

La Noción de Contrato de Interés Público

José Mèlich Orsini
Profesor de Derecho Civil
en la Universidad Central de Venezuela

SUMARIO

1. Planteamiento del problema. 2. La posición de la doctrina administrativa venezolana. 3. Necesidad de adherir la opinión del Dr. Pérez Luciani. 4. La historia de los artículos 126 y 127 de la Constitución. 5. La evolución del actual artículo 127 de la Constitución. 6. Incompatibilidad del artículo 127 con los principios del derecho internacional público. 7. Ambigüedad de la expresión "interés público". 8. El "contrato de interés público" como simple "standard jurídico". 9. Conclusiones.

1. Planteamiento del problema

La Constitución venezolana consagra una singular clasificación de los contratos que no puede menos que suscitar grandes perplejidades en cualquiera que se interrogue sobre la calificación aplicable a dichos efectos a un concreto contrato celebrado con una entidad pública o aun con una empresa privada en la que exista una participación decisiva de un ente público. Tal clasificación resulta de los artículos 126 y 127 de la Constitución, cuyos textos son los siguientes:

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

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

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

Art. 127. 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, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Estos textos suscitan las siguientes interrogantes:

A. ¿Qué es lo que tipifica un "contrato de interés público"?

B. ¿Es el "contrato de interés nacional" una mera especie de un género más comprensivo, que lo sería el "contrato de interés público", y donde cabrían al propio tiempo el "contrato de interés (público) estatal" y el "contrato de interés (público) municipal"?

C. Las dos excepciones que a la necesidad de la intervención legislativa se hacen en el primer párrafo del artículo 126 (a saber: que el contrato sea de los "necesarios para el normal desarrollo de la administración" o que sea de "los que permita la ley"), ¿se aplican sólo a los "contratos de interés (público) nacional" o rigen también respecto de los de "interés (público) estatal o municipal"?

Si se responde negativamente esta última pregunta, por estar contenidas las excepciones en el primer párrafo del artículo 126 que se contrae al supuesto del "contrato de interés nacional" y no reproducírselas en su segundo párrafo donde se trató adicionalmente de "contratos de interés (público) estatal" y de "contratos de interés (público) municipal", se nos suscita todavía esta nueva pregunta:

D. ¿El párrafo segundo del artículo 126 quiere decir que sólo cuando se trate de contratos de interés público nacional, estatal o municipal que se celebran "con Estados o entidades oficiales extranjeros" o "con sociedades no domiciliadas en Venezuela" se hace inexcusable la intervención legislativa? Esto es, que si el contrato se celebra con personas naturales nacionales o extranjeras o con sociedades privadas nacionales o aun extranjeras pero domiciliadas en el país, no se requiere la intervención del Congreso a menos que se trate de un contrato de interés nacional que al propio tiempo no esté comprendido dentro de las dos excepciones indicadas ("contratos necesarios para el normal desarrollo de la administración" o "contratos de los permitidos por la ley").

Si ello es así, todavía cabría advertir que, con la misma lógica, podría inferirse que los contratos de interés público meramente "estatal" o "municipal" sólo estarían sometidos a la necesaria intervención legislativa cuando se los celebre "con Estados o entidades oficiales extranjeros o con personas no domiciliadas en Venezuela"; por lo que se hace comprensible que las dos aludidas excepciones del primer párrafo del artículo 126 les resultan totalmente inaplicables.

Pero además, cabría también suponer que cuando se trate de un contrato de interés público nacional que deba celebrarse "con Estados o entidades oficiales extranjeros o con personas no domiciliadas en Venezuela" se hace indispensable la aprobación del Congreso, aun si se tratase de algunos de los dos casos de excepción aludidos en el primer párrafo del artículo 126, ya que tales excepciones sólo se aplican a los contratos de interés (público) nacional no comprendidos en el segundo párrafo del artículo 126.

Aclarado esto quedaría por desentrañar el sentido del último párrafo del artículo 126, el cual no ofrece mayores dificultades de interpretación si se lo entiende en su literalidad, esto es: que el Congreso puede dictar todavía una ley exigiendo para los "contratos de interés público" nuevas condiciones o requisitos no exigidos por la Constitución. Sobra advertir que esta ley no ha sido dictada aún.

E. Pero queda aún por aclarar otra cuestión, que se relaciona ahora con la interpretación del artículo 127. De acuerdo con este texto, imperativamente, por voluntad de nuestra Carta Magna, la "cláusula de inmunidad de jurisdicción", llamada por algunos "cláusula Calvo", debe considerarse inserta *de pleno derecho*, y aun en sustitución de cualesquiera cláusulas discordantes puestas expresamente por las partes, en cualquier contrato de ese género que la Constitución califica como "contrato de interés público". El referido texto hace todavía una excepción expresa a esta pauta de integración del contrato, a saber: aquellos casos de contratos de interés público cuya naturaleza específica no admita tal forma de interpretación integradora de su contenido ("si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos"). Ahora bien, ¿cuáles son esos contratos de interés público que por su naturaleza hacen improcedente la inserción de la aludida cláusula de inmunidad de jurisdicción?

La respuesta a esta serie de preguntas que hemos formulado no puede intentarse sin una cuidadosa investigación de los orígenes históricos de los dos textos constitucionales citados y sin un esfuerzo para concatenarlos entre sí y con las disposiciones análogas de las Constituciones que precedieron a la vigente de 1961. Es claro que no nos será posible ignorar la opinión que al respecto del significado de estos textos se ha formado la jurisprudencia y doctrina nacionales, pero tampoco nos estaría permitido prescindir totalmente de lo que hayan sido y continúan siendo las prácticas o usos constantes de nuestros Poderes Públicos, pues sería un grave error de técnica interpretativa utilizar como argumento concluyente para desentrañar el sentido de unas normas constitucionales que tienen ya más de un siglo de existencia, una doctrina que no se compadezca con las prácticas reiteradas de nuestros Poderes Públicos y que no resista al propio tiempo las críticas derivadas de la utilización de métodos de interpretación histórica, sistemática y teleológica.

2. *La posición de la doctrina administrativista venezolana*

Tanto el Dr. Eloy Lares Martínez¹, como el Dr. Luis Henrique Farías Mata²,

1. Cfr. "Manual de Derecho Administrativo", 3ª edición, Caracas, Nº 149, p. 268. Dice el doctor Lares Martínez: "Los contratos que celebra la administración se dividen en dos grandes categorías: contratos de derecho común y contratos administrativos (...) En los contratos administrativos se advierte ante todo la primacía del interés general, la necesidad de la *continuidad del servicio público*: tales rasgos particulares de los contratos de esta categoría justifican las prerrogativas reconocidas a la administración en la ejecución de los mismos". Y más adelante añade (Nº 163, p. 295): "¿Cuáles son los contratos de interés nacional? La doctrina y la jurisprudencia venezolanas han entendido que los contratos de interés nacional son los contratos administrativos celebrados por la administración pública nacional. Del análisis de las distintas reglas contenidas en el citado artículo 126 de la Constitución se desprende que existe una expresión genérica —*la de contratos de interés público*—, perfectamente asimilable a la de contrato administrativo y expresiones específicas, que son: contrato de interés nacional, contrato de interés estatal y contrato de interés municipal. En efecto, el interés público puede ser: *nacional, estatal o municipal*. Por lo tanto, los contratos de interés nacional forman parte de la categoría de los contratos administrativos". El autor cita en su apoyo el Dictamen de la Procuraduría General de la República emitido por él mismo el 8 de octubre de 1968 en su carácter de Procurador General de la República para tal fecha y con ocasión del proceso de licitación para construir una planta de laminados de la Siderúrgica del Orinoco, C.A.
2. "La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas", Caracas, 1968. En la página 18 se lee: "la figura del contrato administrativo es consagrada por la Constitución con el nombre de contratos de «interés nacional» o de

el Dr. Allan R. Brewer-Carías³ y el Dr. Luis Britto García⁴ están conformes en que las expresiones "contrato de interés público" y "contrato administrativo" son

«interés público». Es ésta al menos la opinión doctrinal mayoritaria en nuestro país, salvo la discrepancia que en este campo representa Pérez Luciani".

Añade todavía Farías Mata (pág. 20): "En nuestra opinión, el asunto debería ser planteado así: 1) Cuando el constituyente se refiere a contratos de interés público, está tratando de contratos administrativos, es decir, de aquellos en que, como veremos más adelante, «el interés público está en cierta manera directamente implicado», como lo reconoce la más moderna doctrina. 2) Dentro de estos contratos de interés público existen algunos de relevancia para la vida nacional, o que la tienen para la comunidad estatal y, finalmente, aquellos que son de interés para la vida local y municipal. Quedan pues teóricamente separados los conceptos «interés público» e «interés nacional», aun cuando en la práctica coinciden en muchos convenios, los cuales —en caso de coincidencia— son considerados como contratos de interés público nacional (...) 3) Entre los contratos de interés nacional habrá que distinguir aquellos necesarios para el normal desarrollo de la Administración y los permitidos por la Ley, más aquellos que no se encuentran ni en uno ni en otro caso, y que siguen la regla de la intervención del Parlamento.

3. Cfr. "Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana", 1964, Nº 20, p. 48 y Nº 122, p. 160. Más claramente todavía en el trabajo titulado "La Formación de la Voluntad de la Administración Pública en los Contratos Administrativos", Rev. de la Facultad de Derecho de la U.C.V., Nº 28, marzo 1964, Nº 21 y sigts. y Nº 59 y sigts. p. 107 y sigts. Cfr. también *infra* nota 5.
4. Britto García, Luis: "Régimen Constitucional de los Contratos de Interés Público", en Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa, Nº 50, año 1968, p. 76 y sigts. Luego de señalar la sinonimia entre "contrato de interés público" y "contrato administrativo", caracteriza este género de contrato (Nº 5, Nº 90) como aquel en el cual la Administración, actuando en su carácter de tal, esto es, persiguiendo aquellas finalidades de orden público que le corresponde cumplir, celebra con un tercero un pacto cuyo objeto tiende a dar satisfacción a una finalidad de interés público. "Como consecuencia de la especial índole de esta categoría de contratos, los mismos se encuentran sometidos a un régimen de derecho público y las controversias que surjan en relación a ellos se encuentran sometidas a la jurisdicción administrativa".

Fuera del género "contratos de interés público" quedarían sólo aquellos contratos de la Administración "que no afecten directa y necesariamente un interés público", que él acepta llamar con la doctrina precedente "contratos de derecho privado" y que caracteriza por el hecho de que en ellos "el ente público se asimila a un particular, no emplea el poder público de que se encuentra investido y pacta una convención regida por normas de naturaleza civil, que da lugar a relaciones de derecho privado". Luego de señalar que al respecto de esta dicotomía entre contratos administrativos de la Administración Pública y contratos privados de la Administración Pública (sean nacional, estatal o municipal) su opinión coincide con la de los doctores Lares Martínez y Brewer-Carías, advierte Britto García que se separa de ellos en cuanto a la consideración de que los contratos de derecho privado de la Administración Pública no sean susceptibles de ser sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa. "En efecto —escribe bajo el Nº 62, p. 127—, si bien es indiscutible que el conocimiento de las controversias surgidas de los contratos administrativos —o de interés público— corresponde a una jurisdicción especial, en cambio no nos parece cierto que los contratos de derecho privado de la Administración se encuentran excluidos de dicho régimen en nuestro país. Tal situación se da, en efecto, en otros derechos, en donde dicho sistema de doble jurisdicción se encuentra establecido en normas expresas. En el nuestro, en cambio, el fisco goza del denominado «privilegio de jurisdicción», es decir, de aquel conforme al cual *todas* las controversias en las cuales se encuentra involucrado, deben ser necesariamente decididas por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. No se puede interpretar de otra manera, en efecto, el numeral 28 del artículo 7º de la Ley Orgánica de la Corte Federal (...). A este respecto, es claro que cuando se atribuye a dicho alto Tribunal el conocimiento de «todas» las cuestiones que se susciten «entre la Nación y los particulares» a consecuencia de los «contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional», no se está haciendo diferencia alguna entre los contratos administrativos, o de interés público, y los contratos de derecho privado que celebre dicha rama del Poder Nacional". Luego de extenderse a otras consideraciones tendientes a comprobar que en ningún caso podían sustraerse al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia las controversias que versaren sobre contratos privados de la Administración celebrados por el Ejecutivo Nacional, el autor agrega que también lo estarían los recursos interpuestos contra los contratos de interés público estatal y de los de interés público municipal.

sinónimas. Sólo quedaría, pues, fuera de este género el contrato de derecho privado celebrado por la Administración Pública.

Dentro de la categoría del "contrato administrativo" o de "interés público" estarían incluidas a su vez tres especies particulares, discernibles tan sólo por el sujeto que lo celebra: el contrato de interés público nacional (esto es, celebrado por el Poder Público Nacional), el contrato de interés público estatal (celebrado por alguno de los Estados) y el contrato de interés público municipal (celebrado por alguna de las Municipalidades).

Por consiguiente, la norma del artículo 127 de la Constitución debería aplicarse a todo "contrato administrativo". A su vez, el artículo 126 *eiusdem* exigiría la intervención del Congreso, salvo en los señalados casos excepcionales de que se trate de un "contrato necesario para el normal desarrollo de la Administración" o de un "contrato expresamente excluido de tal intervención por una ley".

La categoría de contrato necesario para el normal desarrollo de la Administración Pública ha sido descrita por la doctrina administrativista venezolana en forma muy ambigua, sin ningún rigor científico, de manera tal que lo que para alguno puede estar comprendido dentro de la especie de los contratos que están excluidos del requisito de aprobación del Congreso, para otro pudiera resultar un contrato inválido o ineficaz por no haberse cumplido tal requisito⁵.

5. El Dr. Lares Martínez lo caracteriza así (*op. cit.*, p. 296): "Son aquellos que tienen por objeto la ejecución de tareas propias de la administración, sin que en modo alguno aparezcan en ellos características extraordinarias. El doctor Angel Demetrio Aguerrevere estima que los contratos normales son «todos los que puede celebrar la administración para el cumplimiento de los fines que le son propios y en el ejercicio de su actividad propia». Es práctica admitida generalmente que no están sujetos al requisito de la aprobación legislativa, no obstante su carácter de contratos de interés nacional, ni los de obras públicas, ni los relativos al transporte de correspondencia, ni los contratos de suministros".

Por su parte, el Dr. Brewer-Carías, en trabajo titulado "La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos", ya citado, p. 107 y siguientes, divide los contratos administrativos que puede celebrar la Administración Pública Nacional (o contratos de interés nacional) en tres grupos: 1º) Contratos administrativos excepcionales (es decir, "aquellos que requieren para su validez y eficacia la intervención del órgano legislativo"), 2º) Contratos administrativos especiales ("porque están permitidos por la Constitución o la ley al Presidente de la República en Consejo de Ministros en lo que respecta a su celebración") y 3º) Contratos ordinarios (que "consisten generalmente en aquellos contratos de *estructura simplificada*, o aquellos contratos de *menor importancia* por su *naturaleza o cuantía* o aquellos que sin revestir las características anteriores son *normales, ordinarios*, en el desarrollo de la Administración Pública"). La caracterización de Brewer-Carías es poco clara, pues al parecer entre los que llama "contratos especiales" están incluidos algunos de los "necesarios para el normal desarrollo de la administración" junto a los "permitidos por la ley", en cuanto que estarían "permitidos por la Constitución" a fuer de "normales", distinguidos de los demás de esta misma especie que incluye en la categoría de "contratos administrativos ordinarios" sólo en que en estos contratos llamados "especiales" el Presidente de la República tendría el deber de obtener el dictamen favorable del Consejo de Ministros.

Farías Mata (*op. cit.*, p. 49) critica la clasificación de Brewer. Le parece una impropiedad llamar "excepcionales" a los contratos administrativos que requieren la aprobación del Congreso, cuando lo cierto es que ellos configurarían la regla general del Art. 127 de la Constitución; y por otra parte observa que, aunque no se opone a que se llame "ordinarios" a los contratos "necesarios para el normal desarrollo de la Administración", no encuentra justificado que se afirme que alguna disposición de la Constitución los exime de requerir la intervención del Consejo de Ministros, siendo por el contrario lo cierto que ella resulta impuesta por el artículo 190, ordinales 15 y 22, de la Constitución. Farías cita en igual sentido la opinión de Lares Martínez (p. 49, nota 91 y p. 51, nota 92).

Por último, Britto García comienza por advertir que la categoría de contratos necesarios para el normal desarrollo de la Administración, en cuanto categoría comprendida en un género como el de "contrato de interés público", que es más amplio que el de "contrato de

Tan sólo hay una voz divergente en todo esto, la del Dr. Gonzalo Pérez Luciani. Su tesis ha sido esbozada en un trabajo publicado en el Nº 2 de la Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB⁶, pero ha sido ampliamente desarrollada en dos dictámenes jurídicos evacuados uno a solicitud de la compañía anónima Centro Simón Bolívar (30-4-73) y otro a solicitud del Instituto Venezolano de Petroquímica (26-11-76).

Para el Dr. Pérez Luciani es imposible identificar los conceptos de "contratos de interés público" y de "contrato de interés nacional" con el de "contrato administrativo", por la sencilla razón de que esta última categoría es una creación jurisprudencial peculiar del sistema francés desarrollada apenas a partir de 1903⁷ y,

interés nacional", debe aplicarse no sólo a esta especie de contratos administrativos o de interés público, sino también a las especies formadas por los de "interés estatal" o "interés municipal" (*op. cit.* Nº 23, p. 100). A continuación expresa su inconformidad con las caracterizaciones hechas por Lares Martínez y por Brewer-Carías, para concluir (Nº 24, p. 101) así: "En nuestro criterio, el contrato ordinario se define en virtud de su objeto, el cual conforme a la mención legal, debe ser tal que esté destinado a satisfacer los requerimientos «del normal desarrollo de la Administración Pública». La especificación que efectúa el legislador es voluntariamente falta de precisiones cuantitativas o porcentuales, ya que hubiera sido empresa por una parte impráctica, y por otra parte, creadora de una excesiva rigidez para la Administración Pública que el legislador hubiera intentado enumerar o asignarle un determinado monto a los requerimientos normales de funcionamiento de cada dependencia de ella. Este nivel al cual el legislador denomina «necesario para el normal desarrollo» debe ser, por lo tanto, apreciado en cada caso conforme a la gestión que ha venido desempeñando la dependencia interesada y a varios principios lógicos que a continuación se exponen: En primer lugar, dichos contratos no pueden tener por objeto la creación de un servicio o de una rama importante de la administración (...). En segundo lugar, la normalidad de los requerimientos de una dependencia administrativa que se encuentre en funcionamiento, puede ser determinada en base a dos notas, que serían, respectivamente, la normalidad en el procedimiento y sistemas, y la normalidad en los gastos de servicio, ambas notas necesariamente referidas a un período prudencial anterior a la celebración del contrato destinado a satisfacer tales requerimientos (...). Requerimientos normales del funcionamiento de una dependencia administrativa, serían entonces aquellos que le permitirían, sin innovar en sus procedimientos, sistemas y técnicas, y sin alteración notable de su nivel de gastos, lograr determinado resultado en su gestión". El autor concluye citando los ejemplos enunciados por Lares Martínez en el párrafo con el que se inicia esta nota, y al respecto hace la siguiente glosa: "es claro que determinados contratos de obra pública o adquisiciones de bienes, o determinados estudios o reparaciones, por su particular importancia, por la cuantía a la cual ascienden, por la manera en la cual afectan el interés de la comunidad, o por las modificaciones que implican dentro del normal proceder de la administración, no deberían en forma alguna ser considerados como «necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública», y deberán estar sujetos a la aprobación por parte del Poder Legislativo".

6. "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes no normativas aprobatorias de contratos", p. 208, bajo el Nº 6, letra F, en la página 226 se lee: "Queremos mencionar que nuestra Constitución, en el artículo 126, habla de «contratos de interés nacional», «contratos de interés público nacional» y «contratos de interés público», pero a pesar de todas esas denominaciones creemos que se refiere a un solo tipo especial de contratos, por su importancia, por su magnitud económica, por sus consecuencias, etc., pero que tales denominaciones no tienen nada que ver con la clasificación generalmente aceptada por la doctrina y por nuestra jurisprudencia de «contratos administrativos». Son categorías que pueden coincidir, pero que no necesariamente han de coincidir".
7. Explica el Dr. Pérez Luciani que la noción de "contrato administrativo" es simple consecuencia de la distinción típicamente francesa entre una jurisdicción judicial y una jurisdicción administrativa que estableció la Ley 16 del 24 de agosto de 1790 de la Asamblea Constituyente francesa al impedir toda inmisión de los jueces en los actos de la Administración Pública y a la posterior utilización, a partir del llamado *Arrêt Blanco* dictada por el Tribunal de Conflictos el 8 de febrero de 1873, de la idea de "servicio público" para caracterizar los actos jurídicos y actividades materiales de la Administración en relación a los cuales estaba excluida toda competencia de la jurisdicción judicial; idea ésta que luego habría sido desarrollada en la sentencia del Consejo de Estado de 6 de febrero de 1903 conocida como *Arrêt*

más aún, sólo sistematizada desde la publicación de la obra de Gastón Jèze, *Principes Généraux de Droit Administratif*, entre los años 1927 y 1934⁸, lo que hace que en nuestra jurisprudencia y prácticas administrativas no se utilice la denominación "contrato administrativo" hasta una reciente sentencia de nuestra Corte Federal y de Casación de 5 de febrero de 1944⁹, en tanto que la noción de "contrato de interés nacional" habría aparecido en nuestro ordenamiento positivo ya desde la Constitución de 1864 y la de "contrato de interés público" desde 1893.

La doctrina del "contrato administrativo" es ciertamente fruto de una especulación intelectual de los autores franceses y, como tal, ajena a otros sistemas como

Terrier. Cfr. Consulta Centro Simón Bolívar, N° IV. 3. p. 77 a 80 y Consulta al I.V.P. N° 8, p. 29. El Dr. Lares Martínez, op. cit., N° 151, p. 272, concuerda expresamente en que es sólo a partir de esta fecha (6 de febrero de 1903) cuando la doctrina francesa tiende a abandonar la teoría de los actos de autoridad (sometidos a la jurisdicción administrativa) y actos de gestión (sometidos a la jurisdicción judicial, grupo éste en el que se incluían todos los contratos celebrados por la Administración), para ir introduciendo en su lugar "la distinción entre los dos tipos de contratos que celebra la Administración".

8. Para ilustrar esta conclusión suya, el Dr. Pérez Luciani hace en su Dictamen para el I.V.P., p. 31, la siguiente cita: "Contratos administrativos y contratos de la Administración —escribe el autor belga Cambier, Cyr: «Droit Administratif», Bruxelles, 1968, p. 272. Esta distinción puesta en práctica por G. Jèze (Principes Généraux de droit administratif, 3e. ed., t. III, p. 298 ss.) ha llegado a ser clásica. Los contratos de la Administración no se caracterizan sino porque entre las partes que se obligan, figura una autoridad administrativa; por lo demás ellos no se diferencian de las convenciones privadas. En los contratos administrativos, por el contrario, el poder público (la puissance publique) conserva sus prerrogativas". Pérez Luciani anota: "Adviértase que las publicaciones de Gaston Jèze sobre contratos administrativos aparecieron en la Revue de Droit Public desde 1930 a 1936 y también fueron publicados en tres volúmenes entre los años 1927-1934. De modo que el planteamiento doctrinario de la teoría de los contratos administrativos se efectuó entre la tercera y cuarta década del presente siglo".
9. *Cfr. Memoria de 1945, Tomo I, p. 283 y sigts. La aludida sentencia se apoya en la obra de Laferriere y tuvo como ponente al Dr. Pedro Arismendi Lairé. En su consulta para el I.V.P. (pág. 21-23 y pág. 42, nota 75) señala el Dr. Pérez Luciani que de las ocho primeras sentencias aludidas por Brewer-Carías como receptoras en nuestro país de la noción de contrato administrativo (en trabajo publicado en el N° 26 de la Revista de la Facultad de Derecho de la U.C.V., septiembre de 1963, p. 127 y sigts., titulado "Los Contratos Administrativos en la Jurisprudencia Administrativa Venezolana") las dos primeras de 5 de mayo de 1937 (Memoria 1938, Tomo I, pág. 221) y de 9 de marzo de 1939 (Memoria 1940, Tomo I, p. 331) no emplean en realidad el "término contrato administrativo"; que la primera se limita a calificar de acto administrativo en forma de ley al acto de aprobación de un contrato (así genéricamente mencionado) por el Congreso, y que la segunda apenas habla del "equilibrio financiero" establecido por una exoneración concedida en un contrato celebrado por la Administración "pero sin atreverse a calificarlo de administrativo". Es de agregar todavía que los ponentes de estos fallos fueron respectivamente el Dr. Carlos Sequera y el Dr. Pedro Arismendi Lairé.*

Comenta además el Dr. Pérez Luciani (nota 76 de la Consulta al I.V.P.), que en la segunda sentencia de la Corte Suprema de Justicia que recoge la expresión "contrato administrativo" con consciencia de lo que ello significa, esto es, la de 12 de noviembre de 1954 (Gaceta Forense, N° 6, 2ª Etapa. Vol. I, 1954, p. 185), esa misma que el Dr. Farías Mata (*op. cit.* p. 12, nota 3) califica de magistral por coincidir anticipadamente con el famoso *arrêt* "époux Bertin" del Consejo del Estado francés que revaloriza la noción de servicio público frente a la de las cláusulas exorbitantes como nota distintiva del "contrato administrativo", "fue sólo en el acto de «informes» ante la Corte donde se planteó la cuestión de si el contrato era administrativo o no, con sorpresa para algunos Magistrados de la Corte, quienes antes de dictar sentencia comunicaron al autor (esto es, al Dr. Pérez Luciani), que por primera vez oían hablar de tal distinción con referencia a los contratos administrativos". El ponente de este fallo fue el Dr. Héctor Parra Márquez.

el anglosajón¹⁰, el alemán¹¹ o el italiano¹². No puede negarse, sin embargo, que

10. "No existe en Inglaterra —escribe Flamme, Maurice André: "Traité Théorique et Pratique des Marchés Publics", Bruxelles 1969, Nº 53, p. 91— un derecho autónomo de los contratos administrativos y las reglas ordinarias de la «common law» se aplican tanto a los contratos de las colectividades públicas como a los de los particulares. Es así como las reglas de la responsabilidad contractual de derecho privado se aplican desde 1947 tanto a la Corona como a las otras autoridades públicas, en virtud de la «Crown Proceeding Act», que ha suprimido el procedimiento de la «petition of right»".

El mismo autor agrega que, no obstante, esta identificación entre el régimen de los contratos de derecho común y el de los contratos que tienen como parte a la Administración, "ha sido necesario para las jurisdicciones tener en cuenta la particular naturaleza del Estado contratante. Pero, porque el Juez inglés se encontraba constreñido a permanecer en el cuadro de las reglas de derecho privado, no ha podido utilizar esta noción más dúctil que se califica de contrato administrativo. Teniendo que resolver sobre una obligación de apariencia contractual, no le ha quedado más que la elección entre dos soluciones: o bien, si estimaba que la primacía debía ser otorgada a los intereses privados, había juzgado que la obligación existente entre el particular y la Administración era de naturaleza contractual, derivada de un contrato de derecho privado con todas las consecuencias que ello implica, o bien, si estimaba que el interés general debía primar y que hacía falta precisamente evitar todas o ciertas consecuencias del ligamen contractual, era constreñido a sentenciar que, contrariamente a las apariencias, no había contrato y liberaba radicalmente a la Administración de toda obligación".

Algo análogo podría decirse de los Estados Unidos de América, donde según Flamme se ha producido sin embargo una abundante literatura acerca de la protección del contratante que ha tratado con la Administración. Con todo, concluye este autor (Nº 77, p. 116): "Lo que es cierto es que la enseñanza de la jurisprudencia tradicional concerniente a la aplicación del derecho privado a los «federal contracts» no refleja sino imperfectamente la realidad, porque: a) Los reglamentos particulares que rigen estos contratos se han hecho tan numerosos que la «common law» no les es sino muy parcialmente aplicable; b) el derecho aplicable es la «common law» propia de los «federal contracts» no que es necesariamente la «common law» de los Estados donde dichos contratos han sido concluidos o deben ser ejecutados; c) los precios convenidos son sometidos a *renegotiation* después de ejecutados... d) En fin, dos clases de recursos están expedidos a los particulares co-contratantes, de los cuales uno al menos hace pensar en una jurisdicción administrativa".

11. Pérez Luciani, Dictamen para el I.V.P., pág. 33, explica la situación así: "En Alemania han predominado las teorías elaboradas por Otto Mayer desde comienzos de siglo. Las ideas fundamentales de Mayer pueden resumirse así: a) El contrato supone necesariamente que las partes que intervienen en su celebración sean iguales. Esto es, las voluntades generadoras del acuerdo deben tener el mismo valor jurídico. b) Es inconcebible que el Estado, con sus manifestaciones de autoridad y sus prerrogativas (*imperium*) pueda colocarse en pie de igualdad con los particulares, que se encuentran en una situación de subordinación. c) Algunas relaciones entre el Estado y los particulares que se han denominado «contratos», no son otra cosa que *actos administrativos unilaterales* a los cuales se adhiere por *sumisión* el particular (las concesiones, designación de funcionarios, etc.); d) *Contratos de derecho público* pueden existir pero solamente entre dos personas administrativas, siempre que éstas no se encuentren en relación de subordinación una respecto de la otra".

A pesar de ellos, la evolución más reciente muestra una tendencia hacia la configuración de una cierta especie de contratos administrativos, si bien para caracterizarlos se utilizan criterios diferentes a los franceses. *Cfr.* Flamme, *op. cit.* Nº 33, p. 74.

12. La doctrina italiana no ha receptado las teorías francesas sobre el contrato administrativo, y por ello ocurre que ni en el *Novissimo Digesto Italiano* ni en la *Enciclopedia del Diritto* se encuentre la voz "contrato administrativo". Con todo, ella admite que "aun cuando el derecho positivo prevé expresamente la forma contractual para la constitución de relaciones que tienen por objeto el desarrollo de la actividad pública de la Administración, no parece sostenible recibir en la disciplina de estas relaciones, ni siquiera por analogía, la reglamentación propia de los contratos de derecho privado. Se destacó, por tanto, que los elementos constitutivos de la relación además de diferenciarse en cuanto al objeto, constituido precisamente por una cosa fuera del comercio (función pública, servicio público, actividad a desplegarse sobre bienes demaniales), tienen la característica de una causa negocial dominada por el elemento del interés público, tanto como Administración que tiene en mira este interés de modo inmediato y directo cuando pretende desarrollar una actividad pública entrando en relaciones con otros sujetos, como en relación con estos últimos, pues, aun si ellos persiguen una finalidad individual de naturaleza lucrativa, no pueden dejar de subordinar el contenido de la relación de la cual forman parte a las exigencias propias de aquel interés". *Cfr.* Gallo, Mario, voz "Contratto di Diritto Pubblico", en *Novissimo Digesto Italiano*, t. IV, p. 647.

también en estos sistemas se han presentado exigencias derivadas de la necesidad de tomar en cuenta la singular personalidad de ese cocontratante que es el Estado, especialmente en ciertas circunstancias en que él actúa con la clara finalidad de perseguir la obtención de fines públicos particularmente relevantes, las cuales determinan también que se dé a los contratos de interés público un tratamiento diferente del que se da a los actos unilaterales del Poder Público y a los contratos ordinarios. Así, en Bélgica, donde no existe la doble jurisdicción —judicial y administrativa— que determinó en Francia la aparición de ese espécimen peculiar del sistema jurídico francés que es el “contrato administrativo”, no ha podido menos que reconocerse que “si en principio el Código Civil permanece siendo aplicable a estos contratos, lo es solamente «a título de derecho común supletorio», viniendo a colmar las lagunas de numerosas disposiciones especiales de las leyes administrativas y bajo reserva de que las disposiciones de ese Código no sean incompatibles con la naturaleza de la acción administrativa”¹³.

Tal vez sea esta constatación de la necesidad de ofrecer un régimen jurídico especial claramente configurado y fácilmente utilizable por nuestros operadores jurídicos, lo que ha llevado entre nosotros a la recepción de la noción francesa de “contrato administrativo”¹⁴. De hecho, en el momento actual, tanto la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia¹⁵, como la que resulta de los dictámenes de los organismos administrativos¹⁶ y aun algunos textos legales¹⁷, han adoptado

13. *Cfr.* Flamme, *op. cit.* N° 35, p. 130, quien cita en tal sentido las referidas palabras de André Buttembach en su obra “Manual de droit administratif”, 3ª ed. 1959, N° 383 y a un trabajo en policopia de André Mast titulado “Les contrats administratifs en droit comparé”.
14. En este sentido escribe Benito Sansó, “Aspectos Jurídicos de la nacionalización de la industria del hierro en Venezuela”, Caracas, 1977, p. 23, que la posición que se niega a aceptar la noción dogmática de un “contrato administrativo” diferenciado de los demás contratos que pueda celebrar la Administración Pública con base a los criterios de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés “puede ser aceptable para aquellos ordenamientos jurídicos que prevén una amplia reglamentación de los contratos celebrados por la Administración Pública, mientras es sabido que el derecho positivo venezolano es bastante parco al respecto, de ahí los esfuerzos de la doctrina y de la jurisprudencia venezolanas de buscar una normación de esa actividad recurriendo a principios generales creados por la doctrina y jurisprudencia de otros sistemas (especialmente el francés), lo cual presupone naturalmente la calificación previa del contrato como administrativo”.
15. *Cfr.* de Allan Randolph Brewer-Carías: “Los contratos administrativos en la jurisprudencia venezolana”, en Revista de la Facultad de Derecho, N° 26, septiembre 1963, pág. 127 y sigs. De esta colección de sentencias de la Corte Suprema de Justicia entre 1937 y 1963 es de hacer resaltar una fechada el 15 de marzo de 1962 (*G.O. Extraordinaria* N° 760, 22-3-1962) en la cual pretenden apoyarse Lares Martínez (*op. cit.* p. 278), Farías Mata (*op. cit.* p. 20) y Britto García (*op. cit.* p. 89), para fundar la sinonimia entre “contratos de interés público” y “contratos administrativos”. Britto García invoca también el fallo de la antigua Corte Federal de 12-11-54 en que se califica el contrato del caso como “contrato administrativo de interés nacional” y “contrato de innegable interés nacional”.
16. La utilización de la expresión “contrato administrativo” en los dictámenes de la Procuraduría General de la República data de 1958. Ella se hace, sin embargo, frecuente a partir de 1962. *Cfr.* compilaciones correspondientes a los años 1962 (págs. 71, 89, 137, 138, 139), 1963 (pág. 89), 1964 (pág. 75 y 226), 1965 (págs. 24 y 54), 1966 (pág. 66 y 77), 1967 (pág. 51 y 112), 1970 (pág. 103 y 110), 1971 (pág. 103 y 110), 1972 (pág. 125) y 1977 (pág. 35 y 42). Es de observar que durante este período actúan como Procurador General de la República el Dr. Eloy Lares Martínez (1966-1969) y Luis Henrique Farías Mata (1969), habiendo además actuado este último anteriormente como abogado adscrito a ese mismo Despacho. Estos dictámenes recogen la doctrina del contrato administrativo tal como ella va siendo perfeccionada por la doctrina francesa, de acuerdo con las pautas que hemos visto que repiten en sus obras los citados doctores Lares Martínez, Farías Mata, Brewer-Carías, etc.

entre nosotros la tesis que agrupa los contratos que es susceptible de celebrar la Administración Pública en dos grandes categorías: una, constituida por simples "contratos de derecho común", apreciables según criterios análogos a los que se emplean para juzgar de los contratos que celebran entre sí los particulares; y otra, conformada por los "contratos administrativos", caracterizados estos últimos bien por su vinculación con la idea de "servicio público", bien por la incorporación a ellos de "cláusulas exorbitantes del derecho común" derivadas de la necesidad de salvaguardar intereses públicos involucrados en el contrato en cuestión.

3. Necesidad de adherir la opinión del Dr. Pérez Luciani

Pero que se justifique la recepción de la noción de contrato administrativo, no significa que también deba justificarse necesariamente su identificación con la de "contrato de interés público". El doctor Pérez Luciani (Dictamen para el IVP, p. 43) al destacar las incongruencias de la recepción por nuestra doctrina y jurisprudencia de la noción francesa de "contrato administrativo", señalaba que nuestros administrativistas, después de identificar con dicha noción las de "contrato de interés público" y en particular la de "contrato de interés nacional" como especificación de este último, al percatarse de la paralización de la Administración Pública que ello produciría, si todos estos contratos debieran ser sometidos a la aprobación del

Algo análogo podríamos verificar en los "Dictámenes de la Consultoría Jurídica de la Contraloría General de la República" (Tomo II, p. 335; Tomo III, p. 51, 54 y 57; y Tomo IV, p. 243, 253). La Contraloría, en cuyo personal de planta figura el Dr. Luis Britto García, afirma explícitamente la sinonimia entre los términos "contratos de interés público" y "contratos administrativos", y en su dictamen CJ-156 de 4-6-70 rebate la posición del IVP sostenida por el Dr. Gonzalo Pérez Luciani en su aludida opinión para dicho Instituto y, por considerar "única" en la doctrina y jurisprudencia nacionales esta opinión, la descarta sin más explicaciones y ratifica el criterio de ese organismo así: "El criterio que tradicionalmente ha sostenido la Contraloría General de la República en lo referente a los contratos de «interés público» o de «interés nacional» se fundamenta en líneas generales, en la posición que sobre la materia han adoptado nuestra más alta jurisprudencia, la Procuraduría General de la República, la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia y la casi totalidad de nuestros administrativistas".

Tal ha sido efectivamente el criterio sostenido también por la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia. Cfr. al respecto *Doctrina Administrativa* - Dictámenes de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia 1965-1966, págs. 54 a 78, Caracas 1967. En estos dictámenes elaborados siendo Consultor Jurídico el Dr. J. A. Zambrano Velazco y Asesores de la Contraloría, entre otros, los doctores José Guillermo Andueza, Florencio Contreras Q., Enrique Pérez Olivares y Allan Randolph Brewer-Carías, todos profesores de Derecho Público en nuestra Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello, se acoge la doctrina del "contrato administrativo" según los parámetros franceses, pero además se acoge y repite la ya aludida clasificación de Brewer-Carías sobre los contratos de interés público nacional en contratos "excepcionales", "especiales" y "ordinarios" (Cfr. nota 5).

17. La Sección Tercera del Capítulo I de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de 20 de diciembre de 1965, alude a las atribuciones de este organismo "en materia de contratos administrativos" y contiene un solo artículo, el artículo 3º que dice literalmente: "Corresponde a la Procuraduría General de la República redactar y suscribir, cuando así lo decida el Ejecutivo Nacional, los *contratos de interés público* a que se refiere el artículo 190, ordinal 15 de la Constitución".

En análogo sentido la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, promulgada el 30-7-76 cuyo artículo 42, ord. 15, dispone ser de la competencia de la Corte Suprema de Justicia "conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los *contratos administrativos* en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades".

Congreso, hacen esfuerzos por incluir en la categoría excepcional de "contratos necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública" o de "contratos permitidos por la ley" a la mayoría de los contratos que de hecho celebra la Administración Pública Nacional, a saber: los contratos de obras públicas, de suministros, de transporte, de prestación de servicios personales, etc. De esta manera la que debiera ser la excepción de acuerdo con la letra del artículo 126 de la Constitución, se transforma en la regla ¹⁸.

Si rindiéndonos a la evidencia de que los "contratos de interés público" tienen en nuestra historia una larga tradición que opone esta especie particular de contratos a otros susceptibles de tener también como sujeto a la República, a los Estados o a las Municipalidades, en cuanto a las diferentes reglas de fondo que rigen la formación del consenso entre el particular y el órgano del Poder Público que intervenga en ellos, pero que no tiene necesariamente que ver con la más rica y moderna temática que justifica la difusión de la noción de "contrato administrativo" y su oposición a la de "contrato de derecho común celebrado por la Administración Pública", intentáramos superar los excesos de doctrinarismo que inficionan algunas de las opiniones didácticas de nuestros juristas y de los dictámenes o fallos elaborados por ellos, tal vez podríamos eliminar las incongruencias y absurdos que han llevado al doctor Pérez Luciani a separarse con tanta vehemencia de la doctrina del "contrato administrativo", que él mismo contribuyó a introducir en el sistema venezolano ¹⁹.

Dejando por ello a un lado la cuestión referente a si cuando el constituyente habla del "contrato de interés público" en tiende aludir a un contrato que tiene las notas del "contrato administrativo" francés (lo que evidentemente parece un anacronismo), lo cierto es que, si se leen desprejuiciadamente los textos constitucionales venezolanos desde 1864 hasta 1961, se comprobará que ellos se limitan a expresar o bien que *todos los contratos de interés nacional que la Constitución o las leyes permiten celebrar al Ejecutivo deben ser aprobados por el Congreso* (Constituciones de 1864 a 1945); o bien que *no sólo los de "interés nacional" sino también los de "interés público estatal o municipal" cuando se celebren con gobiernos o entidades oficiales extranjeros o con personas no domiciliadas en el país, requieren de dicha aprobación* (art. 107, Const. de 1947; art. 48, Const. de 1953 y art. 126, Const. vigente); o bien

18. Obsérvese que la excepción referente a los contratos "necesarios para el normal desarrollo de la administración o los permitidos por la ley", de que habla el artículo 126 de la Constitución vigente, sólo fue incorporada a los textos constitucionales en 1947 (art. 162 ord. 8) respecto de los llamados "contratos de interés nacional". No podría pretenderse que antes de esta fecha todos los "contratos administrativos" en el sentido francés estuvieran sometidos a la aprobación del Congreso, pues la vaga referencia que en esos textos anteriores se hacía a la aprobación por el Congreso de los "contratos de interés nacional autorizados por la Constitución y las leyes", no configuraba la otra excepción que hoy llama Brewer-Carías "contratos especiales". sino que, por el contrario, la circunstancia de deber estar "permitidos" tales contratos "por la Constitución y las leyes" era un requisito autónomo y previo para la celebración por el Ejecutivo del "contrato de interés nacional" cuya aprobación debía precisamente ser solicitada al Congreso.

19. Cfr. *supra nota 9*, acerca del comentario que se hiciera al Dr. Pérez Luciani por magistrados de la Corte Suprema de Justicia en el momento de dictarse el fallo de 12 de noviembre de 1954, primero en que se recoge en forma cierta entre nosotros la doctrina del "contrato administrativo". Es de advertir que la pretensión de estarse en el caso en presencia de un "contrato administrativo" fue llevada a la Corte precisamente en los informes de los abogados de la parte actora en ese juicio, entre los cuales además del Dr. Pérez Luciani se encontraba el autor de este comentario.

que si ello ocurre de modo general existen *algunos casos excepcionales* en que ello no se requiere (ord. 8º, art. 162, Const. de 1947 y art. 126, Const. vigente), o que, aun si no se requiriese para su celebración por hallarse en un caso de excepción, *se requerirá en cambio tal aprobación para su traspaso a determinadas personas* (art. 107, Const. de 1947; art. 48, Const. de 1953 y art. 126, Const. vigente); o que *la ley podrá imponer determinados requisitos especiales* en lo referente a tales contratos (agregado del párrafo final del art. 126 de la vigente Constitución). Fue así como desde 1893 se agregó al texto que exigía la aprobación del Congreso para la celebración de contratos de interés público, una *prohibición absoluta y expresa de "traspasar" a Gobiernos extranjeros* tales contratos de "interés público" *celebrados por el Gobierno Nacional o por el de los Estados* (art. 149, Const. de 1893); que en 1901 se aclaró que tal prohibición *concernía también a las Municipalidades o a cualquier otro Poder Público* (art. 139), y luego en 1925 que ella se extendía *a toda sociedad no domiciliada en Venezuela*. Esta última disposición fue todavía más clarificada en 1947 (art. 107, Const. de 1947 y art. 48, Const. 1953), en el sentido de explicitarse que la prohibición no es tan sólo de "traspasar", sino *también de "celebrar"* tales contratos con dichas personas, si bien se la restringió al propio tiempo, pues se permitió *infringir la prohibición con la aprobación del Congreso en el caso de que el co-contratante fuera una entidad oficial o semioficial extranjera con personería jurídica autónoma* (art. 107 Const. de 1947; art. 48, Const. 1953 y art. 126, Const. vigente).

Una mejor comprobación de lo que decimos y de que la historia de los textos constitucionales que hablan de "contrato de interés público" no autoriza a identificar este concepto con el de "contrato administrativo", tal como fundadamente lo enseña el doctor Pérez Luciani, nos aconseja hacer una pausa para confrontar en forma resumida los cambios de redacción que sucesivamente se ha venido dando a dichos textos en la veintena de Constituciones que ha tenido el país.

4. *La historia de los artículos 126 y 127 de la Constitución*

A. *Constituciones de 1830 a 1858*

Se ha intentado rastrear los antecedentes de la noción de contrato de interés público en la Constitución de 1830, cuyo art. 87 reservaba al Congreso la facultad de celebrar los contratos relativos a ciertas obras públicas de gran envergadura. Esta reserva perduró hasta 1864.

Los textos constitucionales decían así:

Constitución de 1830, art. 87: "Son atribuciones del Congreso: . . . 16. Celebrar contratos con ciudadanos o compañías nacionales o extranjeras para la navegación de ríos, apertura de caminos y otros objetos de utilidad general".

Constitución de 1856, art. 38: "Son atribuciones del Congreso: . . . 17. Establecer reglas para celebración de contratos entre el Estado y ciudadanos o compañías nacionales para la navegación de ríos, apertura de caminos y otros objetos de utilidad general".

Constitución de 1858, art. 46: "Son atribuciones del Congreso: . . . 16. Promover por leyes o contratos la navegación y canalización de los ríos, la apertura de caminos y obras, con tal que sean de utilidad nacional".

Hasta este momento la preocupación parecía centrarse en el desarrollo del país y en la necesidad de que el Congreso fomentara la celebración de los grandes contratos que podían contribuir a ello.

B. *Constituciones de 1864 a 1891*

Es a partir de la Constitución de 1864 cuando aparece por vez primera el término "contrato de interés nacional" con un significado coincidente con el de este término en nuestra vigente Constitución, así:

Art. 72: "El Presidente de la Unión tiene las siguientes atribuciones: . . . 8º Celebrar los *contratos de interés nacional* con arreglo a las leyes y someterlos a la Legislatura".

Esta redacción se repitió en el artículo 72, ordinal 8º, de la Constitución de 1874, en el artículo 66, ordinal 6º, de la Constitución de 1881 y en el artículo 66, ordinal 6º, de la Constitución de 1891, con la única variante de que en estos dos últimos casos el encabezamiento cambió ligeramente, para pasar a decir así: "Son atribuciones del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela".

En conexión con estas disposiciones que se contraían al Poder Ejecutivo, las normas atinentes al Poder Legislativo venían redactadas, así: el art. 43, ordinal 17 de la Constitución de 1864 decía:

"La Legislatura nacional tiene las atribuciones siguientes: . . . 17) Aprobar o negar los contratos que *sobre obras públicas nacionales* haga el Presidente de la Unión, sin cuyo requisito no se llevarán a efecto".

Este mismo texto se repite en el art. 43, ord. 7º de la Constitución de 1874, el art. 43, ord. 17 de la Constitución de 1881 y el art. 43 ord. 17 de la Constitución de 1891, con una variante en la redacción de estos últimos dos textos derivada de la creación por Guzmán Blanco del llamado Consejo Federal ("...haga el Presidente con aprobación del Consejo Federal...").

Como se habrá constatado por la lectura de los textos constitucionales citados, los llamados "contratos de interés nacional" a que se aluden en las atribuciones del Presidente de la República son los "contratos de obras públicas nacionales". En efecto, la Ley de 29 de septiembre de 1883 (Recopilación de Leyes y Decretos de los Estados Unidos de Venezuela, Tomo VI, p. 273) no deja la menor duda al respecto, pues en su art. 1º, dice: "Los *contratos de interés público* que en receso de la Legislatura Nacional, celebre el Ejecutivo *de conformidad con la atribución 6ª, artículo 66 de la Constitución de la República* (de 1881), . . . serán presentados a las Cámaras Legislativas en su próxima reunión, *para los efectos del número 17, artículo 43 de la misma Constitución*".

En tal disposición legislativa hay que hacer resaltar todavía otro punto: ella utiliza la expresión "*contratos de interés público*" como sinónimo de "*contrato de interés nacional*".

La preocupación del constituyente parecía entonces referida a evitar el cohecho o la malversación de los fondos públicos por parte de los funcionarios que intervinieran en la celebración de tales contratos, como lo revela el artículo 2º de la citada Ley de 1883, que dice: "Luego que la Legislatura Nacional reciba los contratos que haya celebrado el Ejecutivo, los examinará en sí y en todas sus circunstancias para aprobarlos o negarlos con arreglo a la Constitución y a la presente Ley, imponiendo en caso de desaprobación, la responsabilidad a que pueda haber lugar, de conformidad con los números 2º («infracción de la Constitución o de las leyes»), 3º («malversación de fondos públicos») y 5º («soborno o cohecho en los negocios a su cargo»), artículo 75 del Pacto Fundamental".

Un antecedente de esta Ley fue el Decreto del 24-3-58 del General Julián Castro, que a la caída de los Monagas mandó a examinar y rescindir "los contratos perjudiciales a la Nación" (Recopilación de Leyes, Tomo VI, p. 272).

Es de observar que en la reforma constitucional de 1893 el citado artículo 72, ordinal 8º de la Constitución de 1864 fue concebido así: *Art. 78.* "Además de las anteriores atribuciones, el Presidente de la República, previo el voto deliberativo del Consejo de Gobierno (órgano sustituto del Consejo Federal de Guzmán Blanco), podrá ejercer las siguientes: ... 3a. — Celebrar los *contratos de interés nacional* con arreglo a las leyes y someterlos al Congreso para su aprobación o improbación, sin cuyo requisito no podrán ponerse en ejecución". A su vez, el citado artículo 43, ord. 17 de la Constitución de 1864 fue redactado así: "El Congreso de los Estados Unidos de Venezuela tiene las atribuciones siguientes: ... 16. Aprobar o negar los *contratos de interés nacional* que celebrare el Presidente de la Unión, los cuales no podrán llevarse a efecto sin su aprobación".

De esta manera queda definitivamente comprobado que, como ya lo hemos hecho notar, los contratos que el Congreso debía aprobar eran los "contratos de interés nacional", llamados "contratos de obras públicas nacionales" en los textos constitucionales de 1864, 1874, 1881 y 1891.

C. *Constituciones posteriores a 1893*

Las dos citadas disposiciones de la Constitución de 1893 corresponden respectivamente a los artículos 39, ord. 23, de la Constitución de 1901 y 80 ord. 16, de la de 1904 y a los artículos 54, ord. 17, de la Constitución de 1901 y artículo 52, ord. 13, de la de 1904. Con referencia a esta Constitución de 1904, dice todavía la Ley de 14 de agosto de 1905, en su artículo 1º: "Los *contratos de interés nacional* que celebrare el Ejecutivo Federal *en uso de la atribución 16, artículo 80 de la Constitución de la República*, serán ejecutables desde que sean suscritos por el Ejecutivo Federal y dentro del término señalado para su ejecución. *Dichos contratos deberán ser presentados a las Cámaras Legislativas para los efectos de la atribución 13, artículo 52 de la misma Constitución.*

La Constitución de 1893 incorporó, sin embargo, un nuevo texto que no existía ni en la Constitución de 1864 ni en ninguna de las subsiguientes, y que reza así:

Art. 149: Ningún *contrato de interés público* celebrado por el Gobierno Nacional o por el de los Estados podrá ser traspasado, en todo ni en parte, a Gobierno extranjero. 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, sin que puedan tales contratos ser, en ningún caso, motivo de reclamaciones internacionales”.

Desde entonces ha venido figurando en nuestras Constituciones (y ya no sólo en una ley, como en la antes citada de 29 de septiembre de 1883) la expresión “*contratos de interés público*” al lado de la de “*contrato de interés nacional*”, con la peculiaridad de que la primera se aplicó no sólo a los celebrados por el Gobierno Nacional, sino también a los celebrados por los Estados.

La historia a partir de entonces es así:

El artículo correspondiente al art. 72, ord. 8 de la Constitución de 1864 (relativo a la atribución del Poder Ejecutivo en cuanto a los contratos de interés nacional) fue el 81, ord. 1º, de la Constitución de 1909; el 34, ord. 19, del Estatuto Provisorio de 1914; el 79, ord. 20, de la Constitución de 1914; el 79, ord. 20, de la de 1922; el 100, ord. 21, de la de 1925; el 100, ord. 21, de la de 1928; el 100, ord. 21, de la de 1929; el 100, ord. 21, de la de 1931, y el 100, ord. 21, de la de 1936, y art. 104, ord. 21, de la de 1945. Es de observar, sin embargo, que si desde 1893 la redacción fue casi la misma en las sucesivas Constituciones de 1901, 1904, 1909, 1914 y 1922, desde 1925 pasó a ser formulada así: “Son atribuciones del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela Celebrar, por órgano del Ministro o Ministros a quienes compete y con aprobación del Consejo de Ministros, los contratos de interés nacional permitidos por esta Constitución, y las leyes y someterlos al Congreso”.

El artículo correspondiente al 43, ord. 17, de la Constitución de 1864 (relativo a la atribución del Poder Legislativo en cuanto a este género de contratos que desde 1893 llama ya “contratos de interés nacional” y no “contratos sobre obras públicas nacionales”) fue el 57, ord. 14, de la Constitución de 1909; 58, ord. 10, de la de 1914; art. 58, ord. 10, de la de 1922; art. 78, ord. 6º, de la de 1925; art. 78, ord. 6º, de la de 1929; art. 78, ord. 6º, de la de 1931, y art. 78, ord. 6º, de la de 1936, y artículo 78, ord. 6º de la de 1945.

Pero si el “contrato de interés nacional” se nos muestra desde 1893 hasta nuestros días como una especie del género “contrato de interés público”, cuya peculiaridad específica consistiría en referirse al interés público de la Nación por el cual están obligados a velar el Congreso y el Presidente de la República, en cambio el contenido mismo del concepto “interés nacional” ha venido variando a lo largo de este período.

Así, mientras la redacción del texto constitucional atinente a la atribución del Poder Legislativo en referencia con estos contratos de interés nacional había venido siendo la misma que ya vimos desde 1893 hasta 1909, desde la reforma de 1914 dicho texto se reformuló así:

"La Cámara de Diputados y la del Senado, funcionando como cuerpos colegisladores tienen las siguientes atribuciones: . . .

10. Aprobar o negar:

- a) *Los títulos y concesiones de minas, y las enajenaciones de tierras baldías y de cualesquiera bienes inmuebles de la Nación.*
- b) *Las concesiones para construir vías de comunicación.*
- c) *Los demás contratos de interés nacional autorizados por esta Constitución y las leyes, que celebre o prorrogue el Ejecutivo Federal.*

Sin la aprobación del Congreso no serán válidos ni podrán ponerse en ejecución los actos a que se refiere este número".

Esta redacción (conservada en la reforma de 1922) fue cambiada en 1925, permaneciendo inalterada hasta 1945 (salvo el agregado de la palabra "colonización" después de "inmigración" en la reforma de 1936), así:

La Cámara de Diputados y la del Senado, funcionando como cuerpos colegisladores, tienen las siguientes atribuciones: . . .

6º. *Aprobar o negar los contratos para la construcción de vías férreas, cables aéreos de tracción, establecimiento de comunicaciones telegráficas o inalámbricas, inmigración y los demás de interés nacional, autorizados por esta Constitución o las leyes, que celebre el Ejecutivo Federal.*

No están sujetos a la aprobación del Congreso las concesiones mineras ni los títulos de tierras baldías que se otorguen conforme a las respectivas leyes.

* Durante este largo período, el texto constitucional incorporado en 1893, relativo a los contratos de interés público, tuvo a su vez la siguiente evolución:

En la Constitución de 1901 se lo redactó así:

Art. 139. Ningún contrato de interés público celebrado por el Gobierno Federal o por el de los Estados, por las Municipalidades o por cualquier otro Poder Público, podrá ser traspasado, en todo o en parte, a Gobierno extranjero; y en todos ellos se considerará incorporada, aunque no lo esté, la cláusula siguiente: "Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse sobre este contrato y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo o por ninguna causa puedan ser origen de reclamaciones extranjeras". Las Sociedades que en ejercicio de dichos contratos se formen, deberán establecer domicilio legal en el país, para todos sus efectos, sin que esto obste para que lo puedan tener a la vez en el extranjero.

Este texto se repitió en 1904 (art. 124) con una única modificación en su parte final, consistente en sustituir la frase "deberán establecer domicilio legal en el país para todos los efectos, sin que esto obste para que lo puedan tener a la vez en el extranjero", por la frase "serán venezolanos, y a este efecto deberán establecer su domicilio legal en el país". Esta redacción se cambió en 1909 (art. 142) eliminándose la condición de nacionalidad y exigiéndose simplemente "deberán establecer su domicilio legal en el país"; redacción esta que conservó en 1914 (art. 78 del

Estatuto Provisorio y 121 de la Constitución) y en 1922 (art. 121), pero que volvió nuevamente a cambiarse en 1925 (art. 50) para precisar que no sólo no podrían celebrarse tales contratos con sociedades no domiciliadas legalmente en Venezuela, sino que tampoco podría "admitirse el traspaso a ellas de los celebrados con terceros". Esta nueva redacción pasó a las Constituciones de 1928 (art. 50), 1929 (art. 50), 1931 (art. 50), 1936 (art. 49) y 1945 (art. 50).

La Constitución de 1947 procuró sistematizar esta materia dentro de las mismas pautas tradicionales.

Entre las atribuciones del Presidente de la República señala en su artículo 198, ord. 14º:

"Celebrar, por órgano del Ministro o Ministros respectivos y con aprobación del Consejo de Ministros, los contratos de interés nacional permitidos por esta Constitución y las leyes y someterlos a la consideración del Congreso Nacional, o de la Comisión Permanente del mismo en casos urgentes, durante el receso de las Cámaras Legislativas, salvo lo establecido en el numeral 8º del artículo 162 de esta Constitución. En todo caso, de tales contratos se dará cuenta al Congreso en sus próximas sesiones ordinarias".

En el aludido ordinal 8º del artículo 162 se trató sobre la intervención legislativa en estos contratos, así:

Artículo 162: Las Cámaras Legislativas, como cuerpos colegisladores, tienen las siguientes atribuciones: . . .

8º. Autorizar al Poder Ejecutivo Federal, so pena de nulidad, para enajenar bienes inmuebles del patrimonio privado de la Nación, y para celebrar *contratos de interés nacional*, los cuales no serán válidos ni entrarán en vigencia, sino después que hayan sido aprobados por las Cámaras. *Se exceptúan los contratos o títulos mineros y de tierras baldías, y los demás que fueren necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública, salvo en los casos que determine la Ley.*

Y, en fin, reformó el viejo texto introducido en 1893 para dejarlo configurado en dos disposiciones que han sido la fuente inmediata de nuestros actuales artículos 126 y 127 de la Constitución, así:

Art. 107: Ningún *contrato de interés público nacional, estatal o municipal*, podrá ser celebrado con gobiernos extranjeros ni traspasado a ellos en todo o en parte. Tampoco podrán celebrarse con sociedades que no estén domiciliadas en Venezuela ni traspasarse a éstas los suscritos con terceros. Para celebrar tales contratos con entidades oficiales o semioficiales extranjeras con personería jurídica autónoma, o para traspasarlas a ellas en todo o en parte, se requerirá, en cada caso, la autorización de las Cámaras Legislativas, o de la Comisión Permanente, si fueren urgentes y estuvieren las Cámaras en receso.

Art. 108: *En los contratos a que se refiere el artículo anterior*, si fuere procedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa una cláusula por la cual se establezca

que 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 Venezuela, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

En el paréntesis de la Dictadura que siguió al golpe de 1948, se elaboró todavía una Constitución (1953) que interpretó estos tres tipos de textos tradicionales, en la forma siguiente:

El relativo a las atribuciones del Presidente, así:

Artículo 108: "Son atribuciones del Presidente de la República:

a) En Consejo de Ministros: ...

...

b) Por medio del Ministro o Ministros respectivos:

...

14. Negociar los empréstitos que decreta el Congreso Nacional.

15. Celebrar contratos con arreglo a las leyes.

c) Por sí...".

El relativo a las atribuciones del Congreso, así:

Art. 81: "Son atribuciones de las Cámaras Legislativas actuando como cuerpos colegisladores: ...

4º. Aprobar o negar los contratos que celebre el Poder Ejecutivo Nacional y que conforme a la ley estén sujetos a este requisito".

Y con respecto al texto que hemos dicho incorporado en la Constitución de 1893 y sus ulteriores ampliaciones, adoptó la siguiente redacción:

Art. 48: "Ningún contrato de *interés público nacional, estatal o municipal* podrá ser celebrado con gobiernos extranjeros ni traspasado a ellos. Tampoco podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas que no estén domiciliadas en Venezuela ni traspasarse a ellas los suscritos con terceros.

Para celebrar tales contratos con entidades oficiales o semioficiales extranjeras que tengan personería jurídica autónoma o para traspasarlo a ellas se requerirá la autorización del Congreso Nacional".

Art. 49: "En los *contratos de interés público* celebrados con el Gobierno Nacional, con los de los Estados o con las Municipalidades, se considerará incorporada la cláusula siguiente: Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse sobre este contrato y que no puedan ser resueltas amistosamente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo puedan ser origen de reclamaciones extranjeras".

Un somero examen de esta evolución nos demuestra que si hasta 1891 la expresión "contrato de interés nacional" era sinónima de la de "contratos de obras públicas nacionales", quedando indeterminada en cuanto a su contenido en la re-

forma de 1893 y hasta la de 1914, pasó desde este momento a incluir de modo expreso "los títulos y concesiones mineras", "las enajenaciones de tierras baldías y de cualquiera bienes inmuebles de la Nación" y "las concesiones para construir vías de comunicaciones". Con la reforma constitucional de 1925 se excluyeron (si no necesariamente de la categoría, cosa que no es clara, por lo menos de la aprobación del Congreso), "las concesiones mineras"²⁰ y "los títulos de tierras baldías"²¹, pero en cambio se incluyeron de modo expreso "los contratos para la construcción de vías férreas", de "cables aéreos de tracción"²², de "establecimiento de comunicaciones telegráficas o inalámbricas"²³ y de "inmigración". Esta enumeración, ciertamente de naturaleza enunciativa, duró hasta la reforma constitucional de 1947, cuando se consideró que una mejor técnica aconsejaba eliminar el procedimiento enunciativo y aludir tan sólo a la categoría genérica de "contrato de interés nacional", si bien haciendo las salvedades siguientes en cuanto a la no necesidad de la casuística intervención legislativa en los "contratos o títulos mineros y de tierras baldías" (ya excluidos según vimos desde 1925) y en "los que fueren necesarios

20. La doctrina dominante en Venezuela sostiene que las concesiones mineras y de hidrocarburos, lo mismo que los llamados "contratos de servicios", son "contratos administrativos" en vista de que las leyes declaran esta materia de utilidad pública o de interés público, lo que significaría que estarían regidas por "normas especiales, exorbitantes del derecho común, que salvaguarden el interés colectivo vinculado a ellos" ("Dictamen de la Consultoría Jurídica de la Contraloría General de la República", Tomo IV. 1964-1976, Dictamen CJ-156 de 4-6-70, pág. 257 y sigt. Coincidentes: Lares Martínez, 3ª edición, Nº 153, pág. 279; González Berti, *Compendio de Derecho Minero Venezolano*, Caracas, 1974, Tomo I, pág. 196; Monsalve Casado, *Manual de Ciencia Jurídica Minera*, Buenos Aires, 1947, pág. 175. Se pronuncia, en cambio, en el sentido de que la concesión "es un contrato innominado *sui generis* que, aunque regido por una ley especial de carácter administrativo es, en principio, de Derecho Común", el doctor Rufino González Miranda, en su obra *Estudios acerca del régimen legal del petróleo en Venezuela*, Caracas, 1958, pág. 234. El doctor González Miranda explica todavía que "en la concesión de minas no está en juego ningún servicio público" (pág. 232). Por último, la tesis del doctor Pérez Luciani (*Informe Centro Simón Bolívar*, pág. 92) es la de que en los casos de "las concesiones mineras, las de hidrocarburos, las de ferrocarriles, etc. ... no se suele estar en presencia de un contrato. Por regla general tales concesiones son actos administrativos unilaterales con efectos bilaterales (técnicamente: proveimientos administrativos concesorios)", a los cuales podría agregarse eventualmente un contrato accesorio. Esta última tesis parece coincidir con la tesis de la Procuraduría General de la República en su "Informe al Congreso Nacional 1960", Caracas 1961, págs. 194-195, así como también con la del doctor J. M. Duque Sánchez, *Manual de Derecho Minero*, 3ª edición, Caracas 1974, pág. 193, y la del Dr. José Luis Bonnemaison, *Consideraciones en torno a la naturaleza y al régimen de las servidumbres mineras*, Valencia, 1965, pág. 35. Cfr. un resumen de todo esto elaborado por Benito Sansó, *Aspectos Jurídicos de la Nacionalización de la Industria del Hierro en Venezuela*, Caracas 1977, págs. 34-37.
21. Los contratos referentes a la enajenación de tierras baldías y de otros inmuebles de la Nación no tienen nada que hacer con la categoría de "contrato administrativo" del derecho francés. Se refieren a bienes del dominio privado de la República, y en tal sentido los incluye hoy entre los "contratos de derecho común" que celebra la Administración el doctor Lares Martínez (*op. cit.*, Nº 153, pág. 279). Britto García (*op. cit.*, pág. 57), sin embargo, los considera incluidos todavía hoy dentro de la categoría de "contratos de interés público" (o de "contratos administrativos") por la circunstancia de estar sometidos al régimen especial de la obtención de una autorización por parte del Senado (art. 150, ord. 2º de la Constitución).
22. Los contratos para la construcción del Metro de Caracas no se estimaron merecedores de la aprobación del Congreso, a pesar de que el cocontratante es en ellos la Administración Pública Nacional. Tampoco fueron sometidos a tal requisito los contratos celebrados para la construcción del Teleférico del Avila o del Teleférico de Mérida.
23. Los contratos recientemente celebrados para el establecimiento de cables entre Venezuela y España, y entre Venezuela y Estados Unidos, no fueron sometidos a la aprobación del Congreso.

para el normal desarrollo de la Administración Pública". Estas salvedades han pasado a la Constitución vigente, sólo que se suprimió la alusión específica referente a los "contratos o títulos mineros o de tierras baldías", ya que se consideró, por una parte, que estas excepciones podían caber en la expresión que usa ahora el artículo 126 de contratos "que permita la ley", y por la otra, que lejos de excluirse de la intervención del Congreso a las "concesiones de hidrocarburos y otros recursos naturales", la experiencia de los últimos años de la Dictadura de Pérez Jiménez sobre la facilidad con que un gobierno en apuros económicos podía empeñar tales recursos, aconsejaba más bien incluirlas de modo explícito en la categoría de "contratos de interés nacional".

La anterior síntesis de la historia de los artículos 126 y 127 de la Constitución vigente, si bien nos permite afirmar que existe en nuestro derecho positivo una categoría de contratos que la Constitución llama de "interés público" y el cual puede coincidir con un contrato de interés nacional, o con un contrato de interés estatal o aun municipal, y nos señala además que tales contratos de interés público *nacional* deben ser celebrados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros (art. 190, art. 15 y penúltimo párrafo de la Constitución vigente) y aprobados por el Congreso (art. 126 ejusdem), no nos permite en cambio identificar sin más esta noción con la de "contrato administrativo" (en el sentido francés de la expresión) celebrado por la Administración Pública Nacional. Lo que literalmente dice el aludido artículo 126 es que hoy algunos "contratos de interés nacional" pueden no necesitar de la aprobación del Congreso, porque aún siéndolo, pertenezcan a ese subgrupo cuya celebración "permite la ley" al Ejecutivo sin el trámite de tal aprobación, o a ese otro subgrupo que la Constitución autoriza directamente por reputarlos "necesarios para el normal desarrollo de la Administración".

5. *La evolución del texto del actual artículo 127 de la Constitución*

En consonancia con la evolución sufrida por el texto constitucional referente a la prohibición de traspasar a gobiernos extranjeros los contratos de interés público celebrados por el Gobierno Nacional o el de los Estados (y cuya expansión al caso de los contratos de la misma especie celebrados por las Municipalidades y otras entidades con gobiernos, entidades oficiales o semioficiales extranjeros y aun simples sociedades no domiciliadas en Venezuela acabamos de resumir), el texto del actual art. 127 de la Constitución vigente fue depurándose en cuanto a restringir su contenido a la llamada "cláusula Calvo" o de inmunidad de jurisdicción, que tendría que considerarse incorporada en los "contratos de interés público" celebrados o traspasados a personas extranjeras o no domiciliadas en Venezuela, sin distinción por lo que respecta a si el ente público vinculado a dicho contrato es un ente nacional, estatal o municipal.

El origen histórico de la disposición que hoy configura el artículo 127 de la Constitución Nacional revela que con ella se buscó asegurar una base jurídica más firme al principio de que el cobro de acreencias y la prosecución de reclamaciones privadas no pueden justificar la intervención armada de los gobiernos, y a su corolario de que, así como los Estados europeos venían aplicando este principio en sus

relaciones recíprocas entre ellos, debían aplicarlo también en sus relaciones con las naciones del Nuevo Mundo. La Constitución de 1893 fue la primera en recoger dicho principio en una norma expresa, pero vinculándolo a la noción del “contrato de interés nacional” que había surgido en nuestra historia constitucional de una preocupación diferente: la de proteger los intereses del Estado venezolano frente a las depredaciones de los gobernantes locales. De hecho eran, en efecto, tales contratos, así conocidos como de “interés nacional” o de “interés público” por su trascendencia económica que los hacía comprometedores para la soberanía nacional, los que venían causando reclamaciones extranjeras. La vinculación de la idea de “interés público” o “interés nacional” con la de soberanía y salvaguarda de los supremos fines de los Poderes Públicos se nos hace patente por la propia ubicación de la norma en el cuerpo de nuestras Constituciones, a saber: en la sección que trata de las Disposiciones Generales desde 1893 y 1925 y desde entonces hasta 1936 en la que se intitula: “De la Soberanía y del Poder Público”.

El constituyente venezolano buscó, pues, con la norma en cuestión prevenir el peligro de reclamaciones internacionales. Lo mismo hicieron posteriormente otras Repúblicas Iberoamericanas, tales como Perú, Ecuador y El Salvador en cuyos textos constitucionales se insertaron también disposiciones similares²⁴. Pero por circunstancias peculiares de nuestra historia política la formulación de la después llamada “cláusula Calvo” surgió inextricablemente unida a la idea de protección del Estado venezolano contra los desafueros de los gobernantes locales, ya que desde antes de 1864 se había venido desarrollando la idea de existir un género de contrataciones de la Administración Pública que por su importancia (en primer instante las obras públicas en general, luego la construcción de ferrocarriles, de instalaciones telegráficas y así sucesivamente) eran campo propicio para la especulación y fuente de especial riesgo en cuanto a reclamaciones extranjeras se refería.

En la formulación del texto constitucional venezolano se mezclan, pues, dos cuestiones diferentes, a saber:

a) La ratificación del principio de la inmunidad del Estado venezolano frente a las jurisdicciones extranjeras, principio de vieja raigambre en el Derecho Internacional Público y que se basa en la idea de que los Estados son pares entre sí, por lo que ninguno puede entenderse sometido a los tribunales de otro de ellos (*par in parem non habet imperium*, según lo escribe Dante, “De Monarchia”, I, 10). Ahora bien, de acuerdo con el Derecho Internacional el reconocimiento de este principio no exclu-

24. El artículo 17 de la Constitución peruana de 1933 dice: “En todo contrato del Estado con extranjeros, o en las concesiones que otorgue aquél en favor de éstos, debe constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática”.

El artículo 177 de la Constitución del Ecuador, de 1946, reza por su parte: “Todo contrato que un extranjero o una compañía extranjera celebraren con el Gobierno del Ecuador o cualquier persona natural o jurídica ecuatoriana, llevará siempre expresa o tácita la condición de renuncia a toda reclamación diplomática”.

Y en fin, el artículo 127 de la Constitución de El Salvador, de 1950, dice: “Cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos determinados por la ley. No se celebrarán contratos en que la decisión, en caso de controversia, corresponda a tribunales de un Estado extranjero. Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplicará a las Municipalidades”.

ye que un Estado pueda someterse voluntariamente en forma expresa o tácita, a los Tribunales del otro Estado²⁵. La peculiaridad de la norma venezolana estribaría, pues, en que en virtud de un texto de orden interno, como lo es una norma de nuestra Constitución, se pretende no sólo ratificar el principio general, sino excluir de modo incondicionado aun el sometimiento voluntario del Estado a una jurisdicción extranjera cuando se trate de la interpretación o de la aplicación de uno de esos contratos que se llaman de interés público.

b) La nulificación del principio de Derecho Internacional según el cual todo Estado tiene derecho a proteger a sus súbditos por los daños ilícitos que éstos experimenten en el extranjero, y de instaurar y representarlo en las correspondientes reclamaciones, principio éste que nuestra norma constitucional pretende abrigar en virtud de la incorporación de pleno derecho a todo contrato de interés público de una renuncia implícita en el solo hecho de haberse avenido el extranjero a celebrar tal contrato, cuando las reclamaciones se fundamenten en daños que se digan derivados del incumplimiento de un contrato de interés público.

6. *Incompatibilidad del artículo 127 con los principios del derecho internacional*

Para captar en la plenitud de sus consecuencias el significado de nuestro texto constitucional es necesario confrontarlo con los alcances que hoy se atribuyen en el Derecho Internacional al aludido principio de la inmunidad de jurisdicción de los Poderes Soberanos.

Es sabido, en efecto, que tal principio tiene dos formulaciones, a saber: a) la que le dan aquellos que admiten la llamada "inmunidad absoluta", aplicada durante mucho tiempo por la mayoría de los Estados; y b) la de aquellos que hacen una distinción entre los *actos jure imperii*, en los cuales el Estado ha desplegado su acción como poder soberano, y *actos jure gestionis*, en los cuales por el contrario el Estado aparece desplegando conductas en plano de igualdad con los de cualquier ciudadano y en donde por lo mismo debe entenderse que se ha sometido al derecho privado, distinción ésta que da lugar a la llamada doctrina de la "inmunidad restringida".

La doctrina de la inmunidad restringida impulsada originalmente apenas por Italia²⁶

25. Cfr. Alberto D. Shoo, *Régimen jurídico de las obligaciones monetarias internacionales*, Buenos Aires, 1940, pág. 450.

26. "La tesis de la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros como inmunidad restringida a lo que atañe estrictamente a la autoridad soberana de los mismos está hace tiempo afianzada en la jurisprudencia italiana", escribe Miele, Mario: voz "Immunità giurisdizionale degli stati", en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VIII, N° 6, p. 202. Observa este autor que el legislador italiano somete al Estado extranjero tanto a la ley como a la jurisdicción italiana "en todo cuanto no ponga en juego el poder soberano del mismo" y que este principio no ha sido jamás objeto de protestas internacionales. Agrega además que la Ley 15-VII-1926 N° 1263 sometió a la autorización del Ministerio de la Justicia las medidas ejecutivas o cautelares sobre los bienes de los Estados extranjeros, salvo excepción expresa con base a la condición de reciprocidad; y que esto parece suficiente para salvaguardar el peligro de complicaciones políticas internacionales, admitiéndose como principio la exclusión de procedimientos ejecutivos sólo sobre aquellos bienes "destinados inmediatamente a una función o servicio público administrativo del Estado extranjero, como, por ejemplo, la sede oficialmente acreditada para hospedar a la representación del

y por Bélgica²⁷, ha concluido por recibir no sólo el apoyo de Alemania²⁸, Francia²⁹ y de la mayoría de los países de la Europa continental³⁰, sino aun de aque-

Estado *exequendus*, ya de por sí inviolable, y los útiles allí contenidos, los bienes militares, los bienes del dominio público del Estado extranjero”.

Estos mismos principios aparecen ratificados en una sentencia de la Corte Suprema de Casación de Italia, de 15 de julio de 1948, relativa a una demanda instaurada contra el Gobierno de Bolivia por daños derivados del incumplimiento de un contrato para la construcción de un número de aviones de guerra por parte de una empresa italiana, copia de la cual suministró la Embajada de Italia a nuestra Cancillería.

Cfr. también Cassoni Giuseppe: “In tema di esenzione dello Stato straniero dall'esecuzione forzata”, en *Giurip. Italiana*, 1960, I, p. 573.

27. Cfr. Shoo, *op. cit.*, p. 457, nota 1213. Este autor señala, sin embargo, que no ha encontrado en la jurisprudencia belga un caso de aplicación de la teoría de la inmunidad restringida a empréstitos, como tales, sobre la base de su calificación como *actos jure gestionis*, cosa que sería en cambio corriente en Italia y en Suiza.
28. La situación de Alemania ha sido reseñada en un Memorándum fechado en Bonn el 3-12-73 suministrado a nuestra Cancillería. Allí se hace referencia a la aceptación por parte de la jurisprudencia alemana de la doctrina de la inmunidad restringida, y se dice: “En este sentido, el más alto tribunal de la República Federal de Alemania, la Corte Federal Constitucional, en su *Decisión de 30 de abril de 1963* (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Tomo 16, p. 27 y ss.), ha tomado posición frente al problema de la inmunidad del Estado, habiendo tenido también especial y cuidadosamente en cuenta el uso entre los Estados sobre este punto y la literatura de derecho internacional. *Esa decisión tiene fuerza de ley* (artículo 100, párrafo 2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania; artículo 31 párrafo 2 frase primera, y artículo 13 número 12 de la Ley sobre la Corte Constitucional) y debe ser respetada como corresponde por todos los tribunales de la República Federal de Alemania”. Agrega este Memorándum que el Ministerio de Relaciones Exteriores alemán se limita a tramitar la notificación de la demanda del Estado extranjero, que a este corresponde ir o no al proceso corriendo en el primer caso los riesgos de ser sentenciado en rebeldía, que le corresponde en el segundo supuesto oponer o no la excepción de inmunidad, pero que la decisión de si en el caso concreto el Estado se encuentra o no amparado por la inmunidad de jurisdicción “corresponde exclusivamente a los tribunales mismos”, dada la estricta división de poderes vigente en la República Federal de Alemania.
29. Por lo que respecta a Francia, Shoo, p. 451 a 455, hace un resumen de ciertas decisiones que conducen a comprobar que los tribunales franceses admiten tener jurisdicción cada vez que puede hablarse de actos realizados por gobiernos extranjeros *jure gestionis*. A su juicio, sin embargo, sería dudoso admitir que un gobierno ha actuado *jure gestionis* cuando la emisión de un empréstito ha sido colocada a través de bancos que se han limitado a cumplir una delegación de dicho gobierno, sin que aparezca claramente que éste ha entendido someterse a la ley y a la jurisdicción francesa.
30. Vale la pena mencionar la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados, de 16 de marzo de 1972, que ha unificado entre los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea el régimen aplicable en materia de inmunidad de Estados extranjeros, generalizando los principios de la inmunidad relativa basada en la distinción entre actos *iure imperii* y *iure gestionis* que ya venía siendo aplicado en la mayoría de los Estados Europeos aun si no pertenecían a la Comunidad (p. ej.: Austria, Bélgica, Italia, República Federal Alemana, Francia, Grecia y Suiza). Esta Convención prevé la posibilidad de que las partes que celebran un contrato puedan convenir derogaciones al régimen de inmunidad de jurisdicción, pactando por ejemplo expresamente que el Estado se beneficiará de la inmunidad absoluta o que otra jurisdicción distinta de la del Estado del foro sea competente o que el litigio se resuelva por arbitraje. Cfr. Wiedekchr, Marie-Odile: “La Convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972”, *Annuaire Français de Droit International*, 1974, p. 924.

los países que como Inglaterra³¹ y los Estados Unidos de América³² constituían los

31. Los tribunales ingleses fueron por mucho tiempo los más firmes sostenedores de la inmunidad de jurisdicción en su forma absoluta. Uno de los más grandes magistrados y juriscónsultos ingleses, Sir Georges Jessel, citado por SHOO, *op. cit.*, p. 446, escribía: "De acuerdo con mi interpretación del derecho, nuestra ley no permite a los tribunales extender su jurisdicción a los gobiernos extranjeros en esta calidad y no existe, por lo menos en mi conocimiento, tribunal internacional que ejerza tal jurisdicción: Los pretendidos bonos ... no son contratos cuya ejecución pueda demandarse ante los tribunales ordinarios de un país extranjero o ante los tribunales ordinarios del país que los ha emitido, sin el consentimiento del gobierno de este país".

Esta posición fue evolucionando desde principios de siglo hasta nuestros días y hoy no cabe duda de que ella ha sido abandonada. La Ley de Inmunidad de los Estados de 1978 (*State Immunity Act*) consagra hoy tan solo una versión de la llamada tesis de la inmunidad relativa. En la Parte I, parágrafo 3 de esta Ley se lee: (1) Un Estado no es inmune en lo que respecta a los procedimientos relativos a: (a) una transacción comercial de la cual forma parte el Estado; (b) una obligación del Estado que en virtud del contrato (sea una transacción comercial o no) deba ser cumplida total o parcialmente en el Reino Unido. (2) Esta sección no se aplica si las partes en disputa son Estados o han convenido otra cosa por escrito; y la subsección (1) (b) de más arriba no se aplica si el contrato (no siendo una transacción comercial) fue hecho en el territorio del Estado al cual concierne y la obligación en cuestión se gobierna por sus leyes administrativas. (3) En el sentido de esta sección, "transacción comercial" significa: (a) cualquier contrato para el suministro de bienes o servicios; (b) cualquier préstamo u otra transacción para provisión de medios financieros y cualquier garantía o indemnización relacionada con cualquier transacción semejante o cualquier otra obligación de naturaleza financiera; y (c) cualquier otra transacción o actividad (sea de naturaleza comercial, industrial, financiera, profesional u otro carácter) en que un Estado intervenga o en que se comprometa de manera diferente que por el ejercicio de su autoridad soberana...

32. Los Estados Unidos habían mantenido la teoría de la inmunidad absoluta hasta la "carta Tate", de 15 de mayo de 1952, dirigida por el Departamento de Estado al Fiscal General, en la cual se hacía un recuento de la evolución que venía dándose en todos los países en el sentido de distinguir entre actos de autoridad y actos de gestión a los fines de conceder o no la inmunidad de jurisdicción a los Estados extranjeros, y se concluía señalando: "el otorgamiento de inmunidad soberana a Gobiernos extranjeros en los tribunales de los Estados Unidos es sumamente inconsistente con la acción del Gobierno de los Estados Unidos al someterse a demandas en esos mismos tribunales, tanto en contratos como en agravios y con su política largo tiempo establecida de no reclamar inmunidad para sus buques mercantes en jurisdicciones extranjeras. Por último el Departamento de Estado piensa que la práctica largamente difundida y en aumento de parte de los Gobiernos que se ocupan de actividades comerciales requiere una práctica que permita a las personas que comercian con ellos que sus derechos sean determinados por los tribunales. Por estas razones será de ahora en adelante la política del Departamento seguir la teoría restrictiva de la inmunidad soberana en la consideración de las solicitudes hechas por los Gobiernos extranjeros en la concesión de la inmunidad soberana".

Después de esta "carta Tate" que fue comunicada por los Estados Unidos a través de sus Embajadas a las diversas Cancillerías del mundo, entre ellas a la nuestra (quien protestó como veremos oportunamente), pudiera creerse que efectivamente los Estados Unidos se afiliaron estrictamente a la doctrina de la inmunidad restringida. Sin embargo, no parece que fue así, según la opinión de Combacau, Jean: "L'immunité de l'Etat Etrangers aux Etats-Unis: "La Lettre Tate vingt ans après" en *Annuaire Française de Droit International Public*, 1972, p. 455. Este autor comprueba en este artículo que la "carta Tate" no se ha aplicado como criterio en lo que respecta a la práctica de medidas de ejecución contra Estados extranjeros, aun si la solicitud se basaba en actos de gestión, procediendo el Departamento de Estado a seguir una política de otorgamiento de la no inmunidad caso por caso.

Con todo, es un hecho que, con posterioridad a dicho estudio, el Congreso de los Estados Unidos promulgó, en octubre de 1976, la Ley Pública 94-583 dirigida a "definir la jurisdicción de las cortes de los Estados Unidos en demandas contra estados extranjeros, las circunstancias en las cuales los estados extranjeros son inmunes a demandas y en las cuales no puede decretarse un embargo sobre sus bienes".

Entre las disposiciones de esta Ley interesa hacer resaltar las siguientes secciones:

1602 "... los estados no son inmunes a la jurisdicción de cortes extranjeras en cuanto a sus actividades comerciales se refiere, y sus bienes comerciales podrán ser ejecutados para el cumplimiento de sentencias dictadas contra los mismos en conexión con sus actividades comerciales. Los alegatos de los estados extranjeros deben, por consiguiente, ser

baluartes tradicionales de la doctrina de la inmunidad absoluta, hasta el punto de que conforme a los principios del Derecho Internacional puede hoy considerársela como la doctrina dominante.

Ante esta realidad del estado contemporáneo de la doctrina de los Poderes Soberanos y de la impotencia de un texto constitucional para detener las consecuencias de esta tendencia universal a aceptar los principios que excluyen de la inmunidad a los actos *jure gestionis*, el doctor Ramón Carmona, asesor de nuestra Cancillería, elaboró un Memorandum Personal fechado el 1º de agosto de 1960, que remitió a la Comisión redactora del Proyecto de la Constitución vigente, en el cual da cuenta del estado de la doctrina de la inmunidad de jurisdicción y señalaba la inutilidad de mantener el texto del art. 49 de la Constitución de 1953 que estipulaba la aludida "cláusula Calvo". Expresaba allí el doctor Carmona que "sería ilusorio imaginarse que tales Tribunales (los extranjeros) se van a declarar incompetentes por simple respeto a una fórmula constitucional venezolana" y que la reiteración del tradicional texto constitucional colocaría a la República en el dilema de comparecer ante tales tribunales extranjeros para defenderse, con lo cual violaría el artículo 49 de la Constitución, o de negarse a hacerlo "y aunque tenga todo derecho será tenida por confesa en razón de su abstención a respetar el mandato judicial". El doctor Carmona concluía señalando que "si bien la cláusula Calvo tuvo o pudo tener en otra época una razón de ser, hoy carece totalmente de sentido y no sirve para amparar a los países jóvenes en el tráfico internacional moderno", por lo cual sugería cambiar la fórmula constitucional tradicional por otra que dijera simplemente: "La ley puede, por razones de interés nacional, exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público".

decididos por los entes de los Estados Unidos y de los Estados de conformidad con los principios establecidos en este Capítulo".

1603 "Definiciones: Para los propósitos de este capítulo: a) Un «estado extranjero», excepción hecha de cómo es usado en la sección 1508 de este título, incluye una subdivisión política de un estado extranjero o una agencia o una instrumentalidad de un estado extranjero tal como es definida en la subsección b) . . . (d) una «actividad comercial» significa bien sea un caso normal de conducta o una transacción o acto comercial particular. El carácter comercial de una actividad será determinado por referencia a la naturaleza del curso de conducta o transacción o acto particular, más que por referencia a su propósito. (e) Una «actividad comercial llevada a cabo en los Estados Unidos por un estado extranjero» significa una actividad comercial llevada a cabo por dicho estado y que tiene un contacto sustancial en los Estados Unidos".

1605: "Excepciones generales de la inmunidad jurisdiccional de un estado extranjero. (a) Un estado extranjero no será inmune a la jurisdicción de las cortes de Estados Unidos o de los Estados en ningún caso: 1) en el cual el estado extranjero haya renunciado a su inmunidad bien sea explícita o tácitamente, no obstante cualquier retiro de la renuncia que pueda pretender efectuar el estado extranjero salvo que sea de acuerdo a los términos de la renuncia; 2) en la cual la acción esté basada en una actividad comercial llevada a cabo en los Estados Unidos por el estado extranjero, o en un acto realizado en los Estados Unidos en conexión con una actividad comercial del estado extranjero en otro lugar, o en un acto fuera del territorio de los Estados Unidos en conexión con una actividad comercial del estado extranjero en otro lugar y cuyo acto cause efecto directo en los Estados; 3) en el cual los derechos sobre bienes tomados en violación de la ley internacional estén en controversia y esos bienes, o cualesquiera bienes, estén presentes en los Estados Unidos en conexión con una actividad comercial llevada a cabo en los Estados Unidos por el estado extranjero; o esos bienes, o cualesquiera bienes permutados por tales bienes, sean propiedad de u operados por una agencia o instrumentalidad del estado extranjero y esa agencia o instrumentalidad se dedique a una actividad comercial en los Estados Unidos..."

La proposición del doctor Carmona no fue acogida y en el acta de la reunión de la Comisión que la consideró³³, se lee lo siguiente: "El Diputado Caldera propone mantener el artículo 127 por considerar que es una defensa de la República frente a Estados más poderosos. Sin embargo, propone las siguientes modificaciones: decir «En los contratos de interés público, si fuere procedente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual. . .». Esta proposición resultó aprobada".

Como se ve, pues, nuestro constituyente de 1961 tuvo plena conciencia del problema que plantearía para la República la incorporación del texto que comentamos, y no obstante ello resolvió incorporarlo a la Constitución, limitándose a prever la posibilidad de que "por la naturaleza" del contrato de interés público a celebrar ella pudiera reputarse "improcedente". Se volvió pues a la fórmula del artículo 108 de la Constitución de 1947.

Pero ¿cuál es esa "naturaleza" que permite considerar excluida la aplicabilidad del artículo 127 de la Constitución? ¿A quién corresponde determinar si se está o no en presencia de un contrato de interés público en que "por su naturaleza" deba considerarse excluida la aplicabilidad del aludido artículo 127?

No tiene sentido pensar que sea a la jurisdicción extranjera que juzga del contrato en cuestión, pues la norma constitucional venezolana no puede vincularla a ella. Debe por consiguiente, considerarse que se trata de una pauta dada a los Poderes Públicos nacionales, en el sentido de excluir que ellos puedan consentir someterse a la jurisdicción extranjera para discutir o resolver sobre dudas o controversias que suscitar la interpretación o aplicación de "contratos de interés público", o atender "reclamaciones extranjeras" que no se hubieran tramitado debidamente a través de los tribunales competentes de la República conforme al mandato de dicha norma. Lógico resulta, por tanto, que es a esos mismos Poderes Públicos a quien se ha confiado la apreciación de si un concreto y singular contrato de interés público es de aquellos en que "por su naturaleza" corresponde considerar "improcedente" la aplicación de la cláusula de inmunidad de jurisdicción.

7. *Ambigüedad de la expresión "interés público"*

Después del análisis que hemos hecho para demostrar que la noción de "contrato de interés público" no coincide con el más amplio género de "contratos celebrados por la Administración Pública", ni siquiera con la de "contratos administrativos" *stricto sensu*, y de que con la misma sólo se ha pretendido aludir a un género de contratos que por su relativa importancia puede comprometer en algún grado notable el llamado "interés público"³⁴, es fácil captar la poca precisión con la que se utiliza esta noción.

33. En el Acta Nº 244 de la reunión de 18 de noviembre de 1960 consta que el Secretario de la Comisión dio lectura a este Memorándum. Cfr. *La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela. Actas de la Comisión Redactora del Proyecto*, Tomo I, Vol. II, Caracas, 1971, p. 350. El Memorándum del doctor Ramón Cardona lo hemos consultado en fotocopia suministrada por la Cancillería.

34. Sobre la noción de "interés" en el Derecho Administrativo, cfr. Bricola, Franco: voz "Interesse (diritto amministrativo)". *Enciclopedia de Diritto*, Vol. XXII, p. 1.

La expresión "interés público" está, en efecto, lejos de tener un significado unívoco. Desde un primer punto de vista podemos distinguir el "interés privado", entendido como *utilitas facti* que atañe a un individuo singular o a un grupo de individuos, en contraste con el cual el "interés público" se referiría al de toda la colectividad estatalmente organizada. Sin embargo, las mismas normas que protegen intereses privados son sancionadas por el ordenamiento en tanto y en cuanto con el aseguramiento de los intereses privados dentro de los cauces proporcionados por el Derecho se realiza simultáneamente el interés público de salvaguardar la paz y la seguridad jurídica. En un sentido más preciso, "interés público" es aquel que es calificado como tal por el legislador y aun más: aquel interés que la Administración determina en el caso concreto. La expresión "interés público" carece, pues, de un significado unívoco y bajo tal nombre se confunden por el contrario intereses de las más variadas especies. Como los intereses son protegidos por el derecho en diversos grados mediante contraposiciones que son el resultado de una determinada política legislativa, en virtud de la cual uno u otro interés adquieren la respectiva relevancia que por la definición de los mismos se les atribuye, se comprende fácilmente que las formas de protección pueden ser diversas y que la relación entre unos mismos "intereses públicos" en sentido amplio pueden ser diferentes según sea la situación jurídica que se configure al respecto. Ocurre así que, aunque todo contrato de la Administración persiga en definitiva de modo más o menos remoto la satisfacción de algún "interés público", todavía sea posible distinguir entre el universo de contratos que celebra la Administración algunos que directamente persiguen la realización de un "servicio público" o simplemente que tienden a la realización de una "finalidad pública", para encuadrarlo en la categoría de "contratos administrativos", con lo cual se procede a una determinada calificación de cierto tipo de intereses públicos; y por lo mismo, no puede sorprender tampoco que cuando el constituyente resolvió hablar de "contratos de interés público" entendiera referirse con ello a una especie particular de los contratos que celebra la Administración. Nada hay pues de chocante en que la determinación del interés público típico que permite calificar un contrato singular como perteneciente a esta especie *sui generis* de contratos que celebra la Administración, dependa de un criterio autónomo y diferente del que se utiliza a su turno para la calificación de un contrato celebrado por la Administración como "contrato de derecho privado" o como "contrato administrativo".

Para saber qué es lo que podemos llamar "interés público" en este peculiar significado de "contrato de interés público" no podemos acudir pues a un abstracto análisis de naturaleza lógica, sino consultar más bien la evolución constitucional venezolana. De este análisis resultará como ya lo hemos señalado anteriormente, que un determinado género de contrato que fuera en una época el "contrato de interés nacional" por antonomasia, como es el caso del "contrato de obras públicas", dejó posteriormente de serlo como tal género, y que su lugar fue ocupado por algunas especies particulares del mismo, tales como los relativos a la construcción de vías férreas, comunicaciones telegráficas, etc.; o que otros que no lo eran en determinados períodos de la vida nacional, como las concesiones de hidrocarburos o de otros recursos naturales, han vuelto a serlo por circunstancias históricas muy concretas.

8. El "contrato de interés público" como simple "standard jurídico"

La noción de contrato de interés público se nos muestra así vinculada a una circunstancialidad histórica y a una falta de contornos precisos que bien podemos decir que ella no es otra cosa que un "standard jurídico", uno de esos "conceptos jurídicos indeterminados" de que nos habla García de Enterría³⁵. Entendido en esta forma el "contrato de interés público" no tiene necesariamente que vincularse a la evolución del concepto de "contrato administrativo", por lo cual aun si esta noción resulta históricamente de un proceso de substantivización de una determinada especie de contratos de la Administración Pública en los cuales ésta no actuaría *jure gestionis* sino para realizar función de servicio público³⁶, todavía la noción de "contrato de interés público" debe mantenerse incontaminada de esta posterior evolución de la teoría de los contratos en los que es parte la Administración y mostrarse susceptible de abarcar indistintamente "contratos administrativos" en el sentido francés de la expresión y "contratos de derecho privado" cuando la particular significación de éstos para la economía o la soberanía del Estado justifique aplicar la normativa singular con la que la Constitución ha querido preservarlos.

Es esta excepcional flexibilidad de la noción lo que justifica que pueda haber contratos de "interés público nacional" que no obstante poder calificarse de "contratos

35. En el *Curso de Derecho Administrativo*, de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Tomo I, Civitas, Revista de Occidente, Madrid, 1974, p. 293, leemos: "Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de la realidad de una manera precisa e inequívoca. Por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los veinte años ... Por el contrario, con la técnica del concepto indeterminado la ley refiere una realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Así: ... buena fe, falta de probidad. La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisa en el momento de la aplicación".
36. Durante el siglo XIX se sostenía que el Derecho Administrativo sólo se aplicaría a la Administración Pública cuando de la naturaleza del acto resultare que ésta actuaba como "poder" o "autoridad", revestida de "imperium". Cuando la Administración realizaba meros actos de gestión, ella resultaba sometida al Derecho Privado. La distinción de "contratos administrativos-contratos privados" de la Administración, que surgió inicialmente como una distinción con efectos puramente jurisdiccionales —en el sentido de que los contratos llamados "administrativos" como el de obras públicas deben ser atribuidos a la llamada jurisdicción contencioso-administrativa—, fue sufriendo paulatinamente un "proceso de substantivización". En virtud de este proceso los contratos administrativos vinieron a ser, no ya los contratos que se diferenciaban de los contratos de derecho privado por una simple circunstancia adjetiva, como lo era su sometimiento a la jurisdicción de los tribunales administrativos, sino aquellos que se caracterizaban por una cuestión de fondo: estar regidos por el Derecho Administrativo. "Esta quiebra capital de la teoría surge —escribe García de Enterría, *op. cit.* p. 460— ya entrado este siglo, cuando se produce la sustitución del criterio estructural actos de autoridad / actos de gestión como básico del Derecho Administrativo por el criterio material del servicio público, sustitución alentada doctrinalmente por la Escuela de Burdeos e iniciada en el Consejo de Estado francés, que es quien ha creado realmente la figura, con el *arrêt Terrier* ... El paso a primer plano de un criterio sustancial o funcional como es el servicio público producirá, sin embargo, consecuencias inmediatas, y así Gaston Jèze, el segundo gran personaje de la Escuela de Burdeos, para quien todo el Derecho Administrativo se explica como un Derecho especial de los servicios públicos, compuesto de reglas exorbitantes del Derecho Común surgidas por y para la gestión de los servicios públicos, no tardará en afirmar, como obligada consecuencia de este planteamiento de base, que si los Tribunales administrativos son competentes para conocer de los contratos administrativos es porque se trata de aplicar un régimen especial, es decir, el régimen público de los servicios públicos".

administrativos” en el sentido francés, no están sujetos a la aprobación del Congreso por ser necesarios para el normal desarrollo de la Administración; así como lo que justificaría que puedan celebrarse con Estados o entidades oficiales extranjeras o con personas no domiciliadas en Venezuela contratos que podrían calificarse como verdaderos “contratos administrativos” sin la aprobación del Congreso, en cuanto que, sin embargo, no serían “contratos de interés público”; o que algunos contratos en que el Estado obra *jure gestionis*, como hemos visto que ocurre con los contratos referentes a la enajenación de tierras baldías o de otros inmuebles de la República, hayan podido sin embargo haberse reputado en una época “contratos de interés público”, sin que obstaré para ello su calificación de contratos de derecho privado ³⁷.

9. Conclusiones

De acuerdo con lo dicho hasta aquí es posible concluir señalando que la expresión “contrato de interés nacional”, hecha luego más genérica al adoptarse la fórmula “contrato de interés público” en la Constitución de 1893, fue introducida y ha sido conservada por el constituyente venezolano para referirse a aquellas “grandes contrataciones” susceptibles de comprometer gravemente el patrimonio económico de la República, exponerla a pérdidas graves o a reclamaciones internacionales que pudieran llegar a atentar contra la soberanía o la integridad del país. Es ello lo que mejor explica las mutaciones históricas que ha venido sufriendo la noción desde 1864 hasta nuestros días. La inicial identificación del concepto con los contratos de obras públicas hasta 1893, cuando no se veía necesidad de incluir en él otro género de contratos ni se pensaba en la pesadilla que significaron para Venezuela en los últimos años del siglo XIX las constantes reclamaciones extranjeras provenientes también de contratos diferentes a los de obras públicas, debió ser superada en la Constitución de 1893 mediante la generalización del concepto a cualquiera clase de “contrato de interés nacional” y la inclusión de un nuevo texto que proclamara la inmunidad de jurisdicción de la República en toda hipótesis de contrato de esta índole que se celebrare no sólo por el Gobierno Nacional, sino por el de los Estados (y luego, en 1901, se agregó todavía “por las Municipalidades o por cualquier otro Poder Público”), dando así origen a la expresión más genérica de “contrato de interés público”.

Concluyamos, pues, con la aseveración de que lo que tipifica un “contrato de interés público” es tratarse de una gran contratación hecha por la Administración Pública nacional, estatal o municipal que justifique a los fines de control la intervención del Congreso, bien porque con la misma se compromete gravemente el patrimonio económico de la República o de sus secciones, bien porque sea susceptible de suscitar reclamaciones extranjeras. Según que esa contratación sea hecha por la Administración Nacional (por la Central o por la Descentralizada) o por los Estados o por las Municipalidades se matiza el nombre para hablar de “contrato de interés público nacional” o simplemente “contrato de interés nacional”, de “contrato de interés público estatal” o de “contrato de interés público municipal”.

37. Cfr. nota 21 y el artículo referente a los “contratos de interés público” en las Constituciones de 1914 y 1922.

El "contrato de interés público *nacional*" (y la vigente Constitución que dejó el concepto indeterminado por lo que se refiere a otras especies potenciales, incluyó en cambio en todo caso a las nuevas cesiones de hidrocarburos y de otros recursos naturales) está sometido al control del Congreso en todo caso en que presente cierta *anormalidad* respecto de los que suelen ser frecuentes en el desarrollo de la Administración o en que el propio Congreso ya no lo hubiere considerado innecesario, al permitirlo mediante alguna ley especial (p. ej.: la adquisición de armas para la Defensa Nacional). La norma no distingue entre los que celebre la Administración Pública Central o la Descentralizada; pero, a menos que en tales contratos figure como fiadora la República (como fue el caso de la Planta de Planos de Sidor), la práctica administrativa venezolana, tal vez porque por lo general se trata de contratos que hoy pueden reputarse de menor significación o que no presentan la aludida nota de anormalidad entre los que son frecuentes en dichas Administraciones, no suele someter al Congreso los contratos que celebran los entes de la Administración Descentralizada.

En cuanto a los contratos de interés público *estadal* o de interés público *municipal*, cabe afirmar que ellos están eximidos del requisito de la aprobación del Congreso. En la escasa significación que por lo general tienen estos contratos debe buscarse la razón por la que el constituyente no ha hecho referencia a ellos en el primer párrafo del artículo 126.

Pero sea que se trate de un contrato de interés público *nacional*, o de interés público *estadal* o *municipal*, siempre que sea de interés público según la caracterización que ya hemos hecho de este género, estará sometido a la aprobación del Congreso cuando se celebre con un Estado o entidad oficial extranjera o con sociedades no domiciliadas en Venezuela. El mismo requisito se impone para la cesión de cualquier contrato de alguna de estas tres categorías a una de estas personas extranjeras o no domiciliadas en el país, aun si el mismo, según lo precedentemente explicado, no hubiera requerido para su celebración de tal requisito.

La precedente explicación nos plantea el problema de si las excepciones relativas a la "normalidad" del contrato para el desarrollo de la Administración o a su expresa "permisión" por la ley de que se habla en el primer párrafo del artículo 126, podrán extenderse también a las hipótesis consideradas en el segundo párrafo del artículo 126. Esto es, plantea la cuestión de si aun cuando el contrato se celebre con el Estado o una entidad oficial extranjera o con una sociedad no domiciliada en el país puede prescindirse de la aprobación del Congreso cuando se trate de un contrato necesario para el normal desarrollo de la Administración Pública o cuando la ley permita específicamente la celebración de tal contrato. Aun cuando la opinión de algunos administrativistas venezolanos es adversa a ello³⁸, nos inclinamos a postularlo así. Los contratos que el Estado venezolano celebra para la adquisición de armamentos necesarios para la defensa nacional, para la acuñación de monedas y otros sobre cuyo indudable interés público nacional no cabe duda alguna (tanto por

38. Farías Mata, *op. cit.* p. 55 y Britto García, *op. cit.*, Nº 25, p. 103, sostienen que cuando se trata de contratos de interés público a celebrarse con Estados o entidades oficiales extranjeros o sociedades no domiciliadas en Venezuela, el requisito de la previa aprobación del Congreso es inexcusable aun si se tratare de esos contratos "necesarios para el normal desarrollo de la administración pública" o permitidos por la ley que el primer párrafo del art. 126 de la Constitución exceptúa.

su índole como por la importancia cuantitativa que con frecuencia tienen) no se han sometido jamás a la aprobación del Congreso, seguramente porque se los ha reputado expresamente "permitidos por la ley" o, cuando no, "necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública".

Pero tratése o no de un "contrato de interés público", de los que requieren la aprobación del Congreso o de los comprendidos en las excepciones a que alude el artículo 126, en cambio, según el artículo 127 de la Constitución, siempre será imprescindible considerar incorporada a ellos de pleno derecho la cláusula sobre inmunidad de jurisdicción. Esta norma, sin embargo, hace a su vez una excepción particular: que por la índole de tal contrato tal cláusula sea *improcedente*. De esta manera un contrato de interés nacional que no tenga necesidad de la aprobación del Congreso a pesar de ser celebrado con una sociedad no domiciliada en el país por encontrarse en alguno de los supuestos de excepción, por ejemplo: por ser de los permitidos por la ley, podría sin embargo estar sujeto a que se lo considere sometido exclusivamente a la jurisdicción de nuestros tribunales; y a la inversa, un contrato de interés nacional de los que no pueden sustraerse a la aprobación del Congreso, pudiera resultar "por su naturaleza" excluido de la norma que impone la jurisdicción venezolana y, como tal, admitir una expresa o tácita aceptación de una jurisdicción extranjera ³⁹.

39. Como se ve se coincide fundamentalmente con el Dr. Pérez Luciani aunque él cree poder distinguir todavía entre "contratos de interés nacional" y "contratos de interés público". Escribiera Pérez Luciani, en su Dictamen para el I.V.P., p. 49: "El interés tutelado por las normas que consagran los CONTRATOS DE INTERES NACIONAL y las que consagran los CONTRATOS DE INTERES PUBLICO, es diferente. Las relativas a los CONTRATOS DE INTERES NACIONAL, se refieren fundamentalmente a la preservación de los intereses económicos y financieros del Estado: no enajenar la riqueza, impedir la mala utilización de los bienes o recursos de la República; temor a compromisos económicos o pérdidas graves (...). Las normas relativas a los CONTRATOS DE INTERES PUBLICO y la prohibición de contratar con gobiernos extranjeros, o entidades extranjeras o personas no domiciliadas en Venezuela, obedece a consideraciones relativas a la soberanía del Estado venezolano, a los peligros para la soberanía e integridad del país, a la posible agresión o sujeción a Cortes o Tribunales extranjeros; a reclamaciones diplomáticas". Esta misma diferenciación la reitera Pérez Luciani en su Dictamen para el Centro Simón Bolívar, pp. 87 y 88, así: "De acuerdo con los antecedentes que se han mencionado, puede sostenerse razonablemente que por CONTRATOS DE INTERES NACIONAL, deben entenderse todos aquellos *contratos pasivos* cuyo pago debe hacer en más de un ejercicio fiscal, de tal modo, que se comprometan cantidades de dinero y recursos fiscales de presupuestos futuros; así como también todos aquellos contratos activos, que produzcan ingresos extraordinarios provenientes de la enajenación o disposición, en alguna forma de bienes patrimoniales del Estado, tales como inmuebles, tierras baldías y minas (...). Por otra parte, el CONTRATO DE INTERES PUBLICO sólo podría ser aquel que pudiera dar origen a reclamaciones internacionales o, en otros términos, un contrato en cuyo contexto tuviera sentido la inclusión de la CLAUSULA CALVO".