

Comentarios Jurisprudenciales

LA MUTACIÓN DE LA NOCIÓN DE CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL HECHA POR LA SALA CONSTITUCIONAL, PARA CERCENARLE A LA ASAMBLEA NACIONAL SUS PODERES DE CONTROL POLÍTICO EN RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUS CONSECUENCIAS

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *Este comentario jurisprudencial se refiere a dos sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de 2002 y de 2016, en las cuales se ha mutado la noción de “contratos de interés nacional” reduciéndolos a solo los suscritos por la República, a los efectos de evadir la autorización previa del órgano legislativo para la suscripción del contrato.*

Palabras Clave: *Contratos Públicos. Contratos de interés público nacional. Autorización Legislativa.*

Abstract: *This Paper analyzes two decisions of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, in which the Tribunal has “mutated” the notion of “national public interest contracts,” reducing them to only those entered into by the Republic, in order to avoid the need for the Legislative authorization of the contracts.*

Key words: *Public contracts. Public National Interest Contracts Legislative authorization.*

I. DE NUEVO SOBRE LA NOCIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS O CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO

La Constitución de Venezuela de 1999, en sus artículos 150, 151, 187.9, 236.14 y 247, como la anterior de 1961, utiliza la expresión “contratos de interés público” y sus derivados, “contratos de interés público nacional,” “contratos de interés público estatal” y “contratos de interés público municipal,” como sinónimo de “contratos públicos” o “contratos del Estado,” lo que siempre ha exigido la necesidad de encuadrar dicha expresión en la doctrina del derecho administrativo, y en particular, en el derecho de los contratos administrativos, públicos o del Estado, en particular, en cuanto a la intervención contralora de la Asamblea nacional, autorizándolos o aprobándolos.¹

¹ Nuestra primera aproximación al tema la hicimos en 1964 en el estudio: 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*, N° 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964, pp. 61-11.

Dichos artículos de la Constitución, en los cuales se hace mención a los contratos de interés público en sus diversas vertientes (nacional, estatal y municipal), en efecto, son los siguientes:

Artículo 150. 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**, o con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional.

La ley podrá exigir en los **contratos de interés público** determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías”

Artículo 151. En los **contratos de interés público**, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Artículo 187. Corresponde a la Asamblea Nacional: [...] 9. Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar **contratos de interés nacional**, en los casos establecidos en la ley. Autorizar los **contratos de interés público nacional, estatal o municipal** con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.”

Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: [...] 14. Celebrar los **contratos de interés nacional** conforme a esta Constitución y la ley.

Artículo 247. La Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y será consultada para la aprobación de los **contratos de interés público nacional**.”

Sobre dichos contratos de interés público, en efecto, como antes hemos dicho, hemos considerado que la expresión abarca a “todos aquellos contratos en los cuales una de las partes (pueden ser las dos –contratos inter-administrativos–) es una persona jurídica estatal,² es decir, que está integrada en la organización general del Estado, sea que se trate de una persona jurídica político territorial (República, Estados, Municipios), o de personas de derecho público (pe. los institutos autónomos) o de personas de derecho privado (pe. las sociedades anónimas del Estado o empresas del Estado) estatales.”³

² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999,” en *Derecho Público Contemporáneo: Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, Estudios del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, enero-abril 2003, Volumen 1, pp. 48-54.

³ Véase en Allan R. Brewer-Carías, “Sobre los Contratos del Estado en Venezuela,” en *Derecho Administrativo Iberoamericano (Contratos Administrativos, Servicios públicos, Acto administrativo y procedimiento administrativo, Derecho administrativo ambiental, Limitaciones a la libertad)*, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, 2010, pp. 837-866, y en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, N° 6, Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Enero-Junio 2011, pp. 207-252. Dicho estudio tuvo su origen en la Ponencia elaborada para el IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo de Mendoza, paralelo al IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Cuyo, Mendoza, Argentina, septiembre 2010, para cuya redacción, partimos de otros escritos, entre ellos, “Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela”, en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías. Contratos Ad-*

Estos contratos del Estado, hemos sostenido, “son los que han sido denominados en la Constitución como “contratos de interés público” (nacional, estatal o municipal), y en el pasado, en escasísimas leyes, algunos de ellos fueron denominados como “contratos administrativos,” agregando lo siguiente:

“La Constitución de 1999, como la ley suprema y principal fuente del derecho administrativo, en materia de contratos del Estado, en la Sección Cuarta del Capítulo I del Título IV sobre el “Poder Público”, regula a los “contratos de interés público,” noción que en los artículos 150 y 151 se adoptó para identificar a los contratos suscritos por las entidades públicas, es decir, las personas jurídicas estatales, o las que integran el sector público y que en general se engloban en la noción de “Estado.” Esa noción de contratos de interés público puede considerarse como equivalente a las nociones de *contratos públicos*,⁴ *contratos del Estado*,⁵ o *contratos de la Administración*,⁶ o a la noción en inglés de *Public Contract*,⁷ a la francesa de *contrats de l’administration*,⁸ a la italiana de *contratti della pubblica amministrazione*,⁹ o a la portuguesa de *contratos de administração pública*,¹⁰ todas tendientes a identificar contratos en los cuales una de las partes de la relación contractual es el Estado, es decir, un órgano de la Administración Pública o una entidad pública, los que además, en general, tienen fines de interés público.”¹¹

Esa, por lo demás, como fue la intención de la propuesta que formulamos respecto de la norma del artículo 150 en la Asamblea Nacional Constituyente durante la elaboración de la Constitución de 1999,¹² a lo que nos referiremos más adelante.

Hemos agregado, además, que;

“En virtud de que Venezuela está organizada como un Estado federal (Art. 4, C.) con tres niveles de gobierno (nacional, estatal, municipal) (Art. 136 C.), la intención de la regulación de los “contratos de interés público” en el artículo 150 de la Constitución, que se clasifican en “contratos de interés público nacional”, “contratos de interés público estatal” y “contratos de interés público municipal”; fue referirse a los contratos suscritos, respectivamente, por entidades públicas nacionales, entidades públicas estatales y entidades públicas municipa-

ministrativos. Contratos del Estado, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, 2006, pp. 449-479, y en *Revista de Derecho Administrativo (RDA)*, Círculo de Derecho Administrativo (CDA), Año 1, N° 2, Lima, diciembre 2006, pp. 46-69; y “Los contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de aplicación,” en Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, 2ª Edición, Caracas 2009, pp. 13 ss.

⁴ Véase Sabino Álvarez Guendín, *Los contratos públicos*, Madrid, 1934.

⁵ Véase Jorge Enrique Romero Pérez, *Los contratos del Estado*, San José Costa Rica, 1993.

⁶ Véase Ivaro Pérez Vives, *De los contratos de la Administración*, Bogotá, 1984.

⁷ Véase Marco D’Alberti, *I “Public contracts” nell’esperienza Britannica*, Napoli, 1984.

⁸ Véase André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 3 vols., Paris, 1956.

⁹ Véase Francesco di Renzo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Milano, 1969; Francesco Paolo Pugliese, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d’America*, Padova, 1974.

¹⁰ Véase Juárez de Oliveira, *Licitações e Contratos de Administração Pública*, Sao Paulo 1993.

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre los contratos del Estado en Venezuela,” en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, N° 6, Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Enero-Junio 2011, pp. 207-252.

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, Caracas 1999, pp. 173 y ss.

les¹³. En consecuencia, la intención de la regulación constitucional fue considerar como contratos de interés público nacional, a aquellos concernientes al nivel nacional de gobierno (diferente a los niveles estatales y municipales de gobierno), porque son suscritos por entidades públicas nacionales, es decir, por la República o institutos autónomos nacionales o empresas del Estado nacionales.”¹⁴

Durante la vigencia de la Constitución de 1961, sin embargo, surgieron discusiones doctrinales sobre la noción de contratos de interés nacional, al considerar algunos autores que a la noción formal antes mencionada debía agregarse una noción material sobre la “importancia” nacional del objeto de los contratos para poder ser calificados como tales contratos de “interés nacional.” Sobre esta discusión, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia hizo mención en su sentencia Nº 2.241 del 24 de septiembre de 2002 (caso: *Andrés Velásquez, Elías Mata y Enrique Márquez, nulidad del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público*),¹⁵ en la cual al analizar la noción de contratos de interés nacional, recordó que:

“...la noción de contrato de interés público, expresión que aparece por primera vez en la Constitución de 1893 y se mantiene en los Textos Constitucionales de 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1947, 1951, 1961, hasta la vigente de 1999, la doctrina nacional ha propuesto distintas interpretaciones, como la desarrollada por el autor Eloy Lares Martínez, quien al referirse a la expresión examinada, para entonces contenida en el artículo 126 de la Constitución de 1961 señaló: ‘existe una expresión genérica –la de contratos de interés público– que consideramos administrativo y expresiones específicas que son: contratos de interés nacional, contratos de interés estatal y contratos de interés municipal, ya que el interés público puede ser nacional, estatal o municipal’ (‘Contratos de Interés Nacional’, en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas, UCV, 1981, p. 117).

En tal sentido, para el autor citado es necesario, pero no suficiente, que una de las partes en la contratación fuera la República, debiendo además exigirse que el contrato celebrado tuviera por finalidad el atender, de modo inmediato y directo, requerimientos de interés general (Cfr. *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, UCV, 1996, p. 321).

Un sector de la doctrina, en armonía con la actual regulación constitucional de los contratos de interés público, ha sostenido, atendiendo a la división en tres niveles político-territoriales del Poder Público, que los contratos de interés público constituyen el género mientras que los

¹³ Véase en general, Jesús Caballero Ortiz, “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999”, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 139-154; Jesús Caballero Ortiz, “Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1765-1777; Allan R. Brewer-Carías, “Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa” en *Revista de Derecho Público*, Nº 11, Caracas, 1982, pp. 40-54; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, pp. 28-36.

¹⁴ Sobre ello, por lo demás, vigente la Constitución de 1961, de nuevo en 1992 reiteramos en que “no hay complicación alguna en señalar que contrato de interés público, en la Constitución, es todo contrato suscrito por los entes públicos territoriales, cualquiera que sea su naturaleza y contenido, es decir, por la República, los Estados y los Municipios, y aún más, también, por los entes descentralizados de derecho público de esos tres niveles. Por tanto, un contrato suscrito por un instituto autónomo nacional, estatal o municipal, también puede considerarse como contrato de interés público.” Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

¹⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>

contratos de interés público nacional, estatal y municipal constituyen especies de aquél (*Cfr.* Allan R. Brewer Carías, *Estudios de Derecho Público*, Tomo I, Caracas, 1983, pp. 186 y 187), mientras que otro sector, apartándose de las interpretaciones precedentes, y haciendo énfasis en aspectos cuantitativos, ha expresado que cuando en los textos constitucionales se adopta la fórmula contrato de interés público, ha sido para referirse a aquellas ‘grandes contrataciones’ susceptibles de comprometer gravemente el patrimonio económico de la República, de exponerla a pérdidas graves o inclusive a reclamaciones internacionales que pudieran llegar a atentar contra la soberanía o la integridad del país (*Cfr.* José Melich Orsini, “La Noción de Contrato de Interés Público”, en *Revista de Derecho Público* N° 7, Caracas, 1981, p. 61).

Profundizando en el criterio cuantitativo acogido por la última de las interpretaciones referidas, se ha advertido en distintos análisis respecto del sentido que ha de atribuirsele que la noción de contrato de interés público, que la gran preocupación del constituyente, al aprobar los textos de las Constituciones antes indicadas, ha girado en torno a cuestiones como los compromisos económicos o financieros que pueden resultar a cargo del Estado, el temor a que se malgasten o dilapiden los fondos públicos, la necesidad de conservar los bienes patrimoniales o los recursos naturales del Estado, o que los mismos no sirvan para beneficiar a unos pocos en detrimento de todos, los requerimientos, inherentes a todo sistema democrático de gobierno, de control sobre los poderes de la Administración, para evitar abusos, favoritismos, etc (*Cfr.* Gonzalo Pérez Luciani, “Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público,” en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas, 1984, p. 103).

La discusión doctrinal existente durante la vigencia de la Constitución de 1961, entre las expresiones contrato de interés público y contrato de interés nacional, ha sido, como se indicara previamente, resuelta por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en su artículo 150 estableció claramente la relación de género-especies que existe entre la noción de contrato de interés público y las nociones de contrato de interés público nacional, estatal y municipal, en las cuales lo determinante sería la participación de la República, los Estados o los Municipios.¹⁶

Sin embargo, esa relación género especie a la que nos hemos referido, que desglosa a los contratos de interés público en contratos de interés público nacional, contratos de interés público estatal y contratos de interés público municipal, si bien apunta a contratos celebrados en los tres niveles territoriales del Poder Público, no implica que solo se refieran a los celebrados respectivamente por “la República, los Estados o los Municipios,” sino que en realidad se refieren a los celebrados en los tres niveles territoriales por los sujetos de derecho estatales que en cada uno existen, y que además de República, los Estados o los Municipios, son los institutos autónomos y las empresas del Estado que existan en cada uno de esos niveles, y que forman la Administración descentralizada en los mismos.

Ello es así, además, porque, en definitiva, en el derecho administrativo contemporáneo, lo más normal y común es que quienes por parte del Estado celebran contratos públicos son los entes descentralizados, siendo más bien la excepción que sean directamente República, los Estados o los Municipios.

¹⁶ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>.

II. EL SENTIDO DE LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES RELATIVAS A LOS “CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO” Y A LOS “CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL” Y A LA APROBACIÓN Y AUTORIZACIÓN PARLAMENTARIA

El anterior, además, estimamos que es el sentido de las previsiones de la Constitución. Así resulta del primer artículo de la Constitución que trata sobre el tema de los contratos de interés público, que como se indicó es el artículo 150, en el cual se precisó que la celebración de los contratos de interés público nacional solo “requerirá la *aprobación* de la Asamblea Nacional *en los casos que determine la ley*; y que la celebración de “contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela,” siempre requerirá de “la *aprobación* de la Asamblea Nacional.”

De esta previsión constitucional se derivan, en nuestro criterio, que conforme al sistema constitucional de distribución vertical o territorial del Poder Público entre “el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional” (art. 136) existen como hemos dicho, tres categorías de “contratos de interés público”: los “contratos de interés público municipal,” los “contratos de interés público estatal,” y los “contratos de interés público nacional.” Algunas normas constitucionales solo se aplican a los contratos de interés público nacional,¹⁷ y otras se aplican en cambio a los contratos de interés público, es decir, a los contratos de interés público nacional, estatal y municipal.¹⁸

Lo anterior implica, *primero*, que, respecto de esos contratos de interés público, la Constitución siguiendo una larga tradición que se remonta a fines del siglo XIX, estableció un régimen de control parlamentario respecto de la celebración de dichos contratos, y que en relación con los “contratos de interés público nacional,” conforme al artículo 150 de la Constitución, solo deben someterse a la aprobación de la Asamblea Nacional “en los casos que determine la ley.”

Ello implica que, de acuerdo con la Constitución de 1999, tiene que haber una ley que expresamente indique que determinados contratos deben ser sometido a aprobación legislativa para que ello sea exigido, habiéndose puesto así fin, en la Constitución de 1999, a las discusiones que en el pasado existieron en el país sobre cuándo la intervención parlamentaria era necesaria. En consecuencia, de acuerdo con la norma constitucional, los contratos de interés público estatal o municipal en ningún caso requieren aprobación por la Asamblea Nacional, y en cuanto a los contratos de interés público nacional solo lo requieren, cuando lo determine expresamente una ley.

¹⁷ Por ejemplo, el artículo 247 de la Constitución mencionado, que dispone que “La Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional.” Esta previsión es aplicable solo en el caso de contratos de interés público nacional.”

¹⁸ La otra norma que emplea la expresión de contratos de interés público es el artículo 151 de la Constitución, en el cual como se indicó, dispone que: “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.” La previsión es aplicable a todos los contratos de interés público, sea que sean “contratos de interés público municipal, estatal o nacional.”

En tal sentido, por ejemplo, el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece respecto de los contratos de interés público de asociación para “la constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias,” que los mismos están sujetos a la *aprobación previa de la Asamblea Nacional*, “a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, deberá informarla de todas las circunstancias pertinentes a dichas constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República.”¹⁹

Y segundo que aparte de los casos de aprobación de los contratos de interés público nacional por parte de la Asamblea Nacional en los *casos determinados en la ley*, la Constitución también exige que en todo caso de “contratos de interés público municipal, estatal o nacional” que vayan a celebrarse con “Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela,” o cuando vayan a traspasarse a ellos, los mismos deben someterse a la “aprobación de la Asamblea Nacional,” sin necesidad, en este caso, de que deba haber alguna ley que lo exija.

De lo anterior resulta entonces, específicamente en cuanto a la intervención del órgano legislativo en materia de celebración de “contratos de interés público,” que la Constitución distingue tres supuestos:

Primero, la aprobación por la Asamblea Nacional solo es necesaria respecto de “contratos de interés público nacional,” en los casos en los cuales así expresamente lo determine una ley, e independientemente del criterio que se utilice para la definición;

Segundo, la aprobación por la Asamblea Nacional, en todo caso, de “contratos de interés público municipal, estatal o nacional” cuando la contraparte del contrato sea “Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela,” y

Tercero, igualmente la aprobación de la Asamblea Nacional es necesaria en todo caso de “contratos de interés público municipal, estatal o nacional” ya suscritos, cuando vayan a traspasarse a “Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.”

Ahora bien, en relación con estos tres supuestos de intervención legislativa en materia de control parlamentario respecto de contratos de interés público, como se ha indicado, además de los casos de “aprobación” parlamentaria a que se refiere el artículo 150 de la Constitución, se debe destacar que el artículo 187.9 de la misma Constitución, también se refiere al tema, pero utilizando la expresión “autorizar” en lugar de “aprobar,” al disponer entre las competencias de la Asamblea Nacional está la de:

¹⁹ Esta norma fue inconstitucionalmente cambiada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, asumiendo, la propia Sala, la competencia para otorgar dicha autorización previa, en la polémica sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017, al decidir un recurso de interpretación que habían intentado el día anterior, el 28 de marzo de 2017, los apoderados de la Corporación Venezolana del Petróleo, SA (CVP), empresa filial de Petróleos de Venezuela, S.A. PDVSA, referido específicamente al artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Véase sobre dicha sentencia Allan R. Brewer-Carías, “El reparto de despojos: la usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del estado (sentencia N° 156 de la Sala Constitucional), New York, 30 de marzo de 2017, en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/04/149.-doc.-Brewer.-Usurpaci%C3%B3n-definitiva-funciones-AN-por-al-Sala-Const.-Sent-156-SC-29.3.pdf>

“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 extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.”

Del uso indiscriminado de las expresiones “aprobar” y “autorizar” y teniendo en cuenta que conforme a principios generales de derecho, la acción de aprobar es un mecanismo de control *a posteriori*, y en cambio, la acción de autorizar es un mecanismo de control *a priori*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la misma sentencia Nº 2241 de 24 de septiembre de 2002 Caso: *Andrés Velásquez y otros, nulidad parcial artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del sector Público*) dilucidó el tema en cuanto a lo previsto en los dos mencionados artículos 150 y 187.9 de la Constitución, sentando como criterio que en los casos de control parlamentario respecto de los contratos de interés público nacional cuando así lo determine la ley, la “aprobación” a la cual se refiere la Constitución debe otorgarla la Asamblea Nacional con posterioridad a la suscripción del contrato; en cambio, en los casos de control parlamentario respecto de los contratos de interés público nacional que vayan a suscribirse con Estados o empresas extranjeras no domiciliadas en el país, la “autorización” a la cual se refiere la Constitución debe otorgarla la Asamblea Nacional con anterioridad a la suscripción del contrato. La Sala en efecto argumentó como sigue:

“En el encabezado y en el primer aparte del artículo 150 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagraron dos supuestos de hecho distintos, que dan lugar a dos mecanismos de control por parte de la Asamblea Nacional sobre los contratos de interés público nacional celebrados por el Ejecutivo Nacional, correspondiendo el primero de ellos al ejercido por el órgano legislativo nacional *con posterioridad a la celebración del contrato –como condición de eficacia de la contratación– sólo en aquellos casos en que expresamente lo determine la ley*; y el segundo, al ejercido por el órgano legislativo nacional *con anterioridad a la celebración del contrato –como condición de validez de la contratación– en todos aquellos casos en que la República (así como los Estados y Municipios) a través del Ejecutivo Nacional, suscriba contratos con Estados, entidades oficiales extranjeras y sociedades no domiciliadas en Venezuela.*”²⁰

Es decir, concluyó la Sala que en el segundo caso:

“en virtud de la expresión “no podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional...” contenida en la primera de las referidas disposiciones constitucionales (artículo 150), debe concluirse que este segundo mecanismo de control consiste en una autorización que debe ser otorgada en forma previa a la celebración del contrato de interés público nacional, estatal o municipal por el órgano legislativo nacional, al efecto de que la contratación a celebrar pueda reconocerse como válida, de acuerdo con la Constitución.”²¹

²⁰ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>

²¹ *Idem*. La Sala, en este punto citó lo expuesto por Jesús Caballero Ortíz: “si el contrato no puede celebrarse, evidentemente, se trata de una autorización, de una *condicio iuris* 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 9 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 municipal, estatal y nacional con Estado o entidades nacional extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.” Véase, Jesús Caballero Ortíz, “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999,” en *Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, TSJ, Caracas, 2001, p. 147.

III. EL COMIENZO DE LA DEFINICIÓN RESTRICTIVA DE LA NOCIÓN DE CONTRATOS DE INTERÉS NACIONAL Y EL TEMA DE LA APROBACIÓN PARLAMENTARIA

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la antes referida sentencia N° 2241 de 24 de septiembre de 2002 Caso: *Andrés Velásquez y otros, nulidad parcial artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del sector Público*), sin embargo, aparte al precisar cuándo se requiere de una autorización y cuándo de una aprobación en materia de control parlamentario sobre los contratos de interés nacional, lamentablemente y sin que ello fuera necesario para resolver el *thema decidendum*, que era –como se verá más adelante– la nulidad del último párrafo del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, comenzó el inconveniente proceso de restricción sobre la noción de contratos de interés nacional, expresando su criterio de que con las previsiones de la Constitución de 1999 se:

“eliminó la distinción que la Constitución de la República de Venezuela de 1961 establecía entre contratos de interés público y contratos de interés nacional, por cuanto de la letra misma de los artículos 150 y 187, numeral 9, antes citados, se evidencia la adopción por el constituyente de la categoría genérica “contratos de interés público,” de la cual serían especies las de contratos de interés público “nacional, “estadal” y “municipal”, siendo así irrelevante en el presente caso entrar a examinar las distinciones o similitudes que en el pasado pudieran haberse formulado entre nociones jurídicas que, en la actualidad, se encuentran debidamente formuladas por el Texto Constitucional;”

agregando, sin embargo, que:

“La discusión doctrinal existente durante la vigencia de la Constitución de 1961,²² entre las expresiones contrato de interés público y contrato de interés nacional, ha sido, como se indicara previamente, resuelta por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en su artículo 150 estableció claramente la relación de género-especies que existe entre la noción de contrato de interés público y las nociones de contrato de interés público nacional, estadal y municipal, en las cuales lo determinante sería la participación de la República, los Estados o los Municipios.”²³

En realidad, lo determinante en la Constitución para identificar los contratos de interés público no es la participación de la República, de los Estados o de los Municipios, sino que lo determinante es la participación de las personas estatales de derecho público o de derecho

²² Véase por ejemplo, lo expuesto antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, entre otros, por: 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*, N° 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964, pp. 61-11; “Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, p. 306; Eloy Lares Martínez, “Contratos de Interés Nacional”, en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas, UCV, 1981, p. 117; José Melich Orsini, “La Noción de Contrato de Interés Público,” en *Revista de Derecho Público N° 7, Caracas, 1981*, p. 61; Allan R. Brewer-Carías, “Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa” en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Caracas, 1982, pp. 40-54; Allan R. Brewer Carías, *Estudios de Derecho Público*, Tomo I, Caracas, 1983, pp. 186 y 187; Gonzalo Pérez Luciani, “Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público,” en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas, 1984, p. 103; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, pp. 28-36; Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo II, Caracas, 1999, p. 173.

²³ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>

privado de los tres niveles territoriales, y que además de la República, los Estados o los Municipios, son, por ejemplo, los institutos autónomos o las empresas del Estado de los tres niveles territoriales.

Sin embargo, la Sala Constitucional, haciendo referencia de nuevo a las discusiones doctrinales que había habido en el pasado sobre la distinción entre contratos de interés público y contratos de interés público nacional, en la misma sentencia procedió a elaborar un marco definitorio de los “contratos de interés público” y de los “contratos de interés público nacional,” de carácter restrictivo, indicando que “son subsumibles” en el género de los contratos de interés público “todos aquellos contratos celebrados por la República, los Estados o los Municipios en los cuales esté involucrado el interés público nacional, estatal o municipal,” y que:

“estarán incluidos dentro de la especie de contratos de interés público nacional, todos aquellos contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan solo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante, que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación.”

Toda esta precisión terminológica que se hizo en la sentencia, y la restricción de la noción de los contratos de interés público, a los solos celebrados por la República, los Estados y los Municipios, excluyendo de la calificación a los celebrados por los institutos autónomos y las empresas del Estado, con lo cual la noción de contrato de interés público pasó a ser solo una categoría de los contratos públicos, en realidad no tenía ninguna justificación o necesidad de ser establecida para resolver lo que se había demandado, que era solo la nulidad del último párrafo del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público porque, como se comenta de seguidas, permitía que se pudieran celebrar contratos de interés público con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, sin la autorización previa de la Asamblea Nacional; y lo único que originó fue confusión, pues con la inconveniente definición restrictiva que dio la Sala, los contratos de interés nacional quedaron reducidos a los celebrados solo por la “República,” excluyéndose de dicha categoría de contratos de interés público nacional, a los que puedan celebrar las entidades descentralizadas, como los institutos autónomos y empresas del Estado, los cuales, por lo demás, en la mayoría de los casos son los más importantes, siendo casi excepcional que los grandes contratos del Estado se firmen directamente por el Ejecutivo Nacional, teniendo como contraparte a la República. Piénsese solo en el campo de la industria nacionalizada más importante del país, que es la actividad más importante del Estado, que es la industria petrolera, en la cual todos los contratos se celebran de parte del Estado, por Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, en tal carácter de empresas del Estado nacionales. Sin embargo, conforme al criterio restrictivo adoptado por la Sala Constitucional, esos contratos no serían “contratos de interés público nacional lo que no tiene mayor sentido en derecho administrativo.

En todo caso, sobre la innecesaria y restrictiva definición adoptada por la Sala Constitucional, en su momento advertimos que la misma excluía “de la denominación a los contratos públicos suscritos por los institutos autónomos o empresas del Estado; doctrina que no compartimos,” indicando que:

“Al contrario, en nuestro criterio, los contratos suscritos por ejemplo por institutos autónomos o empresas del Estado nacionales, tienen que ser considerados como “contratos de interés público nacional” conforme al artículo 150 constitucional. Lo contrario no tiene sentido, y conduciría a considerar de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo que, por ejemplo, un contrato suscrito por Petróleos de Venezuela (PDVSA) no podría considerarse como un contrato de interés público nacional, lo que, insistimos, no tiene sentido alguno. A pesar de esa errada doctrina, sin embargo, y sin duda, ese contrato es un contrato de interés público, es decir, es un contrato público nacional suscrito por una entidad pública estatal, en particular, una empresa del Estado o persona jurídica de derecho privado estatal.”²⁴

En todo caso, y a los efectos de dejar clarificado lo resuelto en la sentencia N° 2241 de 24 de septiembre de 2002, hay que insistir en que lo que se discutió fue la nulidad de la última parte del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público vigente para ese momento, pero no en relación con alguna supuesta aprobación parlamentaria de cada contrato de crédito público como contrato de interés público nacional, como había ocurrido en el pasado, lo que no se estableció en dicha la Ley Orgánica; sino en relación con el mecanismo de intervención parlamentaria previsto en dicha Ley Orgánica consistente en dos fases: primero, la sanción de una ley anual de endeudamiento conjuntamente con la sanción de la ley de presupuesto, y segundo, un sistema de información periódica –y no de autorización previa– por parte del Ejecutivo Nacional a la Asamblea Nacional de las operaciones de crédito público. En dicha norma, en efecto, se estableció lo siguiente en su último aparte que:

Artículo 80. [...] Una vez sancionada la ley de endeudamiento anual, el Ejecutivo Nacional procederá a celebrar las operaciones de crédito público en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse e informará periódicamente a la Asamblea Nacional”

Este último párrafo del artículo fue el que fue demandado en nulidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia, por los Sres. Andrés Velásquez, Elías Mata y Enrique Márquez, por considerar que la norma violaba los artículos 150 y 187.9 de la Constitución, al estimar que la misma facultaba “al Ejecutivo Nacional a realizar, sin necesidad de autorización previa por parte de la Asamblea Nacional, operaciones de crédito público en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse, una vez sancionada la ley de endeudamiento anual,” aun cuando se tratara de contratos de crédito público celebrados con “Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.”

En la sentencia, la Sala Constitucional consideró que:

“la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público únicamente puede autorizar al Ejecutivo Nacional a celebrar operaciones de crédito público mediante la sola aprobación de la Ley de Endeudamiento para el Ejercicio Fiscal respectivo, sin necesidad del control consagrado en los artículos 150 y 187, numeral 9, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando tales operaciones consistan en, por ejemplo, la emisión o colocación de títulos o la celebración de contratos de interés público nacional con sociedades

²⁴ Véase en Allan R. Brewer-Carías, “Sobre los contratos del Estado en Venezuela,” en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, N° 6, Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Enero-Junio 2011, pp. 207-252; “Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela”, en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Contratos Administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, 2006, pp. 449-479, y en *Revista de Derecho Administrativo (RDA)*, Círculo de Derecho Administrativo (CDA), Año 1, N° 2, Lima, diciembre 2006, pp. 46-69; y “Los contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de aplicación,” en Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley de Contrataciones Públicas*, 2ª Edición Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 13 ss.

domiciliadas en Venezuela, pero no cuando tales operaciones impliquen la celebración de contratos de interés público nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela, pues en tales casos es ineludible la aplicación del sistema del control previo o autorización para la contratación por parte de la Asamblea Nacional.”

De ello, concluyó entonces la Sala, en su sentencia, anulando la última parte del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, por considerar que mediante la misma, al no haberse fijado una excepción o referencia al control preceptivo (autorización) por parte de la Asamblea Nacional sobre la celebración por parte del Ejecutivo Nacional en el marco de operaciones de crédito público de contratos de interés público nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela, sino en lugar de ello preverse “una autorización general mediante la aprobación de la Ley de Endeudamiento Anual y un régimen de información periódica a la Asamblea Nacional, resultó vulnerado el sentido, propósito y razón de las disposiciones constitucionales” contenidas en los artículos 150 y 187.9 de la Constitución.

Es decir, la Sala consideró que el último aparte del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, contrariaba:

“en forma directa y manifiesta lo establecido en los artículos 150, primer aparte, y 187, numeral 9, segunda parte, de la Constitución, al no consagrar la obligación constitucional del Ejecutivo Nacional de requerir la autorización de la Asamblea Nacional para la celebración de contratos de interés público nacional, en el marco de operaciones de crédito público, cuando dichos contratos sean celebrados con Estados, entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela.”

Y en consecuencia, como la norma citada, “una vez sancionada la Ley de Endeudamiento Anual, podía efectuar operaciones de crédito público que no implicaran la celebración de contratos de interés público nacional con Estados, entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela, las cuales son fundamentales para el normal funcionamiento de los órganos y entes que conforman el Estado,” la Sala anuló el párrafo impugnado del artículo 80 de la mencionada Ley, resolviendo que dicha norma a partir de la sentencia “quedó redactada” como sigue:

Artículo 80. [...]. Una vez sancionada la ley de endeudamiento anual, el Ejecutivo Nacional podrá celebrar operaciones de crédito público en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse e informará periódicamente a la Asamblea Nacional, salvo aquellas que impliquen la celebración de contratos de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, en cuyo caso se requerirá la autorización previa de la Asamblea Nacional.”

Para llegar a esta conclusión, sin embargo, es evidente que no era necesario entrar en una disquisición, como la antes comentada, sobre la noción de contratos de interés nacional, que lo único que logró fue sembrar confusión, permitiendo que una década después se reforzara la definición restrictiva de los contratos de interés público nacional, con el propósito específico de reducir los poderes de control de la Asamblea Nacional sobre el gobierno y la Administración Pública, particularmente cuando a partir de 2016 ello se convirtió en política de Estado, al haber pasado la Asamblea a estar controlada por la oposición. Como ello implicaba la posibilidad de que efectivamente el órgano legislativo comenzara a efectuar actividades de control político respecto de las acciones del gobierno y de la Administración Pública; lo que había dejado de realizar en la década precedente por el control mayoritario que desde 2005 el gobierno había ejercido respecto de la Asamblea, corres-

pondió entonces al Tribunal Supremo, en combinación con el Poder Ejecutivo, anular a la Asamblea Nacional lo que calificamos como la implantación de una dictadura judicial.²⁵

IV. LA CONTINUACIÓN DE LA DEFINICIÓN RESTRICTIVA DE LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL ADOPTADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, EN EL MARCO DE LA REDUCCIÓN JUDICIAL DE LOS PODERES DE CONTROL DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Y fue precisamente en ese marco de activismo judicial restrictivo de las funciones de la Asamblea Nacional que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó una nueva sentencia de definición restrictiva de los contratos de interés nacional, pero en este caso con el propósito específico de asegurar la exclusión del control parlamentario respecto de determinados contratos de préstamo celebrados por el Banco Central de Venezuela.

Como se trataba de una persona de derecho público que integra la Administración descentralizada, para el logro del objetivo, era necesario reducir de nuevo el ámbito de los contratos de interés público a los solo celebrados por las personas de derecho público territoriales (República, Estados y Municipios), excluyendo de la noción los contratos celebrados por las entidades descentralizadas, incluyendo las empresas del Estado, lo que en nuestro criterio seguía siendo contrario al sentido de lo regulado en la materia en la Constitución.

La Sala Constitucional, para lograr su objetivo, al conocer de recurso de interpretación constitucional de los mencionados artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución que había sido interpuesto por una ciudadana, el 8 de julio de 2016, en tiempo récord, luego de que el representante del banco Central presentase un escrito una semana después, el 14 de julio de 2016, unos días después admitió la demanda, y la decidió el mismo día, dictando la sentencia N° 618 de 20 de julio de 2016 (caso: *Brigitte Acosta Isis*, “*Interpretación Constitucional de los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución*”),²⁶ procediendo con la misma a confirmar la interpretación restrictiva que había dado sobre los contratos de interés nacional en la antes mencionada sentencia N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002 (caso: *Andrés Velásquez, Elías Mata y Enrique Márquez, Anulación del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público*).²⁷

La Sala en efecto, en esta sentencia, argumentó que la noción de “contratos de interés público nacional” utilizada en los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución, había sido reducida en su aplicación a solos los contratos de interés público nacional *suscritos por la República*, directamente, excluyendo de tal calificación, todos los contratos suscritos por los diversos entes de la Administración Pública Nacional descentralizada, es decir, por los institutos autónomos y empresas del Estado, que como se ha dicho son la gran mayoría de los que se celebran en el mundo contemporáneo por entes del Estado; logrando con ello excluir específicamente de la necesidad de la aprobación parlamentaria prevista en la Ley Orgánica

²⁵ Véase en relación con todas las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo cercenándole las funciones a la Asamblea nacional: Allan R. Brewer-Carías, *La consolidación de la Tiranía Judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo*, asumiendo el poder absoluto, Colección Estudios Políticos, N° 15, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas / New York, 2017; y. *La Dictadura Judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017.

²⁶ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML>

²⁷ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>

de Administración Financiera del Sector Público para los contratos de deuda pública, a los contratos de préstamo suscritos por el Banco Central de Venezuela como persona de derecho público de rango constitucional, con entidades extranjeras.

El recurso de interpretación formulado, así como el escrito de adhesión al mismo que presentó el apoderado del Banco Central de Venezuela, en efecto tenía por objeto específico lograr que la Sala Constitucional decidiera que el Banco Central de Venezuela quedaba excluido del control parlamentario respecto de la firma de contratos de interés nacional que suscribiera, específicamente en materia de crédito público, así como del control jurídico que corresponde a la Procuraduría General de la República, respecto de dichos contratos de interés nacional conforme a la Constitución. La Sala, en efecto, concluyó su decisión afirmando que:

“el potencial contrato de préstamo a ser suscrito por el Banco Central de Venezuela con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), se realiza en ejecución de un Convenio Internacional suscrito y ratificado por La República Bolivariana de Venezuela (Ley Aprobatoria del Convenio para el Establecimiento del Fondo Latinoamericano de Reservas, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.172 del 6 de marzo de 1989) y en consecuencia, *no debe considerarse como un contrato de interés público nacional*, y, por ende, no está sujeto a la autorización de la Asamblea Nacional, ni requiere la consulta a la Procuraduría General de la República, órgano asesor del Ejecutivo Nacional, tal como expresamente lo consagra el artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

Para decidir, la Sala declaró incluso inadmisibile el recurso de interpretación formulado por la abogado recurrente, por falta de legitimación, y en cambio admitió el escrito de adhesión del apoderado del Banco Central de Venezuela, donde argumentó en síntesis que “de manera indefectible” el artículo 150 de la Constitución no era aplicable al Banco Central y que:

“es falsa la afirmación que suele hacerse respecto a que la totalidad de contratos que impliquen de algún modo el endeudamiento de la nación por ser operaciones de crédito público, son susceptibles de catalogarse como contratos de interés público.”

Con la sentencia, sin embargo, a petición en definitiva del propio Banco Central de Venezuela, la Sala Constitucional, a los efectos de excluirlo del control parlamentario por parte de la Asamblea Nacional, lo que hizo fue reducir de nuevo los contratos de interés nacional regulados en las normas constitucionales a sólo los celebrados por la “República” llegando a afirmar que “con la entrada en vigencia del Texto Constitucional de 1999, no se indicó el sentido que debía atribuírsele a la noción de contrato de interés público nacional.”

V. SOBRE LAS RAZONES DE LA INCLUSIÓN DE LA NOCIÓN DE CONTRATOS DE INTERÉS NACIONAL EN EL ARTÍCULO 150 EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU DESCONOCIMIENTO POR LA SALA CONSTITUCIONAL

La anterior afirmación incluida en la sentencia de 2016, sin embargo, es sencillamente falsa, y lo que evidencia es que la Sala Constitucional, para “interpretar” la norma constitucional del artículo 150 no acudió a estudiar la primera de las fuentes de interpretación es este caso, que era la documentación que justificaba la propuesta misma de preservar e incluir esa norma en la Constitución, y así determinar la intención del constituyente.

Lo cierto es que a mí me correspondió, como miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, proponer formalmente que se mantuviera en el texto en la Constitución de 1999, el del artículo 127 de la Constitución de 1961, y por tanto que se preservara e incluyera la misma previsión como artículo 150 de la nueva Constitución, confrontando, con ello, la

propuesta que había formulado el Presidente Hugo Chávez, quien buscaba eliminar la norma y sustituirla por otra previsión menos protectora de los intereses públicos.²⁸ En la propuesta que formulamos, específicamente sobre la noción de contrato de interés nacional, indicamos lo siguiente:

“En relación con el artículo 127 de la Constitución, ante todo, resulta necesario precisar qué ha de entenderse por contrato de interés público (Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa”, *Revista de Derecho Público*, N° 11, Caracas 1982, p. 49 y ss.), a los efectos de determinar a cuáles se aplica esta cláusula.

La Constitución, en efecto, se refiere a la noción de contratos de interés público, en genérico, como sucede en el artículo 127; y aparte especifica las especies de contratos de interés público, al indicar que pueden ser de interés público nacional, de interés público estatal o de interés público municipal (art. 126).

La noción de interés público, por tanto, es de carácter genérico, en contraste con las especies (nacional, estatal o municipal), lo que resulta de la forma Federal del Estado conforme a la distribución vertical del Poder (nacional, estatal y municipal).

Por ello, el texto constitucional habla de interés público nacional, de interés público estatal y de interés público municipal, para hacer referencia a un solo interés público que concierne a los tres niveles territoriales.

Por tanto, contratos de interés público son los contratos suscritos por la República, cualquiera que sea su contenido, y también todos los contratos suscritos por los Estados y por los Municipios, y por sus entes descentralizados de derecho público. Por lo demás, esta noción de interés público, que engloba los tres niveles territoriales, tiene relación con otros aspectos fundamentales del Derecho Público Venezolano, como el concepto de Estado o el de Poder Público.

De lo anterior resulta que contrato de interés público, en la Constitución de 1961, es todo contrato suscrito por los entes públicos territoriales, cualquiera que sea su naturaleza y contenido, es decir, por la República, los Estados y los Municipios, y aún más, también, por los entes descentralizados de derecho público de esos tres niveles. Por tanto, un contrato suscrito por un instituto autónomo nacional, estatal o municipal, también puede considerarse como contrato de interés público.”²⁹

Precisamente por esta noción amplia de contrato de interés público, la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia dictada el 17 de agosto de 1999 (caso: *acción de nulidad del Acuerdo del Congreso estableciendo las condiciones de contratación de los contratos de la “Apertura Petrolera”*), dictada cuando estábamos en pleno debate en la Asamblea Nacional Constituyente, consideró a los contratos de la apertura petrolera celebrados por PDVSA y las empresas del Estado subsidiarias, evidentemente, como contratos de interés público nacional.³⁰

²⁸ Véase “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula calvo en los contratos de interés público (Comunicación enviada a los presidentes de las Comisiones de Integración y Relaciones con la Comunidad Internacional, de la Comisión de Poder Público Nacional, de la Comisión de lo Económico y Social y de la Comisión Constitucional el 08-09-1999),” en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto /8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233

²⁹ *Ídem*. Véase también en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, Colección Estudios Jurídicos, N° 100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, p. 78.

³⁰ Véase el texto de la decisión de la Corte en Pleno de 17 de agosto de 1999 en Allan R. Brewer-Carías (Comp.), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas 2004, dis-

Todo ello estaba acorde con lo que habíamos definido hace tiempo sobre el tema, al expresar:

“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” (artículos 101 y 126), “interés público” (artículo 127), “conveniencia nacional” (artículo 97), “interés social” (artículos 96 y 105), “función social” (artículo 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, y que podemos resumir como sigue:

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 serán 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” (artículo 127),³¹ 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.”³²

Sin embargo, ignorando el sentido de la fundamentación de la propuesta formulada para que se incorporara en la Constitución la norma del artículo 150 que regula la materia, ya en la sentencia citada de la Sala Constitucional N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002, indicó falsamente que:

ponible en www.allanbrewercarias.com (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, N° 22, 2004), pp. 280-328.

³¹ Véase Eloy Lares Martínez, “Contratos de interés nacional”, en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Universidad Central de Venezuela, Tomo I, Caracas 1981, p. 117.

³² Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

“la Constitución vigente no indica qué sentido ha de atribuírsele a la noción de contrato de interés público, motivo por el cual esta Sala, tomando en consideración las interpretaciones previamente examinadas, en tanto máximo y último intérprete del Texto Constitucional, considera que son subsumibles en dicho género todos aquellos contratos celebrados por la República, los Estados o los Municipios en los cuales esté involucrado el interés público nacional, estatal o municipal.”³³

Esta interpretación de la Sala Constitucional, adoptada de paso, como se dijo, al decidir sobre una demanda de nulidad del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público en la sentencia citada N° 2.241 del 3 de septiembre de 2002, en realidad fue contraria a intención de la regulación constitucional que fue, como lo hemos explicado, la de considerar “como contratos de interés público nacional, a aquellos concernientes al nivel nacional de gobierno (diferente a los niveles estatales y municipales de gobierno), porque son suscritos por entidades públicas nacionales, es decir, por la República o institutos autónomos nacionales o empresas del Estado nacionales.”³⁴

Y en el mismo sentido en contra del sentido de las regulaciones constitucionales, e ignorando de nuevo lo que motivó la propuesta de inclusión de la norma del artículo 150 en la Constitución de 1999, la Sala Constitucional se pronunció en la sentencia N° 618 de 20 de julio de 2016 (caso: *Brigitte Acosta Isis, Interpretación Constitucional de los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución*), al resolver, sin realmente interpretar nada, si un contrato de préstamo que el Banco Central de Venezuela tenía planeado suscribir con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), debía o no considerarse como contrato de interés nacional y debía o no requerir de la autorización previa de la Asamblea Nacional, “precisó los elementos esenciales que imprimen a los contratos, el carácter de interés público nacional,” indicando que a su juicio eran los siguientes:

1. Que sean celebrados por la República, a través de los órganos que componen al Ejecutivo Nacional competentes en esta materia.
2. Que su objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado Venezolano.
3. Que satisfagan los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan sólo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante.
4. Que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquel en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede generar en la vida económica y social de la Nación.”³⁵

³³ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>

³⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre los Contratos del Estado en Venezuela,” en *Derecho Administrativo Iberoamericano (Contratos Administrativos, Servicios públicos, Acto administrativo y procedimiento administrativo, Derecho administrativo ambiental, Limitaciones a la libertad)*, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, 2010, pp. 837-866; y en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, N° 6, Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Enero-Junio 2011, pp. 207-252.

³⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML>

VI. LA EXCLUSIÓN DEL CONTROL PARLAMENTARIO SOBRE CONTRATOS DE INTERÉS NACIONAL CELEBRADOS POR LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL

Con base en la anterior reiteración de criterios, al analizar el primero de los “elementos esenciales” que según la Sala Constitucional le imprimen a un contrato de interés público el carácter de contrato de interés público nacional, y es que sea suscrito solo por la República, la misma constató de acuerdo con las previsiones de la Constitución y de la Ley del Banco Central de Venezuela, sobre dicha institución, que dicho Banco Central de Venezuela:

“es una persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, de naturaleza única, con plena capacidad pública y privada, integrante del Poder Público Nacional, con patrimonio propio, [...] dotado de autonomía para el ejercicio de las políticas de su competencia, que no forma parte ni de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada funcionalmente, sino que, atendiendo a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que lo regulan y que han sido desarrolladas por la Ley Especial que lo rige, forma parte de la llamada Administración con autonomía funcional, la cual constituye un elemento fundamental para el cumplimiento de los fines que la ley le asigna; por lo que, requiere de un ordenamiento y organización especiales, propio y diferente del común aplicable a las demás entidades públicas o privadas. Así se declara.”³⁶

No siendo la República la que iba a suscribir el contrato de préstamo en cuestión, sino el Banco Central de Venezuela, la Sala constitucional, sobre si el contrato de préstamo que tenía previsto suscribir esta institución estaba o no exceptuado de la autorización parlamentaria para las operaciones de crédito público (art. 101, Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público), la misma consideró entonces que resultaba “forzoso concluir” que dicha institución “no requiere de autorización para realizar operaciones de crédito público.” Y en cuanto al contrato de préstamo a celebrarse con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), la Sala concluyó que:

“se realiza en ejecución de un Convenio Internacional suscrito y ratificado por La República Bolivariana de Venezuela (Ley Aprobatoria del Convenio para el Establecimiento del Fondo Latinoamericano de Reservas, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 34.172 del 6 de marzo de 1989) y en consecuencia, no debe considerarse como un contrato de interés público nacional, y, por ende, no está sujeto a la autorización de la Asamblea Nacional, ni requiere la consulta a la Procuraduría General de la República, órgano asesor del Ejecutivo Nacional, tal como expresamente lo consagra el artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”³⁷

De nuevo, siendo el objetivo de la demanda de interpretación el excluir del control parlamentario por parte de la Asamblea Nacional al contrato de préstamo que el Banco Central de Venezuela suscribiría con Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR) creado por un Convenio internacional que había sido aprobado mediante Ley, la verdad es que tampoco se requería volver a definir en forma restrictiva a los contratos de interés público nacional en su sentencia.

En realidad, con todo ello, en relación con la noción de contratos de interés nacional, lo que hizo la Sala Constitucional fue sentar las bases para definitivamente vaciar dicha noción de contenido, reduciéndola a ser aplicada solo a los contratos suscritos directamente por la República, es decir, por el Presidente de la República o los Ministros directamente. Por ello, refiriéndose al control de la Asamblea Nacional sobre los contratos públicos, la Sala argumentó que:

³⁶ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML>

³⁷ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML>

“Las disposiciones constitucionales transcritas definen la potestad de control que tiene la Asamblea Nacional, sobre los contratos de interés público que suscriba el Ejecutivo Nacional, cuya celebración estará supeditada, en los casos que establezca la Ley, a la autorización que debe otorgar el referido cuerpo legislativo nacional.”

Con esta sentencia, en definitiva, la noción de contrato de interés nacional en cuanto a las funciones de control por parte de la Asamblea Nacional, perdió totalmente de sentido, pues como es bien sabido, el grueso de los contratos del Estado que se celebran, precisamente, se hacen a través de las entidades descentralizadas del Estado.

Por tanto, al analizar “el potencial contrato de préstamo a ser suscrito por el Banco Central de Venezuela con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR),” sobre si “pudiera considerarse como un contrato de interés público nacional, y, por ende, sujeto a la aprobación de la Asamblea Nacional y que requiera la consulta a la Procuraduría General de la República,” la Sala consideró que se debían “configurar concomitantemente los elementos para calificarlo como de interés público nacional,” sentados en la sentencia mencionada de 2002. En consecuencia, como el mencionado “potencial contrato de préstamo a ser suscrito por el Banco Central de Venezuela con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR),” no iba a ser celebrado por “*la República, a través de los órganos que componen al Ejecutivo Nacional competentes en esta materia,*” sino por el Banco Central, entonces, la Sala simplemente concluyó que no era un contrato de interés público nacional.

Y ello, particularmente porque se iba a celebrar por el Banco Central de Venezuela que era “una persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, de naturaleza única, con plena capacidad pública y privada, integrante del Poder Público Nacional, con patrimonio propio” que, además, en criterio de la Sala:

“no forma parte ni de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada funcionalmente, sino que, atendiendo a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que lo regulan y que han sido desarrolladas por la Ley Especial que lo rige, forma parte de la llamada Administración con autonomía funcional, la cual constituye un elemento fundamental para el cumplimiento de los fines que la ley le asigna; por lo que, requiere de un ordenamiento y organización especiales, propio y diferente del común aplicable a las demás entidades públicas o privadas. Así se declara.”

O sea, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, estando al servicio del Poder Ejecutivo Nacional como lo ha estado en los últimos lustros, no sólo minimizó todo tipo de control de la Asamblea Nacional sobre el Banco Central de Venezuela al declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Reforma de la ley reguladora de la institución en la sentencia N° 259 de 31 de marzo de 2016,³⁸ sino que con el objeto de coartar aún más las funciones de la Asamblea Nacional, y excluir los contratos de interés público nacional que celebre el Banco Central de cualquier posibilidad de control parlamentario conforme al artículo 150 de la Constitución, distorsionó en forma general una noción tan tradicional e importante del derecho administrativo como es la de contratos de interés nacional, vaciándola materialmente de todo contenido efectivo.

³⁸ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186656-259-31316-2016-2016-0279>. HTML. Véanse los comentarios sobre dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “La sentencia de muerte de la Asamblea Nacional. El caso de la nulidad de la Ley de reforma del BCV. Marzo 2016,” en <http://www.allanbre-wercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20La%20sentencia%20de%20muerte%20AN.%20Sentencia%20SC%20Ley%20BCV.pdf>.

VII. CONCLUSIÓN: LAS INCONVENIENTES CONSECUENCIAS DE LA ELIMINACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CALIFICACIÓN COMO “CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL” DE LOS SUSCRITOS POR LOS ENTES DESCENTRALIZADOS DEL ESTADO, EN PARTICULAR EL ABANDONO EN LOS MISMOS DEL PRINCIPIO DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE LA LLAMADA “CLÁUSULA CALVO”

La más notoria consecuencia de las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, antes citadas N° 618 de 20 de julio de 2016 (caso: *Brigitte Acosta Isis, “Interpretación Constitucional de los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución”*),³⁹ y N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002 (caso: *Andrés Velásquez, Elías Mata y Enrique Márquez, Anulación del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público*),⁴⁰ al haber reducido la noción de “contratos de interés público” a solo los suscritos por la República, los Estados y los Municipios, y en consecuencia, al haber reducido la noción de “contratos de interés público nacional” a los suscritos solo por la República, es que respecto de los contratos públicos suscritos por los entes públicos nacionales descentralizados, por ejemplo, el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomo y las empresas del Estado, materialmente los artículos 150, 151, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución no tienen aplicación alguna respecto de los mismos:

Primero, respecto de lo establecido en el primer párrafo del artículo 150 y 187.9, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial señalada es que la ley solo podría determinar la necesidad de la aprobación de la Asamblea Nacional respecto de los contratos de interés público nacional que son los suscritos por la República, y en particular, por el Presidente de la República de acuerdo con el artículo 236.14 de la Constitución, pero respecto de dicho requisito podría incluso interpretarse que no podría ser exigido por ley, respecto de los contratos públicos nacionales suscritos por los entes públicos descentralizados nacionales, como son el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomos y las empresas del Estado, como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales.

Segundo, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 150 y en el 187.9, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial señalada es que los contratos públicos que suscriban los entes públicos nacionales, como son el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomos y las empresas del Estado, como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, pueden suscribirse libremente con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, e incluso traspasarse a ellos sin que sea necesario obtener la autorización de la Asamblea Nacional.

Tercero, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 151, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial señalada es que en los contratos públicos que suscriban los entes públicos nacionales, como son los el Banco Central de Venezuela, institutos autónomos y las empresas del Estado, como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, no se considerará incorporada una cláusula, como sí se exige respecto de los contratos de interés público, incluyendo los de interés público nacional, “de acuerdo con la naturaleza de los mismos,” y “aun cuando no estuviere expresa,” conforme a 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.”

³⁹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML>

⁴⁰ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>

Ello significa que respecto de los contratos públicos que suscriban los entes públicos nacionales, como son los institutos autónomos y las empresas del Estado, como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, en los mismos puede establecerse libremente que el derecho que les es aplicables es algún derecho extranjero y que la jurisdicción aplicable puede ser la de los tribunales de cualquier otro Estado o la de tribunales arbitrales.

Tercero, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 247, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial señalada es que para la celebración de los contratos públicos que suscriban los entes públicos nacionales descentralizados, como son el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomos, y las empresas del Estado como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, no tiene que ser consultado el Procurador General de la República, pues de acuerdo a esa norma, solo es necesaria dicha consulta para la aprobación de los contratos de interés público nacional, que de acuerdo con la sala Constitucional son los que celebre la República.

Ahora de las anteriores tres consecuencias derivadas de la interpretación jurisprudencial restrictiva establecida en las sentencias comentadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 2144 de 2002 y N° 618 de 2016 sobre la noción de contratos de interés nacional, quizás la segunda es la más catastrófica en materia de principios del derecho administrativo venezolano relativos a los contratos públicos o contratos del Estado; pues significa el abandono total de los principios más tradicionales de nuestro derecho público en la materia, como son, específicamente, los de la competencia de los tribunales nacionales y de la aplicación de la ley nacional para la solución de controversias derivados de los mismos, y el de la llamada “Cláusula Calvo,” por lo que se refiere a los contratos públicos celebrados por los entes descentralizados del Estado.

En efecto, en primer lugar, la errada e inconveniente interpretación jurisprudencial implica que, en dichos contratos celebrados por entes descentralizados en los tres niveles territoriales del Estado, ya no debe considerarse constitucionalmente inserta tácitamente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, la cláusula prevista en el artículo 151 de la Constitución, cuyo objeto es, primero, estipular que la interpretación, aplicación y ejecución de esos contratos debe someterse a la Ley Venezolana, y segundo, que las controversias y dudas que de ellos surjan, deben también someterse al conocimiento de los Tribunales Venezolanos, todo lo cual deriva del principio universal del derecho internacional, de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros.⁴¹

La cláusula del artículo 151 de la Constitución venezolana, sin embargo, desde el ángulo de la inmunidad jurisdiccional, se aparta del carácter absoluto tradicional, y encaja dentro de la llamada “inmunidad relativa de jurisdicción” de acuerdo con la naturaleza de los contratos y, además, se extiende además de a la República, a los entes públicos nacionales del Estado.⁴²

El origen de esta cláusula, en el sistema constitucional venezolano, se remonta a la Constitución de 1892, en la cual se estableció lo que puede calificarse como el principio de la inmunidad absoluta, al disponer que:

⁴¹ Véase, Tatiana Bogdanowsky de Maekelt, “Inmunidad de Jurisdicción de los Estados,” en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, Caracas, 1982, pp. 213 y ss.

⁴² Véase en general, Ian Sinclair, “The Law of Sovereign Immunity. Recent Development”, *Académie International de Droit Comparé, Recueil des Cours*, 1980, Vol. II, La Haya, 1981, pp. 201 y ss.

Artículo 149. En todo contrato de interés público, se establecerá la cláusula, de que “las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre su inteligencia y ejecución, serán decididas por los tribunales venezolanos y conforme a las leyes de la República.

De acuerdo a esta norma del Texto Fundamental de 1893 la fórmula era distinta al texto vigente: primero, proveía la inmunidad absoluta, y segundo, prescribía la obligación de que en todo contrato de interés público se debía incorporar la cláusula, lo que difiere del sistema de la Constitución de 1999, que lo que dispone es que la cláusula se entiende tácitamente incorporada a los contratos. Aquél principio de inmunidad absoluta se cambió a partir de la Constitución de 1947 (art. 108), en la cual se lo sustituyó por un sistema de inmunidad relativa, al indicarse que la cláusula se considera incorporada en los contratos “si fuera procedente de acuerdo a la naturaleza de los mismos;” y, además, se adoptó el esquema actual de considerar incorporada la cláusula aun cuando no estuviera expresa, con lo cual no es necesario que se indique en el texto del contrato de interés público que esa cláusula forma parte del mismo, sino que en virtud de la Constitución ella está incorporada.

Sin embargo, toda esta elaboración, que concluyó con la previsión en la Constitución de 1999 aplicable a los contratos de interés público nacional (art. 151), ha sido puesta de lado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en relación con los contratos públicos celebrados por los entes descentralizados del Estado, a los cuales la Sala no se aplica.

Pero además, en segundo lugar, conforme a la interpretación de la Sala Constitucional, lo más grave es que tampoco la llamada “Cláusula Calvo” se aplica a los contratos públicos celebrados por los entes descentralizados del Estado, por ejemplo, el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomos y las empresas del Estado nacionales; conforme a la cual por ningún motivo ni causa la ejecución de esos contratos puede dar origen a reclamaciones extranjeras, tal como lo establece el mismo artículo 151 de la Constitución.

El origen de esta cláusula también se remonta a la Constitución de 1893 (art. 149) en la cual, al regularse los contratos de interés público se señaló que los mismos en ningún caso podían ser motivo de reclamaciones internacionales, ratificando la improcedencia de reclamaciones diplomáticas contra el Estado Venezolano por parte de Estados extranjeros actuando por cuenta de súbditos extranjeros, los cuales hallándose en las mismas condiciones que los nacionales, si tienen alguna reclamación deben acudir únicamente ante los órganos locales cuando se puedan considerar lesionados. El objeto de la cláusula, en definitiva, es impedir que las divergencias que pudieran surgir entre partes contratantes en la cual una parte fuera un ciudadano extranjero, pudieran ser consideradas como de naturaleza internacional.

Como se sabe, la denominación de “Cláusula Calvo”, derivó de la exposición que hizo Carlos Calvo, en su libro *Tratado de Derecho Internacional*, editado inicialmente en 1868,⁴³ en el cual, después de estudiar la intervención franco-inglesa en el Río de La Plata y la intervención francesa en México, expresó lo siguiente:

“Además de móviles políticos, las intervenciones han tenido siempre por pretexto aparente lesiones a intereses privados, reclamaciones y pedidos de indemnizaciones pecuniarias a favor de extranjeros cuya protección no era justificada la mayoría de las veces. Según el derecho internacional estricto, el cobro de créditos y la gestión de reclamaciones privadas no justifican de plano la intervención armada de los gobiernos, y como los Estados europeos siguen invariablemente esta regla en sus relaciones recíprocas, no hay razón para que no se la impongan también en sus relaciones con los otros Estados del Nuevo Mundo.”⁴⁴

⁴³ Véase Carlos Calvo, *Le Droit International Théorique et Pratique*, París, 1887.

⁴⁴ Véase la cita en L. A. Podestá Costa, *Derecho Internacional Público*, tomo I, Buenos Aires, 1955, pp. 445 y 446.

Incluso, la propia “Cláusula Calvo” influyó en la concepción de la llamada Doctrina Drago formulada en 1902 por el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis María Drago, quien ante medidas de fuerza adoptadas por Alemania, Gran Bretaña e Italia contra Venezuela, formuló su tesis denegatoria del cobro compulsivo de las deudas públicas por los Estados.⁴⁵

Por ello, cuando propusimos que se mantuviera la norma del artículo 127 en la Constitución (ahora artículo 151) estimamos que “la *Cláusula Calvo* debe ser obligatoria en los contratos que celebre la República y los demás entes de derecho público, conforme a nuestra tradición constitucional, y debe mantenerse en la nueva Constitución.”⁴⁶

⁴⁵ Véase Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional*. Madrid, 1927.

⁴⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, Caracas 1999, pp. 173.