

# AUTOVINCULACIÓN Y POTESTADES PÚBLICAS EN LOS CONTRATOS ESTATALES

**Oscar Gherzi Rassi**

*Profesor de Derecho Constitucional UNIMET.*

*Profesor de Introducción al Derecho UCV*

*Resumen: El autor analiza los orígenes de la doctrina del contrato administrativo en Venezuela y plantea la contradicción existente entre los postulados esenciales de esa doctrina (concretamente, los relativos a la existencia de potestades exorbitantes implícitas sin un respaldo normativo expreso) y un postulado que forma la columna vertebral del Derecho Administrativo Contemporáneo, a saber: el principio de legalidad administrativa.*

*Palabras clave: Contrato Administrativo, Contrato Estatal, Arbitraje, Potestades Públicas, Autovinculación, Principio de Legalidad.*

*Abstract: The author discusses the origins of the doctrine of administrative contract in Venezuela and raises the contradiction between the tenets of that doctrine (specifically, those relating to the existence of implied exorbitant powers meant to protect "the general interest" without express normative support) and the doctrine considered to be the backbone of contemporary administrative Law, namely: the principle of administrative legality.*

*Keywords: Administrative Contract, State Contract, Public Contract, Arbitration, Public Powers, Self-binding, principle of legality.*

Recibido: 20 de marzo de 2013    Aceptado: 18 de abril de 2013

## INTRODUCCIÓN

En ocasiones las Administraciones públicas (o la Administración pública, para simplificar), suscriben contratos con

cláusulas en las que se comprometen a dar terminación anticipada al contrato de que se trate únicamente por ciertas causas o a indemnizar al contratista de cierta manera si termina el contrato de forma anticipada sin que haya incumplimiento de su parte. En otras ocasiones se comprometen además a someter las controversias que emanen de la ejecución, terminación, incumplimiento o interpretación del contrato a un tribunal arbitral, normalmente internacional.

Sin embargo, en un momento posterior, a veces esta misma Administración decide dar por terminado el contrato por causas distintas a las previstas en las cláusulas contractuales o decide no reconocer indemnización por daños a favor del contratista en caso de terminación por las llamadas “razones de oportunidad o conveniencia”. En otras ocasiones, la Administración entiende que no debe acudir al tribunal arbitral contemplado en las cláusulas del contrato si decide terminar anticipadamente el contrato.

En estos escenarios, como puede vislumbrarse, opera el mismo tipo de razonamiento, esto es, que de acuerdo con la Administración sus potestades de derecho público no quedan afectadas en modo alguno por ninguna de las disposiciones contractuales. La práctica no es poco común y está especialmente en boga en virtud de haber sido un tema acaloradamente debatido ante tribunales arbitrales internacionales en el pasado reciente. Una corriente de pensamiento sobre este tema, que aparentemente es la mayoritaria, indicaría que la Administración no es merecedora de responsabilidad contractual por un acto de terminación anticipada de un contrato muy a pesar de lo que en sentido contrario establezca ese mismo contrato. La posición que pretendo sostener aquí es que esa es una conclusión simplista que se sustenta en criterios y doctrinas sobre la naturaleza del contrato administrativo y sobre las potestades públicas que no tienen cabida, en mi criterio, bajo el derecho venezolano.

No sostendré aquí que toda cláusula contractual contenida en un contrato estatal es merecedora de respeto. Las hay que vulneran claramente normas cuya violación debe acarrear la nulidad de la cláusula. Pero parece ser una tendencia quizá demasiado difundida, que cuando estamos en presencia de los llamados “contratos administrativos” las reglas sobre vinculación contractual se relajan por la simple presencia de potestades públicas. Los puntos que pretendo explorar y presentar bajo una luz distinta y en mi criterio más armónica con los principios que informan a un estado de derecho moderno, son los siguientes:

- i) Que la categoría “contrato administrativo” es una noción trasplantada descuidadamente desde el derecho francés al derecho venezolano y que ese trasplante presenta no pocos peligros para el ejercicio de diversos derechos constitucionales. Además, la noción nunca ha sido abrazada de forma categórica por la legislación venezolana e incluso cabe argumentar que hoy día no tiene ningún respaldo legislativo. En tal sentido, debe abandonarse y ser sustituida por una noción omnicompreensiva de la contratación de los entes públicos que, a falta de un mejor vocablo y sin pretender que se convierta en una noción petrificada, creo que debe ser la de “contratos estatales”.
- ii) Que la noción de contrato administrativo, de acuerdo con las líneas maestras que ha enunciado primero la doctrina y luego la jurisprudencia de forma enérgica, no se compadece con el régimen general del principio de legalidad administrativa, pues parte de la discutible idea de que la Administración pública posee unas “potestades” que no tienen que estar expresadas en modo alguno en textos previos de rango legal, pues se entiende que esas “potestades” son implícitas y que operan incluso cuando el legislador ha omitido su mención, todo ello en virtud de la tutela del interés general que ha sido encomendada a la Administración pública. Esta noción, sostengo en este análisis, es fun-

damentalmente contraria a la concepción contemporánea de la teoría de las potestades públicas, la cual exige una norma expresa de rango al menos legal que otorgue un poder preciso e inteligible a una Administración pública. Quienes sostienen que en los contratos administrativos existen “potestades implícitas” que emanan de la función tutelar de la Administración en realidad hacen referencia a las proscritas “cláusulas generales de apoderamiento” que son, antes bien, disposiciones muy generales que exigen de una precisión mayor mediante normativa posterior para que pueda decirse que ha nacido una verdadera potestad.

- iii) Que cuando las Administraciones Públicas suscriben contratos estatales con personas naturales o jurídicas del sector privado crean una norma particular cuyo carácter vinculante es tan poderoso como el de cualquier otra norma, con la salvedad de que se trata una norma de menor jerarquía que otras normas que debe respetar. Estos contratos, evidentemente, están sometidos a un régimen mixto de normas taxativas (es decir, normas no renunciabiles) y supletorias (es decir, normas que pueden ser desplazadas por las normas contractuales). Sin embargo, es importante destacar que las normas contractuales poseen un poder vinculante que dimana de diversas normas, pero principalmente del código civil, que es una norma, no hay que olvidarlo, de rango legal y que crea derechos expresos para las partes involucradas en la negociación de que se trate. Dejar de lado esos derechos exige la invocación de una norma también expresa, de un rango igual o superior, bien sea por la aplicación del principio de *lex specialis* o de *lex posterior*.
- iv) Que cuando la Administración suscribe un contrato su relación con el contratista está fundamentalmente vinculada por este y que por lo tanto los efectos de sus potestades de derecho público pueden generar responsabilidad contractual. En ese sentido, el contrato es un vehículo de

autovinculación por medio del cual la Administración, de forma libre, decide ejercer sus funciones de tutelar el interés general, a través del empleo muy específico de la potestad de entrar en relaciones de tipo contractual, y al hacerlo asume que la tutela del interés general para ese caso en particular se materializa mediante la figura del contrato. Por lo tanto, no hay una dicotomía derecho público - derecho privado. Simplemente, la Administración se hace de los mecanismos que provee el ordenamiento para tutelar ese interés general y uno de esos mecanismos es el contrato. Ahora bien, cuando emplea el contrato no puede, a mitad del camino, repudiar su propio criterio, libremente expresado, de que el contrato contiene las normas particulares para tutelar ese interés general que ella misma ha diseñado, a menudo de forma unilateral. En este sentido, el contrato la vincula de la misma manera en que el precedente administrativo la vincula por virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

- v) Por último, quiero hacer mención específica de los efectos de las cláusulas arbitrales sobre las potestades públicas. En este punto, quiero argumentar que la tutela del interés general no está en riesgo en modo alguno por la existencia de una cláusula de este tipo. La Administración posee indudablemente el privilegio de autotutela, es decir, de dictar decisiones de carácter ejecutivo y ejecutorio, en la mayor parte de los casos. Sin embargo, la autotutela no es un privilegio absoluto, como no lo es ninguno.

En ese sentido, la presencia de cláusulas arbitrales supone una modulación de la potestad de autotutela, modulación ésta adoptada libremente por la Administración misma. El valor que tiene la institución arbitral a raíz de la entrada en vigencia de la constitución de 1999 hace variar de manera significativa el valor que podía tener el privilegio de autotutela en presencia de una cláusula arbitral antes de la vigencia de esa constitu-

ción. Es más, cabe argumentar que esa modulación ya estaba presente bajo la vigencia de la Constitución de 1961 la cual consagraba una cláusula de inmunidad de jurisdicción relativa, lo cual ya presagiaba una apertura hacia la institución arbitral en los contratos de interés público, el tipo de contrato estatal en donde el Estado actúa con mayor potencia.

Asimismo quiero argumentar que la cláusula arbitral debe ser interpretada de modo que cubra todos los asuntos que merecen el calificativo de controversias contractuales y que por lo tanto sus efectos cuando una de las partes es un ente del sector público no son muy distintos a los efectos que tendría cuando se trata de particulares.

## I. HACIA EL ABANDONO DE LA DOCTRINA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO INSTITUCIÓN DEL DERECHO VENEZOLANO

### 1. General

Como se habrá visto, parte del planteamiento que pretendo exponer pasa por sustituir los vocablos y la noción de contrato administrativo por la expresión contratos estatales, que me parece no solo infinitamente más fácil de definir sino también más adecuada para los principios que ordenan el derecho venezolano. Este juicio de adecuación parte de interpretar esos principios del derecho venezolano, en concreto del derecho público venezolano, con el objeto de determinar si la noción tradicional de contrato administrativo “encaja” en el marco normativo que esos principios componen. En mi criterio, la noción de contratos estatales encaja mejor en ese marco de principios por razones que pretendo exponer a lo largo de este trabajo<sup>32</sup>.

---

32 La noción del juicio de adecuación según el cual una determinada práctica “encaja” (fits) en la práctica general del derecho es, hasta donde sé, una idea de Ronald Dworkin, expuesta principalmente en *Law's Empire*, Harvard, 1986, p. 245.

No examinaré, evidentemente, todas las razones posibles sino únicamente aquellas que sirven al fin que persigo, esto es, demostrar que la presencia de potestades públicas no constituyen una razón de peso suficiente para desestimar cláusulas contractuales que de alguna manera califiquen el ejercicio de esas potestades en el marco de la relación contractual.

Hans Kelsen indicó hace cerca de 80 años que la distinción entre derecho público y derecho privado escondía un despropósito ideológico: mitigar el carácter vinculante del primero<sup>33</sup>. De acuerdo con su apreciación de la realidad del derecho público en su época, la noción misma de derecho público entrañaba en muchos casos una contradicción en los términos, toda vez que quienes mencionaban las palabras “derecho público” en el fondo lo que querían implicar era “derecho no vinculante”. En su criterio, las palabras encerraban una disposición muy particular hacia el sustantivo “derecho” cuando se le acompañaba del adjetivo “público”, disposición ésta que se inclinaba por despojar el carácter vinculante de las normas de “derecho” público cuando representaban un obstáculo inconveniente para los gobiernos. En ese sentido, el derecho público sería tan sólo una invitación o sugerencia a comportarse de una determinada manera<sup>34</sup>.

Un poco antes a la denuncia del vienés nacía en Francia la institución del contrato administrativo, concretamente en

---

33 La primera edición de la Teoría Pura del Derecho fue publicada en 1935. Entiendo que esta denuncia se halla en esa primera versión. En todo caso, de no ser así, la denuncia de Kelsen se refiere a las teorías del derecho público imperantes en Europa hacia finales del siglo XIX y principios del XX.

34 La denuncia de Kelsen se compadece con la realidad del derecho constitucional tanto de la época anterior a la primera gran Guerra como la del constitucionalismo de la época de entreguerras, en donde prácticamente toda Europa sostuvo la teoría del carácter político de las constituciones antes que verdaderamente normativa. Sobre esta realidad ver Eduardo García de Enterría, *La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 3ra Ed., 1983, p. 55.

1903<sup>35</sup>. Su pérdida de carácter vinculante para la Administración fue ilustrado de forma inmejorable con las siguientes palabras: “así como el contrato civil se caracteriza, en concepto de Delbez, por ser ‘limitado en su alcance e ilimitado en su fuerza obligatoria’ (...) el contrato administrativo haría excepción justamente de estos dos elementos definitorios; por una parte, el contrato administrativo afecta con normalidad a terceros y no por la vía excepcional de las estipulaciones a favor de terceros; y, en segundo término, el contrato administrativo no sería Ley vinculante e irrevocable para una de las partes, para la Administración concretamente, la cual puede imponer su quebrantamiento legítimamente en virtud de su poder exorbitante de *ius variandi*, cuando los intereses superiores que representa así lo justifiquen. De este modo, bajo una rúbrica genérica equívoca, el contrato administrativo sería, en rigor, una institución esencialmente diferente del contrato privado”<sup>36</sup>.

La denuncia de Kelsen, confirmada por el desarrollo de la escuela de Burdeos, encuentra un eco nada pálido en la doctrina de los contratos administrativos pues con mejor o peor fortuna, la doctrina ha servido para permitir que el valor vinculante de los “contratos administrativos” se diluya ante las necesidades de “tutelar el interés público” por parte de las Administraciones públicas.

Parte del discurso central de los contratos administrativos es, entonces, que su naturaleza entraña la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho privado, cláusulas éstas que se consideran implícitas en el contrato mismo, que hacen de ellos una función de la actividad administrativa en donde, por definición, la Administración actúa en un plano de superioridad en relación con el contratista. Esta porción de la doctrina de los contratos administrativos es central en su construcción. Podría decirse que sin la existencia de las potestades exorbitantes no

35 Mediante el Arrêt Terrier, del Consejo de Estado, del 6 de febrero de 1903.

36 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, Séptima Ed. 1995, p. 660.



queda nada del contrato administrativo. Aunque se ha argumentado que en realidad las potestades exorbitantes son tan solo un índice de su existencia, teniendo que volver la mirada también a si mediante el contrato se persigue la ejecución de un servicio público o no<sup>37</sup>. Pero muy pronto se advierte que esta distinción es sólo cosmética, pues la calificación del contrato en virtud del servicio público envuelto es sólo la justificación para concluir luego que, si las cláusulas exorbitantes no están expresadas en el contrato ha de considerarse que están implícitas en él y que dimanar de la función tutelar de la Administración.

Hay numerosos problemas teóricos que la doctrina de los contratos administrativos ha enfrentado de forma que creo insatisfactoria. Trataré de exponer algunos de ellos resumidamente, aunque quizás éste sea un tema que requiera de una disertación exclusiva. Lo hago, por cierto, plenamente consciente de que la interpretación que aquí propongo es evidentemente minoritaria, aunque creo que cuenta con bases claras en la opiniones que sobre este tema han expresado en nuestro país Pérez Luciani y Mélich Orsini<sup>38</sup>.

## 2. Potestades sí, pero ¿implícitas?

Como he dicho una de las premisas centrales y al mismo tiempo más peligrosas de la doctrina de los contratos administrativos consiste en asumir no sólo que existen cláusulas exorbitantes en ellos sino además que las mismas son “implícitas” en el contrato. Ahora bien, esta premisa parte de la idea cuestionable de que la Administración pública puede llevar a

---

37 *Acción Comercial* del 11 de agosto de 1983; *Hotel Isla de Coche* del 27 de enero de 1993; *Simón Muñoz Armas, Elías Eljuri Abraham y otros en contra de las cláusulas décima, decimoséptima, segunda y cuarta del Artículo 2º del Acuerdo del Congreso de la República aprobado en fecha 4 de julio de 1995 (caso Apertura Petrolera)*.

38 José Mélich Orsini, “La Noción de Contrato de Interés Público” en *Revista de Derecho Público* N° 7, Caracas, 1981.

cabo acciones para las cuales no cuenta con un título jurídico expreso.

El transitar de la doctrina de los contratos administrativos tanto en el derecho francés como en otros ordenamientos que han asumido esa terminología, ha revelado las flaquezas generales que enfrenta, haciendo de ella, para recoger la expresión de García de Enterría, uno de los capítulos más desesperantes del derecho público<sup>39</sup>. El punto de las potestades exorbitantes, en particular, ha padecido lo que creo que merece ser calificado de un abuso y descuido tanto por nuestra doctrina como por nuestra jurisprudencia. De manera general se parte de la idea de que las cláusulas exorbitantes son implícitas y por lo tanto que no requieren de un reconocimiento expreso en texto alguno. El hecho aislado de que la Administración tenga atribuido el deber de tutelar el interés público se arguye como justificación suficiente.

No han reparado los seguidores de esta premisa el peligro y riesgo que envuelve para los derechos de todos los contratistas, ni que contradice uno de los principios centrales de todo el derecho administrativo venezolano, a saber, el principio de legalidad según el cual todas las potestades públicas son de texto expreso y que por lo tanto no pueden ser consideradas implícitas.

La narrativa tradicional sobre la justificación de las potestades exorbitantes apunta a que los intereses públicos generales no pueden quedar sometidos a los intereses particulares del contratista. Es esta una afirmación falsa, superficial y de dudosos pergaminos jurídicos. Cabe recordar que el recurso al expediente contractual es una forma de tutelar el interés general, interés éste que *no se vería satisfecho de no ser por el concurso del contratista*. En otras palabras, la Administración acude a los contratistas porque ella por sí misma no puede tutelar el

39 García de Enterría, Eduardo, "La Figura del Contrato Administrativo" en *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Milan, 1965.

interés general en estos supuestos; requiere del concurso de particulares que ofrezcan sus servicios para que, a través de ellos, la Administración pueda ejecutar acciones que tutelen ese interés general.

Pero además, la justificación según la cual las cláusulas exorbitantes se justifican por la presencia en el contrato de intereses públicos es superficial pues no es cierto que, por respetar un contrato, los intereses generales queden sometidos a un interés particular. Es un *non sequitur* sostener que el interés general se ve comprometido por el solo hecho de que la Administración cumpla con una cláusula contractual que ha sido suscrita cumpliendo con todos los extremos de ley para que tal cosa suceda (i.e. procesos de selección del contratista, disponibilidad presupuestaria, firma por parte de el funcionario que ostente la representación legal, etc.), en la misma medida en que es un *non sequitur* sostener que vulnera el interés privado de un contratante el cumplir con las cláusulas de un contrato que ha suscrito libremente.

En primer término porque cuando el irrespeto de una norma contractual se convierte en la regla, esa es una situación que en sí misma vulnera el interés general (¿cómo puede considerarse tutelado el interés general por una Administración que pudiese incumplir potencialmente cientos de contratos para “cumplir” con una necesidad inmediata que juzga incompatible con el cumplimiento del contrato?)<sup>40</sup>. En segundo lugar porque es una premisa básica del derecho administrativo moderno que la atribución de potestades está acompañada

---

40 Aunque no es el objeto del presente análisis, sospecho que existe una afinidad muy cercana entre la doctrina de los contratos administrativos y el llamado utilitarismo del acto. De acuerdo con esta forma de utilitarismo la justicia de una determinada acción depende de si la acción individualmente considerada es capaz de generar más bienestar (utilidad) a un mayor número de personas. Otra forma de utilitarismo más sofisticado es el utilitarismo de la regla, según el cual la justicia de un acto debe ser juzgada de acuerdo con su conformidad con una regla cuya aplicación en el largo plazo genere la mayor suma de bienestar o utilidad posible.

con la atribución de garantías o protecciones a favor del administrado que “equilibran” la relación que nace del ejercicio de las mismas. El Derecho Administrativo, como es fama, ha sido definido por García de Enterría y Fernández como la búsqueda y el mantenimiento constante entre el ejercicio de las potestades públicas y el ejercicio de los derechos particulares.

Además, no debe olvidarse el dato relevante de que los entes y organismos públicos están obligados a respetar el derecho al debido proceso en todas sus actuaciones y como regla general. Ese derecho, que la Administración debe respetar sin duda ninguna cuando el contrato es terminado anticipadamente por razones imputables al contratista, sin embargo es normalmente ignorado (por considerarlo no aplicable) cuando se trata de una terminación anticipada por razones de oportunidad o conveniencia. Esta es una de las instituciones más objetables de la doctrina de los contratos administrativos. Parte de la idea central de la consagración de los derechos constitucionales es precisamente que no perezcan ante las pretensiones de satisfacer el interés general o por lo menos que su consagración cuenta como una razón de peso para no dejarlo perecer ante el interés general. Las diversas versiones de las teorías de los derechos modernas han sostenido reiteradamente la necesidad de mantener su protección incluso cuando hay intereses colectivos que podrían verse frustrados por el respeto al derecho individual. La protección de los derechos es una aspiración anodina si solamente se persigue su protección en supuestos de conflictos interindividuales pues ese es el caso paradigmático de los derechos legales o contractuales pero no de los derechos constitucionales. Además, el ordenamiento está inundado de disposiciones en donde precisamente se impide el sacrificio particular por la protección del interés general. De modo que la supuesta inaplicabilidad del derecho al debido proceso cuando median razones de oportunidad o conveniencia, pues en esos casos supuestamente el interés particular no puede subsistir ante el interés general resula insostenible. La Administración debería tener la carga de probar que el contrato, tal como fue

suscrito, constituye un obstáculo al interés general y que, puestas las razones a favor y en contra del contrato sobre la mesa, las razones en contra de él deben pesar más que las razones a favor de él. En cualquier supuesto, sin embargo, la responsabilidad contractual queda debe quedar intacta, aunque puede ser regulada, tal como sucede actualmente, de acuerdo con principios y normas especiales que no encuentran paralelo en el derecho privado<sup>41</sup>.

Sin embargo, la historia de los precedentes judiciales, así como la doctrina académica relativa a los contratos administrativos en Venezuela demuestra la constante adopción del principio contrario. Desde la sentencia *Astilleros La Guaira*, la doctrina y jurisprudencia han sido casi unánimes en sostener la idea de que las potestades exorbitantes son implícitas en el sentido de que no tienen que estar consagradas en ningún texto legal previo y siempre la justificación argüida es la de la protección del interés general.

La sentencia *Machado Machado*, por ejemplo, indica lo siguiente en relación con los contratos administrativos:

“Ellos están sometidos a reglas especiales; tienen una finalidad general, por lo regular en relación con los servicios públicos; por razón del fin se obliga al particular contratante a una prestación, corrientemente continua y regular. Los efectos más genuinos y característicos en ellos consisten en la facultad de la Administración de adoptar decisiones ejecutivas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos; y si así en ellos la Administración aparece en un plan superior, la desigualdad se explica por el propio interés de los administrados y porque es obligación de los administradores, es decir, de los gobernantes, el velar porque la prestación objeto del contrato se efectúe en forma ordenada y continua,

41 Sobre las diversas concepciones de los derechos puede verse Jeremy Waldron, *Theories of Rights*, Oxford, 1984

si tal fuere el caso, y en resumen, conforme a las normas reguladoras del propio contrato; de no ser así, se llegaría a la conclusión de que por tales actos, la Administración, pierde, renuncia o enajena uno de sus grandes atributos, cual es la tuteladora del bien y del interés público”<sup>42</sup>.

La doctrina vertida en esta sentencia, considerada líder en la materia, ha sido reproducida uniformemente en numerosísimos fallos de nuestra jurisprudencia contencioso administrativa. La línea argumental es clara y se corresponde a lo que he indicado en párrafos anteriores. Si el contrato comporta algún elemento de servicio público o de interés general entonces debe ser considerado un contrato administrativo. Esta naturaleza le somete a “reglas especiales” que lo excluyen del ámbito general del derecho privado, aunque no del todo, pero que permiten a la Administración tomar ciertas decisiones inadmisibles en el ámbito regular del derecho privado<sup>43</sup>. Esas decisiones emanan de la tutela del interés general y esas “reglas especiales”, la de modificar, terminar, extender, interpretar el contrato, no tienen que haber sido sancionadas en una norma legal anterior. Antes bien, dimanar de la “naturaleza” del contrato.

De modo que la doctrina tradicional del contrato administrativo, que parece pervivir aun cuando han desaparecido por completo las referencias normativas que podrían haberle dado cierto sustento (aunque bastante débil como veremos), descansa en la premisa de que la Administración puede invocar potestades que no están expresas en ningún texto normativo

---

42 Sentencia de la Corte Federal del 12 de noviembre de 1954.

43 La sentencia del 5 de diciembre de 1944, caso *Astilleros La Guaira*, sentencia ésta que adoptó por vez primera la noción de contrato administrativo, indicó que de acuerdo con “reputados autores” debía reconocerse ese tipo de contratos. Las razones por las cuales esos autores eran relevantes y sus opiniones debían adoptarse en la Venezuela de 1944 es algo que la Corte no supuso necesario explicar.

sino que, antes bien, dimanen de su papel como tutora del interés general.

Esta premisa, sin embargo, confunde, en mi criterio, lo que es una potestad con las llamadas “cláusulas generales de apoderamiento”. La Administración actúa en el ejercicio de “potestades” previstas en una ley previa. Sobre el punto se expresan García de Enterría y Fernández:

“El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, *definiendo cuidadosamente sus límites*, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente”<sup>44</sup>.

La potestad es, como explican los maestros españoles, una atribución específica de poderes concretos de actuación, si bien normalmente conceptuados en términos suficientemente generales como para hacer frente a una clase general de supuestos. Sin embargo, cuando los tratadistas y la jurisprudencia se refieren a las potestades implícitas o cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos, en la mayor parte de los casos no hacen referencia a ninguna norma que específicamente hubiere consagrado tales potestades.

En contraste con la concepción de las potestades administrativas, las llamadas “cláusulas generales de apoderamiento” se distinguen por contener llamados amplísimos de actuación

---

44 García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 433

a favor de la Administración en un área más o menos amplia de la realidad. Disposiciones del tipo “hará todo lo necesario para proteger el orden público” presentes, como no, en numerosas Leyes administrativas, especialmente de los últimos tiempos, cumplen una función de “legitimación” para el empleo de potestades propiamente dichas definidas en algún otro lugar de la o las leyes de que se trate<sup>45</sup>.

Sin embargo, las cláusulas generales de apoderamiento no son atributivas de potestades públicas. Son exactamente lo contrario a lo que debe ser una norma atributiva de una potestad. Son simplemente atribuciones genéricas en virtud de las cuales puede nacer una potestad específica, pero cuya existencia aislada no autoriza ninguna capacidad de acción concreta. Hay que advertir que, hasta donde sé, ningún autor ha invocado expresamente las cláusulas generales de apoderamiento como fundamento de las potestades exorbitantes en los contratos administrativos, al menos no bajo esa denominación, pero los argumentos empleados para su justificación responden exactamente a la anatomía de esas cláusulas generales de apoderamiento.

De modo que la invocación de cláusulas generales de apoderamiento y de todo poder genérico e indeterminado va precisamente en el sentido opuesto no solo del derecho público moderno sino de *nuestro* derecho público, que se construye, a no dudarlo, bajo el esquema típico de la atribución de potestades expresas, limitadas, tasadas, medidas, que repudian la idea de poder ilimitado o de límites vagos e imprecisos.

Juzgo imposible no subsumir la categoría de “cláusulas implícitas” fundamentadas en la categoría general de las cláusulas generales de apoderamiento. Quienes invocan las “potestades exorbitantes” normalmente están en realidad haciendo referencia a una cláusula general de apoderamiento (“tutelar

---

45 García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 433



el interés general”) que no tiene el nivel de concreción exigible de las potestades, de acuerdo con el principio rector de legalidad, según el cual, como hemos dicho, la Administración sólo puede actuar de acuerdo con potestades, entendidas como atribuciones expresas, tasadas, medidas, proporcionadas, limitadas, etc., mas nunca bajo invocaciones genéricas de deberes o funciones.

### **3. ¿Desigualdad? El Contrato es un supraconcepto que informa a toda la contratación estatal. Sobre su carácter vinculante**

Otra manifestación en mi criterio equivocada y proclive al abuso de la doctrina de los contratos administrativos consiste en describir la relación Administración-contratista como una relación entre desiguales, es decir, como una relación de imperio.

Creo que esa premisa es fundamentalmente errada. Si la Administración actuara mediante imperio no tendría necesidad de recurrir al expediente contractual para llevar a cabo sus cometidos. Es una incomprensión gigantesca entender la relación contractual entre una persona que tiene privilegios en más (pero también privilegios en menos, no se olvide) y un contratista que es invitado, no compelido, a ofrecer sus servicios a la Administración, como una relación entre desiguales.

La descripción esconde, me parece obvio, una coartada que pretende disminuir o minimizar el papel de los derechos del contratista en esta relación. Reiteremos de siguiente dato: la Administración no puede llevar a cabo ciertas competencias sin el concurso de actores del sector privado que le proveen de bienes y servicios. De modo que en esa relación, la Administración posee el rol de cliente o de comprador y el particular el de proveedor de un servicio o un bien. Ni más ni menos que en un contrato típico de derecho privado.

La relación entre ambas partes está regulada por un documento que contiene normas que son igualmente vinculantes para ambas partes, y en donde operan todos los principios generales de la contratación civil o mercantil, y muy particularmente, el de equilibrio entre los derechos y obligaciones. Como sugieren García de Enterría y Fernández, siguiendo a S. Martín Retortillo, el contrato es un *supraconcepto*<sup>46</sup>. queriendo decir con ello que es una institución que no permite su flexibilización hasta el punto de no reconocimiento por el sólo hecho de que una de las partes de la relación sea una Administración pública. En otras palabras, la virtualidad vinculante del contrato es exactamente igual cuando una de las partes es un ente estatal como cuando no es así. La presencia de potestades que típicamente no estarían presentes en la contratación privada ordinaria se explica no por la naturaleza particular de unos “contratos administrativos” sino por la existencia de leyes que, como normas de aplicación especial, desplazan algunas normas de derecho común, en algunos casos mediante la creación potestades a favor de la Administración, potestades éstas que, únicamente si están expresadas en alguna norma aplicable serán verdaderamente invocables por la Administración<sup>47</sup>.

Como puede verse, las normas especiales alteran de alguna manera el telón de fondo de normas regularmente aplicables a los contratos en general. Sin embargo, es importante destacar que el fenómeno de la aplicación de normas especiales a contratos que tradicionalmente habrían recibido la regulación exclusiva del Código Civil, es bastante extendido en la práctica contractual ajena a la contratación estatal, como sucede en los sectores económicos severamente regulados como la banca,

---

46 García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 53.

47 Cabe destacar que también hay normas especiales que estipulan derechos a favor del contratista que ordinariamente no están presentes en el derecho común aun cuando no es improbable o imposible que en contrataciones entre particulares se estipulen cláusulas similares a las presentes en la contratación pública, como suele suceder por ejemplo con las cláusulas de variación de precios.

seguros, telecomunicaciones, etc. En todas esas industrias, muchas normas del código civil son desplazadas por normas de carácter especial que, en la mayor parte de los casos, no son relajables por convenios particulares.

Cabe destacar que la potestad que la legislación reconoce al ente contratante de introducir modificaciones al contrato en nada afecta la igualdad entre las partes pues a la modificación va aparejada el derecho del contratista a recibir la contraprestación por el aumento, de ser ese el caso, y que se acompaña con el derecho análogo del contratista a proponer modificaciones a la obra. Además, esa competencia se ve severamente limitada por disposiciones atinentes al presupuesto público que condicionan los gastos. Como ha sostenido S. Martín Retortillo, la desigualdad no es predicable de la envergadura de las personas involucradas en la negociación de que se trate sino del elemento causa del contrato. Si cada prestación encuentra una causa proporcional en un derecho de la parte contraria estamos en presencia de una igualdad contractual *tout court*.

Así, cuando la Ley crea una potestad que afecta alguna prestación contractual, el elemento causa de esa prestación exige el reconocimiento de un derecho correlativo a favor del contratista. Pero lo que no es admisible, y que sin embargo es un dogma insistentemente abrazado por los cultores de la doctrina del contrato administrativo, es que, por virtud de una "desigualdad" natural del contrato, una de las partes tenga para sí la posibilidad de invocar poderes que no poseen una fuente normativa clara y expresa.

En este sentido cabe mencionar que de acuerdo con el artículo 108 de la Ley de Contrataciones Públicas, el ente contratante solamente puede introducir modificaciones al contrato por un número tasado de casos, que, además, son totalmente favorables al contratista pues se refieren única y exclusivamente a modificaciones relativas a las cantidades sin que sea lícito modificar la igualdad económica (la modificación rela-

tiva al tiempo es una modificación relativa a cantidades, a fin de cuentas) y sin desvirtuar el contrato. Si se tratara de una relación vertical, la Administración podría ordenar la ejecución de obras, prestación de servicios o adquisición de bienes sin recurrir al expediente de la modificación contractual, con todas las consecuencias que ello acarrearía (como por ejemplo, el régimen de responsabilidad de la Administración que en ese caso sería *extra-contractual* en lugar de *contractual*, lo que para el contratista sería una ordalía que lo ubicaría en un régimen, ese sí, de responsabilidad patrimonial de derecho público puro)<sup>48</sup>.

Nótese que la potestad prevista en la Ley de Contrataciones es de modificación *contractual* lo cual supone que todas las prestaciones que de esa modificación se deriven estarán sometidas a lo que establezcan el resto de las cláusulas de ese contrato. Agréguese a esto, que, en cualquier caso, las potestades de modificación estarán sometidas a los criterios generales de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad exigibles a la Administración en el ejercicio de todas sus potestades.

Es preciso resaltar un detalle nada insignificante. La Ley de Contrataciones Públicas no contempla la potestad de terminación anticipada por razones de oportunidad y conveniencia que es una de las potestades típicamente argüidas por los teóricos de los contratos administrativos. Esta "potestad", si es que merece ese título, está prevista en el reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, en una norma cuya constitucionalidad me parece discutible, toda vez que supone una doble

---

48 Insisten los cultores de la teoría de los contratos administrativos que las potestades exorbitantes son extracontractuales y que por lo tanto no están atadas al régimen de responsabilidad contractual. Pero no están dispuestos, aparentemente, a aceptar las consecuencias de esa afirmación, que involucra la aplicación de un régimen de responsabilidad patrimonial que responde a principios no necesariamente más favorables para la Administración, tales son los principios de responsabilidad sin falta o por sacrificio particular o de responsabilidad con falta o por funcionamiento anormal. Ver, Luis Ortiz-Álvarez, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, 1995.

transgresión a los principios que ordenan la potestad reglamentaria, a saber, la reserva legal en materia de limitación de derechos constitucionales y el principio de legalidad administrativa. En torno al primero de estos requisitos, me parece poco menos que obvio que una norma que permite la terminación anticipada de los contratos por causas no imputables al contratista sin reconocer una indemnización completa del lucro cesante y de otro tipo de daños viola tanto el derecho a la libertad económica como el de propiedad (sin dejar de mencionar el derecho al debido proceso), pero sobre todo el principio de legalidad pues desplaza el régimen general de responsabilidad del código civil mediante una norma de un rango inferior y por lo tanto incapaz de ese desplazamiento.

Por cierto, que el hecho de que las potestades sean extracontractuales, esto es, su raíz normativa esté fuera y no dentro del contrato es totalmente irrelevante a los efectos de la determinación de la responsabilidad. Las potestades, como técnica de atribución de poderes no es un mecanismo exclusivo del derecho público. En ese sentido, cuando los particulares actúan en el mundo del derecho privado y entran en relaciones contractuales lo hacen en virtud de potestades que normalmente no dimanen del contrato, lo cual resulta obvio pues de lo contrario haría falta un contrato previo. Pero del mismo modo en que ejercen potestades que no dimanen del contrato para suscribirlo, también pueden incumplirlo por ejercitar potestades que no dimanen del contrato, lo cual, sin embargo, no significa que esa actuación no genere responsabilidad contractual. Lo medular aquí, para identificar si hay responsabilidad contractual o no, no es el origen de la potestad (si de fuente contractual o extra contractual), sino determinar si el interés protegido es o no contractual<sup>49</sup>.

Por lo tanto, la Administración puede ejercer, y sólo puede ejercer, las potestades de derecho público expresas y su ejercicio

49 José Melich Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 3ra Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Marcial Pons, 1997, p. 465

puede generar responsabilidad contractual. Como expondré más adelante, que ese ejercicio genere mayor o menor responsabilidad dependerá en gran medida del contrato mismo, en su función moduladora de las potestades públicas.

#### **4. Sobre la unificación del régimen de los contratos del Estado. Los efectos formales y sustantivos de la Ley de Contrataciones Públicas y el abandono de la noción de contratos administrativos**

La posición más generalmente seguida en torno a los contratos administrativos, por tanto, es la llamada tesis sustantivadora, según la cual tales contratos poseen una sustancia que los hace cualitativamente distintos al resto de los contratos y que por lo tanto ameritan una regulación particular (o “responden a”, una ambigüedad persistente en la teoría de los contratos administrativos). Así ante la presencia de un contrato administrativo la Administración contratante cuenta con ciertas potestades implícitas que alejan al contrato del derecho común y lo radican en un régimen de derecho público, potestades éstas, se insiste, que emanan de la función tutelar de la Administración de los intereses generales sin que sea necesaria la atribución específica de tales potestades mediante normas de rango legal. Esta posición, se ha convertido en un verdadero dogma del derecho administrativo venezolano.

Pero la persistencia de esta doctrina se hace cada vez más cuesta arriba, no sólo porque, como hemos visto, es contraria a principios básicos de nuestro derecho administrativo y constitucional, sino porque, como ha notado entre nosotros Hernández González, la noción, cuyo origen fue exclusivamente de relevancia procesal en Francia, ha perdido toda utilidad práctica precisamente por la desaparición de toda referencia a la noción en nuestras leyes procesales. En este sentido, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración tuvo alguna importancia cuando, bajo la antigua Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia,

la Sala Político-Administrativa contaba con competencia para conocer de reclamaciones sobre cualquier aspecto relativo a los contratos administrativos. Esa referencia, sin embargo, desapareció en la actual Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Cabe argumentar, incluso, que la noción era ya artificiosa bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia toda vez que el adjetivo “administrativo” fue agregado antes de cerrarse el debate en el Congreso de la República de entonces, simplemente por la ocurrencia de uno de los diputados presentes en la sesión, quien supuso que la ausencia del mismo respondía a un olvido de los redactores. Sin embargo, el asunto tan evidentemente relevante no fue discutido en profundidad en la plenaria ni en las comisiones redactoras del proyecto, cuya versión para la discusión carecía de referencia alguna a los contratos administrativos<sup>50</sup>.

La entrada en vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas, antes bien, ha unificado el régimen de los contratos suscritos por entidades sometidas a la misma, dando al traste definitivamente a la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, con una consecuencia importante, que las Administraciones públicas ajustarán su actividad contractual a lo previsto en esa ley, incluyendo las potestades de derecho público allí previstas, potestades que ya no cabe calificar como cláusulas implícitas sino como disposiciones, ahora sí, expresas, sobre el régimen de estos contratos. Potestades éstas, que como explicaremos más adelante, son, por una parte, las únicas que podrán ejercer, y por otra, no son absolutas ni ilimitadas.

---

50 José Ignacio Hernández, “El Contrato Administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas Venezolana”, en *Revista de Administración Pública*, No. 176, Madrid, 2008, p. 369.

Sin embargo, resulta preocupante que la jurisprudencia nacional continúe haciendo referencia a la noción de contratos administrativos, aun cuando su utilidad procesal es evidentemente nula. Solamente cabe concluir que se espera que exista alguna utilidad *sustantiva* en la noción, utilidad ésta que, presumimos, reposa en la noción de cláusulas exorbitantes implícitas que serían distintas a las ya previstas en la Ley de Contrataciones Públicas.

Conviene en este punto hacer un resumen comprimido de lo dicho hasta ahora. Sostengo que la premisa central de la doctrina de los contratos administrativos descansa en un supuesto inadmisibles desde el punto de vista de una premisa también central del derecho administrativo venezolano: el principio de legalidad administrativa construido a través de la técnica de las potestades expresas. Esta disonancia parece que no ha sido advertida por la mayoría de los cultores de la doctrina de los contratos administrativos, pero eso no supone en modo alguno que no exista<sup>51</sup>. Es una disonancia que merece un estudio serio y que en mi criterio solamente puede ser resuelto a favor de una única posición admisible, esto es, que la Administración no tiene poderes implícitos que dimanen de su deber de tutela del interés general sino únicamente aquellos poderes explícitos que dimanen de una norma de texto expreso. Que esas potestades solamente pueden ser precisas, tasadas, mesuradas y de carácter limitado y no absoluto.

He indicado también que la noción de contrato administrativo carece de respaldo legal y que obedece a un trasplante mal concebido desde el derecho francés al venezolano y que al menos una de sus notas características, la de poseer potestades implícitas, vulneran el principio de legalidad administrativa pues no responden a la construcción técnica del concepto de potestad, a raíz del cual se edifica el conocido principio. Antes bien, la invocación de estas “potestades” consiste en realidad

---

51 La obra de Luis Alfonso Herrera Orellana, *La Potestad de Autotutela Administrativa*, Paredes, 2008, es una notable excepción.



en una invocación de una cláusula general de apoderamiento que es contraria a principios centrales de nuestro derecho público en su versión más tradicional.

Además, la igualdad entre las partes es una nota esencial de todos los contratos, la cual dimana de ser el contrato una institución general del derecho (un supraconcepto) y que por lo tanto la idea de que en los contratos administrativos esa igualdad se rompe carece de sustento normativo y teórico. Cuando estamos en presencia de una potestad que afecta al contrato de que se trate al mismo tiempo existe (o debe existir) un correlativo reconocimiento de derechos a favor del co-contratante. La extensión o disminución de ese derecho apunta a la causa de las prestaciones, y cuando podemos hallar una causa contractual hay allí igualdad contractual.

Por último, que puesto que no existen “reglas especiales” que ordenen a los contratos administrativos en el sentido dado en la sentencia *Machado*, es decir, entendidas éstas como un régimen exclusivo o casi exclusivo de derecho público, debe concluirse que el régimen de los contratos estatales es muy similar al de los contratos de derecho privado. Existen normas generales aplicables a todos los contratos, fundamentalmente contenidas en el Código Civil, y luego existen normas especiales, algunas de las cuales –no todas– poseen el carácter de normas taxativas que desplazan a aquellas normas que pueda contener el código civil que regulen el mismo asunto de manera distinta o contraria. Pero éste no es un fenómeno exclusivo de la contratación estatal, sino que se trata de una consecuencia de la hiperregulación del sector público generada evidentemente por la necesidad de protección de los fondos públicos.

Puesto que las potestades previstas en las leyes que regulan la actividad contractual de la Administración son, como hemos dicho, verdaderas potestades y no cláusulas generales de apoderamiento, tienen el carácter general de todas las potestades públicas, a saber: son tasadas, precisas, limitadas y

no absolutas y su ejercicio debe ceñirse a los criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad exigible a toda la actuación administrativa. Estas notas permiten la adopción de la institución de la autovinculación a través de actos que modulan el ejercicio de la potestad y que dan contenido a esos criterios de racionalidad y razonabilidad en su ejercicio.

## II. LA MODULACIÓN DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS POR LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO.

### LA DE CONTRATAR ES TAMBIEN UNA POTESTAD DE DERECHO PÚBLICO. EL CONTRATO COMO NORMA.

El Estado no puede renunciar a sus potestades pero sí puede convenir en cómo las ejercerá *pues en ello también ejerce una potestad*, ejercicio éste que puede ser incompatible con el ejercicio de otras potestades. Las potestades, como ya he manifestado, nunca son absolutas, lo cual supone, como parece evidente, que su ejercicio debe declinar o ser desplazado en situaciones en que, o bien se ejerce otra potestad que es incompatible con la primera o bien existe algún principio o norma expresa que limite esa potestad.

En esta sección desarrollaré dos ideas. La primera, que el ejercicio de la potestad de suscribir contratos es incompatible con ciertas actuaciones administrativas, pretendidamente fundamentadas en el ejercicio de otras potestades, que eliminen el carácter vinculante del contrato o de algunas de sus cláusulas, porque el contrato es una *norma*, particular, a la cual está vinculada la Administración que la ha adoptado libremente *en ejercicio de una potestad*. La segunda, es que cuando la Administración suscribe contratos se vincula a sí misma y ese vínculo modula el ejercicio de las potestades, que, en el campo contractual, admiten un importante margen de latitud a las partes, sin que esto suponga una renuncia al ejercicio de sus potestades,

pero sobre todo, sin que esto suponga renunciar a la tutela del interés general que tanto preocupa a los cultores del contrato administrativo.

### **1. El ejercicio de la potestad de suscribir contratos es incompatible con algunas potestades administrativas**

Como he afirmado, la posibilidad de que la Administración suscriba contratos proviene, precisamente, de una potestad otorgada al efecto por el legislador. De acuerdo con la definición más comúnmente aceptada de potestades públicas, una potestad es una atribución de un poder de actuación del cual no dimana por sí misma una relación jurídica concreta, sino que su ejercicio permite potencialmente el nacimiento de una. Ante una potestad no hay un derecho concreto sino una situación de inercia o sujeción general de ciertos tipos de sujetos. Estas sujeciones, a su vez, pueden ser generales o especiales. Así, por ejemplo, la potestad expropiatoria no hace nacer por su sola existencia una relación jurídica. Es necesario que una Administración ejecute esa potestad en un caso concreto para que se entable una relación jurídica específica entre el ente expropiante y el potencial expropiado, relación esta en la que sí hay presencia de derechos y obligaciones<sup>52</sup>.

De acuerdo con esto, que la Administración asuma relaciones contractuales es la consecuencia del ejercicio de una potestad específica de derecho público, la potestad de suscribir contratos. En el marco del ejercicio de esa potestad, el derecho privado, y concretamente el civil, es una instrumentalidad de la cual se vale la Administración para cumplir con el fin de tutelar el interés general. Ahora bien, el empleo de esa instrumentalidad genera todas las consecuencias que el sometimiento a un régimen de derecho privado implica, excepto por

---

52 García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 439.

la operatividad de legislación especial, que como hemos dicho, desplace de manera inequívoca a ese derecho privado.

Así sucede, por ejemplo, cuando la Administración emplea fórmulas de organización típicas del derecho privado, como es el caso de las sociedades estatales. Su sometimiento y funcionamiento bajo las fórmulas del derecho privado es absoluta salvo la aplicabilidad de leyes o normas especiales que vinculen a esas sociedades y que desplacen algunas normas de derecho privado que de otro modo serían aplicables o al menos algunos aspectos de ellas. No existen, por ejemplo, "asambleas de accionistas administrativas" que se celebren en el marco de los estatutos de una empresa del Estado, por oposición a las "asambleas de accionistas" del derecho privado. La aplicación y la interpretación de los estatutos societarios y en general del derecho privado aplicable a esas sociedades es exactamente igual al aplicable a las sociedades de capital privado.

En ese sentido, hay que entender que cuando la Administración recurre al derecho privado para cumplir con algún cometido debe asumir todas las consecuencias que ese sometimiento acarrea. Así, el ejercicio de la potestad de contratar puede ser, y a menudo lo es, incompatible con el ejercicio de ciertas potestades que, en ausencia del contrato, podrían ser ejercidas de forma directa e inmediata por la Administración. En otras palabras, la Administración no puede vivir en un mundo anfibio sin mojarse los pies. Es decir, si debe recurrir forzosamente a esquemas de derecho privado para cumplir con sus cometidos esto sucede porque no puede, en ciertos casos, hacerlo de forma unilateral en el marco del derecho público. Por lo tanto, no puede a medio camino en el mundo del derecho privado (caracterizado por la bilateralidad, la consensualidad, la igualdad), pretender transmutarse de nuevo en *potentior personae* del mundo del derecho público (con sus características de la unilateralidad, imperatividad, desigualdad) de modo tal que se desplace por completo el espacio de derecho privado en el que ha decidido adentrarse.

Usemos de nuevo el ejemplo la potestad expropiatoria y el acuerdo amigable que puede suscribirse en lugar del largo y complejo procedimiento judicial. La potestad expropiatoria indica que el ente expropiante puede procurar su aplicación más arrogante y extrema, y así esperar un desenlace judicial favorable en torno al justiprecio, por ejemplo. Sin embargo, el acuerdo amigable permite morigerar las aspiraciones de la Administración y llegar a un acuerdo sobre el precio, pero también en torno a los plazos de entrega y condiciones del mismo, que podría no coincidir con el justiprecio que sería tomado como definitivo por la sentencia judicial ulterior, pero sin embargo permite a la Administración obtener una ventaja inmediata y tangible. Cabe preguntarse, ¿luego de suscrito y homologado un acuerdo amigable, podría la Administración invocar sus potestades de derecho público, fundadas en la tutela del interés general, y desconocer sus compromisos en el acuerdo amigable? La respuesta me parece evidentemente negativa y si es así, es lícito y forzoso sostener exactamente la misma conclusión cuando estamos en presencia de la contratación estatal general.

## **2. Cuando la Administración suscribe contratos se vincula a sí misma y ese vínculo modula el ejercicio de las potestades**

Pero además, y esto es lo central, el contrato puede modular las diversas maneras en que la Administración ejerce las potestades específicamente previstas en lo relativo a su actividad contractual. En otras palabras, el contrato puede fungir como director de la manera o forma en que la Administración ejecutará sus potestades en relación con la ejecución del contrato y no hay en ello infracción alguna al orden público. Además, se trata de una práctica bastante general y difundida en la contratación estatal tanto en los contratos de gran envergadura como en los de poca monta.

Salvo que el ejercicio de la potestad esté muy detalladamente regulado, bien en la ley misma bien en un reglamento, cosa que no es común, aunque puede suceder, no hay nada de ilícito de principio, en que la Administración se auto-vincule, al momento de suscribir un contrato mediante la adopción de cláusulas contractuales que regulen la forma en que ejercerá las potestades de derecho público que posee, como puede ser, por ejemplo, en lo relativo a la terminación anticipada por causas de oportunidad o conveniencia o por incumplimiento.

Así, el contrato puede contener normas relativas a lo que se considerará causa extraña no imputable, incumplimientos graves y leves, la forma de enfrentar esos incumplimientos graves y leves, las posibilidades sobre cesión del contrato, su extensión a terceros, el régimen de los pagos, el régimen de precios (las típicas fórmulas), normas sobre interpretación de los contratos y las fuentes para suplementar las dudas que presente el contrato, etc. nada de lo cual está pormenorizadamente regulado en la Ley de Contrataciones Públicas vigente. La versión tradicional de la doctrina del contrato administrativo elimina o disminuye significativamente el valor normativo de estas disposiciones, en virtud del ejercicio de supuestas potestades de derecho público, que normalmente se reducen al llamado *ius variandi*, privilegio de interpretación y dirección del contrato, y de terminación anticipada por causas de oportunidad o conveniencia, la de sancionar el incumplimiento, etc.

Sin embargo, el privilegio de decisión ejecutiva en que se basan todas estas potestades no puede ser ejercido de forma no vinculada al contrato, pues, insisto, no existe una norma expresa que permita su desplazamiento y porque, al contratar, la Administración *ejerce una potestad en virtud y en pos de la protección del interés general*. A la Administración le está atribuida la tuición del interés general, pero al mismo tiempo tiene atribuida la competencia de decidir la mejor manera de tutelar ese interés, dentro de los cauces legalmente permitidos.

Hay al menos dos ejemplos de auto vinculación extracontractual, en donde la modulación de las potestades legales se configura de manera análoga a la que tiene lugar por vía contractual. De el primero de ellos da testimonio el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Del segundo es ejemplo la potestad reglamentaria.

Como es sabido, la Administración puede interpretar sus potestades de manera más o menos enérgica y varias posibles lecturas serían en principio admisibles dentro de ciertos márgenes. Esta posibilidad está expresamente reconocida por el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual contempla el carácter vinculante del precedente administrativo. Este carácter vinculante no supone que la Administración no pueda ejercer su potestad de acuerdo con un criterio distinto al previsto en el precedente, pero que para hacerlo debe cambiar expresamente de criterio y que el nuevo criterio adoptado no podrá ser aplicado de forma retroactiva.

De acuerdo con esto, cuando la Administración emite un criterio sostenido y reiterado interpretando su propia potestad, ejerce de esa manera un poder que la vincula hacia el futuro, de modo que no puede separarse de ese criterio y aplicar el nuevo a una situación pasada, por más que considere que la nueva lectura es "la correcta". Tiene lugar aquí un fenómeno de autovinculación por vía unilateral a través de actos de carácter no normativo, esto es, actos particulares, que sin embargo generan efectos frente a terceros por virtud de la publicidad que les es propia, en protección de las expectativas que razonablemente pueden haber albergado los administrados.

Algo similar sucede en el supuesto del ejercicio de la potestad reglamentaria. Así, la Administración puede auto restringirse en el mecanismo mediante el cual ejecuta sus potestades, cuando dicta reglamentos en donde morigera la potencia de las potestades diseñadas por el legislador en términos a veces muy amplios. Si la potestad es relativamente amplia en la

ley, una posición maximalista sugeriría que el reglamento no puede reducir el campo de acción de esa potestad, y vería cualquier reducción del margen de acción como una renuncia, al menos en parte, de la potestad. Sin embargo, la práctica común es diversa, e indica que, en supuestos de una potestad definida en términos que permitirían a la Administración el ejercicio de un poder bastante potente, el reglamento, es decir, un acto normativo general pero jerárquicamente inferior, puede restringir en alguna medida a la Administración en el ejercicio de esa potestad. Puesto que esa restricción proviene de sí misma, se diría que se trata de una auto restricción.

En el ámbito contractual, el mecanismo y el esquema general de vinculación es el mismo: la Administración se autovincula mediante la adopción de un contrato y ejerce en ese momento de manera cabal sus potestades de tutela del interés general y expone un criterio inteligible según el cual considera que esa es la manera adecuada para tutelar ese interés en el caso concreto. Por lo tanto, así como está vedado a la Administración separarse de sus propios precedentes contenidos en actos sublegales, particulares y sin carácter normativo (actos administrativos) o generales y con carácter normativo (reglamentos) previos de carácter unilateral, también le está vedado separarse de sus propios criterios contenidos en actos sublegales y particulares previos de carácter bilateral.

Un ejemplo históricamente muy relevante de modulaciones de potestades estatales por la vía contractual tuvo lugar en el llamado proceso de "apertura petrolera" famosamente litigado ante la antigua Corte Suprema de Justicia. De acuerdo con el antiguo artículo 5 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, hoy derogada, "el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de cualquiera de las señaladas actividades, celebrar convenios de asociación con entes privados con una participación tal que garantice el control por parte del Estado con una duración determinada". Ahora bien, la manifestación práctica de



ese control se configuró de una manera muy distinta a la que seguramente previeron los redactores de la ley, esto es, a través de la creación de “Comités de Control” para cada una de las asociaciones, en donde el Estado, a través de empresas filiales de PDVSA, ejercería el control de las decisiones consideradas fundamentales, aun cuando ese control no era accionario.

La Corte Suprema de Justicia interpretó el artículo 5 como permisivo de esquemas de control distintos al accionario, con lo cual las empresas estatales involucradas en las asociaciones estratégicas pudieron llevar a cabo un control, en los términos de esos convenios, distinto al que normalmente habría demandado de su participación accionaria, toda vez que ninguna de ellas poseía mayoría absoluta en el capital social de las asociaciones.

Como se observa, por la vía contractual, el “Estado” mitigó dos aspectos contenidos en la potestad según estaba creada en el referido artículo 5. Uno de ellos fue el control directo, que como sostuvo la Corte Suprema de Justicia, podía perfectamente ser ejercido de manera indirecta a través de las empresas de propiedad estatal directa o indirecta. El segundo de ellos fue que el control no tenía necesariamente que ser la consecuencia de la participación accionaria y que por lo tanto, siempre que se mantuviera un nivel de comando sobre las decisiones fundamentales, el “Estado” mantenía tal control en el marco de un “Comité de Control” muy a pesar de que su participación accionaria era bastante minoritaria<sup>53</sup>.

Lo que esta experiencia enseña es que la Administración en ese caso interpretó la manera en que mejor consideró que

---

53 Ver Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 17 de agosto de 1999, caso *Simón Muñoz Armas, Elías Eljuri Abraham y otros en contra de las cláusulas décima, decimoséptima, segunda y cuarta del Artículo 2º del Acuerdo del Congreso de la República aprobado en fecha 4 de julio de 1995*. Resulta paradójico, por cierto, que esta sentencia calificó los convenios de las asociaciones estratégicas como contratos administrativos.

el interés general sería servido y arribó a ciertas conclusiones relativas al cómo ejercer ciertas potestades (en este caso, la potestad de control) que fueron recogidas en varios contratos. Una vez recogida esa apreciación sobre la manera de servir el interés general, el Estado no podía, una vez perfeccionados los convenios, decidir que no podía renunciar a una “potestad” contenida en el artículo 5, y por lo tanto ignorar todo lo relativo al comité de control, asumiendo que debía ejercer el control exigido por ese artículo de alguna otra manera, considerada más cónsona con la tutela del interés general. El contrato se convierte, por lo tanto, en el criterio normativo de acuerdo con el cual debe juzgarse la actuación de la Administración, cuyos actos, bien que emanen del ejercicio de una potestad anterior al contrato, bien que emanen de un derecho que proviene directamente del contrato, solamente son posibles en virtud de que existe un tal contrato que por lo tanto es la norma tutelar de acuerdo con la cual deben juzgarse.

No es, por lo tanto, admisible sostener que la Administración pueda abandonar, al momento de terminación del contrato, el criterio por ella misma admitido sin conminación alguna al momento de suscripción el contrato, sobre la mejor manera de gestionar los intereses generales. No me cabe ninguna duda de que los principios más medulares del derecho administrativo venezolano indican claramente que no. La Administración no podrá, por lo tanto, declarar como incumplimiento algo que evidentemente no lo es de acuerdo con las normas contractuales aplicables, “interpretar” el contrato de forma caprichosa o interesada, ejercer el *ius variandi* de manera desproporcionada o irrazonable en quebrantamiento de lo dicho en el contrato<sup>54</sup>.

---

54 Un ejemplo interesante de analizar de autovinculación es el de los convenios de estabilidad jurídica previstos en la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones, los cuales ofrecen condiciones más favorables a los inversionistas. Claro está, la propia Ley permite la existencia de estos contratos, cuyo objeto es, como se sabe, ofrecer garantías, no de que el ordenamiento jurídico no será modificado, sino de que esas modificaciones, por un tiempo determinado, no se considerarán aplicables a el o los

En caso de que la Administración decida ejercer sus potestades de manera distinta a la forma acordada en el contrato en virtud de su propia voluntad, su acción probablemente pueda no ser considerada ilegal pero sí será generadora de responsabilidad contractual. Estaríamos por lo tanto en presencia de un acto lícito pero generador de responsabilidad *contractual* de la misma manera en que un acto lícito puede ser generador de responsabilidad *extracontractual*.

Es por lo tanto totalmente insostenible que los actos ejecutivos dictados por la Administración en el marco de una relación contractual puedan escapar a lo que el contrato establece. Claro está, habrá casos en que los contratos sean lacónicos o insuficientes, y en esos supuestos el contrato brindará pocas luces, pero incluso allí lo que corresponde es aplicar criterios de derecho civil, no de derecho público, porque no hallaremos en el derecho público disposiciones que logren dar respuesta a los miles de problemas *contractuales* que pueden suscitarse en una relación de este tipo.

Me permito resumir las dos conclusiones que creo están amparadas con lo que se lleva dicho hasta acá: i) que la Admi-

---

inversionistas que se acojan a la medida y, cumplan, por contraparte, con los compromisos relativos a la inversión.

Como puede verse, en estos supuestos, existe un quiebre evidente al principio de igualdad de trato, entre los inversionistas y los no inversionistas que sí deben someterse a los cambios legislativos subsiguientes. Puesto que un quebrantamiento del principio de igualdad de esa índole no estaría permitido en condiciones normales a la Administración pública (puesto que se le exige igualdad de trato entre todos los administrados), y porque fundamentalmente supone la renuncia al ejercicio de potestades que nada tienen que ver con la ejecución de un contrato (tributarias por ejemplo), y no una simple regulación, en relación con una clase de personas naturales o jurídicas, una autolimitación con estas notas únicamente podría ser admitida mediante la su consagración legislativa expresa. Ahora bien, cuando no estamos ni ante un supuesto de quebrantamiento del principio de igualdad ni ante la renuncia al ejercicio de potestades legales, el margen de maniobra de la Administración para restringir el ejercicio de sus potestades mediante actos de carácter sublegal se amplía, aunque, es sano advertir, no de manera desproporcionada.

nistración mediante actos sublegales y particulares, concretamente, mediante contratos, se autovincula si mediante ellos adopta compromisos por medio de los cuales regula el ejercicio de sus potestades legales, siempre que se restrinja a la mera regulación del ejercicio de esas potestades ni incurra en actos evidentemente ilegales o inconstitucionales, y ii) que cuando la Administración se separa de los compromisos asumidos para el ejercicio de sus potestades comete actos que si bien pueden no ser ilegales (pues no vulneran ninguna norma de rango legal), son sin embargo generadores de responsabilidad contractual, pues el interés que vulneran es un interés creado por vía contractual en un espacio en el cual es lícito tanto para la Administración como para el contratista crear normas contractuales que protejan esos intereses.

Habiendo ofrecido los argumentos que en mi criterio apoyan estas conclusiones, paso ahora a explorar una aplicación específica del principio de autovinculación en el campo del arbitraje comercial.

### III. AUTOVINCULACIÓN, POTESTADES Y ARBITRAJE.

#### SOBRE LA MODULACIÓN DE LA AUTOTUTELA DECLARATIVA EN LOS SUPUESTOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA POR INCUMPLIMIENTO CUANDO EXISTE UNA CLÁUSULA ARBITRAL

##### **1. Una cuestión de jerarquías. El valor normativo de la institución arbitral y del privilegio de autotutela**

Habiendo establecido que cuando la Administración suscribe un contrato modula de manera importante el ejercicio de sus potestades relativas al contrato, debemos explorar cómo opera esta modulación en presencia de una cláusula compromisoria. En presencia de estas cláusulas entran en el marco

del análisis ciertas consideraciones adicionales que involucren interpretar el impacto que sobre el ordenamiento tiene la mención constitucional, en sus artículos 253 y 258, del arbitraje como parte del "sistema de justicia" y como parte integral del derecho a la tutela judicial efectiva y su impacto sobre el ejercicio de una potestad administrativa muy específica, la de autotutela.

La procedencia del arbitraje dentro de los contratos suscritos por entes estatales y en particular en el caso de los contratos de interés nacional ha sido bastante discutida en nuestro país<sup>55</sup>. El asunto a discutir no es si el arbitraje es admisible o no en los contratos estatales, posibilidad absolutamente cierta y confirmada por la doctrina y la jurisprudencia y por las disposiciones expresas que al efecto contienen la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones. El asunto es a discutir, en cambio, cuáles asuntos pueden ser sometidos a arbitraje, asumiendo que las cláusulas compromisorias han cumplido con todas las formalidades de Ley.

Para hablar de la esfera de lo arbitrable en los contratos administrativos conviene acercarnos a la noción del llamado privilegio de autotutela. Un tema sensible y poco explorado en la doctrina consiste en armonizar, si eso es posible, el privilegio de autotutela de la Administración con la institución arbitral. De acuerdo con la autotutela, la Administración puede dictar actos que poseen una ejecutividad inmediata, actos éstos que, en el marco de una relación contractual, pueden tener un impacto directo sobre la misma. Una tendencia acen-

---

55 Rafael Badell, "La Inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos del Estado"; Juan Carlos Balzán, "El Arbitraje en los Contratos de Interés Público a la Luz de la Cláusula de Inmunidad de Jurisdicción Prevista en el Artículo 151 de la Constitución de 1999"; Margot Huen, "El Arbitraje Internacional en los Contratos Administrativos", en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan-Randolph Brewer-Carías*, FUNEDA, 2006.

drada en nuestro foro indicaría que la presencia del ejercicio de una competencia administrativa que involucre el privilegio de autotutela a través de actos administrativos escapa por completo del ámbito de lo arbitrable en los contratos con entes estatales, pues en ellos estaría involucrado el juzgar la licitud de un acto administrativo, licitud ésta que necesariamente escapa al ámbito de lo transable y por lo tanto de lo arbitrable.

Esa fue, por ejemplo, la posición sostenida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia Minera Las Cristinas del 14 de julio de 2004. Esta sentencia parte de la concepción tradicional del contrato administrativo que hace una separación tajante entre los actos *iure imperii* (el llamado acto separable) y los actos *iure gestionis* como si pertenecieran a mundos totalmente separados. El criterio que sigue la sentencia Las Cristinas, es una aplicación del criterio tradicional de la doctrina del contrato administrativo que divide en dos a las categorías de actos que pueden dictarse en el marco o con ocasión de una relación contractual: por una parte los actos propiamente contractuales que se dictan en virtud de derechos de fuente contractual, y actos separables que serían actos administrativos clásicos cuya fuente es extracontractual.

Como he sugerido más arriba, esa distinción es artificial porque los actos que dicta la Administración en el marco de la ejecución de un contrato, aun cuando sean actos dictados en virtud de una potestad prevista en la ley, solamente pueden ser juzgados en muchísimos casos de acuerdo con los criterios normativos previstos en el contrato porque la ley es absolutamente silente al respecto. Así, si el contrato contiene definiciones sobre qué se entenderá por incumplimiento, es a esas disposiciones que debe sujetarse la actuación administrativa; si contiene disposiciones sobre plazos para cumplir las prestaciones, esos plazos debe respetarlos la Administración; si define qué entenderán las partes por fuerza mayor, esa definición gobernará sus relaciones, y así en general con todas las

disposiciones que de una u otra manera regulan la actividad de las partes en el marco del contrato.

Las Leyes administrativas aplicables a las relaciones contractuales de la Administración (y ese es el caso, sin duda, tanto de la Ley de Contrataciones Públicas como de la Ley de Concesiones), con poca frecuencia contienen definiciones normativas suficientemente detalladas sobre asuntos típicamente contractuales o cuando lo hacen es para establecer un marco muy genérico que impone márgenes a las partes.

La doctrina tradicional del contrato administrativo, aplicada ciegamente como sucedió en el caso Las Cristinas, quiere ver en todas esas disposiciones contractuales meras invitaciones que no vinculan a la Administración (pero, que no quepa duda alguna, sí son vinculantes para el contratista), pues para ella el principio tutelar del interés público (de fuente extracontractual) le permite ejercer poderes que, por ser extracontractuales, escapan a la vinculación contractual y por lo tanto, de lo objetivamente arbitrable.

Pero la sentencia Las Cristinas parte de una concepción errada de la arbitrabilidad de las controversias. De acuerdo con el criterio vertido en la Sentencia Hildegard Rondón y otros de la Sala Constitucional, la arbitrabilidad se define de acuerdo con el llamado principio tuitivo, de acuerdo con el cual si una controversia es susceptible de ser conocida por un tribunal ordinario pues entonces es también susceptible de ser sometida a arbitraje:

*“Inclusive, todo lo anterior (que luce abstracto y general) resultará fácilmente comprobable con el examen o test que se haga –en cada caso– de la medida o extensión del propio juez ordinario; en otras palabras, para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de*

que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes. Esto, en contraposición al ámbito exclusivamente reservado al conocimiento de una autoridad administrativa, en donde no pueden llegar los árbitros, como tampoco el juez. (Vgr. En materia arrendaticia ni los jueces ni los árbitros pueden fijar los cánones máximos a cobrar en los inmuebles sujetos a regulación de alquileres; pero los primeros sí pueden conocer (tanto el juez como los árbitros) de cualquiera de las pretensiones a que se refiere el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios; también en materia de consumo, ni los jueces ni los árbitros pueden imponer multas por “remarcaje” de precios, pero sí pueden conocer de pretensiones de contenido pecuniario entre un comprador, consumidor o usuario contra un fabricante, expendedor o prestador; también en el ámbito laboral, ni los jueces ni los árbitros pueden negar o inscribir a un Sindicato, pero sí pueden resolver las pretensiones que se intenten sobre la interpretación o cumplimiento de una convención colectiva). (itálicas nuestras)”<sup>56</sup>.

Además, el criterio de la sentencia Las Cristinas desconoce el principio de la *universalidad* de las cláusulas arbitrales de acuerdo con el cual las mismas deben ser interpretadas de forma tal que incluyan todos las posibles controversias que puedan surgir en relación con el contrato<sup>57</sup>. La interpretación sostenida en Las Cristinas implica un quiebre al principio de universalidad, quiebre este que estaría únicamente sustentado en el privilegio de autotutela de la Administración. Así, el arbitraje en estos casos está restringido a ciertas disputas no relacionadas con esas potestades.

---

56 Sala Constitucional, Sentencia del 17 de octubre de 2008, caso Hildegard Rondón y otros.

57 Hernando Díaz Candia, “La Jurisdicción Arbitral frente a los actos administrativos: Hacia el arbitraje Contencioso-Administrativo”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 135, UCV, 2010, p. 52.



Este criterio parte de la premisa según la cual las acciones de la Administración pública que tienen su raíz en una potestad no pueden ser objeto de transacción y por lo tanto tampoco son arbitrables. El argumento pasa por la invocación del artículo 3, letra b) de la Ley de Arbitraje Comercial, según el cual no son arbitrables controversias “(d)irectamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público”.

El criterio es defectuoso por tres razones: i) la Ley de Arbitraje Comercial es anterior a la constitución de 1999 y por lo tanto habría que reevaluar la exclusión del artículo 3, b) a la luz de los artículos 253 y 258 constitucionales; ii) porque, como hemos visto, el asunto no es discutir si una atribución o función de imperio es legal o no, sino si el ejercicio de esa función está o no vinculado por el contrato; iii) en todo caso la exclusión parece estar dirigida no a las potestades relacionadas con la ejecución de los contratos sino a las “funciones y atribuciones de imperio” típicas de la función de policía.

Pero el problema de fondo de esta concepción particular de la arbitrabilidad de las disputas en contratos con entes estatales es el relativo a la jerarquía de los principios involucrados. En ese sentido, ante una colisión entre la autotutela y la cláusula arbitral, la interpretación constitucional indica que debe aplicarse aquella que fuere más favorable al arbitraje, y concretamente a la universalidad de la cláusula compromisoria, no solo por la interpretación dada por la SC a los artículos 253 y 258, en donde se adoptó al arbitraje como parte integral del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, y por lo tanto el criterio *pro arbitri* como el criterio interpretativo del cual debe partirse ante posibles colisiones<sup>58</sup>, sino porque el privilegio de autotutela *no es un principio constitucional* como sí lo es la ins-

58 Aunque la sentencia no lo dice, cabe argumentar que el principio *pro arbitri*, cuando forma parte de una interpretación de la constitución es análogo al principio *pro cives* según el cual ante dos interpretaciones posibles debe adoptarse aquella más favorable al ciudadano.

titución arbitral con todas las implicaciones que ello apareja, especialmente el principio de integridad y universalidad de la cláusula arbitral.

Pero hay un problema de fondo adicional en este criterio que considero insalvable. Si la Administración no puede renunciar a sus potestades de imperio, concretamente a la potestad de decisión ejecutiva o autotutela, porque se trata de un privilegio irrenunciable fundamentado en la protección del interés público, debería seguirse que *ningún* privilegio que la ley otorgue a la Administración en salvaguarda de ese interés público podría renunciarse.

Pues bien, sucede que la arbitrabilidad incluso de aquellos aspectos contractuales que no impliquen un juzgamiento sobre potestades de Derecho público supone una renuncia a los privilegios procesales que la legislación procesal otorga a la Administración. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como es sabido, contempla innumerables privilegios a favor de la Administración: nunca queda confesa, los plazos son ordinariamente de caducidad en lugar de prescripción, siempre tendrá la cómoda posición de ser demandada en lugar de demandante, etc. Esos privilegios, sin embargo, se pierden en el arbitraje, incluso en aquél que no verse sobre el ejercicio de potestades de derecho público de la Administración.

De modo que parece que el privilegio de autotutela y la institución arbitral son simplemente incompatibles, al menos en lo que respecta a la autotutela declarativa y su supuesto carácter irrenunciable no es argumento suficiente para descartar su arbitrabilidad, pues esa supuesta renuncia está presente en cualquier supuesto de arbitrabilidad de materias donde una de las partes sea la Administración. Esa autotutela, de emitir actos que son ejecutivos inmediatamente y que por lo tanto no requieren de una habilitación judicial para ser ejecutados, debe perecer cuando estamos en presencia de una cláusula arbitral,

pues de otro modo, la universalidad de la cláusula queda reducida a la nada, toda vez que una parte importante de las controversias que se susciten quedarán excluidas de ser ventiladas en ese foro<sup>59</sup>.

Por otra parte, hay ciertos aspectos en los que la Administración obtiene ventajas procesales claras cuando recurre al arbitraje que de otro modo no podría disfrutar. Concretamente, cuando la Administración debe terminar unilateralmente un contrato por incumplimiento contractual, un número nutrido de sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha indicado insistentemente que para ello debe abrir y sustanciar un procedimiento administrativo en el que otorgue el derecho a la defensa al contratista.

Pues bien, esos procedimientos, al tener por objeto la imposición de una sanción, están sometidos a un régimen probatorio totalmente desfavorable a la Administración, quien de acuerdo con el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 49 de la Constitución, debe probar cabalmente que el contratista en efecto ha incurrido en un incumplimiento. Es por ello que la jurisprudencia indica que debe abrirse un procedimiento donde se garantice la defensa del co-contratante<sup>60</sup>.

Ahora bien, el régimen probatorio es absolutamente más benigno para la Administración cuando no es ella la que debe determinar el incumplimiento<sup>61</sup>. En efecto, de acuerdo con el principio general de derecho civil el incumplimiento contractual se presume culposo y quien alegue haber quedado

---

59 Incluso, cabe sostener que la autotutela es en el fondo un privilegio procesal, pues se exime a la Administración de tener que pasar u homologar sus actos ante autoridades judiciales.

60 Esto está expresamente indicado en el artículo 50 de la Ley de Concesiones.

61 Artículo 1.354 del Código Civil Venezolano el cual establece que "Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de la obligación."

liberado de una obligación o no haber incurrido en un incumplimiento debe probarlo. Ese es, exactamente, el régimen contrario al aplicable cuando es la Administración la encargada de determinar si ha habido incumplimiento o no. De modo que no resulta comprensible que un régimen de arbitraje en donde la carga probatoria es más beneficiosa para la Administración sea descrito como una renuncia o desmejora para ella. La Administración gana algo cuando se somete a arbitraje, entre otras cosas, gana en no tener la carga de probar el incumplimiento culposos.

## **2. Volver a los orígenes. Francia, el orden público y el derecho comparado**

Resulta revelador, antes de concluir esta disertación, explorar brevemente lo que acontece en Francia, foro que dio nacimiento a la doctrina del contrato administrativo y en donde tradicionalmente se ha considerado que el arbitraje comercial y los contratos administrativos son instituciones incompatibles. El Tribunal de Conflictos de ese país en una reciente decisión ha ampliado sensiblemente la aplicabilidad del arbitraje en los contratos suscritos por entes públicos en ejercicio de potestades de servicio público (i.e. contratos administrativos), lo cual en mi criterio es un duro golpe a la corriente que se inclina por oponerse a la arbitrabilidad de las disputas nacidas de contratos administrativos pues el ordenamiento que teóricamente provee la base histórica y normativa para esa oposición ha dado un decidido apoyo a esa arbitrabilidad<sup>62</sup>.

Pero además de ello, hay que agregar una mención al desarrollo en otras latitudes, que han adoptado el principio de autotutela de manera muy similar a como lo hemos hecho nosotros. Me refiero concretamente al ordenamiento peruano en donde se ha adoptado una Ley de Compras Públicas que contempla el arbitraje de todas las controversias resultantes del contrato, es

---

62 Me refiero al *Arrêt* INSERM del Tribunal de Conflictos del 17 de mayo de 2010.

decir, la ley honra la universalidad de la cláusula arbitral sin hacer distingo entre actos separables y actos contractuales. En otras palabras, el legislador peruano no encuentra que haya fricción alguna entre la autotutela administrativa y el arbitraje en los contratos estatales, o al menos ha entendido que de haber tal fricción, la misma debe decantarse a favor de la universalidad del arbitraje.

Conviene hacer también referencia a ciertas experiencias recientes en la práctica arbitral que van en un sentido análogo. Así, en los laudos *Occidental Petroleum Corporation v. República del Ecuador* y *Aguas del Tunari v. República de Bolivia* sendos tribunales arbitrales se negaron, en el primer caso, a considerar la exclusión de ciertos aspectos de la controversia (concretamente, la terminación por incumplimiento, potestad típica de derecho público según la doctrina tradicional de los contratos administrativos) sobre la base de que la jurisdicción para conocer de esos aspectos correspondería exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa<sup>63</sup>, y en el segundo de los casos, el tribunal asumió que solamente una exclusión expresa de la cláusula arbitral permite concluir que algún aspecto de las controversias contractuales pueden escapar al procedimiento arbitral<sup>64</sup>.

Resulta bastante forzado, por lo tanto, sostener que la autotutela declarativa exige la exclusión de los actos de imperio del foro arbitral, pues como vemos, no solo esa no es la interpretación dada ordenamientos análogos al nuestro que adoptan también el privilegio de autotutela en favor de la Administración, sino que en el lugar que dio nacimiento a la dicotomía *iure imperi.- iure gestionis* para excluir ciertos actos del foro arbitral ha dado marcha atrás y apuntado a direcciones más favorables

63 Caso CIADI No. ARB/06/11(Decisión sobre competencia), Laudo del 8 de septiembre de 2008.

64 Caso CIADI No. ARB/02/3, (Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado), Laudo del 21 de Octubre de 2005.

al principio *pro arbitri* que tanto apoyo ha recibido en nuestro país de la Sala Constitucional.

Caracas, marzo de 2013