

Comentarios Monográficos

LOS CONTRATOS DE INTERES NACIONAL Y SU APROBACION LEGISLATIVA

Allan R. Brewer-Carías
Director del Instituto de Derecho Público
U.C.V.

El artículo 126 de la Constitución establece, en su primera parte, lo siguiente:

“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”.

Independientemente de la polémica doctrinal que desde hace años ha surgido en torno a sobre si la noción de contrato de interés nacional es o no equivalente a la de contrato administrativo, en realidad, lo que esta parte del artículo plantea como interrogante, que tiene que ser resuelto, es en primer lugar, la determinación de la frontera entre contratos de interés nacional y contratos que no son de interés nacional y, en segundo lugar, dentro de los primeros, es decir, de los contratos de interés nacional, cuáles son, sin embargo, “necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública” y por tanto, no requieren de aprobación legislativa, y cuáles tampoco requieren de dicha aprobación, porque así lo permita la Ley.

I. LA NOCION DE CONTRATO DE INTERES NACIONAL

La expresión “interés nacional”, para calificar determinados contratos, sin duda, constituye un concepto jurídico indeterminado o impreciso que establecido en el texto constitucional, da amplio margen al legislador para determinar o precisar, discrecionalmente, su contenido. Por tanto, en definitiva, determinar con precisión qué es “interés nacional” (arts. 101 y 126), “interés público” (art. 127), “conveniencia nacional” (art. 97), “interés social” (arts. 96 y 105), “función social” (art. 99), “utilidad pública” o “interés general” (art. 99), “beneficio colectivo” (art. 106), es una tarea que corresponde al legislador.

Por tanto, ante todo, un contrato será de “interés nacional” cuando así lo determine el legislador. Sin embargo, no es frecuente que la ley califique expresamente, en los términos del artículo 126 de la Constitución, a un contrato “como de interés nacional”. Por ello, los esfuerzos doctrinales que se han hecho tendientes a determinar su naturaleza, por contraposición a unos contratos que no son de interés nacional.

1. Podría decirse, así, que contrato de interés nacional, es aquel que interesa al ámbito nacional (en contraposición al ámbito estatal o municipal), porque ha sido celebrado por una persona jurídica estatal nacional, de derecho público (la República o un instituto autónomo) o de derecho privado (empresa del Estado). Por tanto, no serían contratos de interés nacional aquellos que son de interés estatal o

municipal, porque sean celebrados por personas jurídicas estatales de los Estados o de los Municipios, incluyendo los Institutos Autónomos y empresas del Estado de esas entidades político-territoriales. Esta parece ser la interpretación más directa respecto a lo que se entiende, en el artículo 126 de la Constitución, por "interés nacional", contrapuesto a "interés estatal" o "interés municipal".

Todos los contratos de interés nacional, estatal o municipal, serían, por supuesto, contratos de "interés público" (art. 127)¹ en el mismo sentido que la noción de Poder Público (Título IV de la Constitución) comprende al Poder Nacional, a los Poderes de los Estados y al "Poder" Municipal.

De acuerdo a este criterio, los contratos celebrados por un Estado miembro de la Federación o sus Institutos Autónomos o empresas del Estado estatales, o por un Municipio o sus Institutos Autónomos o empresas del Estado Municipales, no serían contratos de interés nacional, en los términos del artículo 126 de la Constitución.

En nuestro criterio, en ausencia de una precisión del legislador sobre qué ha de entenderse por "interés nacional", *la única interpretación que admite el texto constitucional* para identificar los "contratos de interés nacional" son los que corresponden al ámbito nacional, por contraposición al estatal o municipal. Por eso, en principio, aquéllos requieren aprobación del Congreso (órgano que ejerce el Poder Legislativo *Nacional*) (Título V) y éstos no lo requieren. Los contratos de interés de los Estados o Municipios, por tanto, son contratos que no serían de interés nacional.

2. En la doctrina nacional se ha querido identificar *cuantitativamente* la noción de contrato de interés nacional, al identificarse con un "tipo especial de contratos, por su importancia, por su magnitud económica, por sus consecuencias". Por ejemplo, Gonzalo Pérez Luciani, señala que "de no existir diferencias cualitativas entre los diversos contratos que pudiese celebrar la Administración para calificar a unos como de "interés nacional" y a otros no, la única posibilidad es que las notas diferenciales sean exclusivamente cuantitativas. De las diversas normas transcritas puede deducirse que la preocupación del Constituyente ha girado en torno a cuestiones como las siguientes: los compromisos económicos o financieros que pudieran resultar a cargo del Estado; al temor a que se malgasten o dilapiden los fondos públicos; la necesidad de conservar los bienes patrimoniales o los recursos naturales del Estado, o que los mismos no sirvan para beneficiar a unos pocos en detrimento de todos; los requerimientos de control, sobre los poderes de la Administración, para evitar abusos, favoritismos, etc. Esas características cuantitativas son las que han movido al Constituyente para considerar a unos contratos como de "interés nacional"². Una interpretación similar la hace José Melich Orsini, al señalar que un contrato de interés público (comprendido los de interés nacional) es el que contiene

1. Cfr. Eloy Lares Martínez, "Contratos de interés nacional" en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas 1981, pág. 117.

2. *Dictamen sobre los contratos de interés público, de interés nacional y los contratos de empréstito público*, 1973, citado por Fermín Toro Jiménez, *Manual de Derecho Internacional Público*, Vol. 1, Caracas 1982, pág. 473.

“una gran contratación hecha por la Administración Pública Nacional... que justifique a los fines de control la intervención del Congreso”³.

Este criterio cuantitativo de interpretación sobre qué ha de entenderse por contrato de interés nacional, *por sí sólo*, es inadmisibles para trazar el límite entre los contratos que sean de interés nacional y los que no lo sean, y requeriría, para su vigencia, de una ley que lo determine. El legislador, en efecto, tendría que establecer el límite “cuantitativo” o de “gran contratación”, para que se pudiera exigir, como condición de eficacia contractual, la aprobación del Congreso. Lo cierto es que esa intervención parlamentaria no puede quedar sujeta a interpretaciones o a apreciaciones cuantitativas que, sin precisión legal, serían variables. Por tanto, el criterio cuantitativo no es admisible para determinar los contratos de interés nacional, sino cuando una ley establezca que aquellos de determinada cuantía, importancia o naturaleza lo sean, a los efectos de quedar sujetos a la aprobación del Congreso⁴.

3. Otra posición doctrinal, elaborada bajo el ángulo del derecho internacional, sostiene que por contratos de interés público (comprendidos los de interés nacional) “debe entenderse pura y simplemente aquellos contratos celebrados por el Estado... que puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”. Es la posición de Fermín Toro Jiménez, quien agrega que no serían contratos de interés público (incluyendo los de interés nacional) “todos aquellos en que no pueda plantearse la posibilidad de una reclamación extranjera, ni directamente, a través de una reclamación diplomática, ni indirectamente mediante el ejercicio de una acción contra el Estado venezolano ante los tribunales de un Estado extranjero, conforme a la legislación de ese mismo Estado. Estos contratos, serían aquellos celebrados por el Estado venezolano o demás entes públicos con personas naturales o jurídicas venezolanas”⁵.

Esta interpretación tampoco es admisible, no sólo por su visión limitada respecto de los efectos internacionales de los contratos públicos, sino porque el mismo artículo 126 de la Constitución le da una connotación de derecho interno a los contratos de interés nacional, al admitir que una categoría de ellos pueden ser “necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública” aun cuando no se celebren con personas jurídicas extranjeras. Por otra parte, es una interpretación que identifica, en los términos de los artículos 126 y 127, los contratos de “interés público” con los de “interés nacional” lo cual no autoriza la Constitución. No se olvide que los primeros constituyen el género y los segundos una especie.

En todo caso, la interpretación de qué ha de entenderse por contrato de interés nacional, no puede estar basada en la sola posibilidad de reclamaciones extranjeras derivadas contra el Estado del vínculo contractual. La Constitución, en forma alguna, autoriza a esta interpretación, máxime cuando regula con precisión los casos de contratos celebrados por los entes públicos con personas jurídicas extranjeras (art. 126, penúltimo aparte y art. 127).

3. “La Noción de Contrato de Interés Público” en *Revista de Derecho Público*, Nº 7, Caracas 1981, pág. 61.

4. Cfr. Eloy Lares Martínez, *loc. cit.*, pág. 136.

5. *Manual de Derecho Internacional Público*, Tomo 1, Caracas 1982, págs. 481 y 482.

Como conclusión, por tanto, en ausencia de una legislación que determine con precisión qué ha de entenderse por contrato de interés nacional, la única interpretación que autoriza el texto mismo de la Constitución para diferenciar "contratos de interés nacional" de aquellos que no lo son, es la que deriva del principio de la repartición vertical del poder, en nuestro sistema federal o político territorial. Así, contratos de interés nacional son los celebrados por las entidades políticas y administrativas nacionales (República, Institutos Autónomos y otros establecimientos públicos estatales nacionales y empresas del Estado nacionales). En consecuencia, no son contratos de interés nacional los celebrados por los Estados y Municipios, sus institutos autónomos estatales o municipales y sus empresas del Estado estatales o municipales.

En consecuencia, sólo los primeros, los contratos de "interés nacional" están sometidos, como principio, al requisito de aprobación por el Congreso que prevé el artículo 126 de la Constitución en su primera parte; y en cambio, los segundos, es decir, los contratos de interés estatal o municipal, no están sometidos al requisito de aprobación del Congreso para su celebración.

II. LA EXIGENCIA DE APROBACION DEL CONGRESO EN LOS CONTRATOS DE INTERES NACIONAL

De lo señalado anteriormente puede concluirse, como principio general, que todos los contratos de interés nacional, es decir, que sean celebrados por entes públicos o administrativos nacionales (República, institutos autónomos nacionales, otros establecimientos públicos estatales nacionales y empresas del Estado nacionales), están sometidos a la aprobación del Congreso, que, como requisito, se configura como una formalidad posterior a la conclusión del contrato.

Sin embargo, la Constitución establece en el artículo 126 que, en efecto, todos los contratos de interés nacional para ser celebrados requieren de la aprobación del Congreso "salvo los (contratos de interés nacional) que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permita la ley". Esta norma plantea varios problemas interpretativos.

1. Ante todo, el artículo 126 de la Constitución distingue dos categorías de contratos de interés nacional: aquellos que no son necesarios para el normal desarrollo de la administración pública y aquellos que, en cambio, sí son necesarios para el normal desarrollo de la administración pública. Sólo los primeros están sometidos al requisito de aprobación del Congreso.

Sin embargo, necesariamente aquí se nos plantea el problema, de nuevo, de establecer la frontera entre uno y otro contrato; en otras palabras, se plantea el problema de determinar cuándo un contrato de interés nacional es necesario para el normal desarrollo de la administración pública y cuándo no.

Ello exige definir criterios, en primer lugar, sobre lo que es o no "necesario" y en segundo lugar, sobre lo que es o no "normal desarrollo". Estamos aquí, de nuevo, ante conceptos jurídicos imprecisos o indeterminados que sólo el legislador

podría definir con precisión, para lo cual podría optar por variados criterios, incluso el de carácter cuantitativo. Mientras ello no se haga, nada autoriza al intérprete a calificar en forma definitiva un contrato de interés nacional como sujeto o no a la aprobación legislativa. Puede, sin duda, haber apreciaciones, pareceres u opiniones, pero no criterios jurídicos definitivos. Como lo indicamos en otro lugar, “para ello se requiere una normativa legal que lo especifique”⁶. De lo contrario, como lo afirma Eloy Lares Martínez, “dentro de esa primera excepción, pueden considerarse incluidos, si no la totalidad, la inmensa mayoría de los contratos que celebra el Ejecutivo Nacional, cualesquiera fuesen su magnitud, importancia y trascendencia en el desarrollo nacional”⁷.

Ahora bien, siendo una excepción a la regla constitucional, es de interpretación estricta, y la aplicación de la misma, en principio, requeriría de una ley que determine cuáles son los contratos de interés nacional necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública y que, por tanto, no estarían sometidos a la aprobación posterior del Congreso. Mientras esto no ocurra, todos los contratos de interés nacional tendrían que someterse a ese requisito de aprobación parlamentaria. Ello, sin duda, paralizaría y entorpecería el normal funcionamiento y desarrollo de la Administración del Estado, y para evitar eso, la misma Constitución previó otra excepción que, materialmente, convierte la regla misma en excepción.

2. En efecto, el artículo 126 de la Constitución somete a aprobación legislativa los contratos de interés nacional, “salvo... los que permita la Ley”, lo que significa, como lo hemos indicado en otro lugar, “atribuidos por Ley a cualquier autoridad pública sin indicación de la intervención del Poder Legislativo. De ello se desprende que en realidad, en la práctica, la excepción es la regla general, pues la mayoría de los contratos administrativos no requieren la intervención *a posteriori* del Congreso Nacional, por lo cual el requisito de aprobación legislativa es excepcional”⁸.

Con esta apreciación coincide Eloy Lares Martínez al señalar que “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 un caso de permisión implícita), o cuando los eximan de manera expresa, de la necesidad de dicha aprobación (aprobación explícita)”⁹. En igual sentido, Luis Henrique Farías Mata señala que “en cuanto a los permitidos por la ley, resulta también lógico que escapen

6. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La evolución del concepto de contrato administrativo” en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas 1981, pág. 53.

7. *Loc. cit.*, pág. 139.

8. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los Contratos Administrativos” en *Revista de la Facultad de Derecho, U.C.V.*, Nº 28, Caracas 1964, págs. 61 a 112; reproducido en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1975 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol. 2, Caracas 1977, pág. 485.

9. *Loc. cit.*, pág. 139.

a la posterior intervención parlamentaria puesto que previamente ha sido autorizada su celebración *in genere* por el propio Poder Legislativo, mediante Ley”¹⁰.

En consecuencia, en realidad, conforme a lo previsto en el artículo 126 de la Constitución, los contratos de interés nacional que en la actualidad deben someterse a la aprobación del Congreso, en ausencia de una ley que determine cuáles son los necesarios para el normal desarrollo de la Administración, son aquellos que no están regulados en modo alguno en leyes. Al contrario, si una ley establece la posibilidad de celebración del contrato, y no prevé la aprobación parlamentaria, significa que ha sido el mismo legislador quien ha “permitido”, por ley, la celebración del contrato sin aquella aprobación. A esta situación conduce la redacción del artículo 126 de la Constitución, en cuanto a las excepciones a la aprobación parlamentaria en los contratos de interés nacional.

Por tanto, la aprobación del Congreso respecto de contratos de interés nacional, en la realidad, es absolutamente excepcional, pues el legislador, en base a lo establecido en la Constitución, ha permitido ampliamente la celebración de dichos contratos, sin prever ni regular la intervención legislativa. En consecuencia, puede afirmarse que cuando en una ley se prevé que un ente público nacional puede realizar determinadas actividades u operaciones, que pueden resultar en la celebración de contratos, y no prevé la aprobación parlamentaria, esta no procede ni podría, en forma alguna, invocarse una supuesta ineficacia del contrato por su omisión (nunca se trataría de invalidez, pues la aprobación del Congreso prevista en el artículo 126 de la Constitución es posterior a la conclusión del contrato).

10. Luis Henrique Farías Mata, *La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas*, Caracas 1968, pág. 54.