pública diferente, porque las reglas en ambos casos debe ser las mismas.”⁵³

Como ha sido mencionado, hemos seguido un criterio similar en el sentido de que la ruptura de la ecuación económica o el equilibrio financiero de un contrato administrativo nacional, y el derecho de la parte privada contratante en el contrato a ser indemnizado puede ser producido por “actos de autoridad pública distintas de la Administración contratante”⁵⁴ y particularmente un acto del Poder Legislativo (siempre por supuesto, en el mismo nivel de gobierno o Poder Público). En el mismo sentido, Lares Martínez, siempre refiriéndose a los contratos administrativos nacionales y los actos estatales de ese mismo nivel de gobierno, dijo que:

“Ciertas disposiciones de carácter general, legislativas o reglamentarias, pueden tener por efecto modificar las estipulaciones de los contratos celebrados por la Administración, paralizar la aplicación de algunos de ellos o poner fin anticipadamente a su ejecución. La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha decidido que en estos casos la Administración debería pagar al contratista la reparación integral por los perjuicios que tales medidas de carácter general le ocasionan. Queda exceptuado el caso de que, tratándose de una ley, se haya excluido en ella misma el pago de la indemnización.”⁵⁵

Como consecuencia de todo lo anterior, el principio del *hecho del príncipe*, es la garantía del derecho de la parte privada contratante de ser indemnizada por la parte pública contratante cuando el acto estatal es emitido por entidades del mismo nivel territorial del Poder Público que la misma.

La otra cara de la moneda del hecho del príncipe, es la que conduce a determinar cuándo puede o no el mismo servir de excusa, para la parte pública contratante, respecto del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, la cual solo se admite si el hecho del príncipe es un acto dictado en el mismo nivel territorial distinto al de la parte pública contratante.

IV. LA GARANTÍA PARA LA PARTE PRIVADA CONTRATANTE DE QUE LA PARTE PÚBLICA CONTRATANTE NO PUEDE ALEGAR LA DEFENSA DEL *HECHO DEL PRINCIPLE* PARA JUSTIFICAR SU INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL BASADO EN ACTOS ESTATALES DICTADOS EN EL MISMO NIVEL TERRITORIAL DEL PODER PÚBLICO

En efecto, la segunda aproximación a la doctrina del *hecho del príncipe*, como garantía del cocontratante de la Administración respecto de las obligaciones de la Administración contratante, como antes hemos observado, tiene relación con las previsiones del derecho general de los

*de Derecho Administrativo, 1977, p. 117. Véase también en Rafael Badell, Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos, Caracas, Fundación Procuraduría General de la República, 1991, p.68. Como lo ha dicho Gabriela Andrea Stortoni, refiriéndose al enfoque de Marienhoff: “el acto puede provenir de cualquier administración, es decir, la misma autoridad del contrato u otra en la misma esfera legal.” Véase Gabriela Andrea Stortoni, “El hecho del príncipe y su impacto en los contratos administrativos”, en *Contratos Administrativos, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, p 312. En el mismo sentido, Raúl Enrique Granadillo Ocampo, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Astrea, Buenos Aires 1990, p. 110.*

⁵³ Véase, Enrique Sayagues Laso, *Tratado de derecho Administrativo*, Tomo II, Montevideo 1959, p. 69-71. Véase la cita en Carlos Delpiazzi, *Contratación Administrativa*, Universidad de Montevideo, Montevideo 1999, p. 224.

⁵⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “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.

⁵⁵ Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, XIV Edición, Caracas 2013, pp.359-360.

contratos, pero también aplicable a los contratos públicos, a los efectos de determinar cuándo actos estatales que perturben relaciones contractuales, pueden considerarse por la parte pública contratante como eventos de fuerza mayor que puedan justificar el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En efecto, como principio y de acuerdo con las previsiones del Código Civil, la responsabilidad por incumplimiento de un contrato – en los contratos privados o contratos públicos - puede ser exenta cuando el incumplimiento de la obligación es el resultado de una causa extraña no imputable, considerada como un evento de fuerza mayor. Según lo establecido en los artículos 1271 y 1272 del Código Civil:

“Artículo 1271. El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe.

Artículo 1272. El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido.”

De acuerdo con estas disposiciones, el *hecho del príncipe*, cuando se refiere actos del Estado en relación con la ejecución de contratos, que puedan ser considerados como un evento de fuerza mayor, siempre debe ser una causa extraña no imputable que impida el cumplimiento de las obligaciones contractuales.⁵⁶ Para tal fin, Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier señalaron que:

“El *hecho del príncipe* reúne todos los requisitos de la causa extraña no imputable: la imposibilidad absoluta del cumplimiento, porque se trata de normas generales o particulares, de obligatorio cumplimiento, irresistible porque no hay posibilidad de sustraerse a sus efectos.”⁵⁷

Es por eso que el *hecho del príncipe* ha sido definido por los tribunales venezolanos como medidas prohibitivas u obligatorias del Estado, por ejemplo, “toda intervención de los poderes públicos [...] derivada del *Poder Legislativo o del Ejecutivo*,”⁵⁸ emitida por causa de interés público

⁵⁶ Véase decisión de la *Corte Superior Primera en lo Civil y Comercial de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda* (Caso *F. Jawhari v. La Seguridad, C.A.*), 21 de mayo de 1975, en el cual se afirmó que “El incumplimiento de las obligaciones puede deberse a la espontánea o voluntaria conducta del deudor, o a lo que la doctrina denomina una causa extraña no imputable, mote bajo el cual están comprendidas del caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima o culpa de la víctima, el hecho de un tercero y el hecho del príncipe.” Véase en *Jurisprudencia Venezolana, Ramírez y Garay*, Vol. XLD11, Caracas 1975, No. 174-75, p. 80. En el mismo sentido, en la decisión de la Sala Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Caso *Niemtschik Cadenas Ingenieros SA v. Empresas González, caso*), el 23 de noviembre de 1988 dictaminó que “causa externa no imputable también contempla varios casos: 1) el caso fortuito; 2) la fuerza mayor; 3) el hecho de un tercero; 4) el hecho del príncipe (el Estado); 5) el acto del acreedor; 6) la pérdida de la cosa debida; y 7) la culpa de la víctima,” en *Jurisprudencia Venezolana. Ramírez y Garay*, No. 929-88, Caracas 1988, pp. 410.

⁵⁷ Véase Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones, Derecho Civil III*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello (2007) pp. 222-223. La antigua Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 14 de junio de 1983 (Caso: *Acción Comercial, SA*) relacionado con los contratos administrativos, en relación con una decisión estatal de rescindir un contrato público hizo referencia a “motivos sobrevenidos: ‘hecho del príncipe’, circunstancias imprevisibles, fuerza mayor,” Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1030-1977 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, vol 2 (*Recursos y contratos administrativos*), Caracas 1977, p. 7; y en la *Gaceta Forense* N° 121, Vol. I, 1983, p. 52. Véase también Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Decisión N° 1090, 11 de Mayo de 2000 (Caso: *Trino Juvenal Pérez Solano v. Alcalde del Municipio Guanipa del Estado Anzoátegui*), Exp. 0121, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/01090-110500-0121.HTM>.

⁵⁸ Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 10ma. Edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1996, p. 341.

general, lo que crea un obstáculo inevitable y hace que la ejecución de un contrato sea absolutamente imposible.⁵⁹

En el mismo sentido, como ya se mencionó, José Mélich Orsini identificó al “hecho del príncipe” (*factum principis*) como “el obstáculo al cumplimiento de la actividad prometida que proviene de un acto legislativo o de la autoridad administrativa, por ejemplo.”⁶⁰ También Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre señalaron que el “hecho del príncipe:”

“comprende todas aquellas disposiciones prohibitivas u obligatorias emanadas del Estado por razones de interés público general que necesariamente deben ser acatadas por las partes y causan un incumplimiento sobrevenido de la obligación.”⁶¹

El mismo concepto fue seguido por Rafael Bernad Mainar al referirse al “*hecho del príncipe*,” indicando que:

“Se refiere a todas las disposiciones prohibitivas u obligatorias adoptadas por el Estado en aras del interés público general que, debido a su carácter coactivo, han de ser observadas e impiden el cumplimiento de obligaciones ya nacidas con anterioridad a las referidas normas. [En los tiempos actuales], el decreto del *príncipe* correspondería a las disposiciones del poder ejecutivo refrendadas por el poder legislativo, a quien corresponde la confección y redacción de las normas.”⁶²

En estos casos, la parte en un contrato que invoca el *hecho del príncipe* para excusar su responsabilidad por incumplimiento de su obligación contractual, obviamente debe demostrar que el acto estatal o de gobierno satisface todos los requisitos de una causa extraña, no imputable,⁶³ en particular, que el acto sea inevitable, imprevisible e irresistible; que se haya producido en ausencia total de culpa de quien lo invoca; y que hace que el cumplimiento sea absolutamente imposible.⁶⁴

En el mismo sentido que fue decidido por la Sala de Casación de la antigua Corte Suprema de Justicia en el caso *Niemtschik Cadenas Ingenieros S.A. v. Empresas González*, al indicar que:

“Para que la causa no imputable sea procedente, la doctrina dispone varias condiciones, a saber: 1) Cuando esta causa produce la imposibilidad absoluta de poder ejecutar la obligación. Esta condición no debe ser teórica, sino más bien formal o práctica; 2) Que la imposibilidad absoluta debe ser supervenida, Es decir, que ella se presenta con posterioridad a haberse contraído la obligación; 3) Que la causa extraña no imputable sea imprevisible; 4) Que sea inevitable, es decir, que no pueda subsanarse; y 5) La ausencia total de culpa o dolo por parte del deudor.”⁶⁵

En consecuencia, si por ejemplo el *hecho del príncipe* lo alega la parte pública contratante pero la misma ha sido la que ha procurado o gestionado la emisión del acto estatal específico, entonces

⁵⁹ Véase, *Banco Provincial, S.A. v. Banco Central de Venezuela* case, Decisión No. 2337 de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, 27 de abril de 2005, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/02337-270405-1995-12084.HTM>.

⁶⁰ Véase, José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 61, Caracas 2006, p. 504, nota No. 83

⁶¹ Véase Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones*, op. cit. pp. 222-223;

⁶² Véase Rafael Bernad Mainar, *Derecho Civil Patrimonial, Obligaciones*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas 2006, p. 172

⁶³ Véase Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones*, op. cit., pp. 217, 223.

⁶⁴ *Idem*, pp. 217-223;

⁶⁵ Véase la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 23 de noviembre de 1988, en el caso *Niemtschik Cadenas Ingenieros S.A. v. Empresas González*, en *Jurisprudencia Venezolana*. Ramírez y Garay, No. 929-88, Caracas 1988, pp. 409-410

estos elementos no se cumplen, y la defensa de fuerza mayor simplemente no puede ser invocada por la misma.⁶⁶

En esta materia, una de las principales condiciones para que la parte contratante pueda alegar la fuerza mayor, es que el *hecho del príncipe* haya ocurrido en ausencia total de cualquier falta de su parte, es decir, el presunto *hecho del príncipe* debe estar más allá del esfera de actividad de la parte pública contratante, y no debe tener conexión con la misma.⁶⁷ Además, el incumplimiento debe ser involuntario, es decir, como resultado de un acto que sea independiente de la voluntad de la parte contratante.⁶⁸ De lo contrario, ese acto debe serle atribuible.⁶⁹

Por otra parte, la irresistibilidad del acto estatal como un evento de *fuerza mayor* se refiere a la naturaleza insuperable del impedimento que obliga a la parte que lo invoca a incumplir sus obligaciones. Como lo explicó José Mélich-Orsini:

“La irresistibilidad se refiere al carácter insuperable del acontecimiento [...] una vez sobrevenido el obstáculo, aún si éste pudiera calificarse de inesperado por lo súbito, el deudor no lo haya podido superar con una mejor armada voluntad de resistencia [...] [el deudor tiene la obligación] de emplear ese supremo esfuerzo con lo prometido para cumplir lo que se prometió.”⁷⁰

En consecuencia, una parte de un contrato no puede alegar la excusa del *hecho del príncipe* a menos que haya empleado “todos los medios lícitos disponibles” para cumplir con lo prometido.⁷¹

Finalmente, de conformidad con el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 1354 del Código Civil, la carga de la prueba para establecer la defensa del *hecho del príncipe* recae siempre sobre la parte que la alega.⁷²

Todas estas condiciones son especialmente importantes en materia de contratos públicos, especialmente cuando el *hecho del príncipe* se alega, no por la parte privada contratante, sino por la Administración contratante, por ejemplo, una empresa estatal, con el fin de excusar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En este sentido, por ejemplo, en el nivel nacional del Estado, debido al vínculo orgánico que existe en la relación entre la Administración Central nacional y las entidades administrativas

⁶⁶ Conforme a los artículos 1271 y 1272 del Código Civil, “si el deudor invoca el hecho de un tercero, será necesario que él no haya provocado tal hecho.” Véase José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 5ta. Edición (Caracas, 2009) p. 519

⁶⁷ “El evento del cual deriva la imposibilidad [de cumplir] debe ser exterior a la actividad del deudor y privado de toda conexión con tal actividad.” Véase José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 61, Caracas 2006, p. 511.

⁶⁸ “Al respecto, se observa que la doctrina ha admitido la existencia de dos grupos o clasificaciones que son: los denominados incumplimientos voluntarios o culposos y aquellos definidos como involuntarios que consisten en la inejecución de la obligación por haber obstáculos o causas sobrevenidas posteriores al nacimiento de la relación que son independientes de la voluntad del deudor y por lo tanto, no le son imputables.” Véase *Banco Provincial, S.A. v. Banco Central de Venezuela*, Decisión No. 2337 del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, 27 de abril de 2005 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/02337-270405-1995-12084.HTM>, p. 24/29.

⁶⁹ *Idem*, p. 24.

⁷⁰ Véase José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 61, Caracas 2006, p. 509.

⁷¹ *Idem* p. 510

⁷² Artículo 1354 del Código Civil: “Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.” Artículo 506 del Código de Procedimiento Civil: “Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación. Los hechos notorios no son objeto de prueba.”

nacionales descentralizadas, incluidas los institutos autónomos nacionales y las empresas públicas nacionales, que siempre están sujetas al control de tutela por parte de los Ministerios, como principio, un acto de la República (Estado nacional) sea de orden legislativo o ejecutivo, no puede servir de excusa para que la parte pública contratante pueda justificar el incumplimiento de sus obligaciones.⁷³

En consecuencia, como cuestión de principio, un acto del gobierno nacional (Poder Público Nacional) no puede ser considerado como una excusa para la parte pública contratante en un contrato público nacional para justificar el incumplimiento de sus obligaciones, cuando tal acto es emitido por una autoridad del mismo nivel del Poder Público nacional.

En consecuencia, la excusa de un evento de fuerza mayor basada en un acto estatal, alegada por la parte pública contratante en contratos públicos para justificar sus incumplimientos contractuales, solo puede esgrimirse cuando el acto estatal en cuestión se haya dictado en un nivel territorial del Poder Público diferente al de dicha parte pública contratante. En otras palabras, en materia de contratos públicos puede decirse que, como cuestión de principio y en protección de los derechos del cocontratante de la Administración, la persona pública contratante solo podría alegar fuerza mayor basada en un acto estatal para justificar el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, cuando dicho acto haya sido emitido por un órgano de un nivel territorial del Poder Público diferente del de dicha parte pública contratante.

Esta es la otra cara de la misma moneda en el tratamiento del principio del hecho del príncipe, respecto de la garantía de la parte privada contratante de ser compensada por la parte pública contratante en caso de ruptura de la ecuación económica del contrato por un acto estatal dictado en el mismo nivel territorial del Poder Público de la parte pública contratante. Por ejemplo, en un Estado federal como el Estado venezolano, con respecto a un contrato público municipal, el *hecho del príncipe* típico que podría considerarse como una excusa para el incumplimiento por parte de la Administración municipal contratante, podría ser el emanado de un órgano de la República, por ejemplo, del Ejecutivo nacional o de la Asamblea Nacional. Por el contrario, un acto estatal emitido por los órganos legislativos o ejecutivos del Poder Público nacional, en principio, no puede considerarse como extraño a una parte pública nacional contratante, como podría ser una empresa del Estado, la cual no podría alegarlo como excusa para no cumplir con sus obligaciones en un contrato público nacional; pues más bien, lo que está es obligada a restablecer el equilibrio económico del contrato público indemnizando a la parte privada contratante por los daños producidos por tal ruptura del mismo.

⁷³ Y menos aún, por ejemplo, cuando se trata de una empresa pública nacional como parte pública contratante, la cual no podría alegar que un acto del Estado nacional es una causa extraña no imputable, si en la adopción del hecho del príncipe ha intervenido el Ministro de adscripción de la propia empresa pública nacional, como es el caso cuando el acto del Estado sea uno adoptado por el Presidente con todos los Ministros, en el Consejo de Ministros, en cuyo caso, como cuestión de principio no podría llegar a considerarse como emitido en ausencia total de falta por parte de dicha persona pública contratante. En realidad, dada esa estrecha relación entre los Ministerios que ejercen el control de tutela y las empresas públicas nacionales controladas, un acto del Ejecutivo nacional no podría considerarse como emitido fuera del ámbito de la empresa pública contratante, o que se haya emitido sin "conexión alguna" con la actividad de la misma. El Ministerio del Ejecutivo nacional que controla la empresa pública nacional, de acuerdo con la legislación que regula el funcionamiento de la Administración Pública, está obligado a participar en la adopción de actos estatales emitidos, por ejemplo, en decisiones que involucren al Consejo de Ministros, y en tales casos, dichos actos es difícil que se puedan considerar como ajenos a las empresas públicas nacionales sometidas al control del mismo Ministro.

El asunto, por ejemplo, ha sido resuelto en este mismo sentido, en garantía de los derechos del contratista privado en los contratos públicos en otros países, y de acuerdo con los mismos principios generales de derecho. Por ejemplo, en Francia, estos principios se aplicaron en una conocida sentencia de la Corte de Casación de 1970, en el caso *Air France*, en la cual Air France, una empresa pública nacional mixta (*entreprise publique d'économie mixte*), argumentó que una decisión de su autoridad de tutela (*autorité de tutelle*) era un *hecho del príncipe* que como evento de fuerza mayor le había impedido a la empresa cumplir con sus obligaciones contractuales laborales para con sus empleados.⁷⁴

En ese caso, la Corte decidió que las empresas públicas, como Air France, incluso siendo una empresa pública mixta, no podían invocar las decisiones de su *autorité de tutelle* como una evento extraño, imprevisible e insuperable de una tercera persona (*“fait imprévisible et insuperable d'un tier qui lui serait étranger”*) como excusa para el incumplimiento de sus obligaciones.⁷⁵ El *Avocat Général* Robert Mallottée, argumentando en el caso, señaló que dicha empresa pública debía considerarse “en su estructura y gestión estrechamente dependiente del Estado” de una manera que constituía “una emanación real del poder público”, agregando que “de hecho, Air France es el Estado.”

El mismo *Avocat Général* Mellottée, cuyos argumentos fueron aceptados por la Corte de Casación, caracterizó la doctrina del *hecho del príncipe* como un sub-conjunto de la fuerza mayor, o un acto externo, que tiene tres características importantes: (i) es inevitable, (ii) es imprevisible, y (iii) presenta un obstáculo que es insuperable. En sus argumentos, recordó los artículos 1147 y 1148 del Código Civil francés entonces vigentes (equivalentes a los artículos 1271 y 1272 del Código Civil venezolano), que preveían la exención de la responsabilidad del obligado debido a un acto que le es externo y no imputable,⁷⁶ y examinó si las demoras en el pago y el daño sufrido por los empleados de Air France eran realmente atribuibles a una causa “externa” a la empresa.⁷⁷

A la luz del argumento de Air France de que no podía cumplir con sus obligaciones debido a la intervención de un acto externo del Estado o *hecho del príncipe*, el *Avocat Général* examinó la estructura de Air France e hizo hincapié en los siguientes puntos: que Air France era una empresa pública, constituida lealmente; que casi el 70% de su capital provenía del Estado; que su junta directiva estaba compuesta por 16 miembros, de los cuales al menos 8 eran funcionarios gubernamentales o designados por el Estado; que el nombramiento de su Presidente había sido aprobado por el Estado; que su gestión financiera estaba controlada en cierta medida por el Estado; y que la remuneración proporcionada a sus empleados estaba sujeta a la aprobación previa del Estado.⁷⁸

⁷⁴ Corte Francesa de Casación, Decisión N° 69-40253, April 15, 1970; Véase también Conclusiones por el *Avocat Général* Robert Mellottée en la Corte de Casación Francesa. Decisión N° 69-40253, 15 de abril de 1970, *Recueil Dalloz*, Jurisprudence, Paris 1971, pp. 107-110.

⁷⁵ “La subsiguiente intervención irregular de esta autoridad en un intento de obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas de esta manera, no puede ser rechazada por el deudor sujeto a dicha regulación como un acto imprevisible e insuperable de un tercero externo a la misma.” Véase Decisión de Air France, *Idem.*, p. 2

⁷⁶ Código Civil Francés, Artículo 1147: “Código Civil francés, Artículo 1147: “Se ordenará al deudor que pague una indemnización por daños y perjuicios, en caso de que haya motivo, ya sea por el incumplimiento de la obligación o por demora en el desempeño, siempre que no demuestre que la falta de cumplimiento proviene de una causa externa que no se le puede atribuir, aunque no hay mala fe de su parte”; y el artículo 1148: “No hay lugar para daños y perjuicios cuando un deudor no pudo transferir o hacer aquello a lo que estaba obligado, o hizo lo que le fue prohibido, por razones de fuerza mayor o de un hecho fortuito.”

⁷⁷ Air France Mellottée Conclusions, *Recueil Dalloz*, Jurisprudence, Paris 1971, p. 107.

⁷⁸ *Idem*, p. 109.

El *Avocat Général* concluyó que, como empresa pública nacional, Air France dependía estrechamente del Estado nacional (el mismo *Pouvoir Public*) tanto en términos de su estructura como de su gestión.⁷⁹ Sobre esta base, razonó de la siguiente manera:

“Siendo este el caso, es extremadamente chocante que Air France, un organismo de derecho privado, se refugie detrás de Air France, un organismo de derecho público, para sustraerse de la ejecución de sus obligaciones contractuales y para escaparse de las consecuencias de un retraso inherente al funcionamiento de su status. Si su tesis fuera admitida, sería demasiado fácil a las empresas de estatuto exonerarse de sus obligaciones. Solo les bastaría provocar un retraso [en la emisión] de la autorización e invocar enseguida el *hecho del príncipe*. No habría más equilibrio, ni seguridad alguna en las relaciones jurídicas. En realidad, en relación con los terceros, las empresas de estatuto y el Estado no representan sino una sola entidad jurídica y la intervención del Poder Público, que está ligada orgánicamente al funcionamiento normal de la empresa, no constituiría un caso de causa extraña oponible a terceros y a los contratantes.”⁸⁰

El *Avocat Général* también precisó que Air France no había tomado o incluso intentado tomar ninguna medida para rechazar las decisiones de su autoridad de tutela, sino que se mantuvo pasiva, por lo que no podía decir que la medida era irresistible.⁸¹ El *Avocat Général* concluyó que la defensa del *hecho del príncipe* no podía ser invocada por Air France, con lo que la Corte de Casación estuvo de acuerdo.

Estos principios, por otro lado, se pueden encontrar aplicados en muchos otros países, y están bien consolidados en el derecho comparado, como resulta, por ejemplo, de las “Directrices” (*Guidelines*) elaboradas por Karl Heinz Böckstiegel, después de revisar varios casos resueltos por tribunales arbitrales internacionales en los cuales, como en el caso de Air France, una compañía controlada por el Estado buscó invocar un acto de su propio Gobierno nacional para excusar su incumplimiento de un contrato público. A tal efecto, Böckstiegel desarrolló dichas “Directrices” para determinar si la defensa del *hecho del príncipe* podía o no invocarse en casos determinados,⁸² reflejando los mismos principios generales del derecho administrativo que también se aplican en el derecho venezolano.

Según las mencionadas “Directrices” de Böckstiegel, aun cuando parten del reconocimiento del principio de la separación legal que existe entre el Estado y sus empresas estatales, el principio es que el *hecho del príncipe* no puede invocarse por una empresa estatal contratante en todas las situaciones.⁸³ En caso contrario, el Estado en perjuicio de los derechos de los contratistas privados,

⁷⁹ *Idem*, p. 109.

⁸⁰ “[...] il est extrêmement choquant qu’Air France, organisme de droit privé, se retranche derrière Air France, organisme de droit public, pour se soustraire à l’exécution de ses obligations contractuelles et pour échapper aux conséquences d’un retard inhérent au fonctionnement de son statut. Si sa thèse était admise, il deviendrait par trop facile aux entreprises à statut de s’exonérer de leurs obligations. Il leur suffirait de provoquer un retrait d’autorisation et d’invoquer ensuite le fait du prince. Il n’y aurait plus aucun équilibre n’aucune sécurité dans les rapports juridiques. En réalité, à l’égard des tiers, l’entreprise à statut et l’Etat ne représentent qu’une seule entité juridique, et l’intervention de la puissance publique, qui est liée organiquement au fonctionnement normal de l’entreprise, ne constitue pas une cause étrangère opposable aux tiers et aux contractants. [...]” *Idem*, p. 109.

⁸¹ «Qu’a donc fait, ou simplement tente, Air France pour lever l’obstacle? Apparemment rien, puisqu’elle s’est bornée à observer une attitude passive. [...] Air France, qui demeurerait liée par des engagements contractuels, avait le devoir de faire tout ce qui était en son pouvoir pour assurer le respect de ses engagements.» *Idem*, pp. 109-110.

⁸² Véase Karl-Heinz Böckstiegel, *Arbitration and State Enterprises: A Survey on the National and International State of Law and Practice*, International Chamber of Commerce, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, pp. 46-48.

⁸³ Böckstiegel *Guidelines*, *op. cit.* p. 47.

siempre podría proporcionar una excusa de fuerza mayor para sus empresas estatales cada vez que considere que la ejecución de un contrato deja de ser ventajoso,⁸⁴

En consecuencia, con el fin de identificar si una empresa pública, como parte pública contratante en un contrato público, puede alegar que un acto estatal constituye un evento de *fuerza mayor*, que pueda excusar su incumplimiento contractual, las “Directrices” elaboradas por Böckstiegel plantearon la aplicación de los siguientes principios básicos:

Primero, si el contrato estipula que la empresa estatal está obligada a indemnizar al cocontratante en caso de una acción gubernamental, como lo establecen muchos contratos públicos, entonces la defensa del hecho príncipe no puede invocarse como defensa para reclamar tal indemnización.⁸⁵

En segundo lugar, el hecho del príncipe no puede considerarse como una excusa para el incumplimiento de un contrato por parte de la empresa estatal contratante cuando la misma haya solicitado formal o informalmente la emisión del acto que presuntamente impidió el cumplimiento.⁸⁶

En tercer lugar, que debido a la presunción de que un Estado no debe hacer actuar a sus órganos ejecutivos o legislativos en detrimento de sus propias empresas estatales, por ejemplo una ley emitida para un caso específico, en principio, no debería considerarse como un evento de *fuerza mayor* para la empresa pública.⁸⁷

En cuarto lugar, la parte pública contratante tiene la carga de la prueba de que, por ejemplo, si una ley afecta el contrato, la misma debe haber sido sancionada basada en consideraciones generales no relacionadas con un contrato en particular o un tipo de contrato.⁸⁸ Sin embargo, en esos casos, la ley de aplicación general no podría servir de excusa para el incumplimiento de obligaciones contractuales por la persona pública contratante, si la parte privada contratante proporciona, al menos *prima facie*, pruebas de que la misma se emitió en interés del Estado para que dicha parte pública contratante (empresa estatal) no cumpliera con sus obligaciones contractuales.⁸⁹

En quinto lugar, que dado que la Administración contratante (empresa estatal) se encuentra en una posición mucho mejor para proporcionar detalles de las pruebas sobre los actos estatales relevantes, este asunto es principalmente una cuestión de prueba y presunción.⁹⁰

Uno de los principales elementos, por ejemplo, para rechazar la posibilidad de que una empresa pública nacional, como Administración contratante en un contrato público nacional, pueda alegar como *hecho del príncipe* o causa de fuerza mayor determinados actos estatales emitidos por el Ejecutivo Nacional o el Poder Legislativo, como se argumentó anteriormente, es que exista un vínculo muy estrecho entre la empresa pública nacional y el Ministerio del Poder Ejecutivo a cargo del control de tutela de dicha empresa pública, que en alguna forma haya intervenido en la emisión del acto estatal.

Esta relación hace muy improbable que debido a la relación administrativa permanente que existe entre el Ministerio de control y la empresa pública nacional controlada, ésta última pueda alegar que desconocía las acciones del Ministerio con respecto a actos estatales que podrían

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Idem*, p. 46.

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ *Idem*. p. 47-48.

⁸⁸ *Idem*, p. 47.

⁸⁹ *Idem*, p. 48.

⁹⁰ *Idem*, p. 47.

afectar el contrato, particularmente siendo los Ministerios los órganos clave en el funcionamiento de la Administración Pública; a cargo de la redacción de los proyectos de decretos ejecutivos y de los proyectos de legislación en sus respectivos sectores; y a cargo del control de tutela de las empresas del Estado nacionales.

Esto significa que por ejemplo, en Venezuela, a pesar del hecho de que las empresas públicas tienen una personalidad jurídica distinta y separada de la de la República, en el caso de las empresas públicas nacionales las mismas tienen vínculos orgánicos muy estrechos y estrictos con el Poder Ejecutivo, que en muchos casos incluso superan los mencionados en el caso *Air France* antes mencionado, no siendo posible para tales empresas públicas, esgrimir la defensa del *hecho del príncipe* para justificar el incumplimiento de sus obligaciones contractuales con base en actos emitidos por el Ejecutivo Nacional, particularmente, por ejemplo, si han sido propuestas por el Ministerio al que está adscrita la empresa. Con respecto a tales actos estatales nacionales, la empresa pública nacional, como parte contratante en un contrato público nacional, no podría argumentar que los mismos podrían ser ajenos a la empresa.

En tal caso, utilizando las mismas expresiones de la decisión de la Corte de Casación francesa, la empresa pública nacional podría considerarse figurativamente como “parte del propio Estado” cuando, por ejemplo, ejecuta la política de Estado en el sector correspondiente. En tal caso, junto con el Estado, puede considerarse que “forman una y la misma entidad,” por lo que “la intervención de la autoridad pública [el Ejecutivo nacional], que está orgánicamente vinculada al funcionamiento normal de la empresa pública, no puede constituir una causa extraña no imputable que puede invocarse contra terceros y partes contratantes.”

La defensa del *hecho del príncipe*, en esos casos, y desde la perspectiva de las Directrices de Böckstiegel ya mencionadas, también puede considerarse como no alegable por la parte pública contratante respecto de sus incumplimientos de un contrato público, porque en el caso de las empresas públicas nacionales que sean la parte pública contratante de los contratos públicos nacionales, las mismas son parte del “sector público nacional,”⁹¹ sujetas al control de tutela (político y administrativo) ejercido por el Ejecutivo Nacional a través de los Ministerios.

En el caso de las empresas públicas nacionales, por lo tanto, el “vínculo orgánico” que surge entre el Ejecutivo Nacional y su funcionamiento normal, tal como se aplicó en la decisión del caso de *Air France* antes mencionado,⁹² se puede encontrar en la relación de propiedad accionaria y control entre el gobierno central y las empresas públicas en cada sector.

En Venezuela, los Ministerios, de acuerdo con la Ley Orgánica de Administración Pública,⁹³ “son los órganos del Ejecutivo Nacional encargados de la formulación, adopción, seguimiento y evaluación de las políticas, estrategias, planes generales, programas y proyectos en las materias de su competencia y sobre las cuales ejercen su rectoría” (Artículo 63), y como tales, están a cargo de controlar las empresas públicas nacionales que actúan dentro de su área de competencia en cada sector. Como tales, son los encargados de proponer, por ejemplo, al Presidente y al Consejo de Ministros, las decisiones a adoptar en cada sector.

En Venezuela, de acuerdo con el artículo 225 de la Constitución de 1999, el Ejecutivo Nacional está integrado no solo por el Presidente sino también por los Ministros, hasta el punto de que sin

⁹¹ De acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (última reforma de diciembre de 2015), el sector público nacional comprende compañías directamente propiedad del Estado y las subsidiarias de segundo y tercer nivel (Artículo 5).

⁹² *Air France Mellotée Conclusions, Recueil Dalloz*, Jurisprudence, Paris 1971, p. 109.

⁹³ Véase Gaceta Oficial No. 6147 Extra. del 17 de noviembre de 2014.

la participación activa de los Ministros, el Presidente de la República no puede decidir ningún asunto con efectos generales cualesquiera. Esto significa que, como una cuestión de derecho, de acuerdo con el artículo 236 *in fine* de la Constitución, todos los actos y decisiones del Presidente con efectos generales solo pueden emitirse con la participación cercana y activa de los Ministros; y todas las decisiones del Presidente (todos los Decretos, por ejemplo), para ser válidos, deben ser refrendados por el Ministro del sector, o por todos los Ministros si se aprueba en Consejo de Ministros. La única excepción constitucional a esta regla es el acto de nombramiento o destitución de los propios ministros, y los actos adoptados como Comandante en Jefe, que son los únicos actos que el Presidente puede adoptar por su cuenta y emitir con su única firma.

Por tanto, de acuerdo con estas disposiciones constitucionales y legales, los Ministros están siempre involucrados en la emisión de los Decretos por parte del Ejecutivo Nacional, teniendo siempre una participación y responsabilidad preponderantes en su preparación y emisión.

Este rol, en materia de iniciativa del Ejecutivo Nacional para proponer legislación o expedir legislación delegada, se encuentra en el artículo 86 de la misma Ley Orgánica que establece que los Ministros son los llamados a iniciar el proceso, a redactar el proyecto, presentarlo al Presidente y al Consejo de Ministros, dar seguimiento a la decisión adoptada y realizar los estudios necesarios, y presentar nuevamente el proyecto de ley ante el Consejo de Ministros, para su aprobación si se trata de un Decreto Ley; o para enviarlo, con la exposición de motivos, a la Asamblea Nacional en caso de legislación ordinaria para su sanción.

Todas estas reglas también fueron incorporadas en el Reglamento Interno del Consejo de Ministros,⁹⁴ estableciendo que para todas las demás decisiones a ser adoptadas por el Presidente y todos sus Ministros, se debe seguir el mismo procedimiento legal, en el sentido de que los Ministros son los que siempre tienen la iniciativa de llevar el asunto a la atención del Presidente (agenda o punto de cuenta); solicitar que el asunto, una vez aprobado por el Presidente, se incluya en el orden del día del Consejo de Ministros; explicar e informar a todos los demás ministros sobre la decisión propuesta; y defender el proyecto de decisión en el Consejo de Ministros.

En consecuencia, como una cuestión de derecho, de acuerdo con la Constitución, la Ley Orgánica de la Administración Pública y el Reglamento referido a su funcionamiento, respecto de los actos estatales nacionales emitidos, por ejemplo, por el Ejecutivo Nacional que podrían tener impacto en los contratos públicos nacionales en los cuales la parte pública contratante sea una empresa del Estado nacional, el Ministro del sector correspondiente es el principal responsable de la definición de la política nacional y de la emisión de dichos actos; y al estar los Ministros a cargo del *control de tutela* sobre las empresas públicas, esa decisión inevitablemente no puede considerarse como un acto estatal o *hecho del príncipe* extraño a las mismas, no atribuible o no imputable a la empresa pública controlada si es la parte pública contratante.

Esto, *mutatis mutandis*, plantea una situación similar a la resuelta en el caso Air France por la Corte de Casación francesa en 1970, estableciendo el principio de que los actos estatales emitidos por la autoridad de tutela o a cargo de controlar una empresa pública, no pueden considerarse extraños a dicha empresa, particularmente cuando existe un vínculo orgánico entre ambas, entre la autoridad de control y la entidad controlada.

En consecuencia, de acuerdo con dichos principios, cuando existe un estrecho vínculo orgánico entre un Ministerio que actúa como autoridad de tutela y las empresas públicas controladas, los actos emitidos por la autoridad de control o por los entes en los cuales tiene una participación

⁹⁴ Véase Decreto No. 6478 del 21 de octubre de 2008, promulgado por el Presidente de la República en la Gaceta Oficial No. 39.044 del 23 de octubre de 2008.

preponderante, por principio, no pueden ser considerados como un *hecho del príncipe* que podría ser extraño a la empresa pública controlada, por lo que no podría invocarlo como excusa para no cumplir con sus obligaciones contractuales.

En la misma línea de los principios generales de derecho administrativo que se pueden aplicar en esta materia, están las pautas ya mencionadas descritas por Karl Heinz Böckstiegel en relación con el principio del *hecho del príncipe* cuando se alega como una excusa por una empresa pública para justificar su incumplimiento. De acuerdo con las Directrices,⁹⁵ y en defensa de los derechos de las partes privadas contratantes, la defensa del *hecho del príncipe* como causa de fuerza mayor no puede alegarse por una empresa pública contratante: (i) cuando la empresa pública ha requerido o ha solicitado informalmente la emisión del acto estatal; o (ii) cuando el acto estatal tratándose de una ley, la misma no es de aplicación generales sino una ley referida solo a un contrato específico o un grupo de contratos; o cuando la empresa pública tiene interés en la promulgación del acto (interés económico). En cualquiera de estos casos, la excusa de incumplimiento de una obligación contractual por la obligación general que existe de acatar y cumplir con la ley u otros actos de efectos generales, no podría ser alegada por las empresas públicas como *hecho del príncipe*.

En conclusión, puede decirse que, en materia de contratos públicos, como en todos los contratos, en principio, las partes contratantes pueden invocar el *hecho del príncipe* como un evento de *fuerza mayor* para excusar el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Sin embargo, cuando la parte pública contratante es la que alega la defensa, como cuestión de principio, tal alegato en ningún caso puede servir como excusa para el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración contratante, cuando el acto estatal ha sido adoptado por una entidad del mismo nivel territorial de Poder Público (*puovoir publics, collectivités territoriales*) (nacional, estatal o municipal) al cual pertenece la Administración contratante.⁹⁶

En tal caso, por ejemplo, refiriéndose al nivel nacional de gobierno, y como garantía a los derechos de los contratistas de la Administración en los contratos públicos, un acto estatal emitido por el Ejecutivo Nacional con la participación del Ministro de tutela, no puede considerarse como ajeno a la empresa pública nacional como Administración contratante, sometida al control de dicho Ministro. De lo contrario, como ya se mencionó, sería demasiado fácil para el Estado pretender relevar a sus entidades de responsabilidad contractual simplemente adoptando medidas que prohíban o imposibiliten que esas entidades cumplan con sus obligaciones contractuales. De manera que, en estos casos, al contrario, lo que origina el hecho del príncipe es el derecho de la parte privada contratante a que se le restablezca la ecuación económica del contrato público que ha sido rota por el acto estatal cuando ha sido dictado en el mismo nivel territorial de la misma.

Nueva York, septiembre de 2018

⁹⁵ Véase Karl-Heinz Böckstiegel, *Arbitration and State Enterprises: A Survey on the National and International State of Law and Practice*, International Chamber of Commerce, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, pp. 46-48.

⁹⁶ Esta doctrina no aplica a decisiones judiciales. Véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1966*, Caracas 1967, p. 77.