

Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999

JESÚS CABALLERO ORTIZ*

I. ANTECEDENTES

TAL COMO LO HA PUESTO de manifiesto Gonzalo PÉREZ LUCIANI, es en la Constitución de 1864 cuando aparece por primera vez la expresión «contratos de interés nacional», los cuales debían ser sometidos a la aprobación de la «Legislativa». La disposición se mantiene, con algunas variantes, en las Constituciones desde la de 1874 hasta la de 1947. Sólo en la Constitución de 1953 desaparece la atribución al conferírsele al Presidente de la República la potestad de celebrar contratos, sin alguna otra calificación¹. Sin embargo, en la Constitución de 1961 reaparece la norma al prever:

Artículo 126. Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional, salvo los que fuesen necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública o los que permita la ley.

(omisis) Tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipal nacional, estatal o municipal con estados o entidades oficiales extranjeras ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos, sin la aprobación del Congreso.

Bajo la vigencia de dicha disposición, lo que constituye un criterio válido bajo la Constitución actual, el contrato de interés nacional, o el contrato de interés público, no podía asimilarse al contrato administrativo.

* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo

¹ V. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, «Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito público», en *Libro Homenaje a Eloy Lares Martínez*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pp. 92 a 97 y «Los contratos de interés nacional», en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, pp. 131 y ss.

En efecto, y tal como lo destaca PÉREZ LUCIANI, las expresiones *contratos de interés nacional* y *contratos de interés público* constituyen nociones autóctonas que figuran en nuestras Constituciones desde 1864 y, en alguna de ellas, se señalaban expresamente como contratos de interés nacional las concesiones de minas, las concesiones para construir vías de comunicación, la construcción de vías férreas, cables aéreos de tracción y el establecimiento de comunicaciones telegráficas o inalámbricas.

En cambio, la noción de contrato administrativo surge en Francia con el célebre «arret Terrier» en 1903. Luego, no puede asimilarse una noción propia del derecho venezolano, que debe ser objeto de una interpretación igualmente propia, con una noción trasladada del derecho francés a partir de 1944 con la sentencia de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de ese año².

Por otra parte, la noción de contrato administrativo, tal como fue trasladada del derecho francés, se fundamenta en la circunstancia de que el contratista va a tener a su cargo la prestación de un servicio público y, de allí, la incorporación de la noción al derecho administrativo, en virtud del interés que reviste para el Estado la cabal prestación de ese servicio. En cambio, la noción de contrato de interés público o de interés nacional, no aparece vinculada a esa noción, como por ejemplo las concesiones de minas, las enajenaciones de terrenos baldíos o de cualesquiera bienes muebles de la Nación³.

Bastarían esas solas connotaciones, las cuales son de por sí suficientes, para considerar esas dos instituciones, contratos de interés público o de interés nacional y contratos administrativos, como diferentes. Sobre todo, el análisis histórico del desarrollo de la primera tipología de contratos en nuestro país. No obstante, especialistas como Luis Henrique FARIÁS MATA y Eloy LARES MARTÍNEZ los asimilan. Así, el primero sostiene que «...la figura del contrato administrativo es consagrada por la Constitución con el nombre de contratos de interés nacional o de interés público». Su razonamiento radica en que, cuando el Constituyente se refiere a contratos de interés público, está tratando de contratos administrativos porque el interés público está en cierta manera directamente implicado en esta última categoría de contratos⁴. Ahora bien, el concepto de interés públi-

² V. el fragmento en Allan R. BREWER CARIAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol. II, Caracas, 1977, pp.733 y ss.

³ Así figuran dichos contratos, como de interés nacional, en las Constituciones de 1914 y 1922.

⁴ V. Luis H. FARIÁS MATA, «La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas», en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo II, Caracas, 1981, p. 943.

co no necesariamente implica el de servicio público. En efecto, una actividad determinada puede ser de interés público sin que ello traiga consigo la prestación de un servicio público, noción clave del contrato administrativo.

Por su parte, el profesor Eloy LARES MARTÍNEZ ha sostenido, igualmente bajo la vigencia de la Constitución de 1961, «... que los contratos de interés nacional son los contratos administrativos celebrados por la Administración Pública Nacional». Al efecto, explica que no pueden interpretarse las normas de la Constitución de 1961 con el criterio que guió a los redactores de las Constituciones de 1864 y 1893. «Las normas jurídicas tienen su vida propia con independencia de la intervención de sus proyectistas y de los integrantes de las asambleas o congresos que las hayan sancionado. Es necesario interpretarlas con criterio actual»⁵. En nuestra opinión, ello es absolutamente cierto, pero es el caso de que la tesis adversa se apoya en la interpretación de una disposición vigente para la época (contenida en la Constitución de 1961) cuyos orígenes se remontan a 1864 con la misma intención: la necesidad de someter a la aprobación del órgano legislativo determinadas categorías de contratos calificados de interés público o de interés nacional. Entonces, si existe similitud en la finalidad de ambas normas, aunque medien entre ellas muchos años, debe necesariamente tomarse en cuenta la interpretación de la norma original y, más aún, si esa norma se ha venido repitiendo en la gran mayoría de las Constituciones de nuestro país. No obstante, el criterio es confirmado por el Profesor Eloy LARES MARTÍNEZ en la última edición de su Manual⁶.

II. LA SITUACIÓN ACTUAL

En la Constitución vigente se consagraron de nuevo disposiciones relativas a los contratos de interés público pero, en cierta forma, de manera más precisa, aunque con alguna contradicción. Así, en el artículo 150 se prevé:

La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá *la aprobación* de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley.

No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin *la aprobación* de la Asamblea Nacional. (destacados nuestros).

⁵ V. Eloy LARES MARTÍNEZ, «Contratos de interés nacional» en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas, 1981, p. 138.

⁶ *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1998, p. 329.

Además, el artículo 187, numeral 9 dispone:

Corresponde a la Asamblea Nacional (omisión) 9. *Autorizar* al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional en los casos establecidos en la ley. *Autorizar* los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela. (destacados nuestros).

En ambas disposiciones se prevén dos situaciones jurídicas distintas: la celebración de contratos de interés público nacional, la cual trae consigo una determinada consecuencia; y la celebración de contratos de interés público nacional, estatal o municipal con entidades extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, la cual implica otra.

En primer lugar habría que señalar que en la Constitución vigente ya no pueden considerarse como sinónimos los contratos de interés público y los contratos de interés nacional. Existe en la Constitución una sola categoría de contratos que son aquellos de interés público. Luego, existen especies de esta tipología que son los contratos de interés público nacional, estatal o municipal.

De esta forma se pone fin a las distintas interpretaciones a las cuales daba lugar la Constitución de 1961 al referirse, en su artículo 126, en primer término, a los contratos de interés nacional y, luego, a los contratos de interés público nacional, incurriendo en el error de no calificar a los primeros como contratos de «interés público nacional»⁷.

Por otra parte, se suprimió la asignación directa de competencia a la Asamblea Nacional para «autorizar»⁸ al Ejecutivo a los fines de celebrar contratos de interés público nacional, pues dicha materia fue referida a la ley. Ello constituye, sin lugar a dudas, un segundo paso de avance en el polémico problema que planteaba la Constitución de 1961 al someter a todos los contratos de «interés nacional» a la «aprobación» del Congreso, salvo dos excepciones: los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública o los que permitiese la ley. Al efecto, no era fácil determinar cuáles eran los contratos necesarios para el normal funcionamiento de la Administración Pública.

Dentro de esta categoría —sostenía LARES MARTÍNEZ— podían considerarse incluidos, si no la totalidad, la inmensa mayoría de los contratos que celebrase el Ejecutivo Nacional, cualesquiera fuere su magnitud, impor-

⁷ No obstante la mayor precisión de la Constitución de 1999, para mantener la coherencia, en el numeral 9° del artículo 187 (atribuciones de la Asamblea Nacional) debió referirse a los «contratos de interés público nacional». Sin embargo, es ya un paso de avance haber mejorado, en este punto, la redacción del artículo 126 de la Constitución de 1961.

⁸ A este último término nos referiremos luego.

tancia y trascendencia; y, por lo que respecta a los contratos que permitiese la ley, el autor consideraba que no era necesario que una ley los excluyese, como se desprendía de la Constitución de 1961, sino que bastaba que un texto legal los previese sin ninguna referencia a la aprobación⁹, criterio que, a nuestro juicio, no era el que derivaba de la norma de la Constitución de 1961, como resulta evidente de su simple lectura.

En fin, el requerimiento de la nueva Constitución de que los contratos de interés público nacional quedasen sometidos a la «aprobación del Congreso *sólo en los casos en que una norma legal así lo previese* que, como hemos dicho, constituye un paso de extraordinario avance, se debió a la proposición formulada en la Constituyente por el doctor Allan R. BREWER CARÍAS, quien había dedicado varios estudios al tema y, por tanto, estaba consciente de las contradicciones a que daba lugar la Constitución de 1961¹⁰:

Sentado lo anterior pasemos a estudiar qué debe entenderse por contratos de interés público en la actualidad.

1. Contratos de interés público

Ante todo, debemos señalar que consideramos válida, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, las consideraciones que hemos formulado sobre la distinción entre contratos administrativos y contratos de interés público o nacional. Ambas categorías de contratos no pueden asimilarse y en ello la Constitución de 1999 no cambia para nada ese punto de vista. Por el contrario, más bien lo ratifica, al continuar acogiendo una noción propia de nuestro Derecho Constitucional.

Así las cosas, la expresión contratos de interés público debe entenderse como excluyente de los contratos que no revisten esa calificación y, aunque parezca baladí tal observación, debe ponerse de manifiesto, ya que existen autores que consideran que todos los contratos que celebra la administración deben considerarse como de interés público.

Ya entrando en el concepto mismo de este tipo de contratos, no podemos dejar de considerar como válidos los argumentos de PÉREZ LUCIANI: la preocupación del Constituyente ha girado en torno a cuestiones como los importantes compromisos económicos o financieros que pudieran

⁹ V. Eloy LARES MARTÍNEZ, «Contratos de interés nacional», loc. cit., p. 139. Cfr. Luis H. FARIAS MATA, «La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolana», loc. cit., pp. 968 y ss.

¹⁰ V. Allan R. BREWER CARÍAS, *La Constitución de 1999*, Caracas, 2000, p. 87 y del mismo autor, *Debate Constituyente*, Tomo II, Caracas, 1999, p. 176.

resultar a cargo del Estado; el temor a que se malgasten o dilapiden los fondos públicos o la necesidad de conservar los bienes patrimoniales o los recursos materiales del Estado. Estas características cuantitativas son las que han movido al constituyente para prever los contratos de interés público¹¹ de acuerdo a una interpretación histórica revestida de toda lógica.

En todo caso, como ahora la atribución ha descendido de la Constitución a la ley, es a ésta a quien corresponde ahora determinar el régimen jurídico del contrato de interés público; es decir, concretamente, en qué casos será necesaria la «aprobación» de un contrato de interés público nacional por la Asamblea Nacional. El legislador deberá entonces tomar en cuenta, a tales fines, la precisión de PÉREZ LUCIANI: «la aparición del término contrato de interés nacional en la primera Constitución Federal, sometiéndolos a una regulación que incluía su aprobación por el Congreso, revela una preocupación por las consecuencias económicas y financieras debidas a los contratos y compromisos asumidos por los gobiernos de la llamada «oligarquía conservadora ¿Qué otra preocupación podrían tener los Constituyentes de 1864?»¹².

Otro elemento a ser tomado en consideración es la circunstancia de que el pago del contrato deba hacerse con cargo a varios ejercicios fiscales, de tal modo que se comprometan cantidades de dinero y recursos fiscales de presupuestos futuros. En fin, de acuerdo a nuestra tradición constitucional, pueden ser calificados como contratos de interés público nacional los relativos a ferrocarriles, títulos y concesión de minas, enajenaciones de tierras baldías y construcción de vías de comunicación, a título de ejemplo¹³.

No creemos que, para el futuro legislador, pueda existir un criterio distinto para calificar a los contratos de interés público nacional que decida someter al Poder Legislativo. A pesar de las críticas recibidas, la importancia del contrato, su magnitud económica-financiera y la trascendencia que implique para el desarrollo del país en términos cualitativos y

¹¹ V. Gonzalo PÉREZ LUCIANI «Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito público», loc. cit., pp.103.

¹² *Ibid.*, p. 154.

¹³ *Ibid.*, pp. 154 y 155. En contra de esta calificación, además de LARES MARTÍNEZ ya antes citado, Allan R. BREWER CARÍAS «Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa» en *Revista de Derecho Público* N° 11, julio-septiembre 1982, pp. 50 y 51 y *Estudios de Derecho Público I*, Caracas, 1983, pp. 187 y 188. Igualmente la Procuraduría General de la República ha asimilado contratos de «interés nacional» y contratos administrativos en su dictamen del 31 de julio de 1968. V. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, Caracas, 1968, p. 41.

cuantitativos deben ser los índices a tomar en cuenta para determinar en qué casos debe quedar un determinado tipo de contrato calificado como de interés público nacional, como sometido a la Asamblea Nacional, independientemente de que en él pueda quedar comprometida la ejecución de un servicio público. Esto implica otras consecuencias de diferente carácter y, de ahí, la distinción entre contratos de interés público nacional y contratos administrativos¹⁴.

Por último, debe descartarse la tesis conforme a la cual el contrato de interés público es aquél celebrado por el Estado, los Estados o los Municipios que puedan dar origen a reclamaciones extranjeras¹⁵. Se trata de una visión desde el punto de vista del Derecho Internacional Público que no compartimos por las razones ya explicadas de lo que debe entenderse por contrato de interés público nacional. Además si tal no era el concepto conforme a la Constitución de 1961, menos aún lo es conforme a la vigente¹⁶. Más adelante trataremos acerca de los contratos que pueden dar origen a reclamaciones extranjeras.

Ahora bien, como hemos dicho, y tal cual reza el artículo 150 de la Constitución, «la celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley». En tal supuesto, la Constitución no quiso adquirir un compromiso apriorístico, dejando tal materia bajo la competencia del Legislador, quizá tomando en consideración los importantes y significativos criterios disímiles a los que daba lugar el derogado artículo 126 de la Constitución de 1961. En efecto, extensas fueron las páginas escritas por los administrativistas ante una norma con tan compleja redacción y la cual podía ser interpretada, si se quiera, «a la carta» y, esto último, en muchos casos, a los fines de eludir el sometimiento al Congreso. Ciertamente, una interpretación restrictiva de la disposición podía dar lugar a la parálisis de la Administración en su actividad contractual.

Pero existe un segundo supuesto en el cual la Constitución no quiso dejar a la Asamblea Nacional la determinación de los casos en los cuales la «aprobación» es necesaria. Se trata de aquellos contratos de interés público, bien sea nacional, estatal o municipal a celebrarse con estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Ve-

¹⁴ En un importante trabajo el profesor José MELICH ORSINI, con sobradas razones, se adhiere a la tesis del Doctor Gonzalo PÉREZ LUCIANI. V. «La noción de contrato de interés público» en *Revista de Derecho Público*, N° 7, julio-septiembre 1981, pp. 33 y ss.

¹⁵ V. Fermín TORO JIMÉNEZ, *Manual de Derecho Internacional Público*, Vol. I, Caracas, 1982, pp. 481 y ss.

¹⁶ Tampoco BREWER comparte este punto de vista en «Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa» en *loc. cit.*, p. 51.

nezuela, o el traspaso de los contratos a dichos entes. En este caso, por mandato directo de la Constitución, es imperativa la «aprobación» de la Asamblea Nacional. En ello sí se siguió el mismo mecanismo de la Constitución de 1961 en su artículo 126, primer aparte.

A. ¿Autorización o aprobación?

La Constitución de 1999 incurre en una evidente contradicción derivada de la redacción de los artículos 150 y 187 ordinal 9°. En efecto, en el primero de los artículos mencionados expresa:

La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la *aprobación* de la Asamblea Nacional...

No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional... sin la *aprobación* de la Asamblea Nacional. (destacados nuestros).

En cambio, en el segundo, en lugar de referirse a la aprobación, señala: «Corresponde a la Asamblea Nacional: (omisión) 9° *Autorizar* al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional...» (destacados nuestros).

Así las cosas, y antes de entrar a estudiar si se trata de una autorización o de una aprobación, debe de antemano descartarse que los contratos de interés nacional a que se refiere el artículo 187, ordinal 9 constituyan una categoría distinta de los contratos de interés público nacional a que se refiere el artículo 150. La lógica determina que se trata de un simple descuido del Constituyente al no uniformar su terminología y que la finalidad de ambas normas fue someter al Órgano Legislativo la celebración de los contratos de interés público nacional, en los casos que determine la ley; y someter a ese mismo órgano los contratos de interés público nacional, estatal y municipal a celebrarse con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, y su traspaso a esos entes, sin su sometimiento al Poder Legislativo.

En consecuencia, y en ello debemos insistir, debe quedar superada la tesis sostenida por un sector de la doctrina, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, al distinguir entre contratos de interés público y contratos de interés nacional.

Sentado lo anterior, queda de manifiesto entonces que unos mismos supuestos de hecho (contratos de interés público nacional, estatal o municipal), quedan sometidos a dos regímenes jurídicos distintos según sea la norma que se le aplique: la autorización o la aprobación. Además, esa incongruencia se agrava al examinar la redacción misma de las normas confrontadas. Como se sabe, la *autorización* es un *acto previo* sin el cual

el contrato no es válido. La *aprobación* es un acto *posterior* a la celebración del contrato que lo hace eficaz y permite su ejecución¹⁷.

De acuerdo con lo expuesto, constituye un error del Constituyente la expresión «La celebración de los contratos ...requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional...»¹⁸, ya que siendo la aprobación un acto ulterior que le da eficacia al contrato, es el contrato mismo, una vez celebrado, lo que debe ser sometido a la Asamblea Nacional y no su celebración, pues de tratarse de ésta, estaríamos en presencia del acto previo de autorización. Y todo parece indicar que se trata de una autorización, aun cuando se emplee el término «aprobación», pues en el aparte primero del mismo artículo 150 se dice: «No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional sin la aprobación de la Asamblea Nacional».

Si el contrato no puede celebrarse, evidentemente, se trata de una autorización, de una *condicio juris* para su validez, y el texto mismo de la norma confirma que se trata de un acto previo, pues —insistimos— el contrato «no podrá celebrarse».

Entonces, la disposición contenida en el artículo 187, numeral 9º es la que debe prevalecer y aparece correctamente redactada: corresponde a la Asamblea Nacional autorizar al Ejecutivo Nacional *para celebrar* contratos de interés nacional y autorizar los contratos de interés público municipal, estatal y nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.

En síntesis, se trata de una autorización que debe otorgar la Asamblea Nacional para la celebración de los contratos en referencia. En todo caso, resulta censurable que el Constituyente haya dado lugar nuevamente a una polémica doctrinal ya planteada durante la vigencia de la Constitución de 1961 y que pudo superar reflejando en el texto, con toda claridad, su verdadera intención. En efecto, la Constitución de 1961, en términos igualmente equívocos, señalaba que «sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional...»

¹⁷ La autorización aparece en un momento anterior a la acción que se va a autorizar y su función consiste en facultar al titular de un poder para que pueda ejercitarlo en el caso específico. La aprobación se concentra en un momento necesariamente sucesivo a aquél en que encuentra la propia realización del acto objeto de control, pero la aprobación es anterior al momento en que dicho acto podrá ejercer su eficacia. V. Aldo M. SANDULLI, *II Procedimiento Administrativo*, Milano, 1959, p. 273, cit. Por Gónzalo PÉREZ LUCIANI en «El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no normativas, aprobatorias de contratos» en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, N° 2. Caracas, 1965-1966.

¹⁸ Artículo 150, encabezamiento.

«Tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipalsin la aprobación del Congreso».

Tales expresiones, en criterio de BREWER, llevaban a la conclusión de que se trataba de una aprobación, pues lo que existía era una aparente incongruencia en el texto del artículo 126¹⁹.

LARES MARTÍNEZ ponía de manifiesto igualmente la incongruencia, acogiendo la misma interpretación de BREWER, y fundamentándose para ello en que la Constitución de 1961 imponía por regla general el requisito de la aprobación legislativa y no el de la autorización, reservado para casos excepcionales²⁰.

Por su parte, FARÍAS MATA interpretaba la disposición en una forma original: «El contrato se considera celebrado una vez que se haya operado la aprobación legislativa»²¹. «La intervención del órgano deliberante constituye uno de los trámites necesarios para la celebración del contrato, y en tal sentido ha de considerarse como impretermitible requisito que forma parte del procedimiento de celebración del mismo, intervención que se efectúa por vía de aprobación legislativa a los trámites concluidos por la Administración»²². De ser así, se trataba entonces de una autorización y no de una aprobación como sostenía el autor²³. En fin, Casal Montbrún se atenía a las palabras empleadas por el Constituyente de 1961 para concluir en que «No deben quedar dudas de que la intervención del Congreso es posterior, pues no puede aprobarse sino lo ya concertado y realizado»²⁴.

En nuestro concepto, bajo la vigencia de la Constitución de 1961 el sometimiento de los contratos de interés público revestía la forma de una

¹⁹ V. Allan R. BREWER CARIAS, «La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos» en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 28, UCV, Caracas, 1964, pp. 77 y 78.

²⁰ V. Eloy LARES MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, loc. cit., pp. 321 y 322.

²¹ V. Luis H. FARÍAS MATA, «La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas», loc. cit., p. 975.

²² *Ibidem*, p. 977.

²³ En efecto, como afirma Benito SANSÓ, el acto de aprobación es extraño al proceso formativo de la voluntad contractual de la Administración, requisito externo de eficacia, por lo que no puede considerarse como integrante del proceso volitivo de la Administración. V. Benito SANSÓ, «Aspectos Jurídicos de la Nacionalización de la Industria del Hierro en Venezuela», Caracas, 1977, p. 52.

²⁴ V. J.M. CASAL MONTBRÚN en la obra colectiva *Procedimiento Parlamentario para la aprobación de contratos de interés nacional*, Caracas, 1973, p. 48. Cfr. Eloísa AVELLANEDA, *El Control Parlamentario sobre el Gobierno y la Administración Pública*, Caracas, 1999, pp. 160 y ss.

autorización, ateniéndonos, no al significado de la palabra *aprobación* empleada, sino al contexto general del artículo 126 que claramente expresaba: «Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse...». «Luego, aun cuando se emplee la palabra aprobación, si el contrato no podía celebrarse, era porque —evidentemente— estábamos en presencia de una autorización.

Volviendo entonces a la Constitución vigente, resulta incomprensible —como antes señaláramos— que se haya incurrido en imprecisiones casi similares a las de la Constitución de 1961, cuando Constituciones anteriores eran claras e inequívocas respecto a la naturaleza jurídica del acto de control por parte del órgano legislativo. Así, por ejemplo la Constitución de 1864 no daba lugar a duda alguna respecto a la naturaleza del acto aprobatorio cuando señalaba como atribución del Presidente de la Unión, *celebrar* los contratos de interés nacional y someterlos a la Legislatura, o a la Constitución de 1893, cuando otorgaba potestades al Presidente de la República para *celebrar* contratos de interés nacional y someterlos al Congreso para su *aprobación* o *improbación*, sin cuyo requisito no podrán ponerse en ejecución.

La Constitución vigente y la de 1961, por el contrario, dejaron de lado esas expresiones para someter los contratos a celebrarse a la Asamblea Nacional o al Congreso, en su caso, una razón más para considerar que, en conocimiento de los términos que debían emplearse para consagrar una aprobación, prefirió el mecanismo de la autorización («No podrá celebrarse», redacción totalmente diferente a las de las constituciones mencionadas).

En todo caso, mientras exista una mayoría parlamentaria del partido del Gobierno, será muy extraño que, bajo la Constitución vigente, se dicten leyes que sometan a los contratos de interés público nacional a la autorización de la Asamblea.

B. Forma que debe revestir la autorización

Bajo la vigencia de la Constitución de 1961 la doctrina mayoritaria consideraba que el sometimiento de los contratos de interés público al Congreso constituía una aprobación, como ya lo hemos señalado, y con respecto a lo cual hemos manifestado nuestro desacuerdo. De ese carácter aprobatorio derivan los autores que la forma que debía revestir la aprobación era la de una ley, al comparar la situación con la de los tratados, los cuales, de conformidad con la citada Constitución de 1961 en su artículo 128, debían ser aprobados por ley, disposición ésta que se aplicaba por analogía²⁵. Sin embargo, la circunstancia de que la Constitución

²⁵ V. Elbano PROVENZALI HEREDIA en la obra colectiva citada Procedimiento Parlamentario para la aprobación de los contratos de interés nacional, p. 24.

no hubiese previsto la forma del acto no implicaba la aplicación por analogía de las normas regulatorias de los tratados, los cuales constituyen un instrumento jurídico de una naturaleza totalmente diferente a los contratos de «interés nacional» o de «interés público»²⁶. También CASAL MONTBRÚN consideraba que el acto debía revestir forma de ley porque el último aparte del artículo 126 sostenía que «la ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público»²⁷.

Ahora bien, la ley a la cual aludía la Constitución de 1961 no debía entenderse como la ley «aprobatoria» del contrato, ya que la Constitución parecía referirse más bien a la ley que regulase los contratos de interés público en general. Luego, no podía inferirse del artículo 126 *in fine* de la Constitución de 1961 que la ley allí prevista fuere la que «aprobase» el contrato de interés público. Por último, también BREWER opinaba que era necesario una ley²⁸.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1999 no existe alguna referencia a la necesidad del carácter de ley que deba revestir el acto autorizatorio, sin que puedan aplicarse por analogía disposiciones como las relativas a los tratados²⁹. Por el contrario, el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional expresamente prevé en su artículo 156 que cuando la Asamblea reciba una solicitud de autorización o aprobación de las señaladas en el artículo 187³⁰ de la Constitución, entre las cuales se encuentra la solicitud de autorización para la celebración de los contratos de «interés nacional», dará cuenta a la plenaria y la remitirá a la comisión respectiva, la cual en un lapso máximo de treinta días lo declare de urgencia³¹. En consecuencia, el procedimiento es totalmente diferente respecto al previsto para la formación y discusión de las leyes. Basta entonces un acuerdo para autorizar la celebración de un contrato de interés público³².

²⁶ En la terminología de la Constitución de 1961

²⁷ J. M. CASAL MONTBRÚN en la obra colectiva citada en la nota anterior, p. 53.

²⁸ Allan R. BREWER CARIÁS, «La formación de la voluntad de la Administración Pública nacional en los contratos administrativos», *loc. cit.*, pp. 102 y ss.

²⁹ Artículo 187, numeral 18 de la Constitución de 1999.

³⁰ Precisamente, en este artículo se hallan previstas las autorizaciones de la Asamblea Nacional para la celebración de los contratos de interés público nacional, estatal o municipal

³¹ V. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 37.034, del 12 de septiembre de 2000.

³² V. artículo 141 del mismo Reglamento que establece que los proyectos de acuerdo se discutirán previamente en el seno de la Junta Directiva, la cual podrá consultar la opi-

Por último, debemos enfatizar que si dichos actos no requieren la forma de ley sino de un acuerdo, ello no implica, desde un punto de vista jurisdiccional, que dichos acuerdos no tengan rango de ley, por ser ejecución inmediata y directa de la Constitución.³³

2. Los contratos de interés público y la llamada «cláusula calvo»

El artículo 151 de la Constitución establece:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviese expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Se trata de la misma disposición contenida en el artículo 127 de la Constitución de 1961.

Ya desde la Constitución de 1893 se preveía una disposición en términos más o menos similares y, luego, con algunas variantes en las constituciones de 1901 a 1953³⁴.

Ahora bien, una modificación de importancia opera en las Constituciones de 1947 y a partir de la de 1961: la prohibición deja de ser absoluta, pues tiene vigencia si no es improcedente de acuerdo a la naturaleza del contrato de interés público. Se prescindió entonces —como dice el destacado jurista Ramón CARMONA en un dictamen fechado el 1º de agosto de 1960—

nión de la Comisión coordinadora, y se presentarán a la Asamblea para su aprobación. Si algún diputado no estuviere de acuerdo, se abrirá el debate y habrá una sola discusión, la cual será sobre la totalidad, a menos que la Asamblea decida lo contrario. Los diputados sólo podrán intervenir dos veces sobre un mismo asunto, por períodos no mayores de cinco y tres minutos, respectivamente. Únicamente se permitirá una tercera intervención al ponente, cuando sus puntos de vista hayan sido controvertidos después de su segunda intervención, o por haber sido personalmente aludido o requerida una información al respecto. En caso de urgencia se someterán, sin trámite previo, a la consideración de la plenaria y se resolverá por mayoría

³³ V. Al respecto la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 29 de noviembre de 2000 en Oscar R. PIERRE TAPIA, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 11, Tomo I, pp. 324 y 325. En lo que no estamos de acuerdo es en la calificación del acto como de efectos generales ya que su asimilación formal a la ley no implica, precisamente, que nos hallemos frente a una ley.

³⁴ V. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, «Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito público», loc. cit., pp. 103 y ss.

de la rigidez de la norma que venía establecida desde 1893 pero, como él mismo reconoce «...no será siempre posible determinar si es procedente o improcedente para saber si está o no incorporada en los contratos. La solución encontrada atenúa, como se ve, la situación creada por la disposición constitucional, pero no elimina la dificultad».

El origen de la norma —como lo reconocen los internacionalistas— deriva de la preocupación de los gobiernos americanos por encontrar el modo de evitar los abusos derivados de las reclamaciones, mucha veces injustas y exageradas, de las grandes potencias contra los débiles países latinoamericanos con motivo de reales o supuestos daños sufridos por sus nacionales³⁵.

Por otra parte —continúa Carmona— se ha pretendido que la cláusula sobre contratos fue propuesta por Carlos CALVO, y por ello se la llama «Cláusula Calvo», nombre con que se la oye citar frecuentemente. Ello no es exacto, pues CALVO no llegó nunca a formular esa estipulación en los contratos de interés público, ni parece haber tenido la idea de hacerlo. Lo que él propuso fue su famosa doctrina contenida en la obra *Le Droit International Theorique et Pratique* (Tomo I, Pág. 351, 4ª edición, 1887), así:

La cuestión de principio o de derecho que implican los asuntos de indemnizaciones pecuniarias se refieren al examen de los deberes mutuos de los estados, que son materia del Libro XV, y nos contentamos con hacer observar aquí que en derecho internacional estricto el cobro de acreencias y la prosecución de reclamaciones privadas no justifican de plano la intervención armada de los gobiernos, y que, como los Estados europeos siguen invariablemente esa regla en sus relaciones recíprocas, no hay ningún motivo para que no se la impongan también en sus relaciones con las naciones del Nuevo Mundo.

Esta doctrina, que lleva el nombre de CALVO, puede refundirse en la idea de que no es admisible la acción armada de los Gobiernos en caso de reclamaciones pecuniarias en general, lo cual es más amplio que la conocida Doctrina Drago, que se refiere solamente a deudas públicas por empréstitos. El Maestro CALVO hizo en su citada obra, Libro XV, Tomo II, página 118 a 163, un examen muy detenido de las reclamaciones pecuniarias; pero no llegó siquiera a considerar las cuestiones derivadas de los contratos de carácter público. Los juristas que quisieron sacar de esa

³⁵ V. Ramón CARMONA, dictamen citado. A esta misma razón obedecía la disposición constitucional consagrada desde 1901 conforme a la cual «en ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causadas por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública (artículo 47 de la Constitución de 1961) mecanismo que varió radicalmente en la Constitución vigente.

doctrina la llamada «Cláusula Calvo» procedieron por propia iniciativa y sin el apoyo del autor, con cuyas ideas la estipulación sólo tiene un parentesco muy lejano³⁶.

Sentado lo anterior, han de destacarse los siguientes elementos en la norma contenida en el artículo 151 de la Constitución, referida a los contratos de interés público:

1. La incorporación tácita de una cláusula que impide la jurisdicción de un tribunal extranjero para conocer de los conflictos a que dicho contrato dé lugar.
2. La aplicación con motivo de esos conflictos de la legislación venezolana.
3. En razón de las divergencias que puedan presentarse, en ningún caso las mismas podrán dar origen a reclamaciones extranjeras.

³⁶ A estas reflexiones añade Ramón CARMONA la siguiente: «Otro gran internacionalista argentino contemporáneo, el doctor PODESTÁ COSTA, en su obra *«Derecho Internacional Público»*, Tomo I, página 437, describe la cláusula así: «207 *Restricciones por la vía de los contratos: La Cláusula Calvo*». En los contratos celebrados por el Estado con una persona física o jurídica colectiva de nacionalidad extranjera, especialmente en los que otorgan concesiones para construir obras o explotar servicios públicos, figura a veces una cláusula con el objeto de impedir que las divergencias que surjan al respecto entre las partes contratantes sean consideradas como de naturaleza internacional. Tal estipulación que aparece generalmente en contratos en que son parte los gobiernos de algunos Estados latinoamericanos, es conocida con el nombre de «Cláusula Calvo», porque se inspira en la doctrina, enunciada por este eminente autor, según la cual las reclamaciones privadas de los extranjeros no justifican de plano la intervención armada de los gobiernos».

«La «Cláusula Calvo» asume diversas formas. Esencialmente, expresa que las divergencias que surjan entre las partes contratantes con motivo de la aplicación o interpretación del contrato que contiene aquella cláusula, serán decididas por los tribunales locales, o mediante un arbitraje privado, y de conformidad con las leyes locales; a veces se manifiesta específicamente que las referidas divergencias no autorizarán recurrir a la vía diplomática. De modo más breve, la doble fórmula se concreta expresando que a los efectos de las divergencias emergentes de la aplicación o interpretación del contrato, la parte contratante de nacionalidad extranjera será considerada como nacional del Estado local. Y aunque menos frecuentemente, se establece que las estipulaciones antedichas comprenden, no sólo al contratante extranjero, sino a todas las personas que, como empleados, agentes, etc., están vinculadas a la ejecución del contrato. Pero, sea cual fuere la forma que se le dé, la «Cláusula Calvo», tiene en mira solamente a las divergencias que provengan del cumplimiento o de la interpretación del contrato en que ella figura o que se refieren a las actividades relacionadas con él, y no a las cuestiones que se originen con motivo o en ocasión de otras actividades desarrolladas por la misma persona en el país».

«Como se ve de la exposición del Profesor Podestá Costa, varias veces Ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina, la cláusula a que hemos hecho referencia se establece en los contratos, es propia de tales contratos, pero no tiene por qué adoptar forma constitucional. Sin embargo, tres países americanos la han llevado, en una forma u otra, al texto constitucional, aunque no de modo tan rígido como lo hizo Venezuela antes de 1947 y como aparece en la Constitución de 1953» (dictamen citado).

4. Todo lo anterior queda excluido en los casos en que ello fuere improcedente de acuerdo a la naturaleza del contrato³⁷.

Ahora bien, ¿Cómo saber en qué contratos opera esa exclusión tomando en cuenta su naturaleza?

Conforme al Código Bustamante, o Convención sobre Derecho Internacional Privado de 1928, la inmunidad de jurisdicción cede en los casos en que el «Estado contratante o su Jefe» han actuado como particulares o personas privadas, caso en el cual serán competentes los jueces que conozcan de los asuntos en que se ejerciten acciones reales o mixtas, si esa competencia les corresponde conforme al citado Código. Esta tesis es criticable, pues es difícil que, al suscribir un contrato de interés público pueda predicarse que el Estado actúa como un particular. Los supuestos quedarían reducidos más bien a aquellos en que el Estado actúa como empresario pero, también en estos casos es difícil la precisión, pues la empresa pública ostenta su propia personalidad jurídica y, por tanto, su propia autonomía procesal. En consecuencia, si nos atenemos a la República, cuyos intereses son los que primordialmente deben ser objeto de protección al suscribir un contrato de interés público con una entidad extranjera, serán difíciles los casos en que, al celebrarlo, pueda considerársele como un particular. Compartiendo estas dificultades Isabel BOSCÁN DE RUESTA hacía suyas las reflexiones de Gustavo PLANCHART —en un ciclo de conferencias sobre el tema— conforme a las cuales la expresión «naturaleza del contrato» fue utilizada por el Constituyente en un sentido atécnico, pues a lo que realmente se refería era a la naturaleza práctica del negocio³⁸.

En base a ello la autora concluía en que la norma constitucional quiso mantener el principio de la inmunidad jurisdiccional del Estado venezolano, pero sin pretender violentar las posibilidades prácticas de concertación de ciertos negocios en los que, conforme a la costumbre y tipo de interés en juego, el Estado no pueda pretender contratar en situación de preeminencia³⁹.

³⁷ V. sobre el particular Eloy LARES MARTÍNEZ, «Contratos de interés nacional», *loc. cit.*, p. 141.

³⁸ A este criterio se adhiere Allan R. BREWER CARÍAS en *Debate Constituyente*, Tomo I, Caracas, 1999, p. 219 y el mismo fue compartido por la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Plena en sentencia del 17 de agosto de 1999 al precisar que no se trata de la naturaleza del contrato, pues ella está claramente evidenciada al calificarlo de interés público; se trata de la gestión administrativa involucrada en la negociación. Además, esa «naturaleza» no puede reducirse únicamente a la índole comercial, pues se excluirían otro tipo de negociaciones que, no siendo de naturaleza mercantil, las circunstancias de la contratación exigen o recomiendan la excepción al principio de inmunidad de jurisdicción. V. la sentencia en la misma obra citada *Debate Constituyente*, Tomo I, pp. 225 y ss.

³⁹ V. Isabel BOSCÁN DE RUESTA «La inmunidad de jurisdicción en los contratos de interés público» en *Revista de Derecho Público* N° 14, abril-junio 1983, pp. 45 y 46.

La situación se presenta concretamente en materia de empréstitos públicos⁴⁰, caso en el cual el Juez llamado a conocer en realidad lo hará sobre cuestiones de carácter mercantil⁴¹ y, por tanto, su ejecución puede quedar sometida a tribunales extranjeros. Este, dice BREWER, es el principio aceptado en todos los países en el momento actual⁴².

En todo caso, el artículo 151, consagratorio de la inmunidad relativa de jurisdicción, es una norma individual, de derecho interno y, por tanto, ineficaz en el ámbito internacional, que es precisamente donde se aspira a su aplicación⁴³.

⁴⁰ V. Olga María DOS SANTOS P., *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Caracas, 2000, p. 129 quien pone de relieve la indefinición del carácter de los empréstitos foráneos, aun cuando muchos parecen admitir el carácter contractual de los mismos.

⁴¹ V. Olga María DOS SANTOS P., *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Caracas, 2000, p. 129 quien pone de relieve la indefinición del carácter de los empréstitos foráneos, aun cuando muchos parecen admitir el carácter contractual de los mismos.

⁴² *Ibid.*, p. 219.

⁴³ V. sobre el particular los interesantes comentarios de Gonzalo PÉREZ LUCIANI en «Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito público», loc. cit, p. 113.