

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL. UNA PERSPECTIVA IBEROAMERICANA*

José Ignacio Hernández G.**

Abogado

Resumen: *El contrato administrativo, generalmente regido por el Derecho Administrativo doméstico, se rige cada vez más por el Derecho Internacional. Como resultado de la globalización, el Derecho Internacional se convirtió en un “Derecho global” que se aplica a la contratación pública de los Gobiernos nacionales. En consecuencia, el contrato administrativo se rige también por el Derecho Administrativo Global, lo que facilita la integración del marco legal aplicable a los contratos públicos en Iberoamérica.*

Palabras Clave: *Contratos administrativos, Derecho Administrativo Global, contratación pública, Derecho Administrativo Iberoamericano.*

Abstract: *The administrative contract, usually governed by the domestic Administrative Law, has been increasingly ruled by the International Law. As a result of globalization, International Law evolved into a “Global Law” that applies to the public procurement of the domestic Governments. Consequently, the administrative contract is ruled, also, by the Global Administrative Law, which facilitates the integration of the legal framework applicable to the Ibero American public contracts.*

Key words: *Administrative contracts, Global Administrative Law, public procurement, Ibero American Administrative Law.*

INTRODUCCIÓN

El contrato administrativo es una de las figuras definitorias del Derecho Administrativo en Iberoamérica. Más allá de las diferencias existentes en los distintos países que conforman a Iberoamérica, lo cierto es que de manera tradicional se ha admitido que la Administración Pública, para atender los cometidos del Estado, puede procurar el auxilio de particulares a través de contratos. Cuando la causa u objeto del contrato es el servicio público, estaremos ante un contrato administrativo, y como consecuencia de ello, el contrato quedará sujeto a Derecho Administrativo –como régimen exorbitante– y las disputas relacionadas con tal contrato serán conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario, si la causa o el objeto no es el servicio público, entonces, el contrato será un contrato civil, o contrato de la Administración, sometido a Derecho Común.

* Una versión más reducida de este estudio saldrá publicada en el homenaje iberoamericano al profesor Frank Moderne.

** Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello. Director del Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávila. Visiting Fellow, Center for International Development at Harvard

La figura del contrato administrativo, en realidad, fue recibida en Iberoamérica como resultado de la impronta del Derecho Administrativo francés. En tal sistema la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración resulta clave, pues ella es tributaria de la distinción entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción civil, a la cual podrá quedar sometida la Administración Pública según actúe como poder público o como particular. Asimismo, el contrato administrativo asume la teoría general del acto administrativo o decisión ejecutoria, tal y como fue desarrollada en Francia, al reconocer que la Administración Pública contratante puede ejercer poderes de actuación unilaterales y extracontractuales que le permiten incidir sobre el contrato, conocidos como “cláusulas exorbitantes”.

Esta figura, en todo caso, fue recibida con matices en Iberoamérica. Por un lado, y a diferencia de Francia, el sistema de jurisdicción administrativa predominante en Iberoamérica ha sido el de asignar tal jurisdicción al Poder Judicial, con lo cual, no existe una dualidad de jurisdicción, que es una de las causas determinantes de la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración. De otro lado, esa distinción tampoco es tan rígida, pues se acepta que toda actividad contractual de la Administración Pública queda sujeta, siempre, a un marco general de Derecho Administrativo, típicamente a través del procedimiento licitatorio, o procedimiento de selección de contratista, junto a otros controles sobre la actividad contractual.

Más recientemente puede observarse en Iberoamérica cierta tendencia por uniformar el régimen de la actividad contractual de la Administración, con lo cual, frente a la distinción entre contrato administrativo y contrato de la Administración, aparece la figura del contrato público, sometido a un régimen general de Derecho Administrativo, cuyo propósito es asegurar los principios generales de transparencia, publicidad, rendición de cuentas y eficiencia en la contratación administrativa.

El Derecho Administrativo Global ha favorecido esa unificación. En efecto, la actividad contractual de la Administración Pública queda sometida a un conjunto de principios generales desde el Derecho Internacional, cuya aplicación no depende del carácter “administrativo” del contrato. Por el contrario, el objeto de esos principios es asegurar el ejercicio racional, objetivo y eficiente del poder adjudicador del Estado, para lo cual, la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración ya no es tan relevante. Además, a los fines de reforzar la buena gobernanza, se han promovido acuerdos público-privados que van más allá de la figura del contrato administrativo. Por último, la actividad contractual de la Administración queda sometida a controles internacionales derivados del arbitraje de inversiones, para los cuales tampoco es relevante la distinción entre contratos administrativos y contratos de la Administración.

Precisamente, el objeto del presente artículo es analizar cuál es el tratamiento del contrato administrativo en el Derecho Administrativo Global. A tales fines analizaremos, primero, la panorámica general del contrato administrativo en Iberoamérica, para luego abordar cómo el Derecho Administrativo Global ha promovido la uniformidad de la actividad contractual de la Administración.

I. LA TESIS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO

1. *Las dos formas de la actividad contractual de la Administración Pública*

Desde una perspectiva comparada, puede afirmarse que los ordenamientos jurídicos que integran al Derecho Administrativo Iberoamericano reconocen que la Administración Pública, para cumplir con los cometidos del Estado, puede celebrar dos categorías de contrato: (i)

el *contrato administrativo* y (ii) el *contrato civil*. La diferencia entre ambas categorías no es solo en cuanto al régimen jurídico aplicable. Es, por el contrario, una diferencia mucho más profunda, al punto de considerarse que se trata, en realidad, de dos categorías jurídicas completamente diferentes.

La distinción de estas dos categorías parte de la tesis de la dualidad de regímenes jurídicos a los cuales queda sometida la Administración Pública, lo que puede considerarse –Delvolvé– como uno de los signos distintivos del Derecho Administrativo en Francia¹. De esa manera, la Administración Pública, para cumplir con los cometidos del Estado, puede actuar como poder público a fin de tutelar al servicio público; también, puede actuar como un particular. En el primer caso la actividad administrativa queda sometida a Derecho Administrativo, mientras que en el segundo caso la actividad administrativa se somete a Derecho Privado.

Actividad administrativa de Derecho Administrativo y actividad administrativa de Derecho Privado. Sobre esta distinción se estructuran las dos categorías de contratos que la Administración puede celebrar. Así, cuando el contrato es celebrado para atender al servicio público, será un contrato administrativo sometido a Derecho Administrativo; cuando el contrato no es celebrado para atender al servicio público, será un contrato civil sometido a Derecho Privado. El servicio público es, de esa manera, el elemento clave que permite distinguir las dos categorías de contratos que puede celebrar la Administración Pública y, por ende, sus dos regímenes jurídicos.

De esa manera, el Consejo de Estado en Francia extendió la tesis del servicio público a fin de afirmar la dualidad de contratos que puede suscribir la Administración². A tales fines, el concepto de servicio público, de por sí amplio, fue asumido flexiblemente, casi como sinónimo del “interés general”. Bajo este significado, el servicio público presente en el contrato administrativo marca a éste de su signo distintivo, a saber, su sometimiento a un **régimen exorbitante** del Derecho Común. Esta solución se ha justificado en el principio de igualdad: mientras que la teoría del contrato en el Código Civil rige a relaciones entre iguales, en el Derecho Administrativo las relaciones son desiguales, pues solo la Administración Pública es titular de “privilegios y prerrogativas”. Por ello, en el marco del contrato administrativo, la Administración Pública es titular de “prerrogativas”, esto es, de poderes unilaterales de actuación justificados en la necesidad de proteger al servicio público. Estos poderes de actuación son englobados bajo la expresión “cláusulas exorbitantes”. No se trata, como es sabido, de cláusulas que otorgan derechos contractuales, sino de poderes unilaterales que se justifican en la tutela del servicio público. De allí que en el contrato administrativo la Administración Pública contratante puede incidir de manera unilateral en el contrato y en la situación jurídico-subjetiva del contratista³.

¹ Delvolvé, Pierre, *Le droit administratif*, Dalloz, Paris, 2006, p. 82.

² Sobre la teoría general del contrato administrativo en Francia, entre otros, *vid.* Richer, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, quinta edición, L.G.D.J., París, 2006, pp. 90 y ss.

³ En Francia, las cláusulas exorbitantes fueron consideradas en un primer momento un elemento formal constitutivo del contrato administrativo. Esto quiere decir que para distinguir el contrato administrativo del contrato civil de la Administración era necesario valorar si la voluntad de la Administración había sido sustraer el contrato del Derecho Civil, lo que dependía de la inclusión –en el cuerpo del contrato– de “cláusulas derogatorias del Derecho Civil”. Posteriormente se entendió que la naturaleza del contrato administrativo dependía de su causa u objeto –el servicio público– y no de la inclusión formal de las cláusulas exorbitantes. Bajo esta posición, que es la que inspira actualmente a la teoría general del contrato administrativo, las cláusulas exorbitantes están siempre presentes en todo contrato que, por su objeto o causa, es catalogado como contrato administrativo.

Ello es lo que otorga al contrato administrativo la condición de categoría única frente al contrato civil. Mientras que en éste rige a plenitud el principio de autonomía de la voluntad de las partes, en aquél, este principio convive con los poderes de acción unilateral de la Administración Pública. Esto quiere decir que, en el contrato administrativo, el acuerdo alcanzado por las partes tiene carácter vinculante, pero al margen de ese acuerdo la Administración Pública podrá ejercer poderes unilaterales.

Tal y explicó el profesor Franck Moderne, en la que puede ser considerada la obra clásica en materia de contratos administrativos, la distinción entre el contrato administrativo y el contrato civil de la Administración descansa en el reconocimiento del régimen exorbitante al cual queda sometido el primero, todo lo cual coloca al contrato administrativo en un lugar especial dentro del Derecho Administrativo⁴, lugar extensible incluso a las obligaciones consideradas “cuasi-contratos”⁵.

De esa manera, la equiparación entre el contrato administrativo y el Derecho Administrativo como el régimen jurídico al cual aquél queda sometido, no solo aplica al régimen sustantivo del contrato sino también a las reglas de solución de controversias, pues toda controversia surgida con ocasión al contrato administrativo será resuelta por la jurisdicción contencioso-administrativa⁶.

Empero, desde el Derecho Comparado no puede afirmarse que la teoría del contrato administrativo corresponde a un principio general, vistas las diferencias que en esta materia existen respecto de la actividad contractual de la Administración Pública⁷. Por ello, en el Derecho Internacional se ha observado que el contrato administrativo no es un principio general de Derecho Comparado⁸.

En tal sentido, las “cláusulas exorbitantes” comprenden los poderes que la Administración ejerce durante la ejecución del contrato administrativo, y que son desconocidos –e incluso, antijurídicos– en el Derecho Civil. Por ello, esos poderes son también conocidos como “prerrogativas”, en tanto describen las facultades que únicamente la Administración Pública puede ejercer. Cfr. Richer, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, cit., pp. 98 y ss. En resumen, la cláusula exorbitante alude al poder que la Administración puede ejercer, pero que sería ilícita en el Derecho Civil. Truchet, Didier, *Droit administratif*, Thémis droit PUF, Paris, 2015, p. 250.

⁴ Laubadère, André de; Moderne, Franck y Delvolvé, Pierre, *Traité des Contrats Administratifs*, Tome I, L.G.D.J., París, 1982, pp. 235 y ss.

⁵ Moderne, Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, Dalloz, París, 1995, pp. 7 y ss.

⁶ Waline, Jean, *Droit administratif*, Dalloz, París, vigésima segunda edición, París, 2008, p. 411.

⁷ Es importante recordar que la existencia del contrato como forma de actividad administrativa no es, en Derecho Comparado, pacífica. Por el contrato, cierta doctrina en Alemania e Italia, por ejemplo, ha llegado a cuestionar la existencia de “contratos”. En el Derecho anglosajón, por lo demás, no se reconoce la figura del contrato administrativo. Vid. Richer, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, cit., pp. 32 y ss. Véase igualmente, desde una primera aproximación, a Langrod, George, “Administrative Contracts: A Comparative Study”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 4, N° 3, 1955), pp. 325-364.

⁸ Véase el caso *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Decisión del Tribunal Arbitral Ad Hoc de 19 de enero de 1977. Cfr.: Hirsch, Moshe, “Sources of international investment law”, en *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar, 2012, pp. 25 y ss. Véase también a Gazzini, Tarcisio, “General Principles of Law in the Field of Foreign Investment”, en *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 10, N° 1, 2009, pp. 103 y ss.

A lo anterior hay que agregar que la distinción entre el contrato administrativo y el contrato civil de la Administración se ha ido atemperando, ante la propuesta de unificar el régimen jurídico de la actividad contractual de la Administración, como luego veremos⁹.

Pese a lo anterior, es posible afirmar que, desde el Derecho Administrativo Iberoamericano, la categoría del contrato administrativo se encuentra difundida¹⁰. Así, en Argentina Rafael Bielsa señaló que el contrato administrativo es aquel celebrado por la Administración y cuyo objeto es una prestación de utilidad pública. Estos contratos –a diferencia de los contratos civiles– quedan sometidos “íntegramente” a Derecho Público. Al estudiar los distintos tipos de contratos, y entre ellos la concesión, Bielsa señala que la Administración mantiene el deber de vigilancia sobre el servicio público, a consecuencia de lo cual puede en cualquier momento modificar el servicio público, imponer medidas coercitivas al contratista y declarar la caducidad del contrato, esto es, su terminación por incumplimientos imputables al contratista¹¹.

En Uruguay, Enrique Sayagués Laso, igualmente, señaló que la Administración, a diferencia de los contratos civiles, mantiene un conjunto de poderes que le permiten dirigir el contrato, todo lo cual abarca la posibilidad de introducir modificaciones unilaterales al contrato, así como la posibilidad de imponer sanciones. Sostiene asimismo que se ha admitido el poder implícito de la Administración para rescindir el contrato por conveniencia, así como el poder para rescindirlo por incumplimiento del contratista¹².

Esa posición es también explicada, en Colombia, por Libardo Rodríguez, para quien la Administración Pública puede celebrar contratos actuando como poder público y sometida, por ello, al Derecho Administrativo como Derecho exorbitante del Derecho Común. Dentro de ese régimen jurídico administrativo, Rodríguez destaca la figura de las “cláusulas exorbitantes”, expresión que alude a los “poderes” que la Administración Pública ejerce y que son

⁹ En Francia, *vid.* Marcus, Laure, *L'unité des contrats publics*, primera edición, París, 2010, pp. 339 y ss.

¹⁰ Naturalmente, las diferencias propias de cada país determinan particularidades e incluso, excepciones a esta regla general. Pero, desde una perspectiva de Derecho Comparado, puede afirmarse que en Iberoamérica la teoría general del contrato administrativo es conocida. En tal sentido, puede verse a José Antonio Moreno Molina, para quien “*al analizar las legislaciones y prácticas administrativas nacionales sobre contratación pública en los países de América Latina la principal conclusión que se extrae es la similitud de las mismas*”. *Cfr.*: “Contratos administrativos”, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, COMARES-INAP, Madrid, 2015 (EPUB), pp. 453 y ss. Además de la doctrina, hemos considerado las Leyes de contratación pública en Iberoamérica, las cuales las hemos tomado de la obra *Código de legislación sobre contratación pública en Iberoamérica*, coordinada por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y José Antonio Moreno Molina, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas-Nueva York, 2015. Todas las referencias a las Leyes de Iberoamérica se toman de esa obra.

¹¹ Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo. Legislación administrativa argentina, Tomo I*, cuarta edición, Librería y Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1947, pp. 295 y ss. Bielsa justifica la tesis del contrato administrativo en la doctrina francesa (Jezè y Rouvière) y en el autor español Fernández de Velazco, con su obra *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927.

¹² Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, cuarta edición, Montevideo, 1974, pp. 528 y ss. Como veremos, Sayagués cuestiona la rígida distinción entre contratos administrativos y contratos civiles de la Administración. Richer, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, quinta edición, L.G.D.J., París, 2006, pp. 90 y ss.

ajenos o extraños al Derecho Civil¹³. Fernández Ruiz, en México, también ha observado que uno de los elementos esenciales del contrato administrativo es “el régimen jurídico exorbitante de derecho privado”¹⁴. Asimismo, en Venezuela, Eloy Lares Martínez explica que el interés principal de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho común “consiste en que en la ejecución de los primeros se aplican ciertas reglas especiales de Derecho Público, emanadas de las prerrogativas propias de la Administración”¹⁵.

En España, refleja esta posición común, entre muchos otros, Fernando Garrido Falla, para quien la Administración Pública ocupa una peculiar situación en el contrato administrativo, lo que se exterioriza en un conjunto de “poderes”, a saber, el poder de controlar y dirigir la ejecución del contrato; el poder de modificar, dentro de ciertos límites, su contenido y el poder de interpretar por sí el contrato¹⁶.

El “signo” del contrato administrativo: los privilegios y prerrogativas de la Administración.

De acuerdo con lo que hemos señalado, el signo distintivo de la categoría del contrato administrativo es el régimen exorbitante que permite a la Administración Pública ejercer poderes extracontractuales y unilaterales, o sea, privilegios y prerrogativas conocidas como “cláusulas exorbitantes”¹⁷.

En realidad, se insiste, no se trata de “cláusulas” o derechos contractuales, sino de poderes extracontractuales y unilaterales, cuya existencia se justifica por la tutela del servicio público, causa y objeto del contrato administrativo¹⁸. Por ello, esos poderes son inherentes al objeto o causa del contrato administrativo, lo que quiere decir que ellos estarán siempre presentes, ya sea en el propio contrato o de manera implícita o virtual¹⁹.

¹³ Rodríguez R., Libardo, *Derecho Administrativo. General y colombiano*, decimocuarta edición, Temis, Bogotá, 2005, pp. 373 y ss.

¹⁴ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, tercera edición, Editorial Porrúa, México D.F., 2009, p. 86.

¹⁵ Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, XIV edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013, p. 349.

¹⁶ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, décima edición, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 85 y ss.

¹⁷ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Las prerrogativas de la administración en los contratos de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Derecho Público N° 107*, Caracas, 2006, pp. 7 y ss. Recientemente, *vid.* Araujo-Juárez, José, *La teoría de la cláusula exorbitante*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2017, pp. 26 y ss. Véase lo que recientemente hemos expuesto en Hernández G., José Ignacio, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas en Iberoamérica”, en *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, INAP, Madrid, 2017, pp. 67 y ss.

¹⁸ Destacando el carácter extracontractual y unilateral de esas prerrogativas, *vid.* Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*. Volumen III. *Los actos administrativos y los contratos administrativos*, *cit.*, 647 y ss. Desde Colombia, *vid.* Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho administrativo*, décima edición, Temis, Bogotá, 1994, p. 197. Muy especialmente, *vid.* Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, cuarta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 348 y ss.

¹⁹ En sentido similar, Escola –en Argentina– ha aludido igualmente a “poderes implícitos”. *Cfr.*: Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen I. *Parte General*, Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1977, p. 405. En definitiva, como observaron Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández en España, la prerrogativa de poder público por ex-

Resumiendo, la posición en Francia y en Colombia, José Luis Benavides ha observado que las prerrogativas de la Administración “*sintetizan las particularidades del contrato administrativo en relación con el contrato de derecho privado*”. En Colombia, se concluye que el servicio público constituye la esencia de las “*cláusulas excepcionales de los contratos estatales*”. Estas cláusulas siempre están relacionadas con el contrato, sea que se encuentren de manera explícita en su texto, sea que rijan de manera implícita, por las disposiciones legales que sustituyen la voluntad de las partes²⁰.

Ahora bien, en la teoría general del contrato administrativo, como fue desarrollada en Francia y como luego fue reconocida, en general, en Iberoamérica, las “prerrogativas” de la Administración pueden clasificarse en seis grupos²¹, a saber, (i) la prerrogativa de resolución unilateral del contrato por incumplimiento del contratista, también denominada “caducidad”; (ii) la prerrogativa de resolución unilateral del contratista por razones de interés general; (iii) la prerrogativa de modificación unilateral del contrato; (iv) la prerrogativa de dirección e inspección; (v) la prerrogativa de disciplina del contratista y (vi) la prerrogativa de la interpretación unilateral del contrato.

Junto a la teoría general del contrato administrativo también comprende un conjunto de garantías del contratista, que, en cierto modo, atemperan el alcance práctico de las “prerrogativas” que acaban de ser expuestas. En apretada síntesis, esas garantías pueden dividirse en tres grupos:

.- En primer lugar, el ejercicio de los poderes extracontractuales y unilaterales de la Administración Pública deberá respetar el test de razonabilidad y racionalidad, en el sentido que tales poderes no podrán ser ejercidos de manera arbitraria. Asimismo, deberá respetarse la garantía del previo procedimiento.

.- En *segundo* lugar, el ejercicio de tales poderes deberá respetar el derecho a la integridad patrimonial del contratista, lo que se asocia con el llamado “derecho al equilibrio económico-financiero” del contrato administrativo²². No se trata, se advierte, de crear una excepción al principio de “riesgo y ventura”, que rige en el contrato administrativo²³. Por el contrario, el equilibrio del contrato solo aplica a eventos sobrevenidos, imprevisibles y no

celencia con la que cuenta la Administración en el contrato administrativo es el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria. *Cfr.*: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 738 y ss.

²⁰ Benavides, José Luis, *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 322 y ss.

²¹ Debemos advertir que estos seis grupos no están presentes, necesariamente, en todos los modelos de Derecho Administrativo en Iberoamérica. Pero se trata de una clasificación que recoge los principios generales aceptados en la región. Puede verse, entre otros, a Milano, Aldo, “Panorámica general del Derecho Administrativo en Costa Rica”, y Vergara Blanco, Alejandro, “Panorámica general del Derecho Administrativo chileno”, todos en *Derecho Administrativo en Iberoamérica*, *cit.*, pp., 361 y ss.; 190 y ss., respectivamente.

²² En el Derecho Francés puede verse a Richer, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, *cit.*, pp. 265 y ss. Véase en Iberoamérica a Benavides, José Luis, *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, *cit.*, pp. 157 y ss. y 4289 y ss., y Brewer-Carías, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen III. Los actos administrativos y los contratos administrativos*, *cit.*, pp. 763 y ss.

²³ Para un análisis detenido de este punto, *vid.* Pez, Thomas, *Le risque dans les contrats administratifs*, L.G.D.J., París, 2013, pp. 13 y ss.

imputables al contratista, que puedan afectar sensible o gravemente el régimen económico, por incremento de los costos o por disminución de los ingresos²⁴.

.- Por último, y en tercer lugar, el contratista tiene el derecho de acceso a la justicia para garantizar la protección de sus derechos. El régimen del contrato administrativo no solo tiene un contenido sustantivo, traducido en las prerrogativas ya expuestas; tiene, también, un contenido adjetivo o procesal, en el sentido que toda controversia relacionada con el contrato administrativo deberá ser resuelta por la jurisdicción contencioso-administrativo. Esto reduce, en la práctica, el alcance del arbitraje, al considerarse que todo lo relacionado con el servicio público es de orden público y, por ende, indisponible²⁵.

II. LA REVISIÓN DE LA TESIS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

La tesis del contrato administrativo ha sido revisada con ocasión al impacto del llamado “Derecho Administrativo Global” sobre la actividad contractual de la Administración Pública. La expresión “Derecho Administrativo Global” sigue siendo en extremo imprecisa y preponderantemente descriptiva. En efecto, con esa denominación pretende describirse el impacto de la globalización sobre el Derecho Administrativa medido en dos ámbitos: (i) la existencia de organizaciones internacionales que ejercen funciones similares a la actividad administrativa y (ii) la aplicación de normas, principios y controles internacionales sobre la actividad administrativa doméstica²⁶. El primer ámbito, que destaca en los estudios del Dere-

²⁴ En general, desde el Derecho colombiano, *vid.* Escobar Gil, Rodrigo, *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*, primera edición, Temis, Bogotá, 1989, pp. 47 y ss. En cuanto a su recepción legislativa, pueden verse los artículos 50 y siguientes de la Ley de Colombia, en cuanto a la responsabilidad por causas imputables a la Administración contratante. En Costa Rica, el artículo 18 de su Ley se prevé que la Administración reajustará los precios “cuando varíen los costos, directos o indirectos, estrictamente relacionados con la obra, el servicio o el suministro, mediante la aplicación de ecuaciones matemáticas...”. En cuanto al reajuste del precio en caso de incremento de costos, véase los artículos 82 y siguientes de la Ley de Ecuador. En sentido similar, pueden consultarse los artículos 89 y siguientes de la Ley de España. En esa Ley se regula, tradicionalmente, el equilibrio económico del contrato de concesión (artículo 258).

²⁵ Puede verse, entre otros, a Benavides, José Luis, *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, *cit.*, pp. 378 y ss. y Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*. Volumen III. *Los actos administrativos y los contratos administrativos*, *cit.*, pp. 799 y ss. Usualmente, se alude al “contencioso de los contratos de la Administración”, para describir las pretensiones procesales que pueden ser conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa con ocasión a la actividad contractual de la Administración. En Venezuela, y entre otros, *vid.* Irribaren, Henrique, “El contencioso de los contratos administrativos” en *Régimen jurídico de los contratos administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991, pp. 249 y ss.

²⁶ Entre otros, sobre el Derecho Administrativo Global, *vid.* Aman, Alfred, *Administrative Law in a Global Era*, Cornell University Press, 1992, especialmente pp. 131 y ss., y Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, y Richard B., “The emergence of Global Administrative Law”, *Law & Contemporary Problems* N° 68, 2005, Duke University, pp. 15 y ss. En España puede consultarse entre otros a Ballbé, Manuel, “El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, en *Revista de Administración Pública* N° 175, Madrid, 2007, pp. 215 y ss; Meilán Gil, José Luis, *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Global Law Press - Editorial Derecho Global, Madrid, 2011, pp. 15 y ss., y Mir Puigpelat, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 208 y ss. Desde Latinoamérica, entre otros, *vid.* Delpiazzo, Carlos E., “Perspectiva latinoamericana del Derecho administrativo global”, en *Desafíos del Derecho administrativo*

cho Administrativo Global, responde a la existencia de una “Administración Global”, que sería, en términos de Sabino Cassese, una Administración sin Estado²⁷. Por su parte, el segundo ámbito describe la existencia de normas –formales e informales– y principios que vinculan a la Administración Pública doméstica²⁸, y cuyo control se confía a organismos internacionales²⁹.

Ahora bien, la actividad contractual de la Administración Pública es incidida por el Derecho Administrativo Global a través del control que, en el ámbito global, se lleva a cabo sobre esa actividad. De cara a esos controles, lo relevante no es ya la causa u objeto del contrato, con lo cual, la tesis del contrato administrativo pierde en cierta forma relevancia. Por el contrario, en el espacio global lo relevante es establecer mecanismos de control sobre el *poder adjudicador* del Estado. Es desde esta perspectiva que se ha venido analizando el Derecho Administrativo Global de la contratación administrativa³⁰.

A los fines de desarrollar esta tesis abordaremos dos aspectos: las razones que impulsan a la unificación del contrato administrativo en el marco de la globalización y el impacto concreto que sobre la actividad contractual del Estado ha tenido el arbitraje internacional de inversiones como expresión específica del Derecho Administrativo Global.

1. *Hacia la reunificación de la actividad contractual del Estado en el marco del Derecho Administrativo Global*

La figura del contrato administrativo, según explicamos en la sección anterior, ha sido adoptada mayoritariamente en Iberoamérica. Con matices –en algunos países, ciertamente relevantes– puede en todo caso concluirse que la figura del contrato administrativo, como categoría distinta al contrato civil de la Administración, responde a una de las figuras básicas del Derecho Administrativo.

Sin embargo, la diferencia rígida entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado aplicable a la actividad contractual se ha matizado, pues como vimos, se reconoce que toda la actividad contractual de la Administración debe quedar gobernada por principios generales, que aseguren que esa actividad sea desarrollada de manera racional, transparente, objetiva, eficiente y, en suma, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, principios especialmente

contemporáneo, Tomo II, Paredes, Caracas, 2009, pp. 1286 y ss. y Muci-Borjas, José Antonio, *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 51 y ss. Los principales estudios de Kingsbury y Stewart dedicados a este tema han sido traducidos al español en la obra *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press-Editorial de Derecho Global, Sevilla, 2016, editada por Javier Barnes.

²⁷ Sabino Cassese, “Global Administrative Law: An Introduction” (Working Paper, 2004), en http://www.iilj.org/oldbak/global_adlaw/documents/Cassese-paper.pdf [Consulta: 07-23-17].

²⁸ Las fuentes del Derecho Administrativo Global no se agotan en el Tratado, pues tienen cabida también normas informales (*soft law*) que a pesar de no tener carácter vinculante (en el sentido que su aplicación puede garantizarse por medio de la coacción) influyen en la actividad administrativa doméstica. *Cfr.*: Vid. Hirsch, Moshe, “Sources of international investment law”, *cit.*, p. 23.

²⁹ Cassese, Sabino, *The global polity*, Global Law Press, Sevilla, 2012, p. 15.

³⁰ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Principios de la contratación pública en el Derecho Administrativo global”, en *Derecho PUCP N° 66*, Lima, 2011, pp. 29 y ss. Se ha advertido en todo caso que tal Derecho Global es fragmentario e impreciso. *Cfr.*: Cassagne, Juan Carlos, “La Contratación Pública: Fronteras, Tensiones e Interrelación con el Derecho Privado en el Nuevo Escenario Contractual”, en *Revista Derecho & Sociedad, N° 44*, Lima, 2015, p. 19.

aplicables en el procedimiento de selección de contratistas, cuya procedencia no depende de la naturaleza administrativa o civil del contrato. Así, destacan en Iberoamérica las críticas formuladas, entre otros, por Allan R. Brewer-Carías en Venezuela y Sayagués Laso en Uruguay³¹. En el caso español, asimismo, se aprecia la impronta del Derecho Comunitario, lo que ha propendido a cierta uniformidad de los contratos de la Administración Pública, englobados con la denominación de “contratos públicos”³². En Venezuela, recientemente se ha uniformado el régimen jurídico de los contratos bajo la común denominación de contratos públicos³³, situación que la doctrina ha destacado en otros países³⁴.

La existencia de Leyes en Iberoamérica que regulan la actividad contractual de la Administración –más allá de cuál sea la causa u objeto del contrato– contribuye a esa uniformidad. No es posible, por supuesto, afirmar que tal uniformidad se ha logrado en todos los países, aun cuando la tendencia que puede apreciarse es la convergencia hacia un régimen jurídico común de la actividad contractual de la Administración³⁵.

³¹ Brewer-Carías, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*. Volumen III. *Los actos administrativos y los contratos administrativos*, primera edición, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 830 y ss. Brewer-Carías modificó su posición inicial, pues en la década de los sesenta afirmó la rígida separación entre el contrato administrativo y el contrato civil de la Administración. Luego admitió que esa separación no podía ser tan rígida, en tanto existe un régimen común de Derecho Administrativo aplicable a todo contrato. En similar sentido, *vid.* Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, *cit.*, p. 536. Asimismo, desde Brasil se ha observado que la existencia del contrato administrativo no implica la derogatoria del Derecho civil. *Vid.* Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, “Panorámica general del Derecho Administrativo en Brasil (2011)”, en *Derecho Administrativo en Iberoamérica*, INAP, Madrid, 2012, pp. 113 y ss. Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, cuarta edición, Montevideo, 1974, pp. 528 y ss. Como veremos, Sayagués cuestiona la rígida distinción entre contratos administrativos y contratos civiles de la Administración. Richer, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, quinta edición, L.G.D.J., París, 2006, pp. 90 y ss.

³² Meilán Gil, José Luis, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, primera edición, Madrid, 2008, pp. 93 y ss.

³³ Tal y como hemos expuesto en Hernández G., José Ignacio, “El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas de Venezuela” en *Revista de Administración Pública N° 176*, Madrid, 2008, pp. 363 y ss.

³⁴ En Bolivia, se ha observado que “en la legislación nacional al hablar de contratación pública o contratos administrativos, exclusivamente nos referimos a los contratos que celebra la Administración Pública y que, en Bolivia, a diferencia de otros sistemas, solo tiene una única naturaleza: la «administrativa»”, *Cfr.*: Zoto Alvarado, Juan Lixmar, “Panorama general del Derecho Administrativo en Bolivia”, en *Derecho Administrativo en Iberoamérica, cit.*, pp. 113 y ss. Una situación similar encontramos en El Salvador. *Vid.* Mejía, Henry, “Panorama general del Derecho administrativo salvadoreño”, en *Derecho Administrativo en Iberoamérica, cit.*, pp. 592 y ss. De especial atención resulta el caso de la contratación administrativa en Cuba, vista las particularidades –únicas, en Iberoamérica– del Derecho Administrativo en Cuba luego de 1959. *Vid.* Matilla, Andry, “Panorama general del Derecho Administrativo en Cuba”, en *Derecho Administrativo en Iberoamérica, cit.*, pp. 466 y ss.

³⁵ Desde su propia denominación, puede observarse cómo las Leyes en Iberoamérica suelen aplicar en general a la contratación administrativa o a la contratación pública, procurando como objetivo asegurar la legalidad, eficiencia y transparencia de esa contratación. Por ejemplo, en Argentina, véase el artículo 1 del *Decreto Delegado N° 1023/2001 de 13 de agosto, sobre el régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional*; en Bolivia, el artículo 1 de las *Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios*; en Colombia, el artículo 1 de la *Ley 80 de 1993, de 28 de octubre, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Admi-*

¿Qué razones han impulsado este progresivo proceso de unificación? En nuestra opinión, hay dos causas generales que conviene explicar.

.- En *primer* lugar, la unificación de la actividad contractual de la Administración encuentra justificación ante la dificultad de precisar, nítidamente, la diferencia entre el contrato administrativo y el contrato civil de la Administración. Tal distinción, como hemos señalado, parte del servicio público, que no es un criterio definido y estable. Antes, por el contrario, se trata de un concepto con clara vocación extensiva –la intervención estatal lleva a ampliar el catálogo de actividades que son consideradas servicio público– lo que se traduce en la expansión del concepto de contrato administrativo. De otro lado, tampoco resulta del todo clara la separación entre el contrato sometido a Derecho Administrativo y el contrato sometido a Derecho Privado. En la práctica, por el contrario, lo que se aprecia es la interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado en la actividad contractual de la Administración Pública³⁶. Además, esta rígida separación no deja ser un tanto artificial si recordamos, con Sebastián Martín-Retortillo Baquer, que el contrato no es un concepto exclusivo del Derecho Privado³⁷.

.- En *segundo* lugar, la unificación de la actividad contractual de la Administración Pública es principalmente consecuencia de un cambio de enfoque: las Leyes de contratación administrativa ya no se preocupan tanto por distinguir el régimen jurídico del contrato de acuerdo con su objeto o causa; ahora, el principal objetivo es definir el marco jurídico común orientado a garantizar principios generales tales y como la transparencia, la no-discriminación y la rendición de cuentas, con el propósito de controlar el poder adjudicador del Estado, muy especialmente, mediante procedimientos de selección de contratistas que aplican más allá de la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración. Es por ello que, en sentido general, comienza a hablarse de contrato público, contratos del Estado o contratación administrativa³⁸.

nistración Pública; en Costa Rica, el artículo 1 de la *Ley de Contratación Administrativa 7.494 de 2 de mayo de 1995*; en Ecuador, el artículo 1 de la *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de 2008*; en Guatemala, el artículo 1 de la *Ley de Contrataciones del Estado, Decreto N° 57-92 del Congreso de la República*; en Panamá, el artículo 1 del *Texto único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública*; en Perú, artículo 1 de la *Ley N° 30 de contrataciones del Estado de 8 de julio de 2014*; en Uruguay, el artículo 33 del *Texto refundido de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera*, y en Venezuela, el artículo 1 de la *Ley de Contrataciones Públicas*. Como excepción, destacamos la legislación de España (artículo 18 del *Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, compendiado en el *Código de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, 2017) y de Portugal (artículo 1 de del *Decreto-Ley N° 18/2008, de 29 de enero de 2008, que aprueba el “Código dos Contratos Públicos”*) los cuales mantienen la distinción entre el contrato público (o contrato del sector público) y el contrato administrativo.

³⁶ Brewer-Carías, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*. Volumen III. *Los actos administrativos y los contratos administrativos*, cit. Asimismo, vid. Vergara, Alejandro, “La ‘*summa divisio iuris*’ público-privado y la integración normativa en materias administrativas y civiles”, en *Revista de Derecho Privado* N° 26, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 43-69.

³⁷ Sobre ello, véase el trabajo clásico de Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1996, pp. 69 y ss.

³⁸ Cfr.: Moreno Molina, José Antonio, “El nuevo Derecho de la contratación pública: de las prerrogativas de la administración a la garantía de los principios generales”, en *La Administración Pú-*

Ahora bien, la unificación de la actividad contractual de la Administración Pública es favorecida por los controles internacionales adoptados en el marco del Derecho Administrativo Global³⁹. En efecto, esos controles tienden a garantizar el ejercicio transparente y racional del poder adjudicador del Estado, esto es, su poder de mercado para demandar la contratación de obras, bienes y servicios, visto el impacto que tal poder tiene sobre la economía⁴⁰.

Así, el *Acuerdo sobre Contratación Pública* de la Organización Mundial del Comercio, que solo alude a “compras del sector público”, favorece a la uniformidad del régimen jurídico de la actividad contractual de la Administración, en tanto el énfasis no se coloca en el régimen jurídico de los contratos públicos, sino en su sujeción a principios generales que aseguran la racionalidad en el ejercicio del poder adjudicador⁴¹. De igual manera, la actividad contractual del Estado tiende a valorarse, unitariamente, a través de acuerdos público-privados orientados a atender al ejercicio de cometidos estatales, más allá de la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración⁴². Bajo esta visión, más amplia, se alude al “*Gobierno mediante contratos*”, a los fines de describir cómo la actividad de la Administración Pública tiende a canalizarse por medio de acuerdos –y no ya, preponderantemente, a través de decisiones unilaterales⁴³.

Estos principios no solo se proyectan sobre el procedimiento de selección de contratistas, sino que se extienden también a la propia ejecución de los contratos, asegurando princi-

blica entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar, primera edición, INAP, Madrid, 2010, pp. 1.525 y ss.

³⁹ Cfr.: Moreno Molina, José Antonio, *Derecho Global de la Contratación Pública*, primera edición, Ubis, México, 2011, pp. 1 y ss. Del autor, asimismo, *vid.* “El nuevo Derecho de la contratación pública: de las prerrogativas de la administración a la garantía de los principios generales”, *cit.* Un ejemplo interesante es Ecuador, país en el cual se ha colocado especial énfasis en el control de la discrecionalidad en la contratación pública, como principio general aplicable a la actividad contractual de la Administración. Cfr.: Campaña Mora, Joffre, “Panorama general del Derecho Administrativo en Ecuador”, en *Derecho Administrativo en Iberoamérica, cit.*, pp. 528 y ss.

⁴⁰ El poder adjudicador del Estado es el poder de mercado a través del cual éste demanda obras, bienes y servicios. Los cometidos del Estado moderno hacen que este poder de mercado sea significativo y único, con lo cual el mecanismo de mercado no necesariamente garantiza la eficiencia económica, debido a diversos fallos (asimetrías de información y abusos en ejercicio del poder adjudicador, por ejemplo). Esos fallos justifican la regulación del procedimiento de licitación pública basado en los principios de publicidad, igualdad y concurrencia. Cfr.: Trepte, Peter, *Regulating public procurement*, Oxford University Press, 2004, pp. 63 y ss.

⁴¹ Anderson, Robert D. y Arrowsmith, Sue, “The WTO regime on government procurement: past, present and future”, en *The WTO Regime on Government Procurement*, Cambridge University Press, 2011, pp. 3 y ss. Esta regulación se justifica en dos causas generales: la importancia de las compras públicas en la economía (medida en términos de producto interno bruto) y los riesgos para el comercio internacional derivados del ejercicio abusivo del poder adjudicador.

⁴² Los acuerdos públicos-privados, conocidos como PPP por sus siglas en inglés, son acuerdos de transferencia de riesgos y cooperación a largo plazo entre el Estado y el sector privado para realizar obras o servicios, como es el caso del contrato de concesión y el contrato de ingeniería, procura y construcción, por ejemplo. Cfr. Vries, Piet de, “The modern public-private demarcation: history and trends in PPP”, en *The Routledge Companion to Public-Private Partnerships*, Routledge, Oxon, 2013, pp. 9 y ss. De allí que las recomendaciones generales apuntan a asegurar los principios de igualdad, publicidad y concurrencia en los procedimientos de selección de contratistas, a los fines de promover la gobernanza. Cfr.: *OECD Recommendation on Public Procurement* (2015).

⁴³ Vincent-Jones, Peter, *The new public contracting: regulation, responsiveness, relationally*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 14 y ss.

pios generales relacionados con la estabilidad del contrato, la certidumbre jurídica y la racionalidad de la actividad del ente contratante. Bajo estos principios, el régimen jurídico del contrato –sea de Derecho Público o de Derecho Privado– no es ya determinante⁴⁴.

Ahora bien, debe advertirse que este proceso de convergencia no es absoluto ni tampoco es necesariamente incompatible con la figura del contrato administrativo. No es absoluto pues estamos, más bien, a un proceso en marcha, cuyo impacto en los diversos ordenamientos jurídico-administrativos no es todavía homogéneo. Y en todo caso, la uniformidad de la actividad contractual de la Administración Pública no se opone al contrato administrativo, sino que se opone a la exclusión de ciertos contratos del régimen jurídico llamado a asegurar el ejercicio racional del poder adjudicador. Con lo cual, la figura del contrato administrativo puede ser compatible con el Derecho Global en la medida en que se ajuste a los estándares orientados a asegurar el correcto ejercicio del poder adjudicador, estándares que aplicarán por igual al llamado contrato civil de la Administración⁴⁵.

Sin embargo, también debe admitirse que esta tendencia marcará su impronta sobre el contrato administrativo, al condicionar el ejercicio de los “poderes exorbitantes” a principios generales del Derecho Administrativo Global llamados a asegurar la racionalidad en el ejercicio el poder adjudicador. Una impronta que, como veremos, puede apreciarse en el arbitraje internacional de inversiones.

El contrato administrativo y el arbitraje internacional de inversiones: un ejemplo del impacto del Derecho Administrativo Global

En el marco de los Tratados de Protección de Inversiones (TBIs), la naturaleza –administrativa o no– del contrato no es tampoco un asunto relevante. En efecto, el arbitraje basado en Tratados aplica a toda la actividad del Estado sede, incluyendo su actividad contractual, al margen de la distinción entre contratos administrativos y contratos de la Administración. Esto quiere decir que ambos contratos quedan sujetos a las mismas reglas derivadas de los estándares de protección del inversor previstos en el TBI. Por ello, es común observar arbitrajes basados en Tratados, y por los cuales se resuelven disputas que surgen de contratos celebrados por el Estado sede⁴⁶.

Es importante recordar, en este punto, que las disputas relacionadas con la actividad contractual de la Administración Pública pueden dar lugar a dos tipos de arbitraje muy distintos: *el arbitraje contractual* y *el arbitraje basado en TBIs*. En el primer caso el arbitraje se

⁴⁴ Desde el Derecho europeo, *vid.* Bovis, Christopher H., *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law series, 2012, pp. 333 y ss.

⁴⁵ Por ello, en la Unión Europea –respecto de la cual se ha aludido a la existencia de un Derecho Global de la contratación pública– no se excluye a la figura del contrato administrativo, pues el propósito es asegurar que toda la actividad contractual de la Administración Pública quede sometida a las reglas del Derecho de la Unión. *Cfr.*: Moreno Molina, José Antonio y Pintos Santiago, Jaime “El sistema español de contratación pública”, en *Aletheia cuadernos críticos del Derecho N° 1*, 2015, pp. 182 y ss. tomado de: http://www.liberlex.com/archivos/SCP_ES.pdf [Consulta: 07-11-17].

⁴⁶ Véase el asunto *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. The Republic Of Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/06/11, Laudo de 5 de octubre de 2012. Allí, el Tribunal Arbitral revisó terminación unilateral del contrato. Otro ejemplo es laudo de 4 de abril de 2016, en el asunto *Crystallex International Corporation vs. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB(AF)/11/2, referido igualmente a la indemnización debida por terminación unilateral del contrato. Véase nuestro análisis en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 211 y ss.

circunscribe a incumplimientos contractuales, mientras que en el segundo el arbitraje se extiende a cualquier disputa basada con la violación de los estándares de protección del inversor reconocidos en el TBI. Con lo cual, el arbitraje basado en Tratados tiene un alcance mucho más amplio que el arbitraje basado en contratos⁴⁷.

De esa manera, la actividad contractual de la Administración Pública puede dar lugar a dos arbitrajes paralelos, esto es, simultáneos: uno, basado en la cláusula arbitral y en incumplimientos contractuales; el otro, basado en el TBI y en incumplimientos en los estándares de protección. Ambos arbitrajes pueden coincidir respecto de disputas relacionadas entre sí, pues ellos versan sobre materias distintas: mientras que el primero conoce de reclamos por incumplimientos contractuales imputables al Estado, el segundo conoce de reclamos por violación a los estándares de protección del Tratado que sean imputables al Estado. Empero, la coexistencia de estos arbitrajes genera diversas dudas, como por ejemplo los remedios que deben adoptarse para evitar que una doble indemnización acordada en ambos arbitrajes genere, para el inversor, un enriquecimiento sin causa.

Un ejemplo de este problema lo encontramos en el asunto *Venezuela Holdings, B.V. y otros vs. Venezuela*. El Gobierno venezolano suscribió un contrato petrolero con un inversor. Luego de diversos inconvenientes alegados por el inversor, el Estado venezolano dictó una Ley que permitió terminar ese contrato y, eventualmente, expropiar la inversión. Frente a esos hechos el inversor intentó dos arbitrajes: uno basado en incumplimientos contractuales ante la Cámara de Comercio Internacional, y otro basado en violaciones al TBI aplicable, de acuerdo con las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En el arbitraje contractual se condenó al Estado a pagar cierta suma de dinero, lo que generó la duda de cómo afectaba ello al arbitraje basado en el TBI.

El Tribunal Arbitral recordó la prohibición de doble compensación, concluyendo que el monto total de la compensación pagadera al inversor es el determinado en el laudo menos el monto que ya recibió por el arbitraje contractual, con lo cual se evitaba la doble compensación⁴⁸. Empero, el Comité *ad hoc* que conoció del recurso de nulidad en contra de ese laudo, consideró que éste estaba indebidamente motivado, entre otros aspectos, en lo relacionado con la doble compensación⁴⁹. Ello demuestra los problemas asociados a la existencia paralela de arbitrajes basados en contratos y en Tratados.

Ahora bien, en lo que respecta al arbitraje basado en Tratados, como adelantamos, se ha señalado que no es suficiente con alegar el incumplimiento del contrato, pues lo relevante en

⁴⁷ Es por ello que se ha observado, y con razón, que el arbitraje basado en Tratados se rige por reglas y principios distintos al arbitraje basado en contratos. *Cfr.*: Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 63 y ss. Explica el autor que en el arbitraje entre el Estado y el inversor basado en una cláusula contractual, priva el principio de la autonomía de las partes, con lo cual, el arbitraje tiene un contenido más específico. Además, el arbitraje basado en contratos atiende usualmente a diferenciales comerciales, derivadas de reclamos contractuales. Por el contrario, el arbitraje basado en Tratados no se ancla en la voluntad de las partes contratantes, sino en la aplicación de los estándares de protección del inversor establecidos en el Tratado. Como resultado, ese arbitraje tiene un ámbito más de control sobre el Estado sede y su Administración.

⁴⁸ Laudo de 9 de octubre de 2014, en el Caso CIADI N° ARB/07/27, párrafo 381.

⁴⁹ Decisión sobre anulación del 9 de marzo de 2017, párrafos 147 y 148.

este ámbito es la violación de los estándares de protección previstos en el TBI⁵⁰. Por ello, en el marco del arbitraje basado en Tratados, lo relevante es la violación de los estándares de protección imputables al Estado sede con ocasión al contrato celebrado.

Un ámbito en el cual el arbitraje internacional de inversiones ha aplicado, precisamente, es respecto de la terminación unilateral del contrato basada en razones de interés general, en tanto se ha considerado que esa terminación equivale a la expropiación de derechos contractuales⁵¹. No obstante, esa terminación solo se ha estimado relevante frente al Tratado si ella es consecuencia del poder de imperio del Estado; si se trata de una actividad basada en la ejecución del contrato, por el contrario, la tendencia ha sido considerar que tal actividad, en sí misma, es insuficiente para invocar la violación del Tratado. Es por lo anterior que la terminación unilateral del contrato por razones de interés general tiende a ser considerada una medida sujeta al TBI, mientras que la terminación unilateral basada en incumplimientos contractuales tiende a ser considerada una actuación contractual que, por ello, no tiene la entidad suficiente como para ser valorada a la luz del Tratado, salvo cuando, según el Tratado, aplique la llamada “cláusula paraguas”, y ésta permita equiparar la violación al contrato a la violación del Tratado⁵².

Dos ejemplos de la aplicación de este estándar lo encontramos en el caso *Gold Reserve v. Venezuela*⁵³ y en el caso *Crystallex International Corporation vs. Venezuela*⁵⁴. De esa manera, en el caso *Gold Reserve v. Venezuela* se consideró que la terminación del contrato podía ser una expropiación únicamente si era consecuencia del poder de imperio del Estado; de tratarse de una terminación basada en el ejercicio de derechos contractuales, por el contrario, la terminación no podría ser calificada como una expropiación. Considerando ello, el Tribunal concluyó que la terminación del contrato se había basado en poderes contractuales, con lo cual, no podía ser calificada de expropiación, aun cuando sí quedaba sometida a los otros estándares del Tratado⁵⁵.

Por su parte, en el caso *Crystallex International Corporation vs. Venezuela* se observó lo siguiente⁵⁶:

“A criterio del Tribunal, la cuestión central consiste en determinar si la Demandada, al rescindir el contrato, actuó en el ejercicio de su poder soberano (*puissance publique*) y no como mera parte contratante. La presencia de este elemento permite distinguir entre meros incumplimientos contractuales (que normalmente no generarían responsabilidad internacional) y

⁵⁰ Véase sobre ello el completo trabajo de Voss, Jan Ole, *The impact of investment Treaties on Contracts Between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, pp. 160 y ss.

⁵¹ Véase lo que hemos expuesto en *La expropiación en el Derecho administrativo venezolano*, UCAB, Caracas, 2014, pp. 192 y ss.

⁵² En general, sobre la expropiación de derechos contractuales, *vid.* McLachlan, Campbell, *et al*, *International Investment Arbitration*, *cit.*, pp. 308 y ss.

⁵³ Laudo de 22 de septiembre de 2014, en el Caso CIADI N° ARB(AF)/09/1, párrafo 575 y siguientes.

⁵⁴ Laudo de 4 de abril de 2016, en el asunto *Crystallex International Corporation vs. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB(AF)/11/2.

⁵⁵ En los párrafos 665 y siguientes del laudo, y citando varios precedentes, el Tribunal Arbitral observó que la terminación del contrato basada en incumplimientos contractuales, como regla, no constituye una expropiación, pues para ello se requiere que el Estado actúa como poder de imperio en ejercicio de su soberanía.

⁵⁶ Párrafo 692.

actos que, aunque se expresan como contractuales, son, en realidad, actos soberanos que pueden acarrear responsabilidad estatal. En otras palabras, el Tribunal debe determinar, de manera objetiva, si el supuesto ejercicio de un acto contractual presenta las características del ejercicio del poder soberano y, por lo tanto, debe considerarse como acto soberano”.

Como se observa, en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones basado en Tratados, reclamos contractuales –entiéndase, reclamos basados en incumplimiento de las obligaciones pactadas– tienden a ser insuficientes, en el sentido que el Tribunal Arbitral solo tiene jurisdicción para revisar la actividad o inactividad del Estado contraria a los estándares de protección. Es por lo anterior que la actuación contractual del Estado solo podría ser conocida por el Tribunal Arbitral si se trata de una actuación que, incluso basándose en un contrato, sea consecuencia del ejercicio del poder público. En el caso comentado, el laudo arbitral observó que, de acuerdo con el Derecho Venezolano, la terminación del contrato no era una actividad contractual, sino que, por el contrario, era una actuación de imperio:

“A juicio del Tribunal, esto es suficiente para concluir que hubo expropiación en los términos del Tratado. Sin embargo, el Tribunal está aún más convencido de esa conclusión teniendo en cuenta que, también conforme al derecho venezolano, la rescisión del COM es indiscutiblemente un acto soberano. Primero, la CVG invocó expresamente su potestad de adjudicación y aplicación por sí misma (autotutela), una potestad que sólo pueden ejercer aquellas entidades que actúan como autoridades (y no como partes contratantes). Segundo, la CVG invocó específicamente razones de “oportunidad y conveniencia” para rescindir el COM, lo que constituye un ejemplo de prerrogativas exorbitantes del derecho público derivadas del poder soberano o *ius imperium* conforme al derecho venezolano. Por último, la rescisión se efectuó mediante una “Resolución”, un acto administrativo formal conforme al derecho venezolano”⁵⁷.

Nótese que bajo este criterio la tesis del contrato administrativo podría facilitar la admisión de la jurisdicción del Tribunal Arbitral respecto del estándar expropiatorio, siempre que ese reclamo se base en el ejercicio de las llamadas “cláusulas exorbitantes”, pues en tal supuesto, la Administración Pública contratante actuará por medio de actos administrativos. Pero en realidad, una solución similar podría admitirse bajo el régimen unitario del contrato público, en la medida en que el ente público contratante actúe en ejercicio de la Ley que regula el contrato.

En cualquier caso, a los fines de determinación la aplicación del TBI, la naturaleza del contrato no es una materia relevante. Lo único que se exige es que la violación al Tratado derive de una conducta del Estado sede que no implique la violación de cláusulas contractuales, pues las disputas por tales violaciones, de ser el caso, solo podrían ser ventiladas ante el arbitraje contractual. Pero, al margen de lo anterior, la distinción entre contratos administrativos y contratos de la Administración no es relevante a estos fines, todo lo cual propende a la unificación de la actividad contractual de la Administración, la cual quedará sujeta, en igualdad de condiciones, a los estándares definidos en el Tratado.

Asimismo, es importante observar cómo el acceso al arbitraje internacional rompe como uno de los paradigmas del contrato administrativo, cual es la competencia de la jurisdicción

⁵⁷ Párrafo 796. Para comprender mejor la cita, cabe resumir el caso. Un inversor celebró un contrato minero (llamado Contrato Operativo Minero o “COM”), con un ente de la Administración Pública (la Corporación Venezolana de Guayana o “CVG”). Posteriormente la Administración terminó el contrato alegando incumplimientos contractuales imputables al contratista. Sin embargo, el laudo consideró que la terminación del contrato fue parte de una estrategia basada en motivaciones políticas, y que al terminar el contrato la Administración actúe como poder de imperio, o sea, no se limitó a ejecutar una cláusula contractual.

contencioso-administrativa para conocer de reclamos derivados del contrato. Actualmente, las disputas relacionadas con los contratos administrativos ya no son conocidas exclusivamente por la jurisdicción contencioso-administrativa, en tanto se reconoce que esas disputas pueden dar lugar, también, a mecanismos de arbitraje internacional, incluso, basados en el Tratados. Como es de comprender, esto ha planteado no pocas objeciones –especialmente desde Latinoamérica– al considerar que el arbitraje internacional afecta la soberanía del Estado, lo que no es más que una reviviscencia de la doctrina Calvo, o más específicamente, de la cláusula Calvo, de gran influencia en la contratación administrativa en Latinoamérica⁵⁸.

En resumen, el arbitraje internacional de inversiones promueve la convergencia del régimen jurídico de la actividad contractual de la Administración Pública, pues esa actividad se somete a los estándares de protección previstos en el TBI, más allá de la distinción entre contratos administrativos y contratos civiles. Sin embargo, el arbitraje internacional de inversiones no se opone a la existencia del contrato administrativo. Más bien puede afirmarse que el arbitraje internacional es indiferente respecto del contrato administrativo, pues su único interés es garantizar el cumplimiento de los estándares de protección del Tratado.

En todo caso, lo cierto es que actualmente el contrato administrativo ya no se somete únicamente al régimen exorbitante del Derecho Administrativo doméstico, pues *también* queda sometido –como el resto de la actividad contractual de la Administración Pública– a los principios, normas y controles del Derecho Internacional, especialmente en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones. Con el cual, el Derecho Administrativo Global ha derivado en reglas y mecanismos de solución de controversias aplicables, por igual, a toda la actividad contractual de la Administración Pública.

⁵⁸ Para la posición de Latinoamérica, *vid.* Rodríguez-Arana, Jaime y Hernández G., José Ignacio (coordinadores), *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, INAP, Madrid, 2016.