

CONTRATOS DE INTERES NACIONAL

ELOY LARES MARTINEZ

1. La expresión "contratos de interés nacional", usada en la Constitución venezolana desde 1864, ha provocado dudas e incertidumbres. Ha sido objeto de una interpretación generalmente admitida por la jurisprudencia y la doctrina nacionales, pero que no ha resultado plenamente satisfactoria ni resuelto en su totalidad los problemas originados por el empleo de la referida expresión.

Dentro del orden de ideas dominante en el país, afirmamos en nuestro *Manual de Derecho Administrativo*¹ que los contratos de interés nacional son los contratos administrativos celebrados por la Administración Pública Nacional. Añadimos que del análisis de las distintas reglas contenidas en el artículo 126 de la Constitución, se deduce que existe una expresión genérica —la de contratos de interés público—, que consideramos asimilable a la de contrato administrativo y expresiones específicas, que son: contratos de interés nacional, contratos de interés estatal y contratos de interés municipal, ya que el interés público puede ser: nacional, estatal y municipal. Llegamos, pues, a la conclusión de que los contratos de interés nacional forman parte de la categoría de contratos administrativos.

Dada la circunstancia de que la noción del "contrato administrativo" ha sido vivamente controvertida, y es materia de revisión en nuestros días, conviene, antes de entrar en el estudio de los preceptos constitucionales sobre "contratos de interés nacional", examinar la figura del "contrato administrativo", su aparición en la escena del derecho público y su posterior evolución.

1. Cuarta edición, p. 295.

2. La Administración Pública, para dar cumplimiento a su cometido de atender a la satisfacción de las necesidades colectivas, al mismo tiempo que adopta decisiones unilaterales —actos administrativos— celebra contratos con otras personas —públicas o privadas— creadores de obligaciones, o encaminados a regular, transferir, modificar o extinguir vínculos de derecho.

Entre los contratos o acuerdos de voluntades que celebra la Administración, la doctrina dominante en Francia, Bélgica, España y países americanos de origen español y también sostenida por algunos autores alemanes, italianos y suizos, distingue dos categorías, a saber: los unos son contratos de derecho privado, similares a los que celebran los particulares entre sí; los otros son contratos administrativos, cuya ejecución está regida por principios de derecho público, y que se caracterizan por rasgos particulares, ya por su objeto o finalidad, o bien por la naturaleza de ciertas cláusulas que pueden contener, desacostumbradas en los contratos que celebran los particulares entre sí.

Tales conceptos no han sido en ningún momento aceptados en forma unánime por la doctrina.

En Italia, algunos juristas (D'Alessio entre ellos) sostienen que la Administración no celebra contratos de ninguna especie. Otra corriente de la doctrina italiana (Vita, Presutti, Ranelletti, Cammeo), admite que la Administración celebra contratos regidos por el derecho privado, entre los cuales se incluyen los contratos de obra pública, de suministros y de empréstito. Zanobini opina que la cuestión parece resolverse únicamente en base a los principios del derecho positivo. En principio, el nombrado maestro es opuesto a la idea del contrato administrativo; pero añade: "Esta regla general no obsta a una conclusión distinta respecto de actos que el derecho público regula de otra manera. Hay realmente muchas concesiones que se hacen en forma contractual y como contratos están regulados en las respectivas leyes".²

Entre los autores alemanes, Otto Mayer rechazaba la idea de los contratos que pudiera celebrar la Administración, pues ésta —según el mencionado autor— actúa sólo por vía de autoridad.

Entre los autores alemanes, Otto Mayer rechazaba, pues ésta —según el mencionado autor— actúa sólo por vía de autoridad.

3. La distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado que celebra la Administración vino a sustituir

2. Zanobini, Guido: *Corso di Diritto Amministrativo*, T. I., p. 215.

en Francia la teoría que oponía los actos de autoridad a los actos de gestión.

Bajo el signo de la teoría mencionada, todos los contratos celebrados por las personas públicas eran actos de gestión, pues conforme a esa doctrina, la Administración, al contratar, no actúa como depositaria del poder. En consecuencia, todos los contratos celebrados por la Administración formaban parte de una misma categoría jurídica, y las controversias derivadas de ellos se hallaban en Francia sujetas a la competencia de los tribunales judiciales, y sus efectos, regulados por el derecho privado.

Abandonada la teoría que distinguía los actos de autoridad de los de gestión, la jurisprudencia consagró en Francia el criterio general de la competencia administrativa derivada de la noción del servicio público, lo que se inició en el *arrêt* Blanco, dictado por el Tribunal de los Conflictos el 8 de septiembre de 1873, y se confirmó por el *arrêt* Terrier, dictado por el Consejo de Estado, el 6 de febrero de 1903, conforme al cual "todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, sea que la Administración actúe por vía de contrato, sea que proceda por vía de autoridad, constituye una operación administrativa que es por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa".

La Escuela de Burdeos, principalmente por obra de uno de sus promotores, el brillante administrativista Gastón Jèze, desarrolló en las décadas segunda y tercera del presente siglo, la teoría de los contratos administrativos, que no tardó en ser acogida por la doctrina, la cátedra y los tribunales, en gran número de países.

4. Surgió, desde el comienzo, la dificultad para determinar el criterio definidor de la figura del contrato administrativo. Ha habido, en efecto, diversidad de criterios para el establecimiento de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado que celebra la Administración.

No existe, en realidad, criterio preciso para reconocer el contrato administrativo.

En Francia algunos contratos han recibido de la ley la calificación de "contratos administrativos", no en forma directa, sino mediante la atribución de competencia a los tribunales administrativos para conocer de los conflictos provenientes de aquéllos. Así, pues, en dicho país se *consideran contratos administrativos por determinación de la ley*, entre

otros: el contrato de obra pública, los contratos relativos a la ocupación del dominio público por particulares y las ventas de inmuebles del Estado. En Venezuela no existen contratos administrativos por determinación de la ley.

En general, en la propia Francia y en la generalidad de los países, ha sido obra de la doctrina y la jurisprudencia señalar los criterios que han de servir de base para la determinación de los contratos administrativos.

Durante muchos años el criterio dominante ha sido el que atiende al *objeto* o *fin* que persigue la Administración al celebrar el contrato. Para la Escuela de Burdeos, la vinculación del contrato con una actividad de servicio público ha sido considerada como una condición de su carácter administrativo. Este criterio ofrece muchas modalidades. Se ha sostenido que la expresada vinculación debe traducirse por un *minimum* de participación en el servicio. Se ha afirmado también que para que un contrato sea administrativo, su relación con el servicio público ha de ser de cierto grado. Generalmente se excluyen de esta clasificación los contratos relacionados con los servicios públicos industriales o comerciales.

Ahora bien, el criterio fundado en la noción de servicio público ha venido a sufrir con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, las consecuencias de la notable decadencia de esta noción. La doctrina actual está de acuerdo de la vaguedad e imprecisión del concepto de servicio público, por lo cual resulta no aconsejable edificar sobre ella, como lo hizo la Escuela de Burdeos, todas las concepciones del derecho administrativo.

Por eso, se ha llegado a sustituir la idea de servicio público por nociones más amplias: las de utilidad pública o interés general, por ejemplo. Serían, pues, contratos administrativos los que tuvieran por objeto o fin, la utilidad pública o el interés general. Es preciso reconocer, sin embargo, que tales nociones adolecen también de vaguedad.

Otro criterio empleado para el establecimiento de la distinción comentada ha sido el que se funda en el distinto régimen jurídico de los vínculos contractuales. Lo característico del contrato administrativo sería, conforme a este criterio, la existencia en él, de cláusulas exorbitantes, es decir, cláusulas que están fuera de la órbita del derecho común. Esta noción de "cláusula exorbitante" corresponde frecuentemente —según expone André de Laubadere— a la prerrogativa exorbitante. La cláusula exorbitante no es necesariamente —según el nom-

brado autor— una cláusula que sería ilícita en los contratos entre particulares, sino una cláusula simplemente inhabitual en estos contratos.

Sayagués Laso observa que la diversidad de criterios expuestos y las objeciones que pueden hacerse a todos ellos “revelan a las claras que no ha podido encontrarse una solución satisfactoria para distinguir los contratos administrativos de los contratos de derecho privado”. El mismo expositor afirma que el concepto de servicio público “carece de precisión”, y que la noción de utilidad pública o colectiva es “demasiado vaga”; y en fin, que “no es posible establecer una línea de demarcación neta entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado”.³

5. Si bien Sayagués Laso niega la existencia de una clara diferenciación entre las dos categorías de contratos, es decir, la posibilidad de trazar una línea divisoria entre unos y otros, observa un conjunto de situaciones posibles, al examinar los vínculos contractuales que contrae la Administración.

En algunos casos, advierte, el vínculo jurídico es de derecho público, ya que no aparece ni puede aparecer en el derecho privado, por tratarse de figuras jurídicas no susceptibles de ser utilizadas por los particulares. El mencionado autor ofrece el ejemplo de la concesión de servicio público. Sólo puede ser concedente de un servicio público la Administración. En uno y otro caso es lógico que el vínculo jurídico se rija principalmente por el derecho público.⁴

El nombrado expositor contempla casos en que el contrato celebrado por la Administración presenta cierta analogía con alguna figura contractual de derecho privado, pero ofrece características diferenciales en razón de la forma como habitualmente se celebra y ejecuta, en razón de circunstancias propias de la actividad de las entidades públicas. Son ejemplos los contratos de obras y los de suministros.

Hay finalmente, según el maestro uruguayo, “contratos típicos de derecho privado” que la Administración puede celebrar. En estos casos se aplicarán principalmente las normas civiles y mercantiles, aun cuando las reglas de derecho público no quedan totalmente descartadas. Sayagués Laso da como ejemplo de esta tercera situación los contratos de préstamo hipotecario concedidos por un banco que constituya una entidad pública estatal. En Venezuela podrían servir de ejemplos los

3. Sayagués Laso: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, número 352.

4. *Ibid.*, vol. I, N° 354.

préstamos concedidos por el Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI) y el Instituto Nacional de Crédito Agrícola y Pecuario (INCAP).

6. Ha habido indudablemente énfasis excesivo en quienes han proclamado una nítida diferenciación entre los contratos de derecho administrativo y los contratos de derecho privado celebrados por la Administración.

Igualmente hay que reconocer exagerado énfasis dogmático en quienes niegan la existencia del contrato administrativo. Así, el distinguido jurista venezolano Gonzalo Pérez Luciani, profiere los siguientes conceptos: "la distinción entre los contratos que pudieran ser administrativos y los que no lo fueran carece totalmente de sentido. No pasaría de ser una cuestión meramente académica, o mejor, bizantina...". "Pensar en un régimen distinto, de un pretendido derecho público, para regular las relaciones contractuales de los entes públicos, nace solamente de erróneas concepciones relativas al verdadero alcance y sentido del derecho público. Además, en Venezuela los errores se deben al traslado injustificado de teorías extranjeras, francesas en el caso, sin ninguna justificación y a una falta absoluta de espíritu crítico en nuestros escritores jurídicos".⁵

En realidad, se trata de una materia sumamente delicada, en la cual caben las consideraciones matizadas, y no las afirmaciones rotundas. No es posible rechazar en términos absolutos la aplicación del derecho público a los vínculos nacidos de los contratos celebrados por la Administración. No puede sostenerse con seriedad que la ejecución de todos los contratos celebrados por la Administración esté exclusivamente regida por el Código Civil y el Código de Comercio, como pretende hacerlo el apreciado profesor nombrado. Sería pretender desconocer las prerrogativas de la Administración. No es válido tampoco, en un afán de autoctonía, rechazar los aportes de la doctrina francesa, en tanto se acogen ampliamente a las aportaciones provenientes de otros países de Europa. Se observa, además, que el rechazo terminante a la aplicación del derecho público a los contratos que celebran las autoridades, y la inadmisión severa de las doctrinas del Consejo de Estado francés, conducen lógicamente a la negación misma del derecho administrativo.

Claro está que la noción del contrato nace, crece y madura en el derecho privado. Sería incorrecto excluir la aplicación del derecho

5. Pérez Luciani, Gonzalo: *Dictamen rendido a la C. A. Centro Simón Bolívar*, mimeo, Caracas, 1973.

público de los contratos celebrados por la Administración. El solo hecho de participar la Administración en un contrato, cualquiera que éste sea, basta para imprimir ciertas modalidades a los efectos de la operación celebrada.

7. Es bien sabido que no existe diferencia alguna en las reglas relativas a la formación de los distintos contratos que pueda celebrar la Administración.

El más ilustre y radical de los defensores de la distinción entre las dos categorías de contratos de la Administración enseñaba que "todos los contratos celebrados por la administración están regidos por un cierto número de *reglas comunes* concernientes a la Administración"; y agregaba que esas *reglas comunes* concernientes a la Administración son relativas: 1º) A la *competencia*, ya que para que un contrato celebrado por la Administración sea jurídicamente válido, es preciso que sea concluido por una autoridad competente; 2º) Al *libre consentimiento*, ya que las reglas sobre vicios del consentimiento (el error, la violencia y el dolo) son comunes a todos los contratos y a todos los contratantes; son, en principio, las mismas reglas que rigen las relaciones entre particulares en derecho privado; 3º) Al *objeto*: el objeto debe ser posible y lícito, y la regla es común a todos los contratantes; 4º) A los *motivos determinantes*, ya que ningún contrato de la Administración puede ser celebrado sino por interés general; 5º) A las *formalidades*, que deben ser cumplidas, bajo sanciones variadas.⁶

Los sostenedores de la distinción entre los dos tipos de contratos que celebra la Administración han señalado que las consecuencias de esa diferenciación son dos, a saber: a) que los contratos administrativos están sujetos a la jurisdicción administrativa, en los países en que esa jurisdicción existe, en tanto que los contratos de derecho privado se hallan bajo el control de la jurisdicción ordinaria, o de los tribunales judiciales, como se dice en Francia; b) que la ejecución de los contratos administrativos está regida por normas especiales de derecho público, particularmente en cuanto a supremacía de la Administración, su derecho de imponer sanciones, de declarar la caducidad del contrato, de disponer la modificación unilateral y de poner al contrato, aun sin falta del otro contratante.

Un autor francés, Lamarque, observa en 1960 el "valor relativo" de la expresada distinción, pues estima que "la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Ad-

6. Gaston Jèze: *Cours de droit public*. Paris, 1935, pp. 3 y 4.

ministración es ciertamente mucho menos grande que la que existe entre estos últimos y los contratos particulares”, es decir, los que celebran los particulares entre sí.⁷

8. En Venezuela no ha sido materia de controversia la aptitud de la Administración para contratar, pues nuestro derecho positivo ha consagrado desde épocas lejanas, de modo expreso, la competencia de las autoridades para contratar.

En efecto, el ordinal 8º, artículo 72 de la Constitución Nacional sancionada el 28 de marzo de 1864, confería al Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, la atribución de “celebrar los contratos de interés nacional con arreglo a la ley, y sometidos a la Legislatura”. De entonces hasta hoy, todos los textos constitucionales han conferido facultad expresa al Jefe del Poder Ejecutivo para contratar.

La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, desde hace muchos años, impuso al Poder Ejecutivo la obligación de remitir a la Contraloría General los proyectos de contratos que se propusiere celebrar, relativos a la adquisición de bienes o servicios o de otros que impliquen compromisos financieros para la República. La Contraloría, previas determinadas verificaciones, debería dar o negar su aprobación. Estas disposiciones figuran hoy en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, de fecha 4 de enero de 1975.

La Ley Forestal de Suelos y Aguas (art. 65) contempla la posibilidad de celebración de contratos entre el Ejecutivo Nacional y los particulares para que éstos ejecuten el aprovechamiento de productos forestales en terrenos baldíos u otros del dominio privado de la Nación.

La Ley Orgánica del Distrito Federal autoriza al Gobernador de esta ciudad para la celebración de contratos, que con anterioridad a su ejecución, deberán ser sometidos a la aprobación del Concejo Municipal.

Las constituciones de los Estados confieren facultad a los Gobernadores de los mismos, para la celebración de contratos, que antes de ponerse en ejecución, deberán ser aprobados por las Asambleas Legislativas.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal atribuye a los Concejos Municipales la función de “aprobar los contratos administrativos o de interés municipal”, y el artículo 65, numeral 13 *eiusdem* incluye, entre

7. Lamarque: *Recherches sur l'application du Droit Privé aux services publics administratifs*. Paris, 1960, pp. 502 y ss.

las atribuciones del Administrador Municipal, la de "celebrar contratos, con aprobación del Concejo Municipal, sin la cual el acto carecerá de toda validez". En los Concejos Municipales en los cuales no exista el Administrador Municipal, el otorgamiento de los contratos corresponde al Presidente del Ayuntamiento.

No existe, pues, en la actualidad, ni en tiempos anteriores ha existido en Venezuela, discrepancia alguna en cuanto al reconocimiento de la capacidad de la Administración para contratar, pues todo el derecho positivo en nuestro país formalmente la admite.

9. La noción del contrato administrativo aparece por vez primera en la jurisprudencia nacional, en la sentencia dictada el 5 de diciembre de 1944, por la Corte Federal y de Casación (denominación, para esa época, del primer tribunal de la República) en el juicio intentado por el Procurador General de la Nación, en representación del Estado, contra la compañía holandesa con la cual se había contratado la ejecución de las obras del puerto de La Guaira.

La mencionada sentencia reconoce "una distinción fundamental entre los contratos administrativos que interesan a los servicios públicos y los contratos de derecho privado...". Agrega la Corte: "No quiere decir esto que no tengan ya aplicación en los contratos administrativos los preceptos del derecho privado. Este sigue siendo el derecho común en todo aquello que en dichos contratos no ofrezca una naturaleza especial, un concepto nuevo de justicia, inconciliable con los preceptos civiles y mercantiles que rigen los contratos entre simples particulares". Continúan los sentenciadores: "Se considera como regla esencial en la ejecución de los contratos administrativos que el interés general del funcionamiento regular del servicio público en relación con el contrato no debe ser comprometido por el interés privado del otro contratante. Y lo que se dice en este punto con respecto al concesionario de un servicio público se aplica también a los contratistas de obras públicas en las cuales está interesado un servicio público, como lo es en el caso de autos de construcción de obras portuarias, y una de las razones de esta regla es que el contratista ha aceptado ser en cierto modo un colaborador del servicio público, un coagente, que al menos ha aceptado una subordinación de su actividad al interés general colectivo en la buena y rápida ejecución de las obras destinadas al servicio, caso muy distinto del de los contratantes particulares". También expone la sentencia: "Se enseña igualmente que debido a estas diferencias, la regla de intangibilidad de los contratos particulares, salvo por nuevo acuerdo de las partes, no rige de manera rigurosa en los contratos de

la Administración. Ese rigor de intangibilidad sería perjudicial para los intereses colectivos, pues fácilmente se comprende los perjuicios que habría, si la Administración necesitase de acuerdos previos con el contratista para introducir modificaciones en contratos que por su naturaleza y finalidad deben estar en todo momento sometidos a rectificaciones y mejoras que el mismo interés público aconseja, así sea en los planos, como en los trabajos, o en los medios de ejecución. Salvo naturalmente que los cambios o rectificaciones sean de tal magnitud que desnaturalicen o cambien sustancialmente la obra o el servicio contratados, porque en estos casos, aunque siempre se trate del ejercicio de un derecho, no de incumplimiento culpable de la Administración Pública, se reconoce al contratista el derecho de solicitar prórrogas y compensaciones y aun la resiliación del contrato". Añade la Corte que la Administración tiene el derecho de introducir estos cambios "sin que sea necesario que se hayan previsto esas facultades en cláusulas expresas del contrato". Con relación a las sanciones imponibles por la Administración, expresa la sentencia: "Es principio fundamental que el silencio del contrato sobre las sanciones de la obligación del contratista, de ejecutar dentro de los plazos estipulados, no implica que no existan sanciones... Entre las sanciones normales ordinarias está el derecho de la Administración Pública, de tomar de oficio a riesgo del contratista, las medidas indispensables al buen funcionamiento del servicio público, así como también la resiliación bajo la responsabilidad por falta (*aux torts*) del concesionario, del empresario de obras o del proveedor".⁸

La doctrina contenida en la referida sentencia ha sido ratificada en numerosas decisiones del más alto tribunal. Por ejemplo, en el fallo dictado el 12 de noviembre de 1954, expuso la Corte Federal: "Cuando la Administración Pública, pues, obrando como tal, celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, un contrato que tiene por objeto una prestación de utilidad pública, nos encontramos sin duda frente a un contrato administrativo. Así, la especialidad de dichos contratos radica en el objeto y en el interés general que envuelven, y tal interés general puede ser el de la Nación o Estado, de las Provincias o de las Municipalidades". En su decisión de fecha 13 de agosto de 1964, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, dijo: "No existe duda alguna en cuanto al carácter administrativo de un contrato de explotación de madera en terrenos baldíos. El carácter de concesión, de un contrato de esta naturaleza, así como su objeto

8. *Memoria* de la Corte Federal y de Casación, 1945.

y la noción de servicio público que lo informa, además del contenido de sus cláusulas, determinan suficientemente su calidad de contrato administrativo". En igual sentido se ha pronunciado la Corte en ulteriores decisiones.

En síntesis: la jurisprudencia del más alto tribunal venezolano en el curso de las cuatro décadas más recientes ha mantenido invariablemente la figura del contrato administrativo por antítesis al contrato de derecho privado celebrado por la Administración, caracterizado aquél por su finalidad u objeto, encaminados a la realización de actividades de servicio público o vinculadas con el interés general o utilidad pública y cuya principal consecuencia es la sujeción a un régimen de derecho público, o sea, de subordinación del particular o empresa privada contratista, a las prerrogativas de la Administración.

10. El artículo 42, numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, mandada a cumplir el 30 de julio de 1976, y la cual entró en vigor el 1º de enero de 1977, dispone que la referida Corte conocerá de las cuestiones que surjan en relación con los *contratos administrativos* en los cuales sean parte la República, un Estado o un Municipio. El ejercicio de esta atribución compete, conforme al artículo 43, *ejusdem*, a la Sala Político-Administrativa de la referida Corte. Ahora bien, como hemos visto, al indicar esta atribución, la ley menciona los contratos administrativos, lo que significa que no corresponde a la competencia de la Corte resolver las cuestiones surgidas de los contratos de derecho privado celebrados por las entidades públicas territoriales, salvo que por razón de la cuantía deba conocer del asunto, de acuerdo con otra disposición de esa misma ley.

11. El profesor español Eduardo García de Enterría es opuesto en principio a la teoría del contrato administrativo, pues rechaza la idea de que el "contrato objeto del derecho administrativo sea algo irreductible al cuadro contractual general del derecho civil, y que por consiguiente, tenga que tratarse de una institución totalmente singular e independiente". Admite sin embargo, que la doctrina general del contrato "se especifica o modula de una manera peculiar en el derecho administrativo". Sostiene, además, que, "tal modulación es el resultado de una doble vigencia: las peculiaridades de la Administración como organización colectiva característica, y su giro o tráfico peculiar y propio". Que lo primero explica casi todas las reglas comunes de formación de la totalidad de los contratos en que la Administración interviene, y no sólo estrictamente administrativos; y lo segundo explica, el que determinadas exigencias del giro o tráfico propio y peculiar de

la Administración, es decir, del ámbito de actuación que la Administración tiene como propio de sus funciones peculiares, es justamente lo propio de los llamados *strictu sensu* contratos administrativos, y se manifiesta sobre todo en las reglas de ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos. Agrega el profesor nombrado que las exigencias del "giro o tráfico" administrativo se manifiestan normalmente sólo en los contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento prolongado, y que los contratos de tracto instantáneo no presentan ese carácter administrativo.

Añade el nombrado profesor que las prerrogativas del poder público, o sean, las cláusulas exorbitantes no serían, en general, ilícitas en un contrato de derecho privado celebrado por la Administración.

Acepta el distinguido expositor hispano que existen cláusulas exorbitantes extremas que sólo pueden darse en el derecho administrativo, tal como el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa el conocimiento judicial; pero explica que este poder formidable no resulta del contrato mismo, sino de la posición jurídica de la Administración, de modo que es en sí mismo extracontractual, y añade que hoy la verdadera razón de fondo que justifica esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas.

Igualmente, en lo tocante a la prerrogativa del *jus variandi*, que permite a la Administración modificar unilateralmente el contrato, el referido autor expresa que se trata en realidad de una potestad administrativa que la actividad contractual nunca ha podido interferir o limitar, y que puede romper no sólo los contratos de la Administración, sino también los contratos celebrados entre particulares.

En síntesis, el profesor García de Enterría sostiene que las características propias de los contratos de la Administración no alteran el esquema contractual, es decir, mantienen incólume la noción del contrato, común a todas las ramas del derecho. Admite que puede hablarse de una teoría iusadministrativa del contrato, pero no de una rígida división dual entre los contratos que celebra la Administración. Afirma, en fin, que la presencia de la Administración introduce en el mecanismo del contrato una modulación, sin que ello implique que en tal caso el derecho administrativo "deba absorber la totalidad de las reglas de fondo de los contratos civiles aplicables a los contratos administrativos".⁹

9. García de Enterría, Eduardo: "La Figura del Contrato Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, N° 41, mayo-agosto de 1963.

Las ideas precedentes las acoge el autor en la obra: *Curso de Derecho Administrativo*, escrita en colaboración con el profesor Tomás Ramón Fernández, publicada en Madrid.¹⁰

12. En reciente estudio del profesor venezolano Allan R. Brewer-Carías, analiza la evolución del concepto de contrato administrativo, revisa opiniones anteriormente emitidas por él y arriba a la conclusión de que en la actualidad "la noción de contrato administrativo sólo puede aceptarse para identificar un tipo de contrato de la Administración el cual, por la finalidad perseguida por la Administración al contratar, está sometido a un régimen preponderante de derecho público, pero no porque tenga un régimen de derecho público por contraposición a otros contratos de la Administración que estarían sometidos a un régimen de derecho privado. Estos últimos no existen; toda la actividad contractual de la Administración es administrativa, y está sometida a un régimen mixto de derecho público y derecho privado. La preponderancia de uno u otro y su utilización regular es lo que adquiere ahora importancia".¹¹

13. La noción del contrato, tal como aparece en la definición del Código Civil, es la misma en el dominio del derecho privado y del derecho público. El contrato es, por lo tanto, una institución general a todo el derecho, aun cuando haya nacido y alcanzado un desarrollo mayor en el derecho civil.

Como antes expusimos, está fuera de duda, en el derecho venezolano, la aptitud de la Administración para contratar.

La distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho común celebrados por la Administración tuvo su origen en Francia, al ser atribuido a los tribunales administrativos el conocimiento de los conflictos provenientes de la ejecución de los primeros, y a los tribunales judiciales, todo lo concerniente a las cuestiones surgidas de los segundos. Los tribunales administrativos aplicaron principios de derecho público a la solución de los problemas derivados de los contratos administrativos, en tanto que los tribunales judiciales aplicaron en los asuntos de su competencia, reglas de derecho privado. De allí que, aun en países como Venezuela, donde siempre el Poder Judicial ha ejercido en todas sus áreas la función jurisdiccional, ha tenido interés la distinción expresada.

10. Segunda edición, pp. 460 y ss.

11. Brewer-Carías, Allan-R.: "La evolución del concepto de contrato administrativo", *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, diciembre 13 de 1978, N° 5.076. Véase en pp. 41 a 69 de este libro.

El criterio de distinción entre una y otra categorías de contrato, fundado en la noción de servicio público *en sentido específico*, ha sido casi completamente abandonado, por la notoria decadencia de dicha noción. El criterio de la distinción basado en la sola existencia de cláusulas exorbitantes tampoco puede sostenerse, pues dejaría a la libre voluntad de las partes determinar la naturaleza del contrato, ya que la mayoría de las estipulaciones así calificadas podrían ser insertadas en cualquier contrato de la administración, aunque fuere de mera gestión mercantil. Es preciso confesar la dificultad extrema de hallar un acertado criterio de distinción.

Con mucha razón el profesor García de Enterría dijo en su estudio anteriormente indicado que el concepto de contrato administrativo es un "concepto polémico"; y expresa gran verdad el autor francés Liet Veaux, citado por aquél, cuando afirma que este tema es "uno de los capítulos más desesperantes del derecho público".

La verdad es que no puede hablarse de contratos exclusivamente regidos por el derecho administrativo y de contratos exclusivamente regulados por el derecho civil y mercantil. Es lo cierto que en todos los contratos de la Administración se aplican a un tiempo principios de derecho público, y preceptos de derecho privado, en proporción mayor o menor.

Anteriormente dijimos que las reglas de formación de los contratos de la Administración son comunes a todos los contratos celebrados por ésta.

En cuanto a las normas que rigen la ejecución de esos contratos, conviene establecer algunos distingos.

En aquellos contratos que tienen por finalidad atender de inmediato a satisfacer necesidades públicas, a la realización de obras o actividades estrechamente vinculadas al interés general, a la utilidad pública o bien común, nociones estas que expresan una amplitud mayor que la del "servicio público", y que sean de tracto o cumplimiento sucesivo, serán aplicados principios de derecho público, en razón de la posición jurídica que ocupa la Administración. Así, pues, no en razón de cláusulas contractuales expresas o implícitas, sino en virtud de potestades propias del poder público, en esos contratos la Administración ejercerá los poderes de dirección, de imponer sanciones al contratista, de modificar por decisión unilateral el objeto del contrato, e inclusive, de poner fin anticipadamente al contrato, sin falta del contratista, sino en vista de los requerimientos del interés público.

Pero no cabe establecer una división clara y tajante entre contratos de derecho administrativo y contratos de derecho privado celebrados por la Administración. Hay, entre los contratos de la Administración, algunos en los cuales la finalidad de interés general es particularmente intensa. En otros, esa finalidad se percibe con menor intensidad. Finalmente, en algunos contratos se trata sólo de gestiones relativas a la administración de bienes patrimoniales de la entidad pública contratante. En todos esos contratos de la Administración se aplicarán en medida variable, principios de derecho público y de derecho privado.

En las consideraciones precedentes se rectifican o aclaran conceptos expuestos sobre los contratos administrativos en nuestro *Manual de Derecho Administrativo*.

14. En dos oportunidades la Constitución se refiere a "los contratos del interés nacional".

La primera, en el artículo 126, que expresa: "Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional, salvo los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permita la ley. No podrá en ningún caso procederse al otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos ni de otros recursos naturales que determine la ley, sin que las Cámaras en sesión conjunta, debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes lo autoricen, dentro de las condiciones que fijen y sin que ello dispense del cumplimiento de las formalidades legales.

"Tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeros, ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación del Congreso.

"La ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público".

La segunda oportunidad en que la Constitución emplea la referida expresión es en el ordinal 15 del artículo 190, que confiere al Presidente de la República la atribución de "celebrar los contratos de interés nacional permitidos por esta Constitución y las leyes".

15. Como antes dijimos, los "contratos de interés nacional" se mencionan por primera vez en la Constitución federalista, sancionada

por la Asamblea Constituyente el 28 de marzo de 1864. El artículo 72, atribución octava, disponía que correspondía al Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, "celebrar los contratos de interés nacional con arreglo a la ley, y someterlos a la Legislatura". El artículo 43, numeral 17, incluía entre las atribuciones de la Legislatura Nacional, la de "aprobar o negar los contratos que sobre obras públicas nacionales haga el Presidente de la Unión, sin cuyo requisito no se llevarán a efecto". Se advierte que en la atribución de la Legislatura no se habla de "contratos de interés nacional", sino de contratos sobre obras públicas nacionales. Esas disposiciones en lo fundamental se mantienen sin variación a través de las reformas sufridas por la Constitución en los años 1874, 1881 y 1891. Podría afirmarse que durante esas décadas, se entendía por contratos de interés nacional, los contratos celebrados por el Ejecutivo Federal sobre obras públicas nacionales.

En el artículo 3 de la Constitución sancionada con posterioridad al triunfo de la llamada "Revolución Legalista" por la Asamblea Nacional Constituyente, el 12 de junio de 1893, el artículo 78, atribución tercera, faculta al Presidente de la República para celebrar los contratos de interés nacional con arreglo a las leyes, y someterlos al Congreso para su aprobación o improbación, sin cuyo requisito no podrán ponerse en ejecución. Y en esa misma Constitución, el ordinal 16 del artículo 44, encomienda al Congreso aprobar o negar los contratos de interés nacional que celebrare el Presidente de la Unión, los cuales no podrán llevarse a efecto sin su aprobación. No se hace mención alguna de los contratos sobre obras públicas nacionales, como se hacía en las constituciones de 1864, 1874, 1881 y 1891. Las disposiciones contenidas en las Constituciones de 1901, 1904 y 1909 son en el fondo iguales a las normas ya citadas de la Carta Fundamental de 1893.

En las constituciones sancionadas el 13 de junio de 1914 y el 19 de junio de 1922, al indicar las atribuciones de las Cámaras como cuerpos colegisladores, se les encomienda aprobar o negar los títulos y concesiones de minas, las enajenaciones de tierras baldías y de cualesquiera bienes inmuebles de la Nación, las concesiones para construir vías de comunicación y los demás contratos de interés nacional, autorizados por la Constitución o las leyes, que celebre o prorrogue el Ejecutivo Nacional. Al enumerar las atribuciones del Presidente, en las dos constituciones últimamente mencionadas, como en las anteriores, se habla sólo de celebrar contratos de interés nacional, sin indicar en forma alguna el objeto, materia o características de tales contratos. Pero es evidente que bajo el imperio de las dos constituciones cita-

das, se debían considerar contratos de interés nacional: las concesiones mineras, las enajenaciones de tierras baldías y otros inmuebles de la Nación y las concesiones para construir vías de comunicación.

En la Constitución sancionada el 24 de junio de 1925, conforme a la atribución 6ª del artículo 78, corresponde a las Cámaras Legislativas como cuerpos colegisladores, aprobar o negar los contratos para la construcción de vías férreas, cables aéreos de tracción, establecimiento de comunicaciones telegráficas o inalámbricas y los demás de interés nacional, autorizados por la Constitución o las leyes, que celebre el Ejecutivo Federal. La atribución 21, artículo 100 de esa misma Constitución, facultaba al Presidente para celebrar, por órgano del Ministro o Ministros a quienes compete y con aprobación del Consejo de Ministros, los contratos de interés nacional permitidos por la Constitución y las leyes y someterlos al Congreso. Es claro que conforme a esta Constitución quedan calificados como contratos de interés nacional: los relativos a la construcción de vías férreas, cables aéreos de tracción y establecimiento de comunicaciones telegráficas o inalámbricas. De modo expreso dispone el ordinal 6º, artículo 78, que no están sujetos a la aprobación del Congreso, las concesiones mineras ni los títulos de tierras baldías.

Las disposiciones señaladas de la Constitución de 1925 se reproducen sin variación a través de las reformas sufridas por la Carta Magna en los años de 1928, 1929, 1931, 1936 y 1945.

En la Constitución sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente el 5 de julio de 1947, las disposiciones concernientes a la materia estudiada no indican de modo alguno el objeto o contenido ni las características de los contratos de interés nacional. En esto son similares a las constituciones dictadas en 1893, 1901, 1904 y 1909, antes citadas. En efecto, el ordinal 14, artículo 198, confiere al Presidente de la República la atribución de "celebrar por órgano del Ministro o Ministros respectivos y con aprobación del Consejo de Ministros respectivos los contratos de interés nacional permitidos por esta Constitución y las leyes, y someterlos a la consideración del Congreso Nacional o de la Comisión Permanente del mismo en casos urgentes...". Por otra parte, en la atribución 8ª, artículo 162, de esa misma Constitución, se dispone que corresponde a las Cámaras como cuerpos colegisladores "autorizar al Poder Ejecutivo Federal, so pena de nulidad, para enajenar bienes inmuebles del patrimonio privado de la Nación, y para celebrar contratos de interés nacional, los cuales no serán válidos ni entrarán en vigencia sino después que hayan sido aprobados por las Cámaras. Se exceptúan los contratos o títulos mineros o de

tierras baldías, y los demás que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública, salvo en los casos que determine la ley”.

En la Constitución sancionada el 11 de abril de 1953 no se hace uso de la expresión “contratos de interés nacional” al conferir la atribución para contratar, al Presidente de la República, y para dar o negar su aprobación, a las Cámaras. En efecto, conforme al numeral 15, letra b), artículo 108, corresponde al Presidente de la República, por medio del ministro respectivo, “celebrar contratos con arreglo a las leyes”; y de acuerdo con la atribución 4ª, artículo 81 de esa misma Constitución, corresponde a las Cámaras como cuerpos colegisladores, aprobar o negar los contratos que celebre el Poder Ejecutivo Nacional y que conforme a la ley estén sujetos a este requisito. La aprobación legislativa, pues, puede ser requerida por la ley, y en este caso será necesaria, sin que sea preciso calificar el contrato. No obstante lo expuesto, se advierte que la Constitución de 1953, en su artículo 48, prohíbe que puedan ser celebrados con gobiernos extranjeros o traspasados a ellos, contratos de interés público nacional, estatal o municipal; y en su artículo 49 se refiere también a los contratos de interés público celebrados por el Gobierno Nacional, con los de los Estados o con los Municipios, en los cuales ordena el constituyente se considere incorporada la cláusula Calvo.

16. Como hemos visto, en algunas de las constituciones anteriores a la actual, entre otras la de 1947, se confería al Presidente de la República la atribución de celebrar, por órgano del Ministro o Ministros respectivos, contratos de interés nacional. La Constitución en vigor se limita a atribuir esa competencia al Presidente, sin indicación alguna de que deba actuar por órgano de los Ministros. Esto ha dado origen a que algunos abogados sostengan que esos contratos deberán ser firmados por el propio Jefe de Estado. Este parecer no es correcto. Conforme al artículo 193 de la Constitución, los Ministros son los órganos directos del Presidente de la República. Era, pues, redundante decir que la celebración de los contratos de interés nacional debía hacerse por órgano de los Ministros. Esta atribución debe ser ejercida en Consejo de Ministros, lo que significa que la decisión de celebrar el contrato debe ser adoptada por el Jefe de Estado en Consejo de Ministros.

17. No fue acertada la redacción del artículo 126 de la Constitución en vigor. Se prohíbe en él la celebración, sin aprobación del Congreso, de contratos de interés nacional. Según acuerdo unánime de la

doctrina, el acto de aprobación es posterior a la celebración del contrato, con el cual se expresa conformidad. La autorización, en cambio, es un acto anterior al otorgamiento del contrato al cual se refiere. Mientras que la autorización contempla un contrato proyectado, la aprobación implica conformidad con un contrato ya formado.

En la Constitución actual se reserva el requisito de la autorización para casos excepcionales, a saber: los empréstitos, que requerirán, para su validez, una ley especial que los autorice, conforme al aparte único del artículo 231 de la Constitución; y el otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos o de otros recursos naturales que determine la ley, al cual no podrá procederse, según el artículo 126 *ejusdem*, sin que las Cámaras en sesión conjunta, lo autoricen, dentro de las condiciones que fijen. Claro está, que, habiéndose reservado el Estado el ejercicio de la industria de los hidrocarburos, el segundo caso queda limitado al otorgamiento de concesiones de otros recursos naturales que determine la ley.

18. Como acaba de verse, la autorización para contratar un empréstito debe hacerse en forma de ley, y en cambio, la autorización para el otorgamiento de las aludidas concesiones, debe hacerse por las Cámaras en sesión conjunta, es decir, mediante acuerdo. La autorización para que el Ejecutivo Nacional pueda enajenar inmuebles del dominio privado de la Nación corresponde al Senado, según el ordinal 2º del artículo 150 de la Constitución, lo que significa que deberá hacerse mediante "acuerdo" del Senado.

No precisa la Constitución cuáles son los procedimientos a seguir, y de consiguiente, la forma que ha de revestir el acto aprobatorio del Congreso con relación a los contratos de interés nacional. Como hemos señalado en anteriores Constituciones, esta atribución correspondía a las Cámaras como cuerpos colegisladores, lo que significa que debía seguirse el procedimiento pautado para la formación de las leyes, y el acto revestía forma de ley.

La disposición transitoria decimotercera de la Constitución prescribe que "cuando la ley requiera para la validez de un acto la autorización, aprobación o sanción del Congreso, la decisión será tomada por las Cámaras en sesión conjunta, a menos que de la misma naturaleza del acto aparezca que debe seguirse el procedimiento para la formación de las leyes". Pero no creemos que en el caso examinado deba aplicarse esta disposición, porque la aprobación legislativa en relación con los contratos de interés no es requerida por la ley, sino por la Constitución.

A nuestro parecer, debe seguirse, conforme a la tradición constitucional venezolana, empleando la forma de ley, para los referidos actos aprobatorios.

19. Como todo acto aprobatorio, la aprobación legislativa de los contratos de interés nacional, incide sobre la eficacia de los mismos, no sobre su validez.

El contrato celebrado por el Ejecutivo Nacional, previo el cumplimiento de todos los trámites legales, y con arreglo a la Constitución y las leyes, tiene plena validez, pero no adquiere eficacia, es decir, no puede ser puesto en ejecución, mientras no haya recaído la aprobación legislativa.

20. Conviene determinar lo que debe entenderse por "contratos de interés nacional". El doctor Ambrosio Oropeza, en su libro *La Nueva Constitución Venezolana 1961*, expresa que "los contratos de interés nacional son aquellos que tienen por objeto la satisfacción de los servicios públicos que interesan directa o indirectamente a toda la colectividad venezolana o a gran parte de ella".¹² Definición ésta que guarda estrecha relación con el concepto generalizado en Venezuela, expuesto al comienzo de este trabajo, y según el cual los contratos de interés nacional se hallan comprendidos dentro de la categoría de los contratos administrativos.

Se ha sostenido también en la doctrina venezolana que el contrato de interés nacional es aquel "que comprometa los altos intereses nacionales", que las denominaciones "contratos de interés nacional", "contratos de interés público nacional", "contratos de interés público", se refieren a "un solo tipo especial de contratos", por su *importancia*, por su *magnitud económica*, por sus *consecuencias*.¹³ Igualmente se ha escrito —en el mismo orden de ideas— que la única posibilidad para establecer distinciones entre los contratos que pudiese celebrar la Administración es que "las notas diferenciales sean exclusivamente cuantitativas" (subrayado de E.L.M.).¹⁴ Esta tesis meramente cuantitativa del contrato de interés nacional no puede ser acogida. No podría estar fundada sino en el texto expreso de una norma jurídica determinativa de las cuantías de los contratos que merecieran tal calificación. Por otra parte, ¿cómo distinguir entre los "altos" y los pequeños intereses nacionales, entre los contratos importantes y los no importantes, entre los trascen-

12. Oropeza, Dr. Ambrosio: *La Nueva Constitución Venezolana 1961*, p. 361.

13. Pérez Luciani, Gonzalo: "El Control Jurisdiccional de las Leyes no normativas aprobatorias de contratos", antes citado.

14. Pérez Luciani, Gonzalo: *Dictamen* ya citado para la C. A. Centro Simón Bolívar.

dentes y los no trascendentes? Este criterio carece de toda base científica y es, por lo tanto, inadmisibile.

Otra afirmación escrita en la doctrina nacional es aquella según la cual "la figura de los contratos de interés nacional ha venido a ampliar la categoría de los actos administrativos, al comprender, como tales, muchos contratos que aun cuando no sean suscritos por un ente de derecho público, sin embargo, se consideran como de interés nacional, y por tanto, sometidos al mismo régimen, preponderante de derecho público, que los contratos tradicionalmente calificados de administrativos".¹⁵ Esta afirmación tiene por base la idea anteriormente rechazada, de que los contratos de interés nacional se caracterizan por su importancia, su magnitud económica y su trascendencia, es decir, su incidencia en el proceso de desarrollo económico se pretende, pues, que los contratos celebrados por empresas del Estado deban ser, en razón de su importancia, magnitud o trascendencia, incluidos entre los contratos de interés nacional. Debe observarse que la Constitución atribuye al Presidente de la República celebrar los contratos de interés nacional y añade que esta atribución debe ser ejercida en Consejo de Ministros (ordinal 15 y penúltimo aparte del artículo 190). Corresponde, pues, exclusivamente al Ejecutivo Nacional celebrar los contratos de interés nacional. Luego es necesario para que un contrato pueda recibir esa calificación, que una de las partes contratantes sea la República de Venezuela.

No existe duda para nosotros de que es absolutamente *necesario* para que un contrato sea considerado de interés nacional, que una de las partes sea la República de Venezuela. Cabe formular la pregunta de si ello será *suficiente*.

A nuestro modo de ver, ante la indefinición de la Constitución y de las leyes, podrían concebirse acerca de la figura del contrato de interés nacional, dos interpretaciones, a saber, *Primera*: Podría suponerse, para que un contrato pudiera ser calificado como de interés nacional, que sería necesario y suficiente que una de las partes contratantes fuera la República de Venezuela. En tal caso, recibirían esa calificación todos aquellos contratos en que tuviera interés la Nación, así las concesiones de servicios y obras públicas, como los empréstitos, y también, los contratos concernientes a la administración y disposición de bienes patrimoniales, tales como el arrendamiento o la venta de bienes pertenecientes al dominio privado de la Nación. *Segunda*: Po-

15. Brewer-Carías, Allan-R.: Estudio anteriormente citado, publicado en la Revista *Jurisprudencia Argentina*, 1978. Véase ese texto en pp. 41 a 69 de este libro.

dría sostenerse también que para que un contrato pudiera ser calificado como de interés nacional sería necesario, pero no suficiente, que una de las partes en él fuera la República de Venezuela, pues se exigiría, además, que el contrato tuviera por finalidad atender de modo inmediato y directo requerimientos de interés general. Los contratos de interés nacional serían, pues, los contratos de interés público en que participara la Nación. A la luz de esta segunda concepción, quedarían excluidos de la noción de contratos de interés nacional, los contratos relativos a la administración y disposición de los bienes muebles o inmuebles, pertenecientes al dominio privado de la Nación.

Acogemos esta segunda concepción. Según ella, como hemos visto, son contratos de interés nacional todos los contratos en que participa la República de Venezuela, con excepción de los que se refieren a la administración y disposición de bienes del dominio privado de la Nación.

Aun cuando esta interpretación se aproxima mucho a la tesis antes sostenida por nosotros y por la doctrina dominante en nuestro país, ofrece la ventaja de eludir la mención de un concepto polémico, como lo es la figura del contrato administrativo. Lo que no parece admisible es la argumentación de un distinguido expositor venezolano, conforme a la cual, el encuadramiento de las expresiones "contratos de interés nacional" y "contratos de interés público" dentro de la categoría de los contratos administrativos "carece de sentido", por cuanto las referidas expresiones aparecieron en nuestros textos constitucionales la primera en 1864, y la segunda en 1893, épocas para las cuales no se había mencionado nunca al contrato administrativo.¹⁶ Esta consideración histórica carece de valor para la hermenéutica jurídica. No podemos interpretar las normas de la Constitución 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 intención de sus proyectistas y de los integrantes de las asambleas o congresos que las hayan sancionado. Es necesario interpretarlas con criterio actual.

21. No todos los contratos de interés nacional requieren para su ejecución aprobación legislativa. No se exige dicha aprobación: respecto a los contratos "que fueren necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública", ni en relación con aquellos "que permite la ley". La primera de las excepciones se ha justificado en razón de que "sin ella quedaría entabado el diario funcionamiento de la Administración Pública respecto de los contratos necesarios para su

16. Pérez Luciani, G.: *Dictamen para el Centro Simón Bolívar, C. A.*, ya citado.

desarrollo".¹⁷ No es fácil determinar cuáles son los contratos necesarios para el normal funcionamiento de la administración. Dentro de esa primera excepción pueden considerarse incluidos, si no la totalidad, la inmensa mayoría de los contratos que celebra el Ejecutivo Nacional, cualesquiera fueren su magnitud, importancia y trascendencia en el desarrollo nacional. La segunda de las excepciones indicadas exime de la aprobación legislativa los contratos "que permite la ley", esto es, aquellos que, en virtud de disposición legal, pueden celebrarse y ejecutarse sin necesidad de la referida aprobación. Esta excepción procede, no sólo cuando los preceptos legales referentes a determinados contratos los provean en todos sus trámites sin señalarles la necesidad de aprobación legislativa (sería en caso de permisión implícita), o cuando los eximan de manera expresa, de la necesidad de dicha aprobación (aprobación explícita).¹⁸

22. El primer aparte del artículo 126 de la Constitución se refiere a los contratos de interés público, no sólo los de carácter nacional, sino también los de carácter estatal y municipal. Lo mismo que el encabezamiento, este aparte es confuso y defectuoso. Dispone el constituyente la necesidad de la aprobación del Congreso, respecto a los contratos de interés público allí mencionados, celebrados con Estados o entidades oficiales extranjeras, o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, y a los traspasos de aquéllos a una u otra de dichas entidades. Entendemos que en este aparte, como en el encabezamiento ya comentado del mismo artículo, la mente de la Constitución consiste en requerir la intervención posterior del Congreso, para que esos contratos y sus traspasos o cesiones puedan tener ejecución. Desde luego, los traspasos o cesiones tendrían que ser aprobados por el Ejecutivo Nacional, o del Estado, o del Concejo Municipal, según sea el caso, antes de ser solicitada la conformidad del Congreso.

23. El último aparte del artículo 126 dispone que "la ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público". Algunas veces se ha interpretado que la ley a que alude el precepto transcrito es precisamente la ley aprobatoria del contrato. Es obvio que esa interpretación no es acertada. Siendo la aprobación legislativa del contrato posterior al otorgamiento del mismo, no es posible al Congreso establecer condiciones en el acto aprobatorio. La

17. Farías Mata, Luis H.: *La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolana*, p. 54.

18. *Idem*.

decisión del Congreso tiene que ser pura y simplemente aprobatoria o denegatoria del contrato celebrado. El constituyente alude evidentemente a una ley normativa en la cual puedan establecerse las aludidas condiciones, y requerirse garantías especiales.

24. El artículo 127 de la Constitución incorpora a los contratos de interés público, una cláusula encaminada a impedir que las divergencias que emanan del cumplimiento o de la interpretación de dichos contratos puedan ser consideradas como de naturaleza internacional. Es la famosa cláusula Calvo, inspirada en la doctrina del autor de este nombre, conforme a la cual las reclamaciones privadas de los extranjeros no justifican la intervención armada. Conforme al citado artículo, en los contratos de interés público se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras. Si en el contrato no estuviere expresa esa cláusula, el efecto jurídico es el mismo, porque la Constitución dispone que en tal caso se considerará incorporada. Si en el contrato se incluyere una cláusula en sentido contrario, sería violatoria de la Constitución y por lo tanto, nula.

La disposición comentada se opone abiertamente a tres posibilidades: a que pueda ser atribuida jurisdicción a un tribunal extranjero, para conocer de los conflictos provenientes de la ejecución, retardo, in-ejecución o interpretación de contratos de interés público; a que pueda pretenderse la aplicación a tales litigios, de la legislación de países extranjeros; y en fin, a que en razón de las divergencias que surjan entre las partes en relación a dichos contratos, puedan intervenir gobiernos extranjeros, que formulen a nombre de sus nacionales, reclamaciones contra Venezuela.

Ciertamente el artículo 127 de la Constitución excluye de la incorporación de la citada cláusula los casos en que fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza del contrato, expresión sumamente vaga que en la práctica ha presentado problemas insolubles.

25. De toda la exposición precedente se desprende que no es satisfactoria la redacción de los artículos 126 y 127 de la Constitución, y que, en consecuencia, deberían efectuarse algunas enmiendas constitucionales, destinadas a impedir la incertidumbre actual en cuanto a la significación y alcance de esos dos preceptos.

Las enmiendas sugeridas podrían ser del tenor siguiente:

a) Los contratos que celebre la Administración Pública Nacional, de los estados o de los municipios, y los traspasos de los mismos, sólo estarán sujetos a la aprobación del Congreso cuando una disposición legal así lo exija, y en este caso no podrán ponerse en ejecución sin haberse cumplido dicho requisito. La aprobación deberá ser expedida en forma de ley.

b) En los contratos que celebre la Administración Pública Nacional, de los estados o de los municipios, siempre que una disposición legal así lo establezca, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, la cláusula prevista en el artículo 127 de la Constitución.

En la forma propuesta queda perfectamente claro: que la intervención del Congreso, en caso de ser necesaria, es posterior a la celebración del contrato, pues se trataría de un acto aprobatorio y no autorizador; que la aprobación del Congreso debería ser expedida en forma de ley, esto es, mediante el procedimiento especial establecido en la Constitución para la formación de las leyes; y finalmente, que tanto la aprobación legislativa respecto a la celebración y cesión de contratos, como la incorporación de la cláusula Calvo, sólo podrán ser requeridas cuando así lo ordene una disposición legal. Una vez que las enmiendas propuestas llegaren a entrar en vigor, podría la ley por vía general disponer la necesidad de la aprobación del Congreso para aquellos contratos cuya cuantía exceda de una suma determinada; y también podría el legislador exigir la aprobación legislativa para cierta clase de contratos, independientemente de su cuantía. En fin, el legislador puede ser casuista, y la norma legislativa es siempre más fácilmente variable que los preceptos constitucionales; por lo cual estimo ventajosas las enmiendas sugeridas, tanto en lo referente al requisito de la aprobación legislativa, como en lo concerniente a la incorporación de la cláusula Calvo.